



O COGNITIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE LIMITAR E CONTROLAR O ATIVISMO JUDICIAL

Alexandre Brandão Rodrigues¹
Caroline Müller Bitencourt²

RESUMO: O ativismo judicial atualmente é um dos grandes desafios do constitucionalismo contemporâneo. Os limites e o controle do poder judicial tem sido a tônica de grandes e relevantes discussões dentro do âmbito da teoria do direito. Para tanto, se tem por objetivo apresentar a análise feita por Ferrajoli sobre as dimensões do poder judicial e verificar qual a solução apresentada por este filósofo do direito para controlar e limitar este poder. O trabalho é de natureza bibliográfica, consiste na análise doutrina autorizada e o seu método, portanto, é o dedutivo. Como resultado, verifica-se que dentro de uma perspectiva da filosofia analítica, as garantias tem o papel de minimizar e controlar o poder arbitrário que é próprio de uma atitude ativista do juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Cognitivism. Garantismo.

ABSTRACT: Judicial activism is currently one of the major challenges of the contemporary constitutionalism. The limits and the control of the judiciary has been the keynote of large and relevant discussions within the framework of the theory of law. Therefore, it aims to present the analysis by Ferrajoli on the dimensions of the judiciary and find what the solution presented by this philosopher's right to control and limit the judiciary. The work is a bibliographic nature, is the authorized doctrine and its analysis method, therefore, is deductive. As a result, it appears that within a perspective of analytical philosophy, the guarantees has the role to minimize and control the arbitrary power that own activist attitude of judgment.

KEYWORDS: Judicial activism. Cognitivism. Guaranteeism.

¹ Bacharel em Ciências Militares pela Academia de Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul (1994). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (1999). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIJUÍ (2008). Mestrando do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: abrandao@mx2unisc.br.

² Doutora em Direito. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Pesquisadora vinculada ao Cnpq. Advogada. Endereço eletrônico: carolinemb@unisc.br.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pode o Poder do Judiciário se sobrepor ao Poder legislativo, de modo a ter sempre a última palavra, ainda mais quando o Poder Legislativo, em tese, está legitimado democraticamente para a tomada de decisões? Até que ponto este ativismo judicial é legítimo em um Estado democrático de direito, que tem entre os seus princípios fundamentais a separação dos poderes? O ativismo judicial trata-se de uma das grandes preocupações das democracias atuais e um dos temas centrais das grandes discussões travadas no âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo.

No direito norte-americano, Alexander Bickel (1986) entende que o ativismo judicial, principalmente da suprema corte daquele país, representa um atentado com a democracia. Na mesma linha, John Hart Ely (1980) entende que as Cortes Constitucionais devem ficar restritas às condições de deliberação democrática, sem ditar e construir concretamente valores fundamentais.

No Brasil, se tem Lenio Streck entre os principais críticos do ativismo judicial, entende Streck que o ativismo trata-se de “posturas axiológicas e voluntaristas, que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia”. (2012, p. 65) Aduz que a atitude ativista dos juízes não passam de

um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo “convenientemente” o nome de “princípios”, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, *possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia*. E isso pode representar uma fragilidade do direito, ao invés de o reforçar. (STRECK, 2012, p. 67)

Lenio ressalta ainda que, no Brasil, os tribunais transformaram a regra da ponderação em um princípio, utilizando descriteriosamente a teoria de Robert Alexy³, pelo qual a ponderação conduz à formação de uma regra que é aplicada ao caso concreto. (STRECK, 2012, p. 74) Tal afirmação de Lenio é confirmada pelo próprio Alexy, que deixa isso bem claro em sua obra: “como resultado do sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra à qual o fato pode ser subsumido”. (ALEXY, 2011, p. 102).

³ Quanto ao tema, esclarecedora foi a “Nota do Tradutor” de Virgílio Afonso da Silva, que ressalta: “O caso mais importante está ligado à ideia de proporcionalidade. Alexy evita denominá-la de princípio (“Prinzz”), justamente para evitar em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra”. (ALEXY, 2011, p. 10)

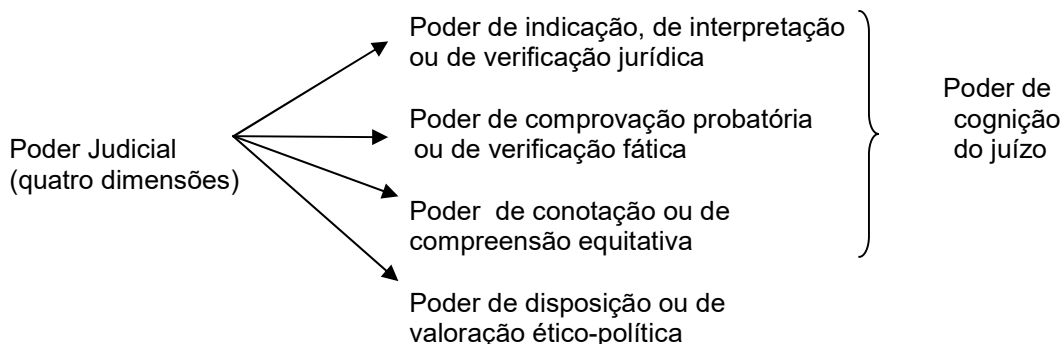
Para Mônia Leal o ativismo judicial, que está associado a uma postura ativa e intervencionista das cortes constitucionais na concretização a Constituição, é um dos aspectos mais controvertidos da atual Teoria Constitucional contemporânea. A grande crítica está na falta de legitimidade do Poder Judiciário para invadir as competências dos outros poderes. (LEAL, 2012, p. 430) Esse ativismo, segundo Mônia, tem várias características, entre elas: a ampliação da atuação constitucional; a expansão da atuação judicial a âmbitos jamais vistos; e a relativização da relação entre os poderes. E seu campo de atuação dá-se pela aplicação direta da Constituição, independentemente da regulamentação do legislador ordinário; pela manifestação de inconstitucionalidade nos casos expressamente contrários à Constituição; pela imposição de condutas e abstenções ao Poder Público. (LEAL, 2012, p. 440)

O ativismo judicial pode se manifestar de duas formas: na forma de *supremacia judicial* ou *revisão judicial*. A última trata-se da atividade pela qual os juízes revisam a validade das normas legais e administrativas e a primeira trata-se da concepção de que os juízes têm a última palavra acerca da interpretação constitucional, ou seja, do significado da Constituição. (LOIS e MARQUES, 2013, p. 124) Certamente, a supremacia judicial é incompatível com o processo democrático, pois permite que uma minoria de juízes imponha sua interpretação/opinião; mas não a *revisão judicial*, que se mostra adequada e em consonância com os ideais de um Estado democrático de direito. (LOIS e MARQUES, 2013, pp. 132 134)

Ferrajoli defende que a revisão judicial é necessária para fins de aferir a validade da norma ou do ato produzido pelo poder público frente aos valores instituídos constitucionalmente; mas se contrapõe firmemente à supremacia judicial, pois entende ser esta um fator de deslegitimação da atividade judicial. (2012, p. 53)

No presente trabalho, pretende-se apresentar a alternativa ao ativismo judicial (supremacia judicial) que foi proposta por Ferrajoli no terceiro capítulo da sua obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal” (2006), em que trata do “poder punitivo entre a verificação e valoração”. Neste capítulo Ferrajoli analisa todas as dimensões do poder judicial e propõe, com base na filosofia analítica, uma epistemologia garantista para definir os limites e estabelecer o controle do poder judicial. Nesta análise, Ferrajoli decompõe o poder judicial em quatro poderes distintos. Os três primeiros compõem o poder de verificação judicial: poder de denotação (verificação jurídica); poder de comprovação probatória (verificação

fática); poder de conotação (discernimento equitativo). E, o último, o poder de disposição (valoração ético-política), trata-se da degeneração destes três primeiros.



Ressalta Ferrajoli o papel das garantias para reduzir o poder arbitrário e satisfazer, ao máximo, o modelo garantista previsto nas constituições dos Estados democráticos de direito.

1. PODER DE DENOTAÇÃO (VERIFICAÇÃO JURÍDICA OU SUBSUNÇÃO)

A primeira questão enfrentada por Ferrajoli é quanto à verificabilidade e à falseabilidade dos termos legais por parte do Poder Judiciário, que são as condições em que se pode usar, sensatamente, os termos “verdadeiro ou falso”. Trata-se de uma *teoria do significado*. Para isso, propõe Ferrajoli, a observância das garantias, que “são critérios normativos e limitativos da previsão legal dos delitos”. (IPPOLITO, 2011, p. 37) Nesse mote, só são verificáveis “afirmações de significado ou de referência empírica, quer dizer, que descrevem fatos ou situações determinadas a partir de determinado ponto de observação”. (FERRAJOLI, 2006, p. 114) Por consequência, não são verificáveis ou falseáveis juízos de valor sobre os fatos.

As condições de verificabilidade e da falseabilidade dependem da semântica da linguagem na qual a norma é formulada. Por isso, Ferrajoli utiliza-se da teoria referencial do significado, criada por Gottlob Frege, para distinguir o significado de um signo. Frege ao formular “teorias das relações, quantificação e função da verdade as bases da lógica matemática”, proporcionou uma revolução na lógica no século XIX, visto que elaborou um sistema lógico inteiramente novo. (NASCIMENTO JÚNIOR, 1998, p. 45)

Tal teoria referencial do significado afirma que se deve distinguir a extensão ou denotação (conjunto de objetos para o qual o signo se aplica) da sua intensão ou conotação (característica essencial do signo). Assim, a extensão de um termo será tanto maior (ou menor) quanto menor (ou maior) for sua intensão. Ferrajoli exemplifica utilizando o signo “homem”, que é mais extenso que “homem de 20 anos” (que tem uma intensão menor) e menos extenso que “animal” (que tem uma intensão maior). (FERRAJOLI, 2006, p. 115)

Diante disto, conclui “que um termo é vago ou indeterminado se sua intensão não permitir determinar a sua extensão com relativa certeza, quer dizer, se existirem objetos que não estão excluídos nem incluídos claramente em sua extensão.” (FERRAJOLI, 2006, p. 116) Assim, não são verificáveis termos valorativos, por serem vagos ou indeterminados, como “fútil”, “torpe”, “obsceno”, “mau”, “vagabundo”, “mendigo” etc. Visto que tais termos dependem do juízo de valor do observador, não são verificáveis através de referências empíricas, enfim, podem ser falsos ou verdadeiros dependendo da pessoa que os interpreta.

Significado de um Signo	
Extensão ou denotação	conjunto de objetos para o qual o signo se aplica
Intensão ou conotação	característica essencial do signo

Termo vago \implies sua intensão não permiti determinar a sua extensão com relativa certeza.

Na linguagem jurídica esta teoria do significado exige que uma tese judicial, para ser verificável e falseável, tenha termos com extensão determinada, ou seja, que suas intensões estejam definidas de maneira clara e precisa. Isso é assegurado pelo *princípio da legalidade estrita* ou da *taxatividade penal*. “Disso resulta, conforme esta regra, que as figuras abstratas de delito devam ser *conotadas* na lei mediante *propriedades* ou *características essenciais*, idôneas a determinarem seu *campo de denotação* (ou de aplicação) de maneira *exaustiva*”. (FERRAJOLI, 2006, p. 117)

Estas conotações podem ser identificadas com os *elementos constitutivos do delito*:

- a *ação*, exterior e empiricamente visível;

- *resultado*, um dano tangível;
- *culpabilidade*, que permita atribuir a ação à pessoa que seja o seu autor.

Essa formalização do texto legal permite que o juiz, bem como todo e qualquer jurista, reconheça, no caso concreto, a presença (ou não) dos elementos do delito. Para Roxin, a legalidade estrita, além de permitir se verificar o conteúdo da lei, possibilita precisar o seu conteúdo material mediante a simples leitura do dispositivo legal (2006, p. 219).

Mas isso depende da linguagem empregada pelo legislador, da exclusão ou inclusão de termos valorativos: se excluir e o juízo se referir a fatos empíricos e objetivos, “é (relativamente) verificável e contestável e é, portanto, um ato de cognição e de jurisdição (juris + dicere)” (FERRAJOLI, 2006, p. 119); já, se “referir-se a uma atitude de desaprovação do sujeito que o pronuncia, é absolutamente inverificável e incontestável e é, melhor, um ato de valoração baseado em uma opção subjetiva e meramente potestativa.” (FERRAJOLI, 2006, p. 119) Tudo, enfim, dependerá da técnica legislativa aplicada na formulação da lei, quanto mais vaga e valorativa for a lei, mais obscuro e discricionário será a sua aplicação.

A utilização de cláusulas gerais, bem como de termos vagos e valorativos, na definição do tipo penal vai de encontro ao princípio da legalidade estrita e deixa a critério do juízo a definição dos limites do que é lícito ou ilícito. (LOPES, 1999, p. 85)

Mas, isso não basta para garantir a verificabilidade processual, é necessário também a observância do princípio da estrita jurisdicionariedade, que exige que as teses judiciais sejam compostas de fatos e provas individualizados de forma precisa e sem o uso de palavras vagas e valorativas pela acusação. “Isso não impede que na prática os órgãos de investigação costumem formular suas acusações em termos vagos e indeterminados.” (FERRAJOLI, 2006, p. 121)

Os princípios de legalidade estrita e de estrita jurisdicionariedade garantem a reserva *absoluta* da lei em matéria penal, mediante a verificabilidade das proposições jurídicas e fáticas. Tais princípios não são, contudo, plenamente satisfeitos, visto que o juiz, por vezes, interpreta ou redefine o sujeito ou predicado da premissa jurídica na forma que repute “conveniente para os fins de subsunção (ou de não subsunção) do fato à lei, isto é, da aplicação (ou não aplicação) da lei ao fato”. (FERRAJOLI, 2006, p.123)

Ferrajoli chama de “poder de denotação” a potestade do juiz necessária para integrar os espaços deixados em aberto pela linguagem legal e pela linguagem

comum; e de “poder de disposição”, a potestade do juiz que, na falta de legalidade estrita e de estrita jurisdicionariedade, toma “decisões discricionárias não sobre a verdade, ma sobre valores diversos, do tipo ético-político.” (FERRAJOLI, 2006, p. 124)

Certamente, a teoria do significado proposta por Ferrajoli, para fins de limitar e controlar o poder judicial de verificação jurídica, trata-se de uma técnica apta a minimizar os efeitos do ativismo judicial, ao exigir que esta verificação seja feita nos ditames dos princípios da estrita legalidade e da estrita jurisdicionariedade. E assim, com a observância das garantias legais e constitucionais.

2. PODER DE COMPROVAÇÃO PROBATÓRIA (VERIFICAÇÃO FÁTICA)

A segunda dimensão do poder judicial é o poder de verificação fática. Para esta comprovação probatória, Ferrajoli apresenta uma *teoria da prova*, onde propõe que as garantias processuais devem regular “a intervenção punitiva estatal na fase crucial da decisão judicial (*accertamento giudiziario*), formando com as primeiras um sistema coeso, voltado para a salvaguarda da liberdade e para limitação do arbítrio punitivo”. (IPPOLITO, 2011, p. 37) Esta verificação se dá na forma “de uma inferência indutiva, na qual as premissas são constituídas pela descrição do acontecimento que deve explicar e as provas praticadas, enquanto a conclusão é construída pelo enunciado do fato, que se considera provado pelas premissas.” (FERRAJOLI, 2006, p. 125) A indução judicial é idêntica a qualquer outra indução, o que existe é a probabilidade de que a conclusão seja verdadeira, nunca a certeza. (FERRAJOLI, 2006)

A conclusão será sempre uma *verdade provável*, pois não existem regras indutivas capazes de garantir uma verdade por indução. Ainda mais se levando em conta a “concepção clássica do processo como *disputatio* ou competição dilemática entre razões opostas, articulada e resolvida por *confirmações* e *refutações*.” (FERRAJOLI, 2006, p. 133) Estes pressupostos deram origem à estrutura acusatória do processo penal clássico e à maior parte das garantias processuais. Essa lógica indutiva do raciocínio probatório, a livre convicção do juiz e o rechaço as provas legais tiveram como consequências:

- 1) a não presunção legal da culpabilidade, na presença de tipos de prova abstratamente previstos na lei; 2) a presunção da inocência, na ausência de provas concretamente convincentes de sua falsidade; 3) o ônus da

acusação de exibir tais provas, o direito da defesa de refutá-las e o dever do juiz de motivar, com base nelas, a própria convicção em caso de condenação; 4) a questionabilidade de qualquer prova, que sempre justifica a dúvida como hábito profissional do juiz e, de acordo com isso, permite a absolvição. (FERRAJOLI, 2006, p. 133)

O grande problema da *íntima* ou *livre convicção* do juiz é que ela depende da alteração institucional da estrutura do processo e da elaboração de uma adequada teoria da prova de convicção indutiva. Visto que se este princípio for interpretado como critério de valoração (ou escolha) da prova, ficaria adstrito à potestade do juiz, que escolheria a prova “adequada” ou “suficiente”. A solução é de se obter uma justificação *relativa*, identificando os *critérios de decisão* que “permitirão considerar uma inferência indutiva mais razoável ou plausível que outras, rechaçáveis, por sua vez, como irrazoáveis ou implausíveis, porque injustificadas ou menos justificadas.” (FERRAJOLI, 2006, p. 135)

Para isso, segundo Ferrajoli, o melhor critério de decisão ou justificação é o oferecido pelo modelo nomológico-dedutivo de Karl R. Popper. Por este critério as leis empíricas “não são verdadeiras logicamente, mas apenas provavelmente, conforme a experiência passada, a qual não assegura, de modo algum, que o nexo entre acontecimentos se repetirá no futuro com a regularidade necessária.” (FERRAJOLI, 2006, p. 136)

Para Popper não se pode chegar a verdades universais por meio de enunciados particulares. Isso devido à necessidade de “um princípio sintético que vincule os enunciados particulares aos gerais. Tal princípio da indução também precisa ser experimentado e para isso precisa de outro princípio de indução de nível maior até uma regressão infinita”. (NASCIMENTO JÚNIOR, 1998, p. 49) Alternativamente, a solução seria a apresentada por Kant, de um princípio de indução que seja válido “a priori”, mas, segundo Popper, tal solução não é aceitável. (POPPER, 2007, p. 29) Assim, o que é importante não é a verificabilidade, mas sim a possibilidade refutação das hipóteses. Busca-se o falseamento da teoria, para substituí-la por uma teoria melhor. “Aquele que procura a verificação para a sustentação de sua teoria, segundo Popper, tem uma atitude dogmática”. (NASCIMENTO JÚNIOR, 1998, p. 49) Para ser científica, a ciência tem que ser falseável. O esquema de explicação nomológica-dedutiva não permite demonstrar, mas apenas confirmar a verdade. (POPPER, 2007)

A compilação de dados probatórios não garante a verdade de uma hipótese explicativa, mas somente pode confirmá-la ou invalidar a hipótese concorrente. É na convergência dos dados probatórios que são consideradas as premissas explicativas “como sua confirmação, que aumenta sua plausibilidade e o grau de probabilidade. Todo dado que, ao revés, não se acomoda a tais premissas representa uma refutação.” (FERRAJOLI, 2006, p. 137) Assim, a busca das provas ou confirmações a partir de uma determinada hipótese de trabalho e das contraprovas ou refutações de todas as hipóteses concorrentes, são as únicas formas de controle que se articula a investigação indutiva.

Podemos expressar tudo isso afirmando que não dispomos de um método de descobrimento ou de verificação, mas apenas de um método de confirmação e de falseabilidade. Um descobrimento – seja do cientista, do historiador ou do detetive – jamais é um método mecânico, mas sempre um fato criativo, confiado à imaginação e à invenção. Em consequência, jamais é dedutível mecanicamente, nem pode jamais afirmar-se como absolutamente verdadeiro, apenas pode ser preferido a todas as hipóteses concorrentes, conforme os dois critérios de verificação (que não deve ser confundidos com o significado do termo ‘verdadeiro’). (FERRAJOLI, 2006, p. 137)

Ocorre que, na investigação judicial, diferente da científica, o erro de uma conclusão nunca é profícuo, além disso, a busca de provas e das contraprovas estão confiadas institucionalmente a partes distintas, com interesses antagônicos.

Relevante é a distinção entre a “verdade” construída no processo e fixada pelo juiz na sentença e a verdade científica ou histórica. A primeira tem o juiz como investigador exclusivo, ao passo que as demais, não. A competência para investigar esse fato histórico e julgar está fixada em lei, como exclusividade, para o juiz. Logo, uma vez alcançada essa decisão pela coisa julgada, será em regra imutável. (LOPES, 2005, p. 266)

Na indução judicial é impossível o “experimento”, as provas têm um caráter indireto, são somente mais ou menos plausíveis. E tem o agravante de que, como adverte Ricoeur, não é possível uma constante revisão dos resultados da pesquisa, esta é a diferença entre a sentença judicial e o trabalho do historiador. Pode-se, desta forma constatar que “é uma característica do juízo no plano judiciário interromper o jogo e o contrajogo dos argumentos, pondo-lhes um ponto final”. (RICOEUR, 1995. p.164).

Devido a estas características, para fins de confirmações (ou das refutações) deve ser ater “ao grau de confiabilidade subjetiva dos meios de prova, por cuja prática são por sua vez induzidas”. (FERRAJOLI, 2006, pp. 139 e 140) Além disso, o grau de probabilidade e a força indutiva das provas judiciais são influenciadas por

induções realizadas na vida cotidiana (máximas da experiência), que não são verdadeiras, ou seja, certas, apenas plausíveis. Isto aumenta a incerteza e a conclusão que nenhuma prova é suficiente para garantir a justificação absoluta da indução judicial. (FERRAJOLI, 2006, p. 140)

Por isso, são necessárias três garantias processuais da verificação e da refutação fática para fins de indução judicial:

- 1) a garantia da necessidade da prova ou verificação (ônus da acusação);
- 2) a garantia a possibilidade da contraprova ou refutação (direito e dever da defesa); e
- 3) a garantia contra a arbitrariedade e o erro, e da decisão imparcial e motivada (dever do juízo). (FERRAJOLI, 2006, p. 141)

Como ensina Marinoni

participar não é só o direito de influir sobre o convencimento do juiz, mas também o direito de estar junto a ele ou de estar cuidando para que a atividade jurisdicional não seja arbitrária, é evidente que a participação requer a publicidade e a fundamentação, especialmente a fundamentação das decisões que consideram a lei diante dos direitos fundamentais. Nesse sentido é possível dizer que o processo requer um procedimento aberto à participação. Ou que o processo é um procedimento em contraditório que não dispensa a publicidade e a argumentação explícita através da fundamentação. Apenas essa forma de participação é capaz de legitimar o processo (2006, p. 408)

Assim, a hipótese acusatória deve ser confirmada por uma pluralidade de provas ou dados probatórios, que consistem em uma condição ou a garantia da prova: é necessário que a acusação adquira “não um dado probatório, senão um sistema corrente de dados – 'graves, precisos e concordantes'.” (FERRAJOLI, 2006, p. 143) Tal exigência tem como finalidade proporcionar um “convencimento justificado, idôneo para superar a presunção de inocência”. (FERRAJOLI, 2006, p. 143) A presença ou a ausência de provas não permite a dedução da culpabilidade ou da inocência, mas são apenas condições necessárias para justificar a decisão da indução de uma ou de outra hipótese.

Mais importante do que a necessidade da prova, é a garantia do contraditório, pois, além de proporcionar um equilíbrio entre acusação e defesa dentro do processo penal (FERNANDES, 2002, p. 266-268), trata-se também de uma garantia de refutabilidade da hipótese acusatória. Diferente da prova da acusação, que, como visto, necessita de uma pluralidade de provas consistentes, para a defesa, uma só contraprova, se aceita como verdadeira, é suficiente embasar

a decisão do juiz pela falsidade da hipótese acusatória. Isto em conformidade a um critério de coerência a justificar a decisão pela inocência do acusado.

A garantia da defesa trata-se da institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. Então, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que ela seja compatível com vários dados probatórios, mas é necessário ainda que não seja contraditada. “A livre convicção, em consequência, conquanto possa justificar as provas (necessárias, mas não suficientes para justificar a condenação), não pode superar as contraprovas (suficientes, mas não necessárias para justificar a absolvição).” (FERRAJOLI, 2006, p. 144)

A terceira condição ou garantia da verdade fática é a imparcialidade do juiz na escolha das hipóteses em conflito. Como visto, para ser acolhida, a hipótese acusatória além de ser confirmada por várias provas, não pode ser refutada por qualquer outra prova. Quando isso não ocorre, nenhuma das hipóteses são confirmadas ou refutadas, a dúvida é resolvida pelo princípio *in dubio pro reo*, “equivale a uma norma de conclusão sobre a decisão da verdade processual fática”. (FERRAJOLI, 2006, p. 144)

Estas três garantias e mais o princípio da legalidade escrita ou verificabilidade das hipóteses acusatórias, asseguram a *estrita jurisdiccionarietà* do processo penal:

O processo se configura como uma contenda entre hipóteses em conflito, em que o juiz tem de decidir, levando em conta: o ônus da prova da acusação com o ônus da contraprova ou refutação das hipóteses em conflito; o direito de defesa ou refutação, que pode apresentar contraprovas e outras hipóteses explicativas; e a motivação do juiz é uma justificação adequada da condenação só se, além de apoiar a hipótese acusatória com uma pluralidade de confirmações não contraditadas por qualquer contraprova, também estiver em condições de desmentir com adequadas contraprovas todas as contra-hipóteses formuladas e formuláveis. (FERRAJOLI, 2006, p.145)

Estas três garantias apresentadas estabelecem a lógica da indução científica na investigação judicial e reduzem a arbitrariedade do juízo, “assegurando a máxima certeza ou segurança possível das decisões condenatórias”. (FERRAJOLI, 2006, p. 145) A observância destas garantias reduz a incerteza na decisão e a subjetividade da decisão: “A investigação judicial não é uma busca puramente intelectual, mas o pressuposto de decisões sobre as liberdades dos cidadãos, nas quais o poder, na

ausência de limites normativos, tende indefectivamente a prevalecer sobre o saber.” (FERRAJOLI, 2006, p.147)

3. PODER DE CONOTAÇÃO (DISCERNIMENTO EQUITATIVO)

Os dois primeiros espaços de poder (denotação e comprovação probatória) dizem respeito à verdade processual e se distinguem em técnicas normativas que visam minimizar o arbítrio sobre a verdade jurídica (garantias penais) e sobre a verdade fática (garantias processuais). Ocorre que a cognição judicial e a aplicação da lei não são atividades extravalorativas, como entendem os adeptos do positivismo dogmático, pois além dos poderes de denotação e de verificação probatória, a função judicial necessita de uma terceira inferência que compõe o raciocínio judicial: que é o *poder de conotação* ou equidade do juízo. Trata-se de uma valoração que é feita quanto à gravidade do fato, quanto à intensidade da culpabilidade, enfim, quanto à uma infinidade de conotações particulares que, muitas vezes, não estão previstas em lei, mas que influenciará tanto na decisão sobre o fato, quanto na qualidade e quantidade de pena. (FERRAJOLI, 2006, p. 148)

O conceito de equidade mais difundido é de “justiça no caso concreto”, que é, segundo Ferrajoli, equivocado, pois lacunoso. O equívoco está no fato de que a equidade não é vista como uma operação ordinária, mas sim “subsidiária ou extraordinária, não *intra*, mas *extra* ou *contra legem*.” (FERRAJOLI, 2006, p. 149) Esse equívoco levou ao entendimento de que equidade se contrapõe à legalidade, sendo, por isso, relegada a um juízo supletivo e complementar. Nesse ponto, é ilustrativa a seguinte passagem de “Arte retórica” de Aristóteles:

Mostra-se equitativo é ser indulgente com as fraquezas humanas; é também ter menos consideração pela lei do que pelo legislador; ter em conta não a letra da lei, mas a intenção do legislador, não a ação em si, mas a ação premeditada; não a parte, mas o todo; não o estado atual do acusado, mas a sua conduta constante, ou a sua conduta na maioria das circunstâncias. É também lembrar-nos do bem, mais do que o mal que nos foi feito, dos benefícios recebidos mais do que dos concedidos. ([s.d.], p. 82)

Segundo Ferrajoli, as dificuldades conceituais da equidade são frutos de teorias inadequadas do significados dos enunciados jurídicos, que ignoram que a legalidade e a equidade são aspectos distintos do conhecimento judicial: o *juízo de legalidade* “corresponde à *verificação* das características essenciais e comuns que permitem afirmar que determinado fato individual entra em determinada classificação

de delitos conotadas pela na lei”; já o *juízo de equidade* consiste “na *compreensão* das características acidentais e particulares do caso individual verificado e não conotado pela lei”. (FERRAJOLI, 2006, p. 151)

Na mesma esteira é o entendimento de Bobbio, que a equidade é “justiça que nasce não da adequação rígida a uma lei geral e abstrata, mas da adequação à natureza mesma do caso particular, que apresenta algumas peculiaridades com relação a circunstâncias de tempo, de lugar”. (1991, p. 79).

Legalidade	<i>correspondência</i> do fato individual com o conceito de delito previsto na lei
Equidade	<i>compreensão</i> das características acidentais e das circunstâncias específicas dos casos individuais

O *princípio da equidade*, como o *princípio da legalidade*, trata-se de uma regra semântica sobre a formação da linguagem penal: “uma regra metajudicial, que prescreve que o juízo conote da maneira mais precisa e penetrante os fatos denotados pela lei, compreendendo neles todas as características acidentais, específicas ou particulares.” (FERRAJOLI, 2006, p. 153) Estas características acidentais são chamadas *circunstâncias do delito*.

A compreensão equitativa destas circunstâncias específicas “comporta um *poder de conotação* que se expressa em escolhas e valorações amplamente discricionárias”. (FERRAJOLI, 2006, p. 153) Esta dimensão do poder é intrínseco à função judicial e não pode ser suprimida, mas sim ser reduzida ou disciplinada pela definição das circunstâncias legais. Isto porque, “o juiz não julga o tipo de delito, que é uma questão legislativa, mas o delito em concreto, singular e não repetível, e portanto deve entendê-lo em sua especificidade.” (FERRAJOLI, 2006, p. 153)

A legalidade e a equidade constituem dois aspectos diversos do conhecimento judicial, mas logicamente indissociáveis da linguagem jurídica e do significado dos signos nele empregados. Os pressupostos lógicos da conotação equitativa, segundo Ferrajoli, são a verificação fática do delito e a verificação jurídica de sua denotação legal. Assim, quanto mais defeitos de garantias tiverem nestas verificações, tanto fática, como jurídica, mais espaços será aberto para sofismas. (FERRAJOLI, 2006, p. 154 e 155)

Com base nesse conceito de equidade proposto por Ferrajoli, o conflito entre o *formalismo* e *antiformalismo* pode ser eliminado. O formalismo exacerbado é uma forma de *obtusidade legalista* “que se manifesta na falta de compreensão dos casos concretos e das razões humanas que se explicam e caracterizam”. (FERRAJOLI, 2006, p. 155) Por isso são equivocados certos paradigmas e algumas práticas judiciais, representadas no “ditado *dura lex, sed lex*”, (FERRAJOLI, 2006, p. 156) que são senhas para a dureza e iniquidade do juízo: “há legalidade, ou seja, correspondência da ação com a lei, mesmo que o móbil seja patológico; e no plano ético há moralidade, onde esta correspondência não é suficiente, sendo exigido ainda que o móbil da ação seja o respeito pela lei” (TERRA, 2005, p. 88).

Já o *antiformalismo* se constitui, na maioria das vezes, em uma forma de “*arbitrio substancialista*, que se expressa na falta de verificação da denotação legal de um fato como delito, muito além das características concretas reprováveis nele reconhecidas.” (FERRAJOLI, 2006, p. 155) Própria da filosofia do idealismo que “considera o direito como uma ideia da razão e um ideal de liberdade, separado das realidades institucionais objetivas”. (INGRAM, 2010, p. 50)

A valoração jurídica a ser feita pelo juiz exige a indiferença e a distância deste em relação ao caso denotado, diferente da compreensão equitativa, pois esta requer a participação do juiz “na situação de fato conotada que se expressa na benevolência, compaixão, na *pietas*”. (FERRAJOLI, 2006, p. 157) A valoração equitativa se refere ao caso concreto e determinado e se realiza com o respeito a pessoa humana em julgamento, como um princípio jurídico constitucional que exige “a sensibilidade, a inteligência e a moralidade do juiz.” (FERRAJOLI, 2006, p. 157) Ressalta Ferrajoli que: “É iníquo não só o juiz obtuso, que não sabe captar as conotações específicas do caso julgado, mas também o que faz pesar sua subjetividade no julgamento, sem conseguir e talvez sem sequer tentar desprender-se dela para compreender a do acusado”. (FERRAJOLI, 2006, p. 157)

A equidade, além de ser uma opção política em favor do direito penal mínimo e um princípio geral de tolerância, também tem como função atenuar a responsabilidade ou até excluir a pena. “Uma compreensão perfeita, que chega a penetrar por completo todas as conotações e os condicionamentos singulares – psicológicos, materiais e sociais – do caso específico, comportaria talvez, em muitos

⁴ “A lei é dura, porém é lei”.

casos, a absolvição”. (FERRAJOLI, 2006, p. 157) Desde que haja previsão legal de circunstâncias “eximentes genéricas” para a exclusão do delito.

A lei e a Constituição reconhece o *favor rei* como critério para o poder de conotação, prevendo como figura tipicamente equitativa somente as circunstâncias “atenuantes genéricas⁵” e não também as “agravantes genéricas”. (FERRAJOLI, 2006, p. 158)

4. PODER DE DISPOSIÇÃO (VALORIZAÇÃO ÉTICO-POLÍTICA)

Os três primeiros poderes (*poderes de verificação*) são intrínsecos à função jurisdicional e ligados às atividades cognitivas. Já o poder de disposição é o responsável pela atitude ativista da jurisdição, pois, segundo Ferrajoli, é o produto de carências ou imperfeições do sistema devido a defeitos das garantias penais ou processuais, é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição. “Seu exercício não pressupõe motivação cognitiva, mas apenas opções e/ou juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas caracterizações pragmáticas, ligadas à obrigação da decisão.” (FERRAJOLI, 2006, p. 159)

A verdade processual é uma verdade alcançada mediante garantias que assegurem a possibilidade de refutar as hipóteses acusatórias, quando isso é impossível, “não permite juízos cognitivos, mas apenas juízos potestativos, de forma que a livre convicção não se produz sobre a verdade, mas sobre outros valores”. (FERRAJOLI, 2006, p. 160) Tais valores são o que se chama de *políticos* ou *ético-políticos*. Isso pode ocorrer por razões semânticas, quando não há o ônus da prova para acusação e/ou quando não há possibilidade da defesa refutar a acusação (contraditório). “Em nenhum dos dois casos se dá 'juris-dicção' em sentido próprio, senão mero exercício de repressão; não há juízo de comprovação, mas de decisão: direito penal 'sem verdade' e 'sem saber', enquanto inteiramente confiado à vontade discricionária”. (FERRAJOLI, 2006, p. 160)

O Garantismo, tal como foi proposto por Ferrajoli, não é garantia de *justiça substancial*, por ser esta inalcançável; mas busca a *justiça formal*, que é uma

⁵ É o caso do art. 66 do Código Penal Brasileiro: “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

“técnica de definição legal e um método de comprovação judicial do desvio punível que, se não excluem, pelo menos reduzem ao mínimo os momentos potestativos e os elementos de arbítrio no direito penal.” (FERRAJOLI, 2006, pp. 160 e 161) O caráter político da atividade judicial surge dos defeitos das garantias e das imperfeições estruturais presente nos ordenamentos penais positivos, cabendo ao juiz, ao deparar-se com tais imperfeições, não obedecer a lei, mas “censurá-la, opondo sua inconstitucionalidade”. (FERRAJOLI, 2006, p. 162) Visto que ao ser impossível uma motivação cognitiva, não existe o dever jurídico da submissão do juiz à lei. Tal poder arbitrário trata-se de um vício de invalidez das leis (defeito de estrita legalidade) ou de um vício de invalidez dos pronunciamentos judiciais (defeito de estrita jurisdicionariade). (FERRAJOLI, 2006, p. 163)

A ilegitimidade intrínseca do poder judicial, que comporta no seu âmago o poder de disposição, “não exonera o juiz do dever e da responsabilidade das decisões”. (FERRAJOLI, 2006, p. 164) Esta aporia pode ser atenuada com o controle por meio dos *princípios gerais* do ordenamento, que estão expressos nas constituições e nas leis ou implícitos e extraíveis mediante a elaboração doutrinal. Os princípios gerais operam como valores de justiça substancial, e, por isso, exigem, “escolhas e valorações irredutivelmente discricionárias, que remetem à responsabilidade política e moral dos juizes.” (FERRAJOLI, 2006, p. 165) Assim, a função dos princípios gerais é “de orientar politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle cada vez que a verdade processual seja em todo ou em parte indeterminada”. (FERRAJOLI, 2006, p. 165)

Ferrajoli classifica o Garantismo como uma teoria juspositivista crítica, não puramente juspositivista (ou positivista dogmática), pois inova no sentido de propor uma crítica aos valores que estão no cume da escala normativa do ordenamento jurídico, em especial na Constituição, pois, segundo ele: “em cada caso, os valores não são exorcizáveis: expulsos pela porta, entram novamente pela janela. E, no fundo, é bom que assim seja”. (FERRAJOLI, 2006, p. 806) Afasta-se, de forma veemente, o legalismo ético, por isso a sua teoria tem como base a separação do direito e da moral em todos os seus aspectos (normativo, teórico jurídico e filosófico-político) e, tem no liberalismo uma filosofia de limite ao controle do poder, tanto público (estatal), como privado.

O que o juspositivismo crítico propõe não é o juspositivismo ingênuo, paleopositivismo ou dogmático, tanto que reconhece que o juiz e o jurista jamais

serão neutros. Isso não quer dizer que não disponham de honestidade intelectual e desinteresse pessoal pela causa. O que é impossível é a “ausência de valorações ou uma apoliticidade das opções e uma ilusória objetividade dos juízos de valor.” (FERRAJOLI, 2006, p. 165)

A jurisdição é entendida “como saber-poder e a ancoragem da lei penal na defesa dos direitos descendem de um conjunto de garantias substanciais e processuais que a teoria do garantismo penal põe como parâmetros de justificação do poder de punir.” (IPPOLITO, 2011, p. 37)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na linha da filosofia analítica, a análise do poder judicial feita por Ferrajoli propõe uma teoria que visa, nos dois primeiros espaços de poder (denotação e comprovação probatória): minimizar o arbítrio do poder judicial sobre a verdade processual, utilizando-se de técnicas normativas para se chegar à verdade jurídica (por meio de garantias penais) e à verdade fática (por meio das garantias processuais). Em que pese Ferrajoli ter dado ênfase ao direito e processo penal (garantismo penal), isso não quer dizer que as suas conclusões não possam ser aplicadas ao direito como um todo (garantismo jurídico).

Como se verificou, no que tange a verdade jurídica, Ferrajoli adota a teoria do significado de Gottlob Frege - o que comprova a sua aderência à filosofia analítica - para afastar, ao máximo possível, todo e qualquer termo valorativo da lei de modo a garantir a verificabilidade e refutabilidade das teses judiciais. E, no que tange a verdade fática (processual), utiliza-se do método nomológico-dedutivo de Karl Popper, para confirmar a “verdade processual” de uma hipótese acusatória. Assim, o *juiz* só poderá aceitar como convincente a hipótese acusatória se: a acusação produzir dados ou fatos probatórios de maneira suficiente em termos de quantidade e qualidade e a *defesa* ter a possibilidade de invalidar tal hipótese contraditadamente mediante contraprovas compatíveis.

Ocorre que Ferrajoli foge da ingenuidade obtusa do juspositivismo dogmático (paleopositivismo) e reconhece que não há como o juiz deixar de valorar o fato que está diante de si. Entende, aliás, que esta valoração além de ser inevitável, é necessária e está no âmbito do poder de conotação equitativa. Este poder exige que o juiz compreenda as características acidentais e das circunstâncias específicas

dos casos individuais. O que é ilegítimo não são os poderes de cognição, entre eles o equitativo, mas sim “o poder de disposição, gerado pela colocação substancialista e decisionista do sistema” (FERRAJOLI, 2006, p. 166).

O cognitivismo jurídico exige um modelo de estrita legalidade, de modo que exige a verificação e refutação em um julgamento, mediante provas. Já o anticognitivismo ou decisionismo penal “é solidário com modelos de legalidade atenuada, que deixem margem ao poder judicial de disposição e, portanto, a critérios subjetivistas e substancialistas de ética realística ou cognitiva.” (FERRAJOLI, 2006, p. 166) Estas duas orientações filosóficas refletem modelos opostos de direito penal. Por isso, Ferrajoli ressalta a importância da filosofia analítica no direito, para a análise teórica dos possíveis modelos de legalidade e de jurisdicionabilidade, bem como para a crítica dos sistemas legislativos e judiciários dos ordenamentos concretos. Nisso, Ferrajoli (2006, p. 168) propõe como tarefas que um sistema penal positivo abre a uma filosofia analítica do garantismo, para fins de tutelar os direitos contra o arbítrio e controlar a validade das decisões judiciais, as seguintes:

1) a elaboração de técnicas de formação da linguagem legal e jurisdicional capazes de satisfazer as regras de semântica com as quais caracterizamos os princípios da estrita legalidade e jurisdicionabilidade;

2) o estabelecimento das condições e dos procedimentos que permitam a verificação processual e a compreensão equitativa;

3) o desenvolvimento no plano teórico-político de critérios idôneos a limitar e disciplinar a heterointegração potestativa do ordenamento, mediante a incorporação limitativa de valores e de princípios gerais;

4) a crítica externa e interna das leis e das decisões judiciais, conforme suas fontes de legitimação e de deslegitimação política e jurídico-constitucional;

5) a análise de todos os espaços de discricionariedade do juízo penal, com o fim de submetê-los às formas de argumentação racional, próprias dos juízos de valor e de expô-los à responsabilidade política e ao controle público. (FERRAJOLI, 2006, p. 168)

Enfim, o Garantismo trata-se de uma teoria que é idônea para enfrentar o fenômeno do ativismo judicial, apresentando, dentro da filosofia analítica, e sem desconsiderar a carga valorativa que é intrínseca da atividade jurisdicional, uma proposta séria e racional para limitar e controlar o poder judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

BAGEENSTOSS, Grazielly Alessandra. *A contemporaneidade das teorias reducionistas a partir da teoria jurídica bobbiana*. In: RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito [2175-2168]. 2014 vol. 6 nº 2 pg:167 -175.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait. Brasília: Edunb, 1991.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Morais da Rosa ... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

INGRAM, D. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

IPPOLITO, Dario. *O garantismo de Luigi Ferrajoli*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2011, Vol.3(1), pp. 34-41.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente "um" o "el" activismo*. In: Estudios Constitucionales, año 10n n. 2, 2012.

LOIS, Celília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. *A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review: uma análise a partir*

da democracia deliberativa de Habermas e Nino. In: Revista Sequência, Florianópolis, n. 66, jul. 2013.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES JR, Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NASCIMENTO JÚNIOR, Antônio Fernandes. *Fragmentos da construção histórica do pensamento neo-empirista*. In: Ciência & Educação, 1998, Vol.5(1), pp.37-54.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. Traducción Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2006. t. 1.

STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Moraes da Rosa ... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TERRA, Ricardo R. A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana. In. PEREZ, D. O., (Org.), Kant no Brasil. São Paulo: Escuta, p. 87-107, 2005.