

VIII CONGRESSO DA FEPODI

FILOSOFIA E SOCIOLOGIA JURÍDICA

A532

Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização VIII Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo;

Coordenadores: Sinara Lacerda Andrade Caloche, Abner da Silva Jaques e Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa – São Paulo, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-262-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br

Tema: Universalização do conhecimento e democratização da pesquisa

1. Pós-graduação. 2. Pesquisa. 3. Universidade. 4. Universalização do Conhecimento. 5. Democratização do Conhecimento. I. VIII Congresso Nacional da FEPODI (1:2021 : São Paulo, SP).

CDU: 34



VIII CONGRESSO DA FEPODI

FILOSOFIA E SOCIOLOGIA JURÍDICA

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 18 e 19 de março de 2021, o VIII Congresso Nacional da FEPODI, de maneira virtual, em que os eixos temáticos da edição foram a “universalização do conhecimento” e a “democratização da pesquisa”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Associação Nacional dos Pós-Graduandos (ANPG), da Universidade de Marília (UNIMAR), do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 22 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na oitava edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 163 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 15 Grupos de Trabalhos, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Sinara Lacerda Andrade Caloche

Presidente da FEPODI

Wellington Oliveira de Souza dos Anjos Costa

Vice-presidente da FEPODI

Abner da Silva Jaques

Tesoureiro da FEPODI

GARANTISMO JURÍDICO: A TEORIA DE FERRAJOLI COMO MODELO JURÍDICO ANTE A FALIBILIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LEGAL GUARANTEE: THE THEORY OF FERRAJOLI AS A LEGAL MODEL BEFORE THE FALLIBILITY OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

**Deryk Felipe Marinho dos Santos
Ridia Azevedo Mourão**

Resumo

Este trabalho tem o propósito de trazer à tona o tema do garantismo jurídico proposto pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, especificamente a teoria geral do garantismo. Terá como ponto de partida os conceitos fundamentais da teoria a fim de encontrar, partindo de uma análise geral do cenário político brasileiro, meios nos quais o garantismo pode ser aplicado como um modelo ante a falibilidade do Estado democrático de direito. Abordará uma breve análise do cenário democrático brasileiro, a fim de apontar como o garantismo pode servir como redutor de abusos e coibidor de poderes ilimitados, bem como afastador de abusos à moral do direito dentro do processo judicial, valendo-se de um novo paradigma para princípios como o da legalidade.

Palavras-chave: Garantismo, Democracia, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This work has the purpose of bringing to light the subject of legal guarantee proposed by the Italian jurist Luigi Ferrajoli, specifically the general theory of guarantee. Will have as a starting point the fundamental concepts of the theory to find, from a general analysis of the Brazilian political scenario, ways in which the guarantee can be applied as a model in the face of the fallibility of the democratic rule of law. Address a brief analysis of the Brazilian democratic scenario to point out how a guarantee can serve as a reducer of abuses and a restraint on unlimited powers, as well as a breaker of abuses to the moral of the law within the judicial process, using a new paradigm for principles such as legality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Guarantee, Democracy, Fundamental rights

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, observa-se a crescente politização do ideário popular brasileiro, motivado por recorrentes escândalos de corrupção na esfera política, potencializados pela rápida difusão nos veículos de comunicação, principalmente a internet, gerando conflitos e divisões. O “clamor popular” e seu anseio por “justiça”, “igualdade” e “mudança”, através da mídia tradicional, além da internet e redes sociais, invade as esferas de poder, encontrando guarida em defensores da causa, trajados em pressupostos de uma (pseudo)democracia, e que acabam gerando aberrações de várias espécies. Não sendo raros os projetos de Lei inconstitucionais, decisões judiciais embasadas em moralidade, arbitrariedades, ativismo judicial que ignora direitos e garantias individuais. Enfim, uma cadeia de circunstâncias que ferem o Estado Democrático de Direito.

Nesse escopo, o presente trabalho abordará o tema do garantismo jurídico, concebido por Luigi Ferrajoli, como uma ferramenta limitadora do poder do Estado e fomentadora do Estado Constitucional de Direito. A partir de uma análise crítica dos postulados de Ferrajoli, buscar-se-á demonstrar como a Teoria Garantista pode (ou deve) ser usada como parâmetro e modelo a ser seguido na busca por constitucionalidade, respeito a direitos fundamentais e liberdades individuais, valores tão caros a uma democracia.

Por fim, como o garantismo jurídico, proposto por Ferrajoli, pode ser utilizado como modelo ou parâmetro jurídico? E como este pode proteger o cidadão das eventuais arbitrariedades e abusos do Estado, promovendo a manutenção do Estado de Direito?

2 DESENVOLVIMENTO

Entre o final da década de 60 e o final da década de 80, a Itália viveu o que mais tarde fora chamado de “Anos de chumbo”, período em que o país sofreu grande turbulência sócio-política, ainda reflexo da derrota na 2ª Guerra Mundial e do governo autocrático de Benito Mussolini. O país era assolado com ondas de terrorismo motivadas por um extremismo político, de várias vertentes, o que levou o Estado italiano, na tentativa estabelecer o poder dominante, a criar um ordenamento jurídico que o favorecesse.

Dessa forma, a constituição foi diminuída, direitos foram cerceados, condicionando o Estado de Direito e ferindo a democracia, além de dar poderes especiais

à polícia, inclusive o de homicídio, influenciando inquéritos e manipulando decisões judiciais, o que deixou o judiciário totalmente fragilizado e à mercê de um Estado perverso e antidemocrático.

Nesse interim, Luigi Ferrajoli, magistrado entre os anos de 1965 e 1975, associa-se ao movimento “Magistratura Democrática”, com o objetivo de enfrentar os abusos do Estado italiano, na busca pelo resgate da democracia e do Estado de Direito. Ao longo desse período, Ferrajoli desenvolve a “Teoria do Garantismo Penal”, baseado em axiomas e postulados que limitariam o poder do Estado, coibindo os abusos e arbitrariedades comuns à época, além de estabelecer um processo penal justo e democrático, bem como resgatar a autonomia do judiciário italiano ante aos movimentos sócio-políticos de viés autocrático remanescentes do pós-guerra.

Em 1989, Ferrajoli lança a que é considerada sua *magnum opus*: “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”. Na referida obra, o autor constrói o pensamento que dá arcabouço a sua teoria, fazendo uma construção epistemológica, axiológica e teórica das razões à existência do direito penal, além de fazer uma análise fenomenológica acerca da ineficácia das normas no direito penal italiano.

Todavia, muito embora o autor tenha seu foco principal no direito penal, dedica parte de sua obra (considerando também outros livros e artigos acadêmicos) a construir o que o mesmo chama de “Teoria Geral do Garantismo”, a qual busca, a partir das bases teóricas do garantismo, dar escopo para outros ramos do direito a fim de estabelecer distinções entre o garantismo penal, aplicado em determinado momento na Itália, e o garantismo jurídico que pode servir de modelo normativo, principalmente em Estados democráticos que tenham constituições rígidas (FERRAJOLI, 2002, p. 683-684).

Dessa forma, a partir do seu berço na esfera penal, a teoria de Ferrajoli ganhou outras proporções, sendo que a palavra “garantismo” não fazia parte do léxico italiano até meados da década de 70. Desta feita, o autor, na medida em que afasta o significado da palavra dos ideais kelsenianos de um juspositivismo puro, preocupa-se em extrair três significados do termo, quais sejam: 1) um modelo normativo do direito; 2) teoria jurídica e crítica do direito; e 3) filosofia do direito e crítica da política. Assim, Ferrajoli explica a respeito do primeiro significado:

Segundo um primeiro significado, "garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como

um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. [...] Tratando-se de um modelo limite, dever-se-á, por outro lado, falar muito mais que de sistemas garantistas ou antigarantistas, de graus de garantismo; e, ademais, distinguir sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema. Diremos, por exemplo, que o grau de garantismo do sistema penal italiano é decididamente elevado caso se considerem os seus princípios constitucionais, enquanto é posto em níveis baixíssimos, caso se considere a sua prática efetiva. E mensuraremos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas - ou seja, de garantias - que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo. (2002, p. 684)

Sobre o garantismo, como teoria jurídica e crítica do direito, nos diz Ferrajoli:

Em um segundo significado, "garantismo" designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" do direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. [...] Uma aproximação tal não é nem puramente "normativa" nem puramente "realista": a teoria que esta é hábil a fundar, precisamente, é uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes. (2002, p. 684).

E ainda, sobre o garantismo como filosofia do direito e crítica da política, aduz Ferrajoli:

Segundo um terceiro significado, por fim, "garantismo" designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo (pressupõe) a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o "ser" e o "dever ser" do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (2002, p. 685).

Ademais, pode-se dizer que o garantismo, além de sua aplicabilidade na esfera penal, pode, também e não somente, adentrar os demais ramos do direito – constitucional, civil, tributário, eleitoral etc. – na expectativa de servir como modelo, parâmetro e/ou ferramenta para o direito atual, considerando-o como base para o Estado de direito e posteriormente ao próprio Estado democrático de direito.

Isto posto, materializa-se o objeto do presente trabalho, qual seja, a aplicabilidade da teoria geral do garantismo no Brasil do século XXI, face a um momento sócio-político

conturbado, onde o Estado democrático de direito vê-se ameaçado por ideais, que, tal qual na Itália de Ferrajoli nos “anos de chumbo”, revestem-se de moralismo, patriotismo, conservadorismo, mas acabam tendo práticas “antigarantistas” que marginalizam parte do povo, deixando-o aquém de seus direitos, cerceando suas liberdades individuais, pormenorizando direitos fundamentais.

Logo, é preciso compreender o garantismo em seu contexto histórico para, então, aplicá-lo à contemporaneidade brasileira, sob pena de cometer-se anacronismo. Para tanto, faz-se necessário o diálogo com as principais correntes que divergem do autor italiano, considerando-o “anarquista”, “bandidólatra”, “comunista”, entre outras coisas, para, enfim, trazer à luz um sentido coerente à nossa democracia. A clássica discussão acerca da separação entre direito e moral ganha novo fôlego em meio à crise política brasileira, onde o Poder Judiciário é pressionado, compelido a curvar-se diante de forças externas que influenciam (manipulam?) decisões judiciais, exaurindo pouco a pouco sua autonomia e imparcialidade.

Considerando um possível cenário onde o Poder Judiciário, predominantemente neoconstitucionalista, é pressionado e influenciável, onde há grande ativismo judicial, tribunais proferem decisões baseadas em super interpretações que extrapolam os limites da semântica, o que põe em xeque a própria razão de ser do direito, torna-se mister discutirmos, hoje, de forma cautelosa acerca do futuro da democracia brasileira.

A premissa da Teoria Geral do Garantismo é a antítese histórica pautada na relação entre liberdade e poder, além de ser a base motriz do Estado de Direito, o qual a finalidade é a tutela das liberdades do cidadão ante as várias formas de exercício arbitrário do poder. Nesse sentido, o garantismo tem muito a nos ensinar quanto a aplicação do direito, interferência da moral, jurisdição constitucional, limite do poder do Estado, discricionariedade, poder e liberdade. Há que se ressaltar, não se pode confundir o garantismo de Ferrajoli com o positivismo puro de Kelsen, tampouco com ideais abolicionistas e de valoração do crime, dado entendimentos superficiais e errôneos.

Faz-se mister compreender o garantismo jurídico como um sistema de limites e vínculos a todo e qualquer poder que incide sobre uma sociedade, seja ele político, seja oriundo da repartição dos poderes legislativo, executivo e judiciário, ou até mesmo, a vontade de maioria, isto é, atribuir-lhe caráter *omnium*, além da imprescindível conotação funcional que o garantismo tem ante o Estado de Direito; sendo portanto a busca do equilíbrio entre o ser e o dever-ser do direito, absorvendo as influências de épocas passadas de forma a moldá-las à aplicação contemporânea. (FERRAJOLI, 2002, p. 687).

Sendo assim, o garantismo não deve ser confundido com uma teoria puramente kelseniana, tampouco puramente jusnaturalista. Pelo contrário, deve ser encarada como sendo sinônimo de Estado de direito, considerando que o termo não diz respeito somente a um Estado regulado pelas leis, mas a um modelo de Estado que nasce a partir de princípios axiológicos normatizados frequentemente por constituições rígidas mundo afora, que tem como arcabouço político-jurídico a ideia de vigência e validade, poder *per leges* e *sub leges* (pelas leis e sob as leis, respectivamente), isto é, um modelo que se preocupa tanto com a legalidade formal quanto a legalidade material, vinculando os poderes àquilo que está predisposto pelas normas e submetendo-os a um controle de legitimidade. Logo, prevenindo abusos que firam direitos fundamentais e/ou a própria democracia.

Ademais, o termo “garantismo” vem justamente da ideia de um instrumento que garanta a aplicação do direito dentro de uma democracia, além de sua aplicabilidade, isto é, para que vigorem meios acessíveis e efetivos à aplicação do direito normatizado, sejam eles judiciais ou políticos. Todavia, essa premissa encontraria grande contraponto em governos totalitários, autoritários e/ou absolutistas, uma vez que, normalmente, nesses sistemas o poder de legislar encontra guarida na vontade do soberano em detrimento das necessidades dos cidadãos e oriundo das relações entre os mesmos. Esses sistemas usam a legalidade formal para legislar em causa própria, dando ao ordenamento um caráter de legalidade, sem, contudo, ter qualquer validade formal.

Nesse contexto, fica evidente a necessidade de impor limites aos poderes (seja ele do soberano, do rei, ou até mesmo da maioria do povo) a fim de evitar os abusos e as ilegalidades, de forma que fique esclarecida a natureza da relação entre democracia política e Estado de direito, bem como de estabelecer regras de quem pode e/ou deve decidir, e como pode decidir. Trata-se do estabelecimento das regras da própria democracia, da forma como a soberania pode ser expressa no poder, através do processo legislativo democrático, que culmina na criação de leis que devem expressar tal soberania, isto é, o garantismo jurídico é uma maneira de estabelecer, a partir do espectro jurídico, limites e vínculos ao poder, o que acaba sendo a efetivação das regras do Estado democrático de direito. (FERRAJOLI, 2002, p. 689).

Assim, a relação entre validade e vigor, ou seja, a existência de normas vigentes, mas não válidas, é a principal diferença entre um Estado de direito e um mero Estado legal. Logo, a limitação de poder legal de um governante precede a sua função democrático-representativa, sendo que ele não pode decidir ou não decidir como bem

entender, como também obedecer ao processo normativamente imposto. Assim, sendo de suma relevância ter uma clara definição daquilo que é direito fundamental dentro de um ordenamento, a fim de que estes sejam, efetivamente, limitações ao poder do soberano.

Historicamente, o Estado de direito foi concebido com vedações legais que garantiam ao indivíduo o direito à liberdade e à vida, considerados direitos fundamentais de primeira geração, os quais foram evoluindo ao longo dos tempos, passando a abranger, na segunda geração, os direitos civis e políticos; na terceira geração, os direitos sociais; e, hodiernamente, direitos fundamentais de quarta geração, que versam sobre meio ambiente e universalização de direitos.

Outrossim, nesse processo evolutivo dos direitos fundamentais, vê-se a necessidade de garantir a sua efetivação e aplicabilidade, a fim de que não sejam violados e/ou ignorados pelo Estado. Nesse escopo, o constitucionalismo moderno surge como contraponto ao Estado absolutista - ou contra qualquer intuito totalitário - sob a premissa de limitar o poder do Estado através das leis, as quais o absoluto deverá “se curvar”. Em outras palavras, sai a figura do Rei, do absoluto, e entra a figura do Estado regulado pelas leis, estabelecidas formalmente pelo parlamento, devendo, portanto, o governante não mais governar acima das leis, mas tão somente de acordo com elas, segundo o autor, um governo “*per leges e sub leges*”. Dessa forma, qualquer que seja o governo e/ou governante, deverá não somente ser legitimado pelas leis, mas também deverá submeter-se a elas.

Nesse sentido, as constituições figuram como personagens principais nos ordenamentos jurídicos, sendo daquelas a árdua tarefa de estabelecer as regras do jogo ao governante e aos governados. Emanam um Estado democrático e constitucional de direito, com regras previamente estabelecidas que tem como ponto forte o controle material e efetivo de constitucionalidade, afastando poderes e intuítos absolutistas que ainda permeiam o ideário de muitos aspirantes ao governo e fazem parte da realidade da sociedade.

Um modelo pautado nas leis como reguladoras do poder governamental, tal como o Estado constitucional de direito, busca diferenciar a moral do direito no que tange a sua aplicabilidade, já que a prática jurídica eivada pela moralidade daquele que a exerce é uma grande contradição ao pressuposto do garantismo constitucional, qual seja, estabelecer um paradigma impessoal a ser seguido pelos governantes e operadores da lei e do direito. Por outro lado, a moral tem seu lugar no processo legislativo, isto é, quando do estabelecimento formal de uma lei, que tem como condutores a moralidade e intentos

do legislador e aqueles a quem representa. Todavia, após legalmente formada uma lei, esta não pode pressupor de aplicação pautada em mera moralidade, de quem quer que seja. Logo, a moral não legitima questões jurídicas e o constitucionalismo garantista ressalta a importância da autonomia do direito quanto a sua aplicabilidade, propondo soluções que, se não sanam as graves crises democráticas atuais, minimizam bastante sua nocividade à própria democracia.

O mundo passa por um processo de integração econômica, característica da globalização, o qual acompanha uma crescente abertura de mercados e exploração de recursos naturais, que, por conseguinte, nos leva a uma escalada na degradação ambiental, trazendo ao horizonte o esgotamento dos recursos naturais do planeta. Dessa forma, há uma necessidade latente do desenvolvimento de uma esfera pública planetária que atue como reguladora do desenvolvimento desenfreado, baseado na exploração de recursos naturais, e fomente uma distribuição de renda mais igualitária em uma escala global (FERRAJOLI, 2011, p.80,81; IANNI, 1994).

Todavia, emerge nas nações mais ricas um intuito contrário à proposta de uma esfera pública global, uma vez que interessada apenas no desenvolvimento próprio, ainda que sob o pretexto da exploração de países menos desenvolvidos, maquiando seus interesses nas bandeiras da soberania nacional, patriotismo e nacionalismo. Isso fica evidente com o ainda lento, mas progressivo, desmanche dos blocos econômicos transnacionais ao redor do mundo, tornando cada vez mais difícil a discussão de pautas humanitárias, sociais e ambientais.

Na análise de Ferrajoli, o caminho racional para um futuro de garantia de direitos fundamentais é a construção de uma esfera pública planetária que tenha a capacidade de regular a apropriação e devastação ambiental, além de fomentar a distribuição de renda e o acesso de todos aos direitos fundamentais. Neste sentido, o mundo discute a temática ambiental e caminha para um processo de pós-industrialização, ao passo que o Brasil caminha em meio a conflitos sociais, lutas de classe, um processo de industrialização nunca finalizado e uma jovem democracia que segue sofrendo ataques. Quanto mais e maiores são os ataques à democracia brasileira tanto maior é a aplicabilidade de uma teoria garantista, por justamente ter como ponto forte o controle material e efetivo de constitucionalidade, de aproximar teoricamente o “ser” e o “dever-ser” do direito, servindo à extinção de poderes absolutos e ditatoriais que permeiam o cenário político brasileiro (NETO, SCHORR, 2015).

Há uma evidente necessidade de se proteger a democracia brasileira dos ataques que sofre, sejam eles políticos, midiáticos, sociais e/ou econômicos. Nesse ponto o garantismo é um poderoso modelo que pode direcionar-nos à construção de uma democracia sólida e eficaz a partir do espectro jurídico, o qual fomenta a aplicação do direito existente, reforçando a ideia do “dever-ser” do direito, isto é, as leis devem obedecer às suas condições de validade, estando sob a égide de uma constituição rígida, não se dobrando à vontade e/ou moralidade de quem decide, mas servindo como limite àquele que decide.

O Brasil sofre com o fenômeno das super interpretações dos tribunais e do ativismo judicial, que promove justamente o que o constitucionalismo garantista vem combater, a aproximação do direito e da moral no processo judicial. Com a premissa de um constitucionalismo principialista (neoconstitucionalismo ou constitucionalismo 4.0) que aproxima o direito da moral e usa os princípios como forma de aplicação do direito, o Poder Judiciário caminha em uma linha tênue, a qual pode comprometer a autonomia do direito em prol da discricionariedade daquele que decide, isto é, a norma jurídica é maculada pela moralidade e/ou pela principiologia do juiz, sejam elas quais forem.

Ora, as implicações não são somente jurídicas, uma vez que não promovem a igualdade de todos perante as leis mas perante o julgador, como também têm implicações diretas no próprio Estado democrático de direito, uma vez que, segundo Ferrajoli, os interesses vitais das pessoas, expressados sobre a forma de direitos fundamentais como a vida, liberdade, saúde, educação deveriam ser garantidos por um sistema de limites e vínculos substanciais aos poderes públicos, os quais podem ser condicionados tão somente à vontade de quem decide (FERRAJOLI, 2011, p. 49).

A fim de proteger o Estado democrático e garantir que sejam aplicadas as leis e efetivados os direitos fundamentais, Ferrajoli propõe alguns princípios e postulados a fim de coibir o poder ilimitado de quem quer que seja. Dentre os quais está um novo paradigma ao princípio da legalidade que assume um papel normativo constitucional, submetendo o poder, seja ele público ou privado, executivo, judiciário ou legislativo, estatal, extra estatal ou supra estatal, aos limites e vínculos estabelecidos constitucionalmente, além de promover a separação entre os poderes, definindo claramente suas funções e possibilidades, não permitindo que os mesmos se confundam e/ou se sobreponham.

Outrossim, o garantismo mostra-se como excelente modelo ante a falibilidade do Estado democrático de direito, uma vez que atua diretamente contra qualquer tipo de

arbitrariedade de quem decide, indo além, criando o que se chama por “esfera do indecidível”, onde os princípios normativamente estabelecidos e uma constituição rígida determinam as regras do jogo, isto é, estabelecem parâmetros de atuação a qualquer poder, a qualquer julgador. Por isso, o garantismo é, além de uma teoria do direito, um modelo normativo e uma filosofia política que busca proteger a democracia a partir da redefinição e garantia de efetivação dos direitos fundamentais.

3 CONCLUSÃO

A partir da redefinição de direitos fundamentais e da teoria geral do garantismo proposta por Ferrajoli, poder-se-á construir um poder público de escala global, além de instituições autônomas, independentes, que preconizem o cuidado no tratamento dos problemas que assolam, sobretudo, os países pobres. Todavia, mostra-se como um desafio gigantesco, uma vez que os Estados têm tentado voltar a uma política individualista sob a bandeira de nacionalismo, soberania e patriotismo.

Universalizar os direitos fundamentais significa elevar a importância da dignidade da pessoa humana, haja vista que considera direito de todos os seres humanos o acesso a medicamentos essenciais, os bens ecológicos, o acesso a alimentação e a renda através de uma distribuição mais igualitária.

Ao olharmos para o Brasil, notamos como uma teoria geral do garantismo se encaixaria perfeitamente. Nossa democracia jovem não raramente sofre com intentos antidemocráticos, flerta com autoritarismo, além de ter enfraquecidas suas instituições e seu cenário político, bem como uma celeuma entre os três poderes. Nesse sentido, o Poder Judiciário vive um momento de neoconstitucionalismo, onde as decisões têm as leis quase que como um mero artifício consultivo, valendo-se o julgador mais de sua moral e costumes do que das leis em si. Sofremos com o fenômeno das super interpretações que fogem completamente à semântica da legislação, além de mutações constitucionais que se moldam ao sabor e desejo daquele que a opera.

Por isso, torna-se fundamental que se estabeleça previamente as regras do jogo e a maneira como ele deve ser jogado a fim de coibir o ativismo judicial que atende a apelos moralistas, midiáticos e tantas outras influências externas que não seja o ordenamento jurídico e os princípios que o regem. Ademais, o constitucionalismo garantista defende a ideia de se limitar juridicamente o poder, seja ele qual for, a partir do direito, tendo implicações jurídicas, políticas, sociais, ambientais e econômicas, atuando como alguém

que propõe as regras do jogo e fiscaliza a partida como um árbitro, servindo como afastador de qualquer tipo de abuso por parte dos participantes.

Não raramente confunde-se o garantismo de Ferrajoli com o positivismo puro de Kelsen, todavia há uma gigantesca lacuna entre elas. A teoria garantista leciona que a igualdade nos direitos gera a ideia de uma igualdade baseada no respeito ao próximo como igual, enquanto a desigualdade nos direitos gera a imagem de desiguais, isto é, um inferior antropologicamente, uma vez que inferior juridicamente. Ora, o garantismo vem, através do direito, propor igualdade, equidade e justiça para todos em igual medida.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17>. Acesso em: 18 nov. 2019.

NETO, Alfredo Copetti, SCHORR, Janaína Soares. Retomando o garantismo jurídico: a face ativa do constitucionalismo contemporâneo. *Revista Empório do Direito*. 21 nov. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/retomando-o-garantismo-juridico-a-face-ativa-do-constitucionalismo-contemporaneo>. Acesso em: 23 jan. 2020.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Um manifesto garantista. *Revista Garantismo Brasil*. 23 mar. 2018. Disponível em: <https://www.garantismobrasil.com/single-post/2018/03/29/UM-MANIFESTO-GARANTISTA>. Acesso em: 19 nov. 2019.

TORRES, Amanda Lobão. O garantismo de Luigi Ferrajoli e a discricionariedade judicial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4400, 19 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40995>. Acesso em: 18 nov. 2019.

TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. *Revista Consultor Jurídico*. 8 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 19 nov. 2019.