

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 145

janeiro/março – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli – notas preliminares

Alexandre da Maia

## Sumário

1. Por uma teoria geral do garantismo jurídico. 2. A idéia de validade no direito: elementos formal e substancial. 3. O vazio ontológico: riscos e possibilidades de um garantismo jurídico a partir da metodologia tópica.

### *1. Por uma teoria geral do garantismo jurídico.*

O mundo jurídico vive hoje cercado de problemas que configuram uma crise. Em verdade, pode-se até dizer que vivemos crises jurídicas. Uma primeira crise é a mudança de paradigma de observação do fenômeno jurídico, haja vista que não mais se admite a idéia de direito baseada unicamente em parâmetros estatais<sup>1</sup>.

Considerando apenas os parâmetros estatais, especificamente no plano interno, percebe-se uma incapacidade cada vez mais patente de o chamado Estado de Bem-Estar suprir os problemas gerados a partir da inaplicabilidade efetiva de preceitos esboçados como direitos fundamentais<sup>2</sup>. No plano externo, há uma tentativa de imposição de modelos econômicos que buscam romper a noção de território e de mercado, alterando sobremaneira a vida jurídico-política do Estado e da sociedade civil.

Apesar de tais constatações, a teoria do direito não consegue dar respostas satisfatórias a esse pano de mudanças estruturais. De um lado, o positivismo, em sua

Alexandre da Maia é Mestre e doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor de Introdução ao Direito da Faculdade de Direito de Olinda – FADO/AESO. Professor de Filosofia do Direito na ESMAPE. Mestrando em Teorias Críticas do Direito pela *Universidad Internacional de Andalucía*, Espanha.

vertente tradicional formalista, não dá vazão aos anseios de produção jurídica extra-estatal, o que é um fato em sociedades eminentemente periféricas<sup>3</sup>. De outro, o sociologismo exacerbado, que não consegue soluções para os problemas colocados, em virtude de se tentar privilegiar o social em detrimento do estatal, incorrendo no mesmo formalismo criticado *supra*.

Os parâmetros adotados pelo direito dogmático não mais se coadunam com uma possível essência jurídica. A própria noção de direito dogmático resta prejudicada em função do distanciamento com o social. O direito, como fenômeno complexo que é, não pode se restringir unicamente ao Estado como única forma legítima de produção do fenômeno jurídico. O chamado “monopólio da produção e aplicação do direito pelo Estado” é cada vez mais uma pretensão<sup>4</sup>.

A partir dessa realidade eminentemente complexa de fins-de-século, pode-se dizer que as teorizações têm naufragado num vazio ontológico, sem se dar conta disso, pois, ainda assim, buscam fixar pontos inexoráveis de partida. Todavia, existe uma tentativa de explicação teórica do social e do jurídico sem se prender unicamente aos parâmetros dogmáticos, de um lado, e eminentemente extra-dogmáticos, de outro. A teoria garantista, ao nosso ver, muito embora carregada de posições críticas, é importante nesse sentido, haja vista que busca uma essência no social baseada em um caráter eminentemente procedimental, sem se prender às tradicionais formas de observação do fenômeno, que nos parecem superadas.

O autor centra sua abordagem partindo do pressuposto que o garantismo surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas. No aspecto penal, destaca o autor que as atuações administrativas e policiais andam em descompasso com os preceitos

estabelecidos nas normas jurídicas estatais<sup>5</sup>. Então, a idéia do garantismo é, de um modo geral, a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais.

Cria-se, pois, uma divergência entre a normatividade e a efetividade, e o garantismo seria forma de fazer a junção entre elas. Claro que o garantismo teria influência não apenas no campo jurídico, mas também na esfera política, minimizando a violência e ampliando a liberdade, a partir de um arcabouço de normas jurídicas que dá poder ao Estado de punir em troca da “garantia dos direitos dos cidadãos”. Ou seja, o sistema seria mais garantista quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico, o que é uma preocupação própria de muitas outras teorias do direito.

*Garantismo*, pois, vem do verbo *garantir*. Seria, no entender de Ferrajoli, uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes. É como se a categoria dos direitos fundamentais fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito; em outras palavras, se uma norma é ou não válida. Tal noção de validade será debatida mais adiante.

Logo, como o garantismo não pode ser medido apenas por um referencial, Ferrajoli fala em graus de garantismo, pois ele seria maior se observássemos apenas as normas estatais vigentes sobre os direitos sociais em um país como o Brasil. Todavia, se o ponto de observação for o de sua aplicabilidade, o grau de garantismo diminui. Percebe-se, então, que o grau de garantismo depende do ponto de partida de observação do analisador.

Como se vê, há uma tentativa de, dentro do normativismo, ampliar o leque de possibilidades para a garantia efetiva de direitos, fazendo da norma estatal um ponto de partida (logo, uma ontologia) para a observação de sua adequação ou não à realidade social. Ferrajoli, em sua concepção de garantismo, ainda trata da idéia de validade como uma outra forma de observação do garantismo.

## *2. A idéia de validade no direito: elementos formal e substancial*

A teoria do Professor Ferrajoli centra-se, neste segundo plano de garantismo, em trazer ao espectro jurídico uma nova forma de observação do fenômeno, ao afirmar a existência de aspectos formais e substanciais no mundo jurídico, sendo o aspecto substancial, ao seu ver, algo novo e que deve ser observado na formação das constituições e respectivos ordenamentos jurídicos.

O aspecto formal do direito – diz Ferrajoli – está no procedimento prévio existente, que funciona como pressuposto de legitimidade do surgimento de uma nova norma estatal. Ou seja, uma norma só será válida e legítima se for composta de acordo com os procedimentos formais traçados previamente pelo ordenamento jurídico. Até então, a idéia de validade colocada pelo Professor Ferrajoli traz muita similitude com a teoria pura do direito.

Para Kelsen, a validade de uma norma está em uma outra norma, que lhe é anterior no tempo e superior hierarquicamente, que traçaria as diretrizes formais para que tal norma seja válida. Logo, para Kelsen, existe um mecanismo de derivação entre as normas jurídicas, dentro de uma idéia de supra e infraordenação entre as espécies normativas<sup>6</sup>.

Mas Ferrajoli acrescenta um novo elemento ao conceito de validade. Para ele, uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são ante-

riores e configuram um pressuposto para a sua verificação. A tal procedimento de validade, eminentemente formalista, acrescenta um dado que constitui exatamente o elemento substancial do universo jurídico. Nesse sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais<sup>7</sup>. Essa idéia resgata uma perspectiva de inserir valores materialmente estabelecidos no seio do ordenamento jurídico, fazendo um resgate da “ética material dos valores” de Max Scheler<sup>8</sup>. Ferrajoli afirma que o conceito de validade em Kelsen, por conseguinte, é equivocado, pois uma norma seria inválida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição. Assim, caso uma norma ingresse no ordenamento jurídico a partir do esquema formal de Kelsen – utilizado a reboque por Ferrajoli, configurando o conceito de vigência – e não estivesse de acordo com as normas que consagram os direitos fundamentais, tal norma seria inválida, em função de não estar de acordo com a racionalidade material, pressuposto indispensável de validade das normas jurídicas. Em decorrência, afirma Ferrajoli que o conceito de validade em Kelsen se confunde, equivocadamente, com o de vigência<sup>9</sup>.

Há divergências doutrinárias no que tange à teoria pura do direito. Para alguns, ela estabelece a relação direta da nova norma jurídica estatal com as normas jurídicas preexistentes, entre as quais a Constituição; assim, se a validade pressupõe a perfeita adequação da norma jurídica ao sistema estatal no qual ela se insere, obviamente ela deve enquadrar-se também ao conteúdo dessas prescrições normativas, e os direitos fundamentais seriam, também, uma limitação de conteúdo, entre outras, às novas normas jurídicas. Todavia, outros afirmam que Kelsen só pretende que a nova norma estatal tenha sido criada pelas autoridades

competentes e de acordo com o procedimento prévio e formal de elaboração normativa, sem se preocupar com questões de conteúdo das normas elaboradas. Ferrajoli é partidário da segunda opinião.

Em função desses conceitos de validade e vigência, Ferrajoli traz uma outra idéia que é útil para impor coerência a sua teoria: uma norma vigente, todavia não dotada do caráter da validade (eminentemente material), estaria expurgada do ordenamento jurídico, revogada – no sentido amplo do termo – em função de sua incompatibilidade não com as diretrizes formais de seu surgimento, mas com a materialidade dos direitos fundamentais, que se formariam por meio de um processo histórico, que continua em seu devir, conquistado por meio da experiência, não dotados de uma ontologia, por palavras próprias do professor<sup>10</sup>, em virtude de os direitos fundamentais serem construídos através dos tempos.

### *3. O vazio ontológico: riscos e possibilidades de um garantismo jurídico a partir da metodologia tópica*

Apesar de uma teoria firmemente comprometida com ideais democráticos, há que ser feita a seguinte pergunta ao Professor Ferrajoli: como fixar um conteúdo ao que seja um direito fundamental? Tal pergunta, como vimos acima, é respondida utilizando-se os princípios de secularização cultural que formariam os direitos fundamentais. Parece óbvio que isso não responde à pergunta.

O Professor Cláudio Souto, da Universidade Federal de Pernambuco, coloca esse problema na teoria sociológica do direito com muita lucidez, o que é, sem dúvida, um grande desafio aos teóricos, sociólogos e filósofos do direito<sup>11</sup>. A tentativa do Professor Ferrajoli de dar um conteúdo ao universo jurídico também esbarra no formalismo, exatamente pelo vazio que existe no que caracterizaria efetivamente os direitos fundamentais. Logo, em ver-

dade, há apenas uma mera tentativa de se impor conteúdos, sem na verdade precisá-los.

Em virtude de tal vazio ontológico, cremos que uma teoria comprometida com os ideais democráticos, como a do Professor Ferrajoli, sem uma fixação de conteúdo, como bem nos colocam Cláudio Souto e João Maurício Adeodato, pode ser manipulada por ideologias totalmente distintas do ideal do autor, haja vista que regimes autoritários podem traçar uma idéia do que, para os seus interesses, seria fundamental; logo, quais seriam os direitos fundamentais para a manutenção do *status quo* contrário a ideais democráticos?

Logo, cada um, ao seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimadas pela teoria de Ferrajoli.

Seria muito desagradável ver uma teoria gerada a partir de ideais não-democráticos ser manipulada por ideologias distintas, que se utilizam de uma forma peculiar de inserção do seu discurso no meio social.

Seria muito desagradável, repetimos, que a teoria do estado constitucional de direito, com aspectos formais e “substanciais”, fosse conhecida como uma teoria que dá sustentação a regimes totalitários, do mesmo modo que aconteceu com Kelsen, que, por optar por um formalismo metodológico e ontológico do direito, foi tido como um teórico que deu as bases de fundamento de regimes totalitários nazista e fascista, regimes esses que o perseguiram por ser judeu e por suas idéias, forçando-o ao exílio nos Estados Unidos.

Portanto, questões colocadas pelo juiz Perfecto Andrés Ibañez, discípulo de Ferrajoli, sobre a corrupção, em especial, e problemas sobre a gestão da coisa pública, em geral, ao invés de terem a

teoria garantista como um aliado contra essas práticas, na verdade ela pode ser uma forma de permitir a dominação política e jurídica de vertente autoritária em virtude da falta de precisão conceitual do que vem a ser um direito fundamental.

A teoria do garantismo, pela possibilidade de inserir conteúdos os mais diversos no que seja um “direito fundamental”, pode legitimar, sim, formas incorretas de gestão de interesses públicos, para citarmos apenas um exemplo dentre os inúmeros que podem existir.

Nessa mesma linha segue uma das correntes do chamado direito alternativo no Brasil, como vimos no capítulo anterior: muito ufanismo e engajamento político e eminentemente ideológico, sem uma preocupação com a fixação de uma teoria com dados concretos da realidade. O homem pode, sim, sonhar, mas acreditamos que nossos sonhos devem ser revertidos em um trabalho sério, com dados efetivos para que possamos construir teorias jurídicas sólidas, com substrato ontológico e epistemológico.

Um mero discurso político como tentativa de fixação de uma teoria, além de incorreto dentro dos parâmetros acadêmicos, pode levar à legitimação de um discurso pelo discurso, sem nenhuma base coerente e concreta que dê respaldo a essa forma de pensar. Parece que essa forma de articulação “acadêmica” ganha platéias em virtude do seu caráter eminentemente emocional, mas não constrói bases sólidas para que possamos efetivar um trabalho sério e de qualidade na academia jurídica.

O perigo está, exatamente, nesse vazio ontológico. O mesmo ocorre com os que imaginam que o direito – na tensão Estado-Sociedade<sup>12</sup> – é fruto meramente do social, sem se atentar que o social também é uma forma de manifestação do direito, tanto quanto o Estado. Logo, privilegiar a forma social em relação à forma estatal não resolve o problema: apenas substitui a forma pela forma, e legitima a existência

de quadros sociais totalmente contrários à teoria, como o Esquadrão da Morte ou o tráfico de drogas<sup>13</sup>. Isso pode gerar verdadeiros absurdos jurídico-sociais que se legitimam pelo silêncio, pelo vazio, pela existência de estrutura em detrimento da inexistência de conteúdo.

Por mais atrativas que certas teorias possam parecer, na verdade há o risco de elas serem usadas como base epistemológica para que se concretizem ideais não-libertários frente à sociedade. O que fazer? Chegamos a uma aporia? Podemos construir também uma idéia rigorosa de conteúdo para o direito e a democracia? Isso é um trabalho árduo para discussão, e é exatamente essa a intenção do estudo.

Todavia, a aporia ainda persiste: por mais que haja uma necessidade de conteúdos, a sua fixação traz o grave problema de se consistir em um dado *a priori*, inquestionável e balizador da forma de se estudar o direito, e, mais especificamente, os direitos fundamentais, como quer o professor Ferrajoli. Então, o que fazer: abrir o leque às possibilidades de investigação dos direitos fundamentais e admiti-los como fruto de uma construção histórica ou partir para uma determinação rígida, que resolveria problemas de segurança para além do modelo estatal, mas não estaria aberto às novas possibilidades?

A análise da teoria da autopoiese luhmanniana, esboçada em outras oportunidades<sup>14</sup>, ajuda-nos na investigação, pois ela tem por finalidade a demonstração da possibilidade da existência de uma abertura cognitiva para investigação de novas experiências e o aprimoramento da própria autopoiese, inclusive na autopoiese do sistema que formaria e informaria o que são os direitos fundamentais.

Eis o problema: a falta de conteúdo nos deixa presos à exploração retórica dos conceitos conforme interesses setorizados e particulares. Por outro lado, a falta de abertura faz com que os dados colhidos não possam ser questionados nem modificados, criando-se uma ditadura da

ontologia, a partir não apenas da lei, mas de investigações, que se dizem científicas, para afirmar pontos de partida inexoráveis. Ou seja, o retorno ao direito dogmático formalista. Talvez a mescla de tais possibilidades, constituindo uma “ética da tolerância”<sup>15</sup>, seja uma forma de conciliar os problemas.

Para tanto, acreditamos que a teoria de Ferrajoli pode ser estudada a partir da tópica de Theodor Viehweg, haja vista que, se a categoria de direitos fundamentais pode ser preenchida por diversos conteúdos, poderíamos, adotando a tópica como metodologia, enquadrar os direitos fundamentais a partir dos problemas concretos que precisam ser solucionados<sup>16</sup>, como buscaremos desenvolver em outra oportunidade.

### Notas

<sup>1</sup> Sobre o tema, cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre : Fabris, 1988. p. 84 s.

<sup>2</sup> Para uma caracterização do problema, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; e HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires : Amorrortu, 1975.

<sup>3</sup> Sobre a idéia de modernidade central *versus* modernidade periférica, cf. NEVES, Marcelo. A crise do Estado: da modernidade central à modernidade periférica: anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo : Acadêmica, n. 3, 1994. p. 64-78.

<sup>4</sup> Para uma análise do direito dogmático, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo : RT, 1980. p. 95 s. e, do mesmo autor, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo : Atlas, 1994, pp. 85-94.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid : Trotta, 1998. p. 851.

<sup>6</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1985. p. 205 s., e, especialmente, para verificar a “estrutura escalonada” da ordem jurídica, 240 s.

<sup>7</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (n. 114), p. 851 s. Cf. tb. FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (org.). *O novo em Direito e política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

<sup>8</sup> Cf. SCHELER, Max: *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un materialismo ético*. Buenos Aires : Revista de Occidente Argentina, 1948. t.1, p.159-216. Cf. tb. o site <http://members.aol.com/fringsmk/scheler3.htm>, que trata da vida e obra do filósofo alemão citado.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. (n. 7), p. 95-97.

<sup>10</sup> Cf. nota 7, *supra*.

<sup>11</sup> Cf. SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre : Fabris, 1992. p. 75 s.

<sup>12</sup> Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. *Humanidades*. Brasília: UnB, v. 7, n. 3, 1992. p. 267-282.

<sup>13</sup> Cf. OLIVEIRA, Luciano. Ilegalidade e Direito Alternativo: notas para evitar alguns equívocos. *Ensino jurídico OAB: diagnósticos, perspectivas e propostas*. Brasília : Conselho Federal da OAB, 1992. p. 191-200.

<sup>14</sup> MAIA, Alexandre da. O movimento do Direito Alternativo e sua influência no Poder Judiciário da comarca do Recife. *Revista da OAB – Seccional de Pernambuco*. Recife : OAB-TS, 1997. p. 41-62.

<sup>15</sup> A expressão destacada é de João Maurício Adeodato. Cf. ADEODATO, João Maurício. Ética, jusnaturalismo e Positivismo no Direito. *Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito*. Recife : Universitária (UFPE), n. 7. 1995, p. 214.

<sup>16</sup> Uma menção a tal possibilidade está em BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 19-27.