

# DIREITO E ECONOMIA ÀS VESTES DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

(Relatório de pesquisa – Parte I)

Alfredo Copetti Neto<sup>1</sup>  
Janaína Soares Schorr<sup>2</sup>  
Mariana da Silva Garcia<sup>3</sup>  
Laura Mallmann Marcht<sup>4</sup>  
Bruna Fernanda Bronzatti<sup>5</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio demonstra aspectos essenciais da teoria geral do garantismo, surgida a partir de estudos realizados pelo professor italiano Luigi Ferrajoli, e que busca a efetivação de direitos fundamentais, a proteção das garantias de cada indivíduo através de um constitucionalismo rígido, com limitação e vinculação dos poderes – tanto os públicos quanto os privados.

Através desta teoria é possível verificar as correlações de diversos aspectos do Estado Democrático de Direito e a influência de determinados poderes, capazes de ocasionar mudanças significativas, tais como as relações entre direito, política e economia.

---

<sup>1</sup> Possui estágio Pós-Doutoral na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/PDJ-CNPQ, 2014); Doutorado em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi Roma Tre (UNIROMATRE, 2010 Revalidado UFPR) e Mestrado em Direito Público (Filosofia do Direito) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, 2006). Professor Permanente no Mestrado em Direitos Humanos na Universidade do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Professor Adjunto de Teoria do Direito da Universidade Estadual do Paraná (UNIOESTE) e Professor de Hermenêutica Jurídica na Univel. Advogado OAB-RS. E-mail: alfredocopetti@yahoo.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Direitos Humanos na Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Bolsista do Programa de Bolsas do Mestrado da UNIJUÍ. Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade”, vinculado ao CNPq, atuando na linha de pesquisa “Democracia, Regulação Internacional e Equidade”. Pós-Graduada Lato Sensu em Docência para o Ensino Superior pelo Senac, Campus Santo Amaro/SP. Especialista em Direito Processual: Grandes Transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA. Advogada e orientadora educacional profissional do Senac, unidade Santo Ângelo/RS. E-mail: janaschorr@yahoo.com.br.

<sup>3</sup> Mestranda em Direitos Humanos na Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade”, vinculado ao CNPq, atuando na linha de pesquisa “Democracia, Regulação Internacional e Equidade”. Advogada. E-mail: garciamarian@hotmail.com.

<sup>4</sup> Aluna do Curso de Direito da UNIJUÍ, bolsista voluntária da UNIJUÍ. E-mail: laura.marcht@hotmail.com.

<sup>5</sup> Aluna da Graduação em Direito da UNIJUI, bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPq. E-mail: bruna\_bronzatti@hotmail.com.

Essas relações, que por inúmeras vezes acabam acontecendo de maneira desmedida, contribuem para a ocorrência de uma crise que não acontece de modo isolado, mas como argumenta Ferrajoli, é uma crise anterior a da democracia política, *é a crise do Estado Moderno*.

Evidencia-se assim, que a relação entre Direito e economia auxiliaram para o desencadeamento da crise, o que gerou impactos e novas adversidades. A economia acabou por interferir diretamente no Direito, de modo que não é mais ele que regula muitas relações, mas sim os denominados mercados, que acabam se demonstrando como poderes e enfraquecendo a aplicação da Constituição.

Na contemporaneidade, evidencia-se a grande quantidade de mudanças ocasionadas a todo o momento pela globalização e, a que pese cada vez mais existir evolução em termos mundiais, também há a necessidade premente e crescente de se pensar em uma esfera internacional de direito, não de modo que Estados governem Estados, mas uma nova forma de Direito, algo que esteja no patamar de todos os poderes, mas que não sobreponha um ao outro.

Diante desses aspectos, o objetivo está em analisar em que medida as relações entre política, direito e economia contribuem para o agravamento das crises enfrentadas e de que forma o garantismo pode contribuir para a minimização dos problemas apontados, sobretudo quanto a supremacia do poder econômico.

## **2 A TEORIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI**

O Estado Democrático de Direito é o Estado dos cidadãos, aquele no qual se constitucionalizam os direitos fundamentais e institucionaliza-se o respeito à dignidade humana como um de seus valores fundamentais. Nele não há leis arbitrárias, cruéis e desumanas, nem mesmo radical injustiça na formulação e aplicação do Direito ou desigualdade nas relações da vida material (BEDIN, 2009).

A Constituição, para tanto, assume papel fundamental. Por seu caráter normativo e sua especial relevância, é ela que possibilitará que se concretizem os direitos fundamentais, por meio das garantias, alcançando-se aos cidadãos todos os seus direitos e exigindo-se o cumprimento dos seus deveres e os do Estado.

O modelo jurídico garantista, proposto por Luigi Ferrajoli, busca a complementação do positivismo jurídico, com a vinculação e a limitação dos poderes públicos e privados, embasando-se para isso nos direitos fundamentais, defendendo o seu respeito e atendimento e não se permitindo que eles possam ser atingidos ou diminuídos por qualquer motivo que seja (COPETTI NETO; FISCHER, 2013).

Esta teoria possui três significados. O primeiro, como modelo de sistema jurídico, ao apontar um modelo normativo com limites e vínculos constitucionais, que deve ser resguardado pelo controle de constitucionalidade. O segundo, como teoria jurídica, quando traz a diferença existente entre *dever ser* e *ser* do Direito. E o terceiro, como filosofia política, quando reflete a democracia substancial, que não regula apenas as formas, mas igualmente os conteúdos do direito.

A base filosófico-política da democracia está no *uma cabeça, um voto*. Nela, “todos são livres para tomar as decisões sobre o que lhes diz respeito, e têm o poder de fazê-lo. Liberdade e poder que derivam do reconhecimento de alguns direitos fundamentais, inalienáveis e invioláveis, como é o caso dos direitos do homem” (BOBBIO, p. 31, 2004).

Conforme Ferrajoli,

Pelo bem ou pelo mal, o Estado moderno, inclusive aquele sistema complexo de garantias, que com todos os seus limites é o estado democrático de direito, tem sido também o produto da filosofia política e da cultura jurídica. Portanto, o ‘como é’ e ‘como será’ o direito – até mesmo o direito internacional – dependem em parte também de nós, enquanto pessoas e enquanto filósofos ou juristas” (FERRAJOLI, 2002, p. 58-59).

Com a crise presente no Estado de Direito, em especial na democracia política e civil, agravadas, no pensar de Ferrajoli, dentre outros fatores, pela globalização, é necessário cada vez mais que se trabalhe pela implantação real e concreta da democracia, com normas internas que reconheçam e garantam os direitos fundamentais de todos os seus titulares.

Ainda, há que ser entendido que a crise é, antes de tudo, uma crise do Estado Moderno, pois que se manifesta na subalternidade da política à economia e na sua total impotência diante do mercado, o que acaba por ameaçar o Estado, aumentar as desigualdades e devastar os bens comuns (FERRAJOLI, 2013).

Nos dias atuais, faltam ou são muito pequenas não só as garantias dos direitos, mas igualmente a previsão das obrigações e das proibições que lhe correspondem, além de instituições nacionais e internacionais que sejam destinadas a cumprir estas funções de garantia – paz, mediação de conflitos, regulação de mercados e tutela dos direitos e bens fundamentais – (FERRAJOLI, 2011b).

A transição do Estado absoluto para o Estado de Direito é representada pelo papel desempenhado pela Constituição, em sua estrutura escrita, rígida, formal e impositiva, localizada em ponto superior do ordenamento, e que institui os direitos e garantias do homem, mas igualmente limita o poder do Estado, que passou a ser tripartite e organizado, e, com isto,

retirou o poder absoluto existente até então na figura do rei, que detinha, inclusive, todas as funções estatais (COPETTI NETO; FISCHER, 2013).

Com o modelo garantista se pretende o estabelecimento desses limites e vínculos tanto em relação à atuação pública, quanto à privada. Ele é a outra face do constitucionalismo, pois que aponta a necessidade de instrumentos que tornem efetivas as Constituições, com a superação da democracia formal, para que se estabeleça efetivamente uma democracia substancial, regulando as formas e os conteúdos do direito. Distingue, assim, o positivismo, estabelecendo-o em dois aspectos diferentes, conforme já referido: o primeiro – o *ser* do Direito – que é a atividade legislativa vinculada ao caráter representativo da democracia; e o segundo – o *dever ser* – que é a adequação dos direitos fundamentais para a validação substancial (COPETTI NETO; FISCHER, 2013).

Além disso, como já auferido, e como consequência direta do mundo globalizado, há que se pensar, cada vez mais, na concretização de uma esfera mundial internacional de direito, conforme defende Ferrajoli, em virtude de que todo o Planeta está conectado e, em sendo assim, uma nova forma de direito, pensada em nível de todos, poderá auxiliar a solucionar os problemas de forma macro e de forma micro, alcançando um maior número de pessoas.

Por último, adiante do limite do poder político, deve-se ponderar a respeito de uma limitação do poder privado, em sede econômica, pois que só se conseguirá diminuir as desigualdades sociais, cada vez em maior número, gravidade e alcance, quando se começar a analisar as suas causas, e elas estão, de forma direta e imediata, vinculadas ao crescente poder econômico privado restrito a um pequeno número de cidadãos.

O garantismo, agindo para o bem do direito e da democracia, propõe novas soluções que, não resolvendo a crise existente no Estado Democrático de Direito de forma imediata, concede alternativas para que ela seja minimizada e possa ser combatida de forma mediata. Contudo, é necessário que todos assumam a sua corresponsabilidade no processo, vez que, nas palavras de Ferrajoli, “em relação ao futuro do Estado de Direito e da democracia constitucional somos todos, em várias medidas, responsáveis” (2013, p. 399).

### **3 DIREITO E ECONOMIA ÀS VESTES DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA**

Considerando que para Ferrajoli a discussão acerca da crise do Estado Moderno passa necessariamente por questões que envolvem política e economia, a análise das relações entre o direito e a economia ganha fundamental importância. Nesse contexto, a análise econômica do

direito, difundida pela Escola de Chicago, que na sua origem visa submeter o direito a uma teoria econômica, pode, ao ser devidamente revisitada a partir do paradigma contitucional atual, trazer uma contribuição para o debate.

Ao abordar as idéias da Escola de Chicago, em especial o pensamento de Richard Posner, Copetti Neto afirma que:

[...] de um lado, o ordenamento jurídico é somente uma variável dentro do sistema econômico, onde as instituições legais são tratadas não como pontos estanques, do lado de fora da estrutura econômica, mas como pertencentes a essa mesma estrutura; do outro, esse próprio pertencimento do direito à economia tem um motivo intrínseco, ou seja, a coesão das técnicas econômicas neoclássicas – baseada no pressuposto de que os indivíduos são maximizadores racionais e o direito tem um papel mediador que faz a variação dos preços relativamente conexa ao comportamento dos sujeitos (2011, p. 84-85).

Ainda, de acordo com o professor, a atual AED propõe “um pacto reformador para o direito, que garanta tanto o esvaziamento da autonomia jurídica como a possibilidade de se repensar unitária e economicamente o sistema legal” (2011, p. 85).

É evidente que para utilizá-la em uma perspectiva contemporânea de Estado de Direito, fundado em balizas constitucionais fortes é preciso readequá-la a um modelo constitucional garantista, superando a ideia inicial da proposta que submetia o direito a uma teoria econômica, e considerando que a economia passa a ter um papel contributivo, atuando como um mecanismo auxiliar para os casos não limitativos do poder estatal.

Entretanto, não se pode esquecer que qualquer submissão do direito à análise econômica é inaceitável em uma perspectiva garantista, sendo inviável o uso dos assentamentos econômicos como determinadores normativos às tomadas de decisão pública quando estiver em jogo direitos abrangidos pela esfera do indecidível – núcleo paradigmático do modelo constitucional garantista.

Ao tratar do tema, como já referido, Ferrajoli demonstra uma preocupação com a submissão da política aos chamados mercados, aos poderes que se encontram desregulados do capital financeiro especulativo, que depois de terem provocado a crise econômica e serem salvos pelo Estado, ameaçam a falência dos mesmos, acabam reduzindo a esfera pública e contribuindo para o crescimento das desigualdades e da pobreza. Nessa senda, constata-se uma inversão dos poderes, evidenciando-se um domínio por parte dos poderes privados em face dos poderes públicos. De acordo com Ferrajoli “(...) não são mais os Estados, com suas políticas, que disciplinam seus mercados, impondo suas regras, limites e vínculos, mas são os mercados que disciplinam e governam os Estados” (2013, p. 387).

Dessa forma, a teoria garantista pode auxiliar no enfrentamento da *crise* do Estado Democrático de Direito, consubstanciada na dificuldade já apontada na limitação do poder privado, em especial do poder econômico, na medida em que se funda na imposição de limites e vínculos a todos os poderes. Nesse ponto, cumpre novamente destacar a importância da limitação do poder econômico, mecanismo para redução das desigualdades sociais – resultado direto da concentração de riqueza e da impotência do poder político diante do mercado.

Mas existe para além dos Estados Nacionais e das formas conexas a ele de representação popular e da lei estatal algum modo de minimizar as crises mencionadas? Conforme Ferrajoli, isso seria possível se os paradigmas fossem resguardados e reforçados, além de poderem ser desenvolvidos nos confrontos de poderes extra-estatais.

En esta época de la globalización una defensa y una refundación de la democracia y del estado de derecho sólo son posibles a través de la institución de nuevos nexos y vínculos entre los modernos poderes extra i supraestatales y nuevas fuentes de legitimación, formal e sustancial, situadas en su nivel de ejercicio: en pocas palabras, a través de la construcción de una esfera pública global que este a su altura (FERRAJOLI, 2011b, p. 831).

Nesse sentido, observa-se a necessidade de reabilitação de governo da política, o que seria possível através de uma esfera pública supranacional. Tal esfera deveria estar tão alinhada quanto possível aos novos poderes econômicos que muito disciplinam o Direito e trazem outras consequências para o Estado Democrático de Direito. Deve haver a introdução de rígidos sistemas, ou seja, com base em um constitucionalismo forte, que a Constituição seja efetivamente aplicada no plano prático e não meramente no formal.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nota-se que superadas as problemáticas que nos trouxeram ao Estado de Direito, ainda estamos em crise. Crise essa, da democracia política. Através do garantismo no tocante aos seus três significados, é possível superar de forma micro e macro a crise atual. Ferrajoli define o modelo normativo de direito, por ser esse, essencial à estrutura de uma Constituição rígida – portanto mais efetiva. Na teoria do direito, é possível a evolução de um *ser* para um *dever ser* do direito, bem como na filosofia política o alcance da efetivação do ordenamento jurídico por meio de uma democracia substancial.

Esses três significados retratam a incessante luta pela efetivação de direitos e garantias fundamentais. Somente através da limitação dos poderes públicos e privados, é possível que

haja essa efetivação, limitando e vinculando os poderes. A questão torna-se pertinente quando se torna possível verificar as correlações de diversos aspectos do direito e a economia.

Com a globalização e os grandes blocos enriquecendo, os poderes econômicos desregulados acabam por impactar, juntamente com a crise da democracia política, negativamente na política dos Estados. O poder desmedido do poder privado e a falta de fiscalização do poder público geram divergências na aplicabilidade do direito nessas relações. A maior problemática evidenciada é como evitar a submissão do direito à economia em decorrência desse processo.

O garantismo vem como instrumento, em busca por respostas e soluções que impeçam a submissão do poder político ao poder econômico. Uma vez encontrada a resposta, é possível repensar o Estado na esfera do direito e da economia, sob a ótica dos direitos fundamentais, premissa essencial de uma Constituição garantista.

## REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). **Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo:** levando o direito internacional a sério. Ijuí: Unijuí, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 1ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, nº 14, p. 409-421, julho/dezembro 2013.

COPETTI NETO, Alfredo. Entre o princípio da utilidade e o princípio da maximização da riqueza; ou o que permanece da filosofia política utilitarista de *Jeremy Bentham* no movimento *Law and economics* difundido na *University of Chicago*? In: **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 27, n. 1: 79-92, jan./jun. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno:** nascimento e crise do Estado nacional. Tradução Carlos Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. O futuro da democracia na Europa. Direitos e poderes na economia global. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí, ano 1, nº 2, p. 386-399, julho/dezembro 2013.

\_\_\_\_\_. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Principia iuris.** Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011b.