

A idéia de validade e vigência no direito no garantismo penal de Ferrajoli

Flavio Ribeiro da Costa

Resumo Ferrajoli afirma que o conceito de validade em Kelsen é equivocado, pois uma norma seria inválida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição. 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 anteriores 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. Neste sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais. Por fim afirma Ferrajoli que o conceito de validade em Kelsen se confunde, equivocadamente, com o de vigência da norma.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo; vigência e validade; acepção de Ferrajoli.

Luigi Ferrajoli, na sua obra *Direito e Razão*, estabelece as bases conceituais e metodológicas do que foi chamado de garantismo penal. Todavia, percebe que os pressupostos estabelecidos na seara penal podem servir de subsídios para uma teoria geral do garantismo, que se aplique, pois, a todo o direito e a seus respectivos ramos (administrativo, civil etc.).

A partir de tal conclusão, Ferrajoli busca estabelecer, nos dois últimos capítulos do referido livro, uma teoria do garantismo a partir das acepções do respectivo termo.

Inicialmente, a palavra garantismo, no contexto do trabalho de Ferrajoli, seria um " modelo normativo de direito" . Tal modelo normativo se estrutura a partir do princípio da legalidade, que – afirma o Autor – é a base do Estado de Direito.

Tal forma normativa de direito é verificada em três aspectos distintos, mas relacionados. Sob o prisma epistemológico, pressupõe um sistema de poder que possa, já no viés político do termo, reduzir o grau de violência e soerguer a idéia de liberdade – não apenas no âmbito penal, mas em todo o direito.

No aspecto jurídico, percebe-se um dado curioso: o de se criar um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado. Ou seja, o próprio Estado, que pela dogmática tradicional tem o poder pleno de criar o direito e todo o direito, sofre uma limitação garantista ao seu poder. Assim, mesmo com sua "potestade punitiva", o Estado deve respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Constitucional de direito

Como resposta ao exacerbado poder punitivo conferido ao Estado, surge no mundo jurídico uma doutrina criminológica de aplicação processual penal, difundida pelo duto jurisconsulto Luigi Ferrajoli: o *Garantismo Penal*.

Em seu livro *Derecho y Razón*, Ferrajoli apresenta um modelo de aplicação da lei penal adjetiva, visando a ampliação da liberdade do homem em detrimento da restrição do poder estatal, minimizando o *jus penales puniendi*. É uma solução para a histórica antítese entre liberdade do homem e poder estatal.

As palavras direito, privilégio, isenção, responsabilidade e segurança são expressas em nossa língua como sinônimas do vocábulo *garantia*, utilizado em nosso ordenamento jurídico pelo direito constitucional como prerrogativa da cidadania.

Tornou-se comum os operadores do direito confundirem o garantismo com o abolicionismo penal, sendo este a defesa da liberdade selvagem do homem enquanto que aquele rechaça tal doutrina afirmando que o Estado tem o dever de regar tal independência. O garantismo também repele o Estado Liberal que age com excesso no direito de punir.

Conceitua-se Garantismo Penal como o modelo de direito consistente em uma liberdade regrada, sendo o meio-termo entre o Abolicionismo Penal e o Estado Liberal.

No nosso conjunto de leis já vemos algumas inovações que primam pela aplicação desse ideal criminológico-processual, como a Lei n.º 11.006/2006 que revogou o crime de adultério, afirmando, assim, o princípio da intervenção mínima ao deixar tal fato à análise do direito civil.

Ferrajoli prega nesse ensinamento que algumas técnicas deverão ser utilizadas no processo de minimalização do poder institucional: o aplicador do direito deve valer-se da consagração de dez axiomas, princípios norteadores do direito penal, que trazem em suas normas garantias relativas à pena, ao delito e ao processo.

Como garantias em relação à pena: 1) *nulla poena sine crimine* - emprego do princípio da retributividade - o Estado somente pode punir se houver prática da infração penal; 2) *nullum crimen sine lege* - é o princípio da legalidade, que preconiza quatro preceitos: a) o princípio da anterioridade penal; b) a lei penal deve ser escrita, vedando desta forma o costume incriminador; c) a lei penal deve também ser estrita, evitando a analogia incriminadora; d) a lei penal deve ser certa, ou seja, de fácil entendimento; decorre daí o princípio da taxatividade ou da certeza ou da determinação; 3) *nulla lex penales sine necessitate* ou princípio da necessidade, ou como modernamente é denominado, princípio da intervenção mínima - não há lei penal sem necessidade. O direito penal deve ser tratado como a derradeira opção sancionatória no combate aos comportamentos humanos indesejados.

Vê-se como garantias relativas ao delito: 1) *nulla necessitas sine injuria* ou princípio da lesividade ou ofensividade - não há necessidade se não há também uma relevante e concreta lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado; 2) *nulla injuria sine actione* ou princípio da exterioridade da ação, que proíbe a criação de tipos penais que punam o modo de pensar, o estilo de vida. Há somente a punição pela ação ou omissão do homem, pois o direito penal é do fato e não do autor; 3) *nulla actio sine*

culpa ou princípio da culpabilidade - deve-se apurar o grau de culpa (dolo ou culpa stricto sensu) para então dosimetrar a punição pela prática humana.

E finalmente determinam-se como garantias relacionadas ao processo: 1) *nulla culpa sine iudicio* ou princípio da jurisdicionalidade - não há reconhecimento de culpa sem que o órgão jurisdicional a reconheça; 2) *nullum iudicium sine accusatione* ou princípio acusatório - o poder judiciário não afirma o direito de ofício, devendo ser provocado; referido poder é inerte (princípio da inércia). Frederico Marques dizia que "o juiz é um expectador de pedra", ou seja, por ser inerte não pode agir; 3) *nulla acusation sine probatione* ou princípio do ônus da prova - não há acusação sem a existência de prova ou suficiente indício de autoria; 4) *nulla probation sine defensione* ou princípio da ampla defesa e do contraditório.

O garantismo penal não se configura como uma doutrina distante de ser efetivamente concretizada no mundo jurídico atual, pois existem modernamente movimentos penais e criminológicos que ostentam a essência desse tirocínio, sendo a escola do direito penal mínimo seu maior representante entre seus defensores.

O alcance dessa teoria seria a eficácia do direito penal no mundo contemporâneo.

A teoria do Prof. 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 Prof. 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.

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 anteriores 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. Neste sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais. 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. 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.

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, dentre 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 se enquadrar também ao conteúdo dessas prescrições normativas, e os direitos fundamentais seriam, também, uma limitação de conteúdo, dentre 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.

Conclusão

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 através de um processo histórico, que continua em seu devir, conquistado através da experiência, não dotados de uma ontologia, por palavras próprias do professor, em virtude de os direitos fundamentais serem construídos através dos tempos. É certo que a teoria de Luigi Ferrajoli, muito embora ela corra o risco acentuado de ser manipulada por estruturas de poder que se valham da imprecisão conceitual dos direitos fundamentais, também serve de alento aos teóricos, haja vista que abre possibilidades argumentativas para a configuração de direitos fundamentais a cada problema específico, se tomarmos a tópica como referência.

Bibliografia:

BOBBIO, Norberto: *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (p.7)

KELSEN. Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.