



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

**REFLEXÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM
KELSEN E FERRAJOLI: UMA COMPARAÇÃO EPISTEMOLÓGICA
ENTRE A TEORIA PURA DO DIREITO E O GARANTISMO PENAL**

**REFLECTIONS ON JUDICIAL DISCRETION IN KELSEN AND
FERRAJOLI: AN EPISTEMOLOGICAL COMPARISON BETWEEN
THE PURE THEORY OF LAW AND CRIMINAL GUARANTY**

<i>Recebido em:</i>	11/04/2018
<i>Aprovado em:</i>	29/06/2018

Marcus Alan Gomes¹

Andrea Ferreira Bispo²

RESUMO

O presente artigo parte de revisão bibliográfica para apresentar o sentido da discricionariedade no Garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Para tanto, empreende uma comparação epistemológica com o pensamento de Hans Kelsen que, em sua *Teoria Pura do Direito*, promove uma cisão entre ciência jurídica e aplicação do direito para afirmar que nesta sempre haverá um espaço irreduzível reservado à discricionariedade dos magistrados, cujas decisões acabam sendo permeadas por conteúdos que não podem ser

¹ Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública da UFPA. Juiz de direito em Belém. Endereço Eletrônico: marcusalan60@hotmail.com.

² Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Juíza de Direito em Belém. Endereço Eletrônico: andreaferreirabispo@yahoo.com.br.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

tomados como produto da ciência, e que devem constituir, portanto, objeto de estudo da política do direito, e não da teoria do direito. Por outro lado, em *Direito e Razão*, Ferrajoli recorre à epistemologia dos direitos fundamentais como instrumento para reduzir os espaços de discricionariedade judicial. O objetivo deste ensaio consiste em analisar o modelo garantista para perscrutar sua identificação com a política do direito ou com a teoria geral do direito, levando em conta o sentido moral dos direitos fundamentais e sua compatibilidade com a discricionariedade judicial.

Palavras-chave: garantismo; teoria pura do direito; discricionariedade; epistemologia; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present article starts from a bibliographical review to present the sense of discretion in Luigi Ferrajoli 's criminal guaranty. To do so, he undertakes an epistemological comparison with the thought of Hans Kelsen who, in his Pure Theory of Right, promotes a split between legal science and the application of law to affirm that in this there will always be an irreducible space reserved for the discretion of the magistrates, whose decisions end being permeated by contents that can not be taken as the product of science, and which should therefore be the object of study of the politics of law, not of the theory of law. On the other hand, in *Law and Reason*, Ferrajoli uses the epistemology of fundamental rights as an instrument to reduce the spaces of judicial discretion. The objective of this essay is to analyze the guarantor model to examine its identification with the politics of law or with the general theory of law, taking into account the moral sense of fundamental rights and their compatibility with judicial discretion.

Keywords: garantism; pure theory of law; discretionary; epistemology; fundamental rights.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

INTRODUÇÃO

Segundo Evguiéni Pachukanis (2017), quando o capitalismo se impôs como modelo econômico sobre os demais modos de produção, as formas jurídicas deixaram de ser uma espécie de produção artesanal para adotar uma técnica jurídica impessoal e universalizada, traduzida nos códigos legais, apostando-se no direito posto como base segura e unitária apta para superar o caos normativo do *Ancien Régime* e instaurar uma nova racionalidade legal capaz de regular as relações sociais estabelecidas no contexto dessa nova ordem.

A Escola da exegese da França expressa bem esse estado de coisas, pois propõe que o monopólio de dizer o direito seja exclusivamente do legislador, não cabendo aos magistrados recorrer a outras fontes de interpretação para aplicá-lo (STRECK, 2017).

A percepção de que os textos legais não tem um grau zero de sentido, isto é, não carregam em si seu sentido completo, frustrou o projeto do "juiz boca da lei".

Teóricos que sugeriram em momentos posteriores, como Hans Kelsen, reconheceram que esse fracasso se deveu ao fato de que textos legais são estipulados em fórmulas gerais, logo não cobrem a realidade, demandando a existência de um intérprete que possa atribuir aos enunciados normativos o sentido de que são carentes.

Kelsen (2009) buscou explicar o fenômeno jurídico a partir de categorias normativas, reafirmando as duas premissas centrais do positivismo: a separação entre direito e moral e a restrição às fontes sociais como produtoras do direito. Em razão da adoção desses pressupostos metodológicos, ao se dedicar ao problema da aplicação do direito, Kelsen (2009) recusou a existência de uma técnica de interpretação que, nos casos difíceis, pudesse garantir que há uma única resposta correta. A discricionariedade judicial nestes casos seria, como observa André Karam Trindade (2012) uma espécie de mal necessário para resolver o problema de fundo: a indeterminação das normas.

O legalismo de Kelsen terminou por legitimar regimes autoritários e justificar processos e procedimentos de interpretação e de produção normativa formulados por um



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

sujeito a partir da *certeza-de-si-do-pensamento-pensante*, isto é, a partir de uma subjetividade instauradora do mundo (STRECK, 2017), e são justamente esses resultados nefastos do positivismo que Ferrajoli se dispôs enfrentar com uma teoria que tem nos direitos fundamentais da pessoa humana o seu fundamento epistemológico.

Entretanto, nos modelos positivistas, os direitos fundamentais tem conteúdo abstrato, dado que seu sentido não é pré-definido normativamente, e dizem respeito à moral e à política, sendo, portanto, ontológicos. Desse modo, se Ferrajoli invoca-os como instrumentos de interpretação do direito a ser aplicado, seria ele, ao invés de um teórico positivista ocupado com a ciência jurídica, o autor de uma teoria política do direito?

Essa é a pergunta que norteia as reflexões aqui delineadas, que se apoiam em revisão bibliográfica para investigar se Ferrajoli invoca os direitos fundamentais como instrumento de contenção da discricionariedade de um ponto de vista externo, ou seja, no sentido ético-político da responsabilidade dos juízes, ou de um ponto de vista interno do direito, preservando a higidez de sua teoria enquanto teoria do direito.

1 O POSITIVISMO PURO DE KELSEN

Quando publicou sua Teoria Pura do Direito, Kelsen deixou claro que sua intenção era delimitar o campo jurídico, protegendo-o das valorações de índole moral, ética ou política que à época buscavam explicar o fenômeno jurídico e que haviam tornado a tal ponto incerto e controverso o objeto do direito que ele não poderia mais ser considerado uma ciência (WARAT, 2002).

Kelsen pensou, então, em um objeto formal autônomo com o qual se preocuparia a ciência jurídica, garantindo "um conhecimento apenas dirigido ao direito", excluindo "deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito" (KELSEN, 2009, p. 1) e utilizou os princípios



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

kantianos do *ser* e do *dever ser* para afirmar que a ciência jurídica é a ciência normativa por excelência, pois ela, mais do que qualquer outra disciplina, pode se manter nos limites do sentido lógico-formal do *dever ser*.

Ele compreendia que na expressão mais alta do Direito, a lei do Estado, o princípio do *dever ser* aparece de forma heterônoma, definitivamente rompido com o factual. Para Kelsen bastava, portanto, transpor a função legislativa para que o domínio metajurídico se reduzisse à pura esfera da normatividade (PACHUKANIS, 2017).

A partir disso, propôs uma cisão entre o papel do teórico e do aplicador do direito. O primeiro deveria eliminar de sua análise o elemento causal e o elemento teleológico da norma e considerar os fatos apenas sob o prisma da sua coincidência ou não com o conteúdo da lei, ou seja, ignorando a sucessão causal e a finalidade dessa lei. Em outras palavras, a ciência jurídica deveria se ocupar apenas com a conexão de imputação "entre os elementos de seu objeto" (KELSEN, 2009, p. 100). No plano do *dever ser* jurídico, existiria, assim, apenas a passagem de uma norma a outra, de acordo com uma escala hierárquica em cujo topo se encontra a autoridade suprema que elabora as normas.

Apenas no oitavo capítulo de sua obra Kelsen (2009) se dedica a falar sobre o papel do aplicador do direito, que não seria o de realizar a mesma tarefa que o teórico, pois, no plano factual, o princípio do *dever ser* perde sua pureza, fenômeno que se deve ao fato de que não é possível aplicar uma norma sem fixar-lhe o sentido. Essa fixação de sentido demanda uma interpretação, logo, aplicar a lei, para Kelsen (2009), não é só um ato de conhecimento, mas um ato de conhecimento e de vontade que ocorrem simultaneamente. Assim,

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a por, possa ainda ter lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo,



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc, pois são esses critérios que tornam possível a interpretação, logo o próprio conhecimento e a expressão da vontade do julgador (KELSEN, 2009, p. 393).

O problema seria, então, um sujeito incapaz de interpretar a norma sem se desinvestir das escórias psicológicas e sociológicas que impregnam o pensamento prático, e é por essa razão que Kelsen chegou à conclusão de que

A ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a por, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma autoilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação (KELSEN, 2009, pp. 392-393).

De outra banda, porque reconhece que nenhuma norma é capaz de vincular todos os aspectos da sua aplicação, Kelsen (2009) explica porque a indeterminação intencional e a não-intencional devem ser supridas por um ato de vontade do julgador.

A indeterminação intencional, segundo ele, é aquela contida na norma que encarrega os juízes de decidir, qualitativa e/ou quantitativamente, sobre alguns de seus aspectos. Neste caso, haveria um limite à discricionariedade imposto pelo próprio legislador para prevenir os problemas da adequação da norma aos casos concretos.

A indeterminação não-intencional ocorreria por três motivos.

Em primeiro lugar, pela pluralidade de significações de uma palavra ou de uma



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

sequência de palavras constitutivas da linguagem pela qual a norma se expressa, dando azo a que vários sentidos possam ser extraídos de um mesmo enunciado normativo.

Em segundo lugar, pela crença de que há uma discrepância entre a expressão verbal da norma e a vontade do legislador. Nesse caso, a indeterminação é antes causada pelo aplicador do direito do que pela norma em si mesma, já que o intérprete passa a não se preocupar com o fato de que não é possível comprovar empiricamente qual seria a vontade do legislador a não ser pelo conteúdo da própria norma ou da vontade por ele declarada no ato de elaboração. A investigação dessa vontade a partir de fontes alheias ao direito – como a moral ou o sentimento de justiça – segundo Kelsen (2009), aumentaria a polifonia de sentidos e, conseqüentemente, o grau de indeterminação.

Em terceiro lugar, a indeterminação pode ser consequência da existência de duas ou mais normas válidas de igual hierarquia, simultaneamente aplicáveis ao mesmo caso, e que se contradizem total ou parcialmente.

Segundo Kelsen (2009), nenhum dos métodos pelos quais os juristas afirmam ser possível eliminar a indeterminação – como a hermenêutica tradicional e a ponderação de interesses – permite de fato encontrar uma única resposta correta.

A hermenêutica tradicional, porque suas regras de interpretação – como a argumentação a *contrario sensu* e *ad simili* – conduzem a resultados contraditórios. Além disso, não há critérios que definam previamente o momento e o modo como cada uma dessas regras deve ser utilizada.

O princípio da apreciação dos interesses, por não ter um critério positivado segundo o qual os interesses contrapostos podem ser solucionados a partir da afirmação do maior valor de algum deles. Ademais, o fato de que esse "critério não pode ser retirado da norma interpretanda, da lei que a contém ou da ordem jurídica global" (KELSEN, 2009, p. 392), deixa a cargo dos juízes a determinação de qual deles é o mais importante, e isso constitui, em última instância, um ato de escolha voluntária.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

Assim, para Kelsen (2009) a decisão judicial tanto pode ser elaborada com base em diferenciadas significações verbais, quanto pela *revelação* da vontade do legislador – seja lá quais forem os meios pelos quais o intérprete acredita ter descoberto essa vontade – ou eliminando-se uma das duas ou mais normas que se contradizem, sem que se possa dizer dessa decisão que é a única correta, porque

Não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta [...] Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática –, do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo –, valor absolutamente igual. Se é o caso de duas normas da mesma lei se contradizerem, então as possibilidades lógicas de aplicação jurídica já referidas encontram-se, do ponto de vista do Direito positivo, sobre um e o mesmo plano. É um esforço inútil querer fundamentar juridicamente uma, com exclusão da outra (KELSEN, 2009, pp. 391-392).

Em Kelsen, como visto, o ato de interpretar depende quase que exclusivamente do horizonte ontológico dos juízes, que descobrem os sentidos do mundo que os cerca pelo assujeitamento dos elementos normativos e factuais. O resultado dessa interpretação é a fixação de uma moldura dentro da qual várias possibilidades de decisão aplicáveis podem ser identificadas. De cada uma dessas possibilidades, não se dirá nem que é correta nem que é incorreta, nem que é justa nem que é injusta, mas sim que é uma interpretação autêntica, posto que emanada de uma autoridade legitimada para criar o direito, ainda que



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

seja apenas para o caso concreto. Para esse autor,

Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância (KELSEN, 2009, pp. 394-395).

Em razão da simbiose jurídica e metajurídica da interpretação prática, a produção do ato jurídico dentro da moldura do direito sempre se realizaria "segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato" (KELSEN, 2009, p. 393), o que tornaria essa decisão um ato da esfera da política do direito e não de uma teoria geral do direito, porque

A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas [...] Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária (KELSEN, 2009, p. 393).



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

Pelo visto, Kelsen vê a aplicação do direito como um ato irremediavelmente comprometido pela realidade. Nesse contexto, a discricionariedade não é um problema prático, mas uma solução pragmática que desonera o julgador da tarefa de buscar conteúdos informacionais que o direito, concebido como um conjunto de normas, não pode oferecer.

Por essa via, a descrença em um método que garanta a correção do processo interpretativo implicou a atribuição de um poder ao julgador para escolher o sentido da norma que mais lhe convém, mesmo que a vontade e o conhecimento desse intérprete não tenham sido democraticamente postos acima dos textos legais (STRECK, 2017). Acrescente-se a isso que, na teoria kelseniana, a possibilidade de que escolhas sejam feitas apenas porque o sujeito que decide é um juiz estabelece uma diversidade inaceitável de decisões em causas semelhantes, tornando o ato de aplicar o direito menos uma questão jurídica do que de heurística.

2 O POSITIVISMO CRÍTICO DE LUIGI FERRAJOLI

Conforme anteriormente destacado, a ruptura absoluta entre direito e moral no positivismo kelseniano delimita o campo da ciência jurídica, já que, para Kelsen (2009), não é possível ao aplicador do direito evitar que múltiplas noções de moralidade e justiça contaminem a interpretação do *dever ser* jurídico, retirando-lhe a pureza. Desse modo, as decisões judiciais não poderiam ser objeto de estudo da ciência jurídica, pois constituiriam matéria afeta à política do direito.

O modelo garantista de Ferrajoli (2014), por outro lado, aposta na divergência entre a normatividade em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores para afirmar que o direito pode ser pensado tanto interna quanto externamente, e não apenas, como pretendia Kelsen, a partir da ciência e sua aplicação.

Haveria, assim, três eixos fundamentais no sistema garantista de Ferrajoli (2014).



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

Sob o ponto de vista interno, há um eixo axiológico, que tem a legalidade como seu princípio fundamental, caracterizando-se como uma técnica de tutela idônea para minimizar a violência e maximizar a liberdade e que constitui, simultaneamente, um sistema de vínculos impostos ao Estado para garantia dos direitos dos cidadãos, e um plano praxiológico, onde estariam em evidência os níveis de divergência entre a validade dos modelos e a não efetividade das práticas (COPETTI NETO, 2016).

Esses eixos, no entanto, não seriam externos, políticos ou metajurídicos, como propunha Kelsen, mas internos, científicos e jurídicos, porque assumiriam

Como universo do discurso jurídico o inteiro direito positivo vigente, não lhe obliterando as antinomias, mas evidenciando-as e retirando a legitimidade, do ponto de vista normativo do direito válido, os contornos antiliberais e os momentos de arbítrio do direito efetivo (FERRAJOLI, 2014, p. 787).

O terceiro eixo, ao contrário dos outros dois, corresponderia ao ponto de vista externo do direito, representado por uma filosofia política que requer do Estado e do direito o ônus da justificação externa das normas com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade, pressupondo

A doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e 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, 2014, p. 787).

Para Ferrajoli (2014), portanto, o ponto de vista externo ou político constitui a doutrina democrática dos poderes do Estado, exprimindo valores extra, meta ou pré-



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

jurídicos, interesses e necessidades naturais individuais e coletivos, cuja satisfação justificaria a existência do direito.

Dessa forma, como observa Alfredo Copetti Neto (2016) sob o ponto de vista epistemológico, os direitos fundamentais operariam como instrumentos externos que promoveriam a legitimação interna do direito.

Portanto, Ferrajoli recorre aos direitos fundamentais como elemento externo produtor de normatividade, isto é, como fonte social do direito. No entanto, ao recusar a moralidade hegemônica ou a política dos interesses como elementos que podem integrar essa epistemologia, o autor não se afasta do positivismo, uma vez que, para esses modelos teóricos, o direito tem finalidades morais, como promover a paz e a justiça, embora a moral não seja um requisito de validade do direito.

Na verdade, no modelo garantista, a preocupação com aquilo que se espera do direito é o parâmetro para que se conheça aquilo que o direito está realizando, e muito embora haja uma dissociação analítica entre fato e norma, teoria e prática, *ser e dever ser*, a ciência jurídica e a prática jurídica terminam por se articular no mundo onde as relações sociais se desenrolam.

O ato de aplicar o direito, considerado dessa forma, seria um esforço para efetivar enunciados normativos na lógica do confronto social, mais precisamente os enunciados referentes aos direitos fundamentais, combatendo a "discricionariedade decorrente do poder de disposição [...] uma vez que o seu exercício resulta, frequentemente, em uma invasão de competência na esfera política" (TRINDADE, 2012).

O garantismo de Ferrajoli avança, portanto, além da proposta kelseniana porque, para ele, os princípios são mandamentos nucleares que determinam todo o funcionamento do sistema e asseguram-lhe a integridade, constituindo um esquema epistemológico de identificação do desvio entre garantia e realidade orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade de todo sistema jurídico.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

Por ter esse objetivo, somente por razões metodológicas os elementos constitutivos do sistema garantista, a saber, a norma e a aplicação do direito, estão dissociados.

De fato. A produção da norma, correspondendo à uma racionalização, pelo Poder Legislativo, de reivindicações sociais conflitantes, deve atender ao preceito liberal da interferência mínima. Já na aplicação do direito, o garantismo opera no campo empírico excluindo as noções ontológicas do senso comum para apresentar convenções pacificadas na tradição jurídico-social sobre o sentido de termos legais. Desse modo, sua relevância não estaria relacionada à casuísmos como a verdade, justiça ou à moral no caso concreto, mas somente ao que a lei diz.

Disso deriva um modelo teórico e normativo do processo como campo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações — de fato ou de direito — das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual.

Para Ferrajoli (2014), a jurisdição é uma atividade normativa que se distingue por não ser meramente potestativa nem meramente discricionária, mas vinculada à aplicação da lei aos fatos julgados, mediante o reconhecimento da primeira e o conhecimento dos segundos.

Entretanto, reconhece o professor italiano que o modelo penal garantista "tem o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável" (FERRAJOLI, 2014, p. 42), o que se deve ao fato de que as condições de uso do termo verdadeiro e os critérios de aceitação da verdade no processo exigem decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade. São quatro esses espaços de poder específicos e insuprimíveis.

O primeiro é o do poder de indicação, de interpretação ou de verificação jurídica. Para Ferrajoli (2014), por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias, a verificação



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

jurídica dos seus pressupostos legais não é totalmente certa e objetiva, porque a interpretação da lei nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa, segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgotaria inevitavelmente na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados. Seria, por exemplo, o caso da norma penal que deixa a cargo do juiz fixar a espécie e a quantidade da pena.

O segundo espaço é o poder de comprovação probatória ou de verificação fática que, mesmo regulado pelo conjunto das normas processuais que deve ser seguido para assegurar a validade das provas, não resolve o problema de que essas provas serão verificadas empiricamente. Essa fixação de sentidos, para Ferrajoli (2014), exige decisões argumentadas, porque cada fato deverá ser relacionado aos demais e significados normativamente. Essa não seria uma atividade apenas cognitiva, mas a conclusão de um processo indutivo, cuja aceitação é, por sua vez, um ato prático que expressa um poder de escolha a respeito de hipóteses explicativas alternativas.

Neste caso, o ato de interpretar e fixar o sentido dos fatos seria controlado pela imparcialidade. Ferrajoli (2014) não reivindica a objetividade dos juízes, mas a sua capacidade de não falsificar o sentido das provas e de não julgar a despeito dos fatos.

O terceiro espaço é o do poder de conotação ou de compreensão equitativa, que corresponderia à capacidade do juiz de discernir as conotações que tornam cada caso concreto diferente dos demais, por mais que pertençam ao mesmo gênero jurídico. Aqui, a ideia de Ferrajoli (2014) é que, no plano praxiológico, os juízes realizem um esforço para verificar os elementos acidentais e especiais de cada caso concreto e não julguem a partir de padrões comportamentais alheios ao contexto em que se insere o caso concreto.

O quarto espaço é o poder de disposição ou de valoração ético-política e refere ao nexos entre a estrita jurisdicionabilidade e a estrita legalidade, na medida em que o modelo penal garantista não se satisfaz com o plano legislativo, questionando os espaços de



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

discricionariedade dispositiva no plano judicial que comprometem tanto o caráter cognitivo do juízo quanto sua sujeição exclusivamente à lei. Dentro desses espaços, o juiz, ainda quando em contraste com a natureza de seu papel, não poderia subtrair-se à responsabilidade política das escolhas e decisões que toma.

Ferrajoli (2014) distingue, destarte, os limites intrínsecos de opinabilidade na interpretação da lei, na argumentação das provas e na valoração da especificidade dos fatos – afirmando serem esses os espaços normativos de arbítrio evitáveis ou redutíveis –, do espaço deixado em aberto ao poder de disposição dos magistrados, que seria um produto patológico de desvios e disfunções politicamente injustificadas dos três primeiros tipos de poder que eliminariam, até o ponto da arbitrariedade, os limites ao poder global dos juízes, possibilitando que esses assumissem, conforme a ocasião, os poderes de um confessor, de um psicanalista ou de um terapeuta social, atuando de modo desvinculado de critérios rígidos e certos e motivados por juízos de valor não verificáveis nem refutáveis. Uma decisão proferida nessas condições seria potestativa, porque não elaborada mediante as regras do jogo que garantem a verdade processual, mas a partir de uma confiança nada democrática do juiz em sua própria sabedoria e na verdade substancial que ele acredita ter apreendido.

Por essa razão, o poder de disposição, para Ferrajoli (2014), seria uma atividade substancialmente administrativa, política ou governativa, caracterizada por formas de discricionariedade que, ao afetar as liberdades individuais, inevitavelmente desembocam no abuso, mesmo que seus parâmetros de justificação racional e de legitimação política sejam constituídos pelo êxito prático da satisfação do interesse público ou do consenso social.

Para a lógica garantista, esses modelos de justificação são inaceitáveis na jurisdição, sobretudo na de natureza penal, em que não basta que uma decisão satisfaça as funções de prevenção e de segurança ou que aglutine o consenso da comunidade. É preciso, ao



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

contrário, que supere toda espécie de justificação meramente instrumentalista, utilitarista, consensualista, e mesmo de uma democracia formal, para se afirmar pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a verdade no sentido da correspondência mais aproximada possível da motivação às normas aplicadas e aos fatos julgados.

Desse modo, tem-se que o modelo de Ferrajoli adere às características centrais do positivismo, mas se distancia consideravelmente da tese kelseniana quando propugna que os direitos fundamentais não podem ser considerados como abstrações moralistas, e sim como fios condutores de uma interpretação e aplicação do direito que tem na pessoa humana e sua dignidade o seu valor central.

CONCLUSÃO

No modelo garantista, a discricionariedade judicial, posta sob rígido controle da epistemologia dos direitos fundamentais – considerados estes como figuras jurídicas que referem a um antropocentrismo materialista, portanto dissociado de preceitos abstracionistas – coloca a moral em um patamar de onde ela não pode ser invocada com pretextos moralizadores para corrigir as lacunas e antinomias do direito, mas evidencia uma moralidade política e compromissária com a melhor aplicação do direito.

De outra banda, se o direito, como manifestação social que é, não deixa de ter conteúdos arbitrários, negar a possibilidade de crítica aos seus pressupostos, como o fez Kelsen, não torna o exame de suas normas uma ciência, tendo em vista que toda e qualquer ciência deve se interessar pelo que está acontecendo ao seu redor.

A preocupação de Ferrajoli, atingindo justamente esse ponto da teoria kelseniana, não pode ser considerada como não positivista, uma vez que preserva as suas características centrais ao recorrer a uma epistemologia legitimadora que, embora externa, não se funda em preceitos da moralidade hegemônica, mas no valor intrínseco da liberdade



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

e da autonomia humanas, buscando compreender o fenômeno jurídico como fenômeno histórico.

Ferrajoli (2014) reconhece que os seus objetivos e funcionamento do direito atendem a propósitos morais. Ele também nega a possibilidade de que as normas assegurem a neutralidade dos juízes, conforme sonhado pelo movimento Iluminista, e em nenhum momento propõe que as leis possam fechar todos os sentidos interpretativos, muito embora direcione seus esforços para a construção de postulados analíticos que reduziriam o grau de incerteza do direito posto.

A questão, para o garantismo, é de validade, já que para ser válida uma norma não precisa ser moralmente correta ou justa, mas substancialmente compatível com os direitos fundamentais. Valores opostos que se entrecruzam e se superpõem a isso devem ser evitados a todo custo. Não se trata, entretanto, de uma convocação para uma cruzada que busca um sistema de valores logicamente coerente ou que quer alcançar um meio termo entre valores que são em si inconciliáveis, mas sim uma tomada de posição em situações concretas que desvela os interesses em conflito e coloca o valor da pessoa humana no ápice da escala do que deve ser respeitado.

É fato que Ferrajoli, ao contrário de Kelsen, escreveu sua obra no contexto da mudança do legalismo para o paradigma do constitucionalismo rígido em que se estruturaram as democracias após a 2ª Guerra Mundial, circunscrevendo os poderes legislativo, executivo e judiciário não somente às formas, mas igualmente aos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

É exatamente em razão dessa rigidez e da força normativa dos direitos fundamentais que Ferrajoli pode justificar uma mudança fundamental no pensamento juspositivista sem aderir a outro modelo. Se admitimos que os direitos fundamentais constituem o núcleo liberal das constituições e que visam evitar os problemas do uso do poder, eles podem ser tomados no mesmo sentido da reflexão marxista de Pachukanis (2017) sobre o justo,



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

permitindo a crítica de que a reprodução das explorações, embora seja chamada de justiça ou de ordem justa, não pode ser considerada justa, já que não assegura igualdade de condições sociais (expectativas positivas), liberdade e autonomia (expectativas negativas) para todas as pessoas.

A existência desses vínculos e limites constitucionais à validade substancial das leis importa, portanto, em algumas mudanças fundamentais no paradigma positivista, porque aqui já não é a lei, qualquer que seja o seu conteúdo, a fonte suprema e ilimitada do direito, mas a supremacia dos direitos fundamentais, que condicionam a própria atividade legislativa e alteram o sentido de legalidade, que deixa de ser apenas condicionante e disciplinante, e passa a ser condicionada e disciplinada por vínculos jurídicos.

O positivismo crítico de Ferrajoli, como modelo ideal de teoria do direito e de teoria política, constitui um poderoso fundamento para o direito de um Estado constitucional democrático construído nos processos de luta, mais precisamente, traduzido em um axioma que ultrapassa o campo da dogmática, servindo como critério de distinção entre a doxa e a episteme, dado que se traduz como instrumento metodológico que permite separar a lei penal punitivista, exigida arbitrária e contraditoriamente pelo senso comum, da lei penal cuja validade pode ser afirmada por ter seu registro objetivo nos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão. Uma Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.436>

PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida, São Paulo: Boitempo, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis***. In Rosa, Alexandre Morais da *et al* (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WARAT, Luís Alberto. Introdução Geral ao Direito II. **A epistemologia jurídica da modernidade**. Trad. José Luiz Bolzan. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2002.