

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

O GARANTISMO JURÍDICO COMO MODELO NORMATIVO – O ESTADO DE DIREITO COMO MEIO À DEMOCRACIA SUBSTANCIAL¹

Laura Mallmann Marcht², Alfredo Copetti Neto³, Felipe Halfen Noll⁴.

¹ Trabalho de pesquisa realizado no projeto de pesquisa “Direito e Economia às Vestes do Constitucionalismo Garantista”, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI

² Aluna do Curso de Direito da UNIJUI, bolsista voluntária da UNIJUI, laura.marcht@hotmail.com

³ Doutor em Direito pela Università di Roma, Mestre em Direito pela Unisinos. Cumpru estágio Pós-Doutoral CNPq/Unisinos. Professor do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais e do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI; alfredocopetti@yahoo.com

⁴ Aluno do Curso de Direito da UNIJUI, bolsista voluntário da UNIJUI, noll.felipe.noll@gmail.com

Introdução

Luigi Ferrajoli em 1989 formulou a teoria garantista do direito, em *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale, a fim de questionar os exercícios arbitrários de poder, oferecendo dispositivos jurídicos garantistas capazes de dar maior efetividade ao ordenamento jurídico. Em 2007, o autor com sua obra *Principia Iuris*, reafirmou sua teoria e a redefiniu de acordo com a contemporaneidade.

Iniciou sua investigação a partir do âmbito do direito penal, mais precisamente o italiano, para dar corpo posteriormente a uma teoria geral do garantismo, fundada essencialmente no direito constitucional, o que explica a confusão da área afim da teoria. Como cita o jurista italiano Norberto Bobbio no prefácio da obra *Direito e Razão* (2002), o garantismo deve ser bem definido em todos os aspectos para que possa servir de critério de valoração e de correção do direito existente.

Nesse sentido, Ferrajoli em *Direito e Razão* (2002) atribui a partir do estudo de determinados axiomas, três significados à teoria garantista. Os significados traduzem um modelo normativo de direito, uma teoria crítica do direito e uma filosofia política. O presente trabalho objetiva a discussão acerca do primeiro significado, relacionando o mesmo com a metateoria do direito, no campo da dogmática jurídica, da sociologia do direito e filosofia da justiça, fundada a partir de novos axiomas em *Principia Iuris* (2011). Busca analisar o contexto histórico das evoluções do Estado de direito e porque se faz necessária a compreensão dessas dicotomias.

Metodologia

Para a análise do modelo normativo de direito e da metateoria, a pesquisa utiliza como referência as duas principais obras do autor da teoria em questão, Luigi Ferrajoli. Através da pesquisa bibliográfica, procedimento do presente estudo, relaciona a teoria garantista e secciona com problemáticas jurídicas atuais.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

Resultados e discussão

Ferrajoli, através do positivismo jurídico, adiciona ao “ser” do direito, um “dever ser” a fim de vincular e limitar os poderes públicos e privados, com base nos direitos fundamentais. Para isso, constrói três significados a teoria garantista. Neste trabalho será apresentado apenas o primeiro significado de garantismo, que é construído com base no papel normativo dos ordenamentos jurídicos, formando um modelo específico ao Estado de direito. Nesse sentido se faz necessária compreensão desse conceito.

O homem que antes era súdito se torna cidadão, o Estado de direito vem para romper com o Estado Absoluto. Nasceram as Constituições modernas, com o principal escopo de limitar o poder dos monarcas. Essas estabeleciam um poder mínimo, tutelando certos direitos fundamentais, como as liberdades individuais, políticas e econômicas. A ruptura com o Estado Absoluto faz surgir um “Estado legislativo de Direito”, o princípio da legalidade é a única fonte validade e existência do direito.

Surgiu a partir da ideologia liberal, com os “direitos de”, que preconizam a não intervenção estatal por meio de vedações legais capazes de limitar a atuação do poder estatal, defendendo e conservando as condições naturais ou pré-políticas de existência. Trata-se de garantias liberais negativas de não prestação, de conservação do passado por meio da coerção, assim se explica o uso do direito penal como exemplo a aplicabilidade do garantismo. Os direitos tutelados são os direitos de liberdade que facultam o uso do direito ao indivíduo.

É com o nascimento do Estado de direito liberal e através do princípio da legalidade, que se torna possível o reconhecimento do direito como fonte de legitimação. Nesse sentido, a metateoria (teoria do direito) tem por base o positivismo jurídico, relacionando o direito como é, ao direito como deve ser. Somente a partir dos pressupostos metateóricos de Kelsen, foi possível atribuir à teoria do direito, que fosse reconhecida como disciplina autônoma e sistemática – para além da análise da estrutura formal dos ordenamentos jurídicos. É a ruptura o entre Direito e Estado.

Ferrajoli, ao definir o modelo normativo de direito, enfatiza a amplitude do conceito de Estado de direito e adota Platão e Aristóteles para defini-lo como "governo das leis", contraposto ao "governo dos homens". Citando Bobbio, define que o governo per leges se dá mediante as leis e o governo sub lege está submetido a elas.

O poder sub lege, in lato sensu, exige que qualquer poder deva ser conferido pela lei de acordo com as formas e procedimentos que a mesma estabelecer, nesse contexto, todas as Constituições que possuem fontes e formas legais estão inseridas, inclusive as de regimes autoritários ou totalitários. Stricto sensu, qualquer poder deve também, ser limitado não só pela sua forma e procedimentos, mas também pela sua substância, seu conteúdo. Estão inseridas nesta classificação, as Constituições que incorporam no caso concreto, os conteúdos presentes na Carta Magna.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

Nesse sentido, o modelo normativo de direito explica o surgimento do Estado democrático de direito, após a Segunda Guerra Mundial. O constitucionalismo contemporâneo visa recompor as nações das experiências ditatoriais, através do princípio da dignidade da pessoa humana. Define competências e estabelece procedimentos a fim de expressar a soberania popular, assim, quando há violação da democracia causa inexistência ou não-vigor de determinada norma, em contrapartida, ao violar uma norma de direito, causa a invalidade da mesma. Nesse contexto há a importância da sutil diferença entre validade e vigor, uma vez que uma lei pode estar em vigor e não ser válida.

O Estado de direito social transcorre de uma construção histórica e por essa razão não se pode dizer que os direitos sociais buscam substituir os direitos de liberdade, uma vez que visam se aderir aos direitos de liberdade para dar maior aporte e dignidade ao povo. Dessa forma surge um “Estado Constitucional de direito”.

Como os direitos de liberdade, os direitos sociais são também fundamentais e impelem ao Estado a obrigação de agir de forma a garantir melhora nas condições de vida do cidadão. Trata-se da tutela de direitos de subsistência, são garantias sociais positivas por obrigarem o Estado a construir um plano para o futuro.

Desta forma, se reconhece a existência do Estado de direito liberal e Estado de direito social, sem que um anule de seu ordenamento as premissas do outro, mas se perfilhando a possibilidade de independência de ambos. Reconhece-se que no Estado de direito liberal nem sobre tudo se pode decidir em maioria e em contrapartida, no Estado de direito social nem sobre tudo se pode não decidir em maioria, daí a necessidade da compreensão do conceito de democracia.

O conceito de Democracia, também disposto por Bobbio (1998), assume diversas teorias, elaboradas e discutidas ao longo de muitos anos desde sua primeira concepção clássica aristotélica. De certa forma, pode-se assumir a existência de princípios imutáveis em todas as suas definições, como a ideia de o poder emanar do povo, sob um regime policrático e não monocrático. O que temos hoje que mais se assemelha à democracia clássica é a república representativa, onde os cidadãos exercem a chamada democracia indireta para eleger seus representantes no governo.

Surge a necessidade de compreender a diferença entre validade formal (para a lei ser válida, deve preencher todos os requisitos formais e procedimentais de sua criação) e validade substancial (a lei infraconstitucional deve estar de acordo com a Constituição vigente). É na validade substancial que o termo “Estado de direito” se torna sinônimo de “garantismo”. Nesse sentido, caracteriza-se a distinção entre o plano formal e substancial dos ordenamentos que pode ser explicada através do princípio da legalidade.

Através do positivismo jurídico, Kelsen introduziu nas Constituições contemporâneas o juízo de constitucionalidade das leis existentes, porém inválidas, através de revisões constitucionais. É a possibilidade de discutir a constitucionalidade das normas constitucionais e infraconstitucionais, em casos de antinomias ou lacunas.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

A teoria do direito é axiomatizada e analisa as formas e estruturas do direito positivo, buscando suprir as demandas que o direito tradicional não consegue prover. Divide-se em três partes: a análise da semântica, da pragmática e sintática. Neste contexto, o que se desenvolverá a seguir é a semântica, teoria que tem por objeto o campo de investigação, a relação semântica de fenômenos e experiências jurídicas. Faz-se necessário compreender os papéis das interpretações semânticas, a dogmática jurídica, da sociologia do direito e da filosofia política.

A primeira dicotomia que deve ser analisada, no entanto, é a distinção entre a teoria normativista, de viés dogmático, e a teoria realista, de viés sociológico. A diferença está exatamente no campo de pesquisa dessas teorias.

A dogmática jurídica tem como campo de investigação, as normas jurídicas que regulam os comportamentos humanos. Trata-se da análise do discurso do legislador e de sua pretensão, aqui se avalia o grau de validade da norma, diz respeito ao dever ser das normas. Já na sociologia do direito, inverte-se o objeto. Nela, se investigam os comportamentos humanos que são regulados pelas normas jurídicas, os fatos. Trata-se da análise dos atos jurídicos, avaliando o grau de efetividade das normas, é o ser ou não ser das normas.

Ao observar o modelo normativo, constata-se que a partir do mesmo, a metateoria, para além do enquadramento dos ordenamentos no âmbito garantista, analisa o grau de garantismo dos mesmos. Para analisar o grau, deve-se analisar o modelo constitucional e seu efetivo funcionamento, uma vez que determinada Constituição pode ser altamente garantista no plano político, mas pode não ser efetiva juridicamente no contexto em que está inserida.

Através da dogmática jurídica, é possível determinar o grau de validade de determinada norma, analisando a validade no sentido formal e no sentido substancial, assim como através da sociologia, é possível determinar o quanto efetiva é determinada norma. Garantista é todo sistema que se conforma com seu modelo e o satisfaz efetivamente.

Ainda, faz-se necessário o entendimento da filosofia política. Diferentemente da dogmática e da sociologia jurídica, a filosofia política ou da justiça, não é empírica, mas sim valorativa e de ponto de vista externo. A teoria do direito não deve ser apenas um conjunto de normas, mas também um conjunto de fatos. A filosofia, do ponto de vista político ou moral, não diz respeito a apenas um ser ou dever ser, mas sim um dever ser ético-político do ponto de vista externo e um ser do direito em seu conjunto, próprio das outras interpretações semânticas.

Assim é possível que o Estado de direito não seja apenas de direito, mas democrático de direito, por unir a dogmática jurídica, a sociologia do direito e a filosofia política para que haja um menor índice de antinomias e lacunas nos ordenamentos jurídicos, maior causa de inefetividade jurídica.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

Neste viés, Ferrajoli elucida a notável distinção entre a democracia formal e a democracia substancial. A primeira tem o Estado como ente político representativo e utiliza da maioria como fonte legal das normas, essas são regras que permitem determinado agir. A segunda, para além da manifestação da vontade da maioria, baseia-se nos interesses e necessidades individuais e coletivas, pouco importando se as problemáticas se tratam sobre uma minoria, a democracia substancial visa estruturar a democracia de tal forma que possa manifestar os direitos fundamentais desses cidadãos frente ao Estado. Nesse contexto a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais não influenciam em sua aplicabilidade, suas normativas buscam vincular o cidadão ao Estado a um determinado agir, próprio do garantismo.

Conclusões

A partir da criação dos três significados de garantismo, Ferrajoli põe a prova o que Bobbio citava anteriormente, o garantismo deve ser bem definido em todos os aspectos para que possa servir de critério de valoração e de correção do direito existente. O modelo normativo de Estado de direito, a teoria e a filosofia política do direito não são conceitos segregados, mas justificam-se.

O garantismo se desprende do positivismo jurídico, do direito como é e por meio da democracia substancial, maximiza a atividade estatal para além de proteger, melhorar as condições de existência e subsistência dos indivíduos. Dessa forma, o que era apenas um modelo normativo de direito se transforma em um modelo corretivo.

Esse modelo anuncia uma metateoria capaz de transformar a realidade por meio do direito, um modelo que investiga a aplicabilidade dos direitos fundamentais e seus resultados através da democracia substancial. Esta se mostra capaz não de apenas de considerar a democracia em seu sentido formal, em que a maioria dita as regras, mas sim de ditá-las conforme até mesmo a minoria necessite.

Mesmo imperfeito, o garantismo busca a efetividade dos ordenamentos jurídicos para que sirva de critério valorativo em todos os âmbitos do direito, não apenas do direito penal.

Palavras-Chave: Estado de direito; Estado democrático; direitos fundamentais; garantias constitucionais.

Agradecimentos

À Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul por incentivar a pesquisa, aos colegas mestrandos e graduandos do projeto “Direito e Economia às Vestes do Constitucionalismo Garantista” e em especial ao coordenador e orientador do projeto, Alfredo Copetti Neto.

Referências Bibliográficas:

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Tradução Carmen C. Varriale, João Ferreira, João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. 1330 p.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 764 p.

_____. Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia. Teoría del derecho. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. 952 p.

COPETTI NETO, Alfredo. Uma perspectiva garantista do liberalismo e da democracia: marcos históricos e possibilidades contemporâneas edificadas a partir de Principia Iuris. In: Tulio Vianna; Felipe Machado. (Org.). Garantismo Penal no Brasil - Estudos em Homenagem a Luigi Ferrajoli. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 23 p.

_____; FISCHER, Ricardo Santi. O Paradigma Constitucional Garantista em Luigi Ferrajoli: A Evolução do Constitucionalismo Político para o Constitucionalismo Jurídico. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, 2013. 409-421 p.