

## AS ACEPÇÕES DA TEORIA DO GARANTISMO.

**Marcus Vinícius Pimenta<sup>1</sup> Lopes e Rafael Lima Ribeiro <sup>2</sup>**

<sup>1</sup> Advogado Criminalista. Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Internacional pela PUC Minas. Membro da comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Minas Gerais- CDH/OABMG. Pós-graduado em Ciências Penais, bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva, onde foi pesquisador e monitor, após concurso, das disciplinas: Direito Constitucional; Criminologia e Processo Penal. Professor Universitário e advogado criminalista.

### RESUMO

Este artigo trata da teoria garantista, proposição formulada por Luigi Ferrajoli, mormente em sua obra *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Objetiva evidenciar a plurissignificação epistemológica da teoria, isto é, a significação da teoria garantista para a ciência do Estado e para a praxe do ordenamento jurídico, de modo que não se perpetue a ideia errônea de que a Teoria Garantista é apenas aplicável ao direito e mais ainda ao direito penal. Justificam-se tais questionamentos, uma vez que atualmente a legalidade e legitimidade tomam cada vez mais uma conotação de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra o arbítrio do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Garantismo. Modelo Normativo de Direito. Validade e Efetividade da Norma. Filosofia Política.

### ABSTRACT

This article discusses the garantism theory, proposition formulated by Luigi Ferrajoli, especially in his work *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Aims to evidence the epistemological multi meaning of the theory, ie, the meaning of the garantism theory to the science of the State and the practice of law, as a way that is not perpetuated the erroneous idea that Garantism Theory is only applicable to the rights and more still to criminal law. Justified such questions, since currently the legality and legitimacy are increasingly taking the connotation of protection of fundamental rights of individuals against the will of the State.

**KEYWORDS:** Garantism. Normative Model of Law. Validity and Effectiveness of the Norm. Political Philosophy.

### 1. INTRODUÇÃO

A teoria do garantismo penal foi projetada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli e especialmente publicizada, a partir da sua obra clássica *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. É sem dúvida, uma expressiva teoria, difundida e discutida por todo o mundo.

Mas, como destacou Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 2-3) “uma teoria será sempre uma teoria, e por si só não tem o poder de ser outra coisa” (...) “Se for

usada como arma de reforma, a força que possuir estará no braço revolucionário, ou no braço reacionário, e não nos conceitos por ela formulados”.

Tais conceitos tiveram como pano de fundo a Itália pós-fascismo. Nela uma jovem magistratura forjou a arma de reforma para assentir as leis e toda estrutura burocrática ao modelo de respeito aos direitos humanos.

De modo que, o braço revolucionário foi guiado pela: 1) defesa da estrita legalidade para os atos Estatais

- forma de conter o arbítrio do Estado; 2) produção de mecanismos de garantias processuais - para a proteção dos direitos materiais; 3) exigência da laicização das ações do Estado; 4) distinção entre atos jurídicos e morais (FERRAJOLI, 2010, p.641).

## 2. AS TRÊS ACEPTÕES DO GARANTISMO.

A teoria garantista abarcou não só, como se poderia depreender do título da obra de Ferrajoli, o direito penal, mas toda uma concepção de ciências, uma vez que vários dos seus elementos podem ser utilizados no trato com outros saberes.

Todo esse trato, no entanto, é mediado pelo resgate e (re) valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade (ROSA, 2005). Conforme Alexandre Morais da Rosa (2005, p.15) “esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível fundamental capaz de estruturar a sociedade”.

Nessa perspectiva, destaca-se a importante contribuição da análise *Ferrajoliana* à teoria (crítica) do Direito, à filosofia política e, como mais evidente, ao direito e processo penal. Segundo o próprio Ferrajoli (1995, p.851- 853.) a sua teoria pode ser dividida em três acepções: a) Garantismo como modelo normativo de direito; b) Garantismo como teoria jurídica da validade e efetividade da norma; c) Garantismo como filosofia política.

A partir dessa tríplice acepção de garantismo, nas palavras de Salo de Carvalho (ROSA, 2005, apresentação, p. xi) a teoria do Garantista propõe a alteração de três níveis da esfera jurídico-política: “(a) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (b) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e, (c) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política)”.

A primeira concepção de ambos mostra a face normativa da teoria. Se por um lado, a segunda concepção de Ferrajoli pode ser vista como uma teoria

do direito, notadamente é também uma crítica a este mesmo direito ou, em Carvalho, uma crítica ao direito fruto da teoria do Estado. Já a terceira concepção de ambos marca uma filosofia do direito e uma crítica da política.

### 2.1 GARANTISMO COMO MODELO NORMATIVO DE DIREITO.

A tradição jurídica contemporânea consagra o Estado de Direito como a base fundamental de operatividade do sistema jurídico. Assim, se de um lado o direito é entendido como o limite ao arbítrio dos entes estatais, de outro lado, é um mecanismo de sujeição daqueles que pretendem organizar e, como mecanismo de dominação, é utilizado sem o efetivo controle dos dominados.

Nesse sentido, a proposta de Ferrajoli ganha especial relevância, pois designa um modelo normativo de direito, que problematiza a existência de um sistema jurídico formal e de outro substancial, e, portanto, torna-se apto a concretizar a democracia. Trata-se, pois de uma teoria jurídica.

Segundo Ferrajoli em uma primeira acepção garantismo designa

un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidad» SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva (FERRAJOLI, 2006, p.785).

Assim, o sistema garantista, do ponto de vista epistemológico caracteriza-

se como sistema de conhecimento relacionado ao saber-poder, cuja praxe política implica uma técnica limitadora da violência e potencializadora da liberdade, perceptível de maneira mais contundente na seara penal, porquanto, disciplina jurídica que tutela mais incisivamente os direitos fundamentais individuais.

Como se observa, o modelo normativo de direito, como proposição garantista, impõe que todos e, principalmente, os criadores da norma respeitem o direito posto. Não obstante a esse fato, designa-se como uma teoria jurídica crítica do direito positivo vigente, na sua vertente interna, uma vez que se orienta a analisar os aspectos de sua ineficácia e invalidade (CADEMARTORI, 2007, p.104).

## **2.2 GARANTISMO COMO TEORIA JURÍDICA DA VALIDADE E EFETIVIDADE DA NORMA.**

Como segunda acepção “garantismo” denota uma teoria jurídica da validade e efetividade da norma (FERRAJOLI, 2010, p. 786) que propõe a distinção das mesmas. O próprio Ferrajoli, diz que

En una segunda acepción, «garantismo» designa una teoría jurídica de la «validez» y de la «efectividad» como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el «ser» y el «deber ser» en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia -dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica- que subsiste entre validez (e inefectividad) de los

primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

Nesse sentido, Ferrajoli (2012, p.40) anuncia que são formais as definições dos conceitos teóricos de “validade” e de “vigência”, pois são independentes das normas concretas sobre a sua produção constante dos diferentes ordenamentos.

Nesse sentido, “‘validade’ (e ‘invalidez’) são conceitos teóricos formais, que designam a conformidade e a coerência (e a desconformidade ou a incoerência) de uma norma em relação às normas sobre a sua produção, quaisquer que sejam o ordenamento e o nível normativo de referência” (FERRAJOLI, 2012, p.41).

Na perspectiva do que propõe Ferrajoli, pode-se dizer que “vigência” diz respeito à forma da norma, enquanto “validade” diz respeito à matéria enunciada pela mesma, ou melhor, ao significado que a matéria prescreve.

Igualmente, Cademartori (2007, p.106) entende que os juízos sobre a vigência ou não vigência das normas possuem um caráter amplamente descritivo, uma vez que dizem respeito a fatos concretos, por exemplo, a promulgação daquelas autoridades competentes e a observância do devido procedimento na edição, enquanto os juízes sobre a validade, ao pretender verificar os processos de adequação valorativa possuem uma acentuada carga axiológica.

## **2.3 GARANTISMO COMO FILOSOFIA POLÍTICA.**

Como terceira acepção, “garantismo” denota um conceito de filosofia política (FERRAJOLI, 2010, p. 787), no sentido de uma legitimação externa, tanto do direito como da ação estatal, que só é atingida quando este age e se fundamenta na proteção dos bens jurídicos e dos interesses que constituem sua razão de existir num cenário democrático. Neste sentido, o Estado não é visto como um fim em si mesmo, mas como um meio de concretização das

finalidades democráticas instituídas pelo povo.

Diz o professor italiano:

Segundo um terceiro significado, por fim, ‘garantismo’ designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus de justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2010, p. 787).

Assim, o “garantismo” condiciona a legitimidade externa do direito e das ações do Estado que só serão genuinamente éticas e políticas quando a norma jurídica e a ação estatal forem garantistas e afirmadoras dos direitos fundamentais.

### 3. EXCURSO: PARA ALÉM DO GARANTISMO PENAL.

A partir da discussão das acepções do garantismo, pode-se perceber que o modelo de garantismo de Ferrajoli vai muito além da análise do sistema penal e se constitui verdadeiro modelo de Estado e de filosofia do direito. O avanço social e científico que sua teoria do garantismo realiza é imenso e merece ser extremamente aplaudido – sem dúvida é um dos maiores ensaios jurídicos contra a ditadura e a favor do indivíduo.

Não obstante, ao se posicionar como um positivista clássico, defendendo a total separação entre o direito e a moral e, ao mesmo tempo admitindo a discricionariedade do julgador, a teoria de Ferrajoli cria um problema de abertura

interpretativa que dá ao julgador um poder quase mítico (LEAL, 2002).

Conforme Lenio Streck (2012, p. 79):

[...] embora critique fortemente o uso da ponderação, Ferrajoli admite uma espécie de ‘fatalidade discricionária’, isto é, para ele existem três espaços fisiológicos e insuprimíveis de discricionariedade judiciária: a) o poder de qualificação judiciária, que corresponde aos espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal; b) o poder de verificação factual ou de valoração das provas, que corresponde aos espaços de ponderação dos indícios e dos elementos probatórios; c) o poder equitativo de conotação dos fatos verificados, que corresponde aos espaços de compreensão e ponderação dos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal do crime.

Os três espaços, na visão de Streck (2012, p. 79) “podem vir a ser reduzidos, reconhecendo, então, a importância de uma teoria da argumentação que serviria para orientar, racionalmente, a motivação das decisões tomadas, diminuindo a (insuprimível) discricionariedade.”

Com isso, “[...] aparentemente, Ferrajoli se aproxima de judicialistas como Pietro Sanchís, ao acreditar nas possibilidades de argumentação racional e um conseqüente absolutismo moral (embora afaste a moral a seu modo).” (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 79-80).

Assim, os espaços de discricionariedades fisiológicos descritos por Streck, ao contrário do paradoxalmente proposto por Ferrajoli (porque aceita e teoriza a partir dessa base de limitação do decisor pela estrita legalidade e pela equidistância das partes), devem ser compreendidos como

não abertos, ou melhor, como sistematicamente integrado por uma leitura do sistema normativo como espaço de não decisionismo.

Desse modo, num ambiente constitucional democrático, e de cultura jurídica que reconhece a filosofia da linguagem, não é admissível a delegação de um espaço de decisão que não foi instituído pelo povo – entendido como em Müller (2003) -, e assim não se afigura como devido o modelo ferrajoliano neste ponto específico de manutenção da aplicação do direito de maneira positivista, e, portanto, discricionária.

Os princípios, que podem ter conteúdo moral na sua instituição (HABERMAS, 1997, p.141), devem ser limites epistêmicos para o ato judicante (DWORKIN, 2002) pendente de uma resposta correta, portanto, não sujeita a achismos discricionários. Desse modo, conforme Dworkin (2002), os princípios jurídicos são a maneira de se promover o fechamento interpretativo (constrangimento semântico).

#### 4. CONCLUSÃO

O garantismo penal é ciência do direito, ideia filosófica e política, uma vez que, como se viu, possui elementos operativos válidos para essas diversas áreas do saber-poder. Contudo, em virtude do positivismo jurídico adotado por Ferrajoli, sua teoria ainda necessita de reformulações para uma maior aproximação do conceito de Estado Democrático de Direito.

#### 5. REFERÊNCIAS

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista**. Campinas/SP: Millennium, 2007.

CARVALHO, Salo de. Apresentação. In: ROSA, Alexandre de Moraes da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo - Uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões: no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? a questão fundamental de democracia**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.