

GARANTISMO COMO REFERÊNCIA JURÍDICA

Elizângela Treméa Fell¹
Daniela Bracht²

1 Mestre em Ciências Sociais Aplicadas - Interdisciplinar pela UEPG, professora de Direito Civil, Argumentação Jurídica e Direito Agrário e Ambiental da UNIOESTE, campus Marechal Cândido Rondon. Professora de Direito Civil e Hermenêutica Jurídica da Escola da Magistratura do Paraná/Cascavel - PR. Linha de pesquisa Hermenêutica das Ciências e Soberania Nacional. E.mail: elizangelatrema@hotmail.com.

2 Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Cascavel - UNIVEL.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo traçar as diretrizes básicas do que vem propor a Teoria do Garantismo, bem como sua operacionalidade nos dias atuais sendo que, para isso, ressalta a supremacia das normas constitucionais, bem como uma nova releitura da clássica teoria pura do Direito, de Kelsen, fazendo diferenciações entre os conceitos de vigência e de validade da norma. Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica. O que se observou com o estudo é que a Constituição Federal, que deveria ser a Carta Suprema do Estado, por conter normas constitucionais que fornecem uma série de garantias fundamentais aos cidadãos, descritas como cláusulas pétreas, nem sempre são observadas na atualidade, em vista de que freqüentemente os Direitos Fundamentais ali contidos são desrespeitados pelo Poder Legislativo na edição de leis.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Princípios; Direitos fundamentais; Vigência; Validade.

ABSTRACT: The present article aims to outline the basic guidelines of what the Garantism Theory proposes, as well as its operationalization nowadays, standing out the constitutional norms supremacy, as well as a new approach of Kelsen's classical Pure Theory of Law, making differentiations between the concepts of legality and of validity of the norm. A bibliographical research has been used as methodology. What has been observed is that the Federal Constitution, which should be the State's Supreme Bill due to the fact that it contains constitutional norms which provide a series of fundamental warranties to the citizens, described as essential clauses, has not always been currently observed, once that the Fundamental Rights held in the Constitution are disrespected by the Legislative Power when of the edition of laws.

KEYWORDS: Constitution; Principles; Fundamental Rights; Garantism.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, da República Federativa do Brasil, como Carta Magna, contém uma série de garantias fundamentais ao cidadão, para que o Estado possa ser considerado como Democrático de Direito.

Porém, na prática isso nem sempre é observado, em razão de que freqüentemente os Direitos Fundamentais ali contidos são desrespeitados pelo Poder Legislativo na edição de leis. De acordo com a clássica *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, o Poder Judiciário encontra-se de mãos atadas para enfrentar esse desrespeito, posto que o Direito para ser considerado como ciência, há de ser isento de qualquer conteúdo valorativo.

De acordo com a Teoria do Garantismo, proposta por Luigi Ferrajoli, o Poder Judiciário, através de seus operadores, estará legitimado para declarar a invalidade de uma norma quando estiver afrontando os Direitos Fundamentais.

1 ASPECTOS GERAIS DO GARANTISMO E DA TEORIA PURA DO DIREITO

Consiste o Garantismo na proposição de uma nova teoria do Direito, na qual são trazidas alguns novos entendimentos em relação à clássica *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, que surge com o intuito de modificar o entendimento em relação à vigência, validade e eficácia da norma jurídica, bem como a prevalência da Constituição Federal.

Tal teoria tem como idealizador principal o jurista italiano Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal”, publicada no Brasil pela Editora Revista dos Tribunais, sendo traduzida pelos seguintes juristas: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes³.

Conforme destaca o artigo publicado por Roberto Basilone Leite, na década de setenta, Ferrajoli fazia parte de um movimento chamado jurisprudência alternativa, movimento que propugnava pela interpretação da lei conforme a Constituição⁴. Ferrajoli se encontrava engajado neste movimento por ser um crítico de sua época, ante as diversas despersonalizações que vinham sofrendo os indivíduos enquanto cidadãos, desde o capitalismo

3 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

4 LEITE, Roberto Basilone. *Desregulamentação, flexibilização e reconstrução do ordenamento trabalhista: o trabalhador entre o neoliberalismo e o garantismo*. Revista LTr, São Paulo, volume 66, n. 12. p. 1413-1425, dezembro. 2002

monopólico, liberalismo clássico, neo-liberalismo até o positivismo dogmático-formalista, necessitando-se reencontrar algum modelo que possibilitasse a garantia destes cidadãos face à Constituição.

A teoria do Garantismo vem sendo introduzida no Brasil por diversos doutrinadores e estudiosos que atentam quanto à importância de adequar todas as normas à Constituição Federal, em síntese, à hermenêutica constitucional. Um dos precursores desta idéia do garantismo no Brasil foi Sérgio Cademartori, consolidando seu entendimento na obra “Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista”, publicada no ano de 1999⁵.

De acordo com o entendimento de Ferrajoli, o Garantismo inicialmente teve sua aplicação restrita ao Direito Penal⁶ :

Todos os parâmetros de racionalidade de justiça e de legitimidade de intervenção punitiva, eram largamente desatendidos: seja ao considerar a legislação penal ordinária, seja ao se considerar a jurisdição ou, pior ainda, as práticas administrativas e policiais.

Neste mesmo pensamento, ainda destaca o jurista que⁷ :

Da palavra garantismo é, então, possível distinguir três significados diversos: modelo normativo de direito, teoria jurídica da validade e da efetividade da norma, e filosofia política, que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico.

Em se analisando os três significados componentes de tal teoria, de acordo com o primeiro deles, conforme o entendimento de Ferrajoli:⁸ :

O Garantismo vem determinar um modelo normativo de direito, precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que pode ser entendido sob três planos: o epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; o político,

5 LEITE, Roberto Basilone. Ob. cit. p. 1413-1425.

6 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 683

7 idem p. 684

8 idem p. 684

por sua vez, se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade; por fim, o jurídico, como um sistema de vínculo impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Desta maneira, um sistema será considerado altamente garantista se os princípios previstos na Constituição forem amplamente respeitados.

Já no segundo aspecto, o garantismo é analisado como uma teoria jurídica da validade e da efetividade da norma. Aqui constata-se a diferença entre estas categorias componentes, constituindo-se em um novo entendimento à Teoria Pura do Direito, preconizada por Kelsen, como será visto. Justamente esta diferenciação entre tais institutos possibilita uma análise crítica da lei com posterior aplicação diferenciada pelo Juiz.

Já em relação ao terceiro aspecto, Ferrajoli determina que⁹: “O garantismo é considerado como 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.”

Ferrajoli, após tecer comentários sobre os três aspectos de significação do garantismo, antes só relacionados ao Direito Penal, conclui que esta teoria pode ter um alcance teórico e prático para todos os demais ramos do direito, e passa a delinear os elementos de uma teoria geral do Garantismo¹⁰:

O caráter vinculado do poder público no Estado de Direito, a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

Entende o jurista que a lei sofre influência direta e crucial do poder legislativo (ponto de vista externo), tendo prevalência em relação ao poder jurídico (ponto de vista interno). Desta

9 idem p. 685

10 idem p. 686

maneira, é possível estender a todos os ramos do Direito, e não apenas em relação ao Direito Penal, os mesmos modelos de justiça trazidos pela Teoria do Garantismo, possibilitando o respeito aos Direitos Fundamentais, com vistas a adequar o ordenamento infraconstitucional em respeito à Constituição Federal.

O Garantismo não é uma teoria que prega o fim do positivismo, mas sim consiste numa crítica ao dogmatismo-positivista. Para isto prega a observância dos princípios¹¹ contidos na Constituição, primando pela diferenciação entre vigência e validade das normas infraconstitucionais, partindo da distinção do vigor daquelas, tanto de sua validade quanto de sua efetividade, através do que Ferrajoli determina como juspotivismo crítico¹².

Feitas estas considerações, inicialmente será analisado o Garantismo como forma de observância aos Direitos Fundamentais contidos na Constituição Federal e, posteriormente, a nova concepção da clássica Teoria Pura do Direito de Kelsen, representando o Garantismo como um modelo normativo de Direito, possibilitador de que se recondicionem as teorias e as práticas que perpassam as estruturas políticas e jurídicas vigentes, vinculando-as a valores superiores para a convivência humana¹³. Através desta nova concepção em relação à validade da norma,

11 Conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra **Elementos de Direito Administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. P. 299-300, "Princípio, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...). Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma (...); E a mais grave ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".

12 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 700.

13 COELHO, Edihermes Marques. *Direitos humanos: globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 14-15.

o garantismo prega uma diferenciação entre validade material e vigência formal das normas, como se verá oportunamente.

2 TEORIA DO GARANTISMO

Analisando o Garantismo como teoria apta a observância dos Direitos Fundamentais atrelados à Constituição Federal, antes faz-se mister entender como se dá essa estreita relação ao respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, de forma que o Estado Democrático de Direito só estará de fato legitimado quando suas ações possibilitarem o respeito às normas constitucionais, atentando-se não apenas à democracia formal, mas também à democracia material de seus atos. Desta maneira, os Direitos Fundamentais serão respeitados e a legitimação estatal se dará na forma dos ditames apregoados pela República Federativa.

Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa¹⁴:

O garantismo jurídico baseia-se, desta feita, nos direitos individuais vinculados à tradição iluminista - com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante Neoliberal.

Os Direitos Fundamentais, contidos na Constituição Federal, constituem-se num dever que cabe ao Estado Democrático de Direito possibilitar aos cidadãos que o compõem, nas três esferas dos Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A ação destes deve conter embasamento não apenas formal, isto é quanto às formalidades que constituem a gênese de um ato, mas também material, em vista do conteúdo da Constituição. Nesse ínterim, o Legislativo, ao elaborar uma lei, deve observar, além das formalidades exigíveis para aprovação da referida lei (aquilo que Ferrajoli define como democracia formal), também garantir o respeito aos direitos e garantias individuais (chamado por Ferrajoli

14 ROSA, Alexandre Morais da. *O que é Garantismo Jurídico?*
Florianópolis: Habitus, 2003, p. 20-21.

de democracia material), tal como ressalta Alexandre Morais da Rosa¹⁵:

Para tanto, os vínculos no Estado Democrático de Direito, de viés Garantista, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecidível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria pode-se violar / negar os Direitos Fundamentais dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do Estado Civil.

Quer isto significar que, os membros componentes do Poder Legislativo, mesmo que por maioria exigida para o *quorum* na votação de uma determinada lei infraconstitucional, em hipótese alguma poderão violar as garantias Constitucionais. Assim, haverá observância de ambas democracias, sugeridas por Ferrajoli: a material (substancial) e a formal.

Conforme o entendimento de Sérgio Cademartori¹⁶:

Com a operacionalidade possível da democracia substancial / material, resta inserido no Estado Democrático de Direito, a esfera do decidível e do não-decidível, por maior ou mesmo unanimidade. De fato, por um lado não se pode legitimamente afrontar-se o constante nos direitos individuais, bem como, de outro, deve-se garanti-los na sua máxima extensão, sob pena de deslegitimação das instituições estatais.

Em se analisando o Estado Democrático de Direito, sob a ótica do Garantismo, estabelece-se “quem” pode e “como” se deve decidir; “o que” se deve e o “o que não” se deve decidir¹⁷. Ferrajoli, estabelece desta maneira os limites de atuação do Poder Legislativo em vista de que os Direitos Fundamentais, constantes na Constituição Federal, são justamente colocados na esfera daquilo que ele chama de indecidível. Conforme destaca Alexandre Morais da Rosa¹⁸:

15 idem, 2003, p. 21

16 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Citado por: ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 22

17 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 688

18 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 22-23

Conseqüência dessa supremacia constitucional é que se devem efetuar juízos de validade, em face do ordenamento infraconstitucional, espraiando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecidível (Direitos Fundamentais).

É claro que, no plano teórico, todos os membros que compõem as esferas do Poder Democrático de Direito, afirmam o respeito à supremacia da Constituição. Porém, na prática, percebe-se um constante paradoxo¹⁹ entre a constitucionalidade material (conteúdo da norma) e a formal (elaboração da norma), surgindo a justificativa desta esfera do indecidível.

Para compreender mais detalhadamente esta retirada da liberalidade do Poder Legislativo, restringindo sua atuação por meio da esfera do indecidível, o autor da referida Teoria do Garantismo procurou embasamento em John Locke, seguindo-se também Thomas Hobbes, bem como Jean-Jacques Rousseau.

John Locke foi o idealizador do contratualismo, tendo posteriormente recebido contribuições dos referidos teóricos. Conforme destaca Alexandre Morais da Rosa²⁰: “Em todos, o Estado de Natureza se constitui em antecedente lógico à formação do Estado Civil, existindo divergência sobre a maneira pela qual os indivíduos se relacionavam naquela situação.”

Esta divergência consistia nos seguintes aspectos: Hobbes entendia esse estado de natureza como estado de guerra de todos contra todos, permeado por extrema insegurança, decorrente da aplicação da lei do mais forte e movida pelas paixões²¹. Já para Rousseau, o estado da natureza era entendido como um estado de felicidade, em que os indivíduos encontravam-se satisfeitos até o surgimento da propriedade privada²².

19 Conceito que é ou parece contrário ao senso comum, em contrariedade.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977, p. 350.

20 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p.23

21 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Citado por: ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 23.

22 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social - (ou Princípios de Direito Político)*. Citado por: ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 23.

Pode-se extrair as seguintes conclusões que justificariam o surgimento do Estado para estes teóricos: Hobbes entendia que o Estado surgiria em decorrência da necessidade, enquanto que para Rousseau o Estado seria conseqüência do desenvolvimento social. Mas não há apenas diferenças nos entendimentos, mas uma semelhança que caracteriza a idéia de concepção liberal de cidadania: haveria uma alienação de todos os direitos dos indivíduos ao Estado, para somente após e por decisão deste, recebê-los novamente, não na totalidade, mas na medida que este quiser conferir²³.

Já para Locke, a instituição do Estado significa a manutenção e consolidação dos direitos existentes no Estado de Natureza, objetivando-se, principalmente a resolução pacífica dos conflitos²⁴. Locke, portanto, entende que o Estado de Natureza não deixaria de existir na concepção do Estado em sua teoria contratualista em vista de que este não receberia poderes plenos e absolutos para agir da maneira que bem entendesse; a sua atuação só estaria legitimada se sua atividade estivesse atrelada à conformidade daqueles direitos antecedentes (do Estado de Natureza), ou seja, aqueles direitos individuais não poderiam ser objeto de violação pelo Estado, e estes justificariam a esfera daquilo que não se pode decidir. Para tanto, Locke não é favorável a idéia de que não exista um Estado, mas sim ele é adepto da idéia de que aquele Estado de Natureza garantia determinados direitos aos indivíduos. Conforme destaca Alexandre Morais da Rosa, essa concepção de John Locke é importante para a perfeita configuração deste núcleo irreduzível de liberdade do indivíduo, demarcador do limite da atividade Estatal²⁵. Quer isto significar que, pela idéia contratualista do Estado, a passagem do Estado de Natureza não foi feita mediante um mero pacto de adesão consistente num vilipêndio às garantias individuais, mas sim houve uma regulamentação de certos direitos e deveres, não deixando ao bel-prazer a atuação dos indivíduos componentes do Estado. Porém, essa

23 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p.23-24.

24 LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. Citado por: ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 24.

25 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p.25.

regulamentação não justificaria alienação absoluta de direitos e deveres, mas sim a existência de um ente imparcial que fosse capaz de organizar a sociedade.

Desta forma, a concepção da democracia material surge na esteira da hipótese contratualista de John Locke²⁶, que significaria o respeito e a garantia de que o Poder Legislativo não poderia suplantiar as garantias fundamentais - eis aí a esfera do indecível, tão preconizada pelo Garantismo. Por isso, além de observar os critérios da elaboração da norma sob o aspecto formal, qual seja o procedimento, no Estado Democrático de Direito, através de seu Poder Legislativo, deve romper com o mero procedimento formal e atentar-se ao aspecto material da norma.

Nesse contexto, a teoria do Garantismo destaca a grande importância que deve ser dada aos Direitos Fundamentais contidos na Constituição Federal, demonstrando aquilo que deve e aquilo que não deve ser discutido pelo Poder Legislativo, bem como a maneira através da qual deverá agir o Poder Judiciário frente a um eventual desrespeito àqueles direitos. E, como se verá mais adiante, para isso se estabelece uma nova visão em relação à clássica Teoria Pura do Direito, de Kelsen (vigência-validade-efetividade). Através disso, o Judiciário estará legitimado para fazer o controle de constitucionalidade em ambos os aspectos: formal e material.

Dentre os Direitos Fundamentais que devem ser respeitados neste Estado Democrático de Direito estão ali incluídos as liberdades e os direitos sociais contidos nos artigos 5º e 6º, respectivamente, na Constituição Federal de 1988²⁷:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade....”

“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

26 Idem, p. 25-26.

27 BRASIL. Constituição, 1988.

Segundo Alexandre Morais da Rosa²⁸ :

A democracia entendida como garantista significa o Estado de Direito munido tanto de direitos liberais (direitos de) como de direitos sociais (direitos a), próprios, esses últimos, dos Estados intervencionistas como no Brasil.

Há uma profunda modificação na estrutura do poder estatal, na medida em que o Estado passa a ser não mais entendido como Estado de direito liberal²⁹ apenas limitando-se negativamente, mas passa a ser também Estado de direito social³⁰ na medida em que deverá agir positivamente satisfazendo as obrigações contidas nos direitos fundamentais.

Conforme destaca Alexandre de Morais da Rosa³¹ :

Assim é que os Direitos Fundamentais, por um lado, indicam obrigações positivas do Estado no âmbito social e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da democracia material constitucional.

O Garantismo quer representar uma valorização ao texto constitucional em razão de que estes Direitos Fundamentais estão vinculados à democracia material³² e positivados na Constituição.

Em sendo assim, há uma concepção diferenciada em relação ao Estado Democrático de Direito, tal como destaca Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Morais³³ :

28 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 30.

29 Estado de direito liberal corresponde às garantias liberais, que requerem do Estado prestações negativas, de não fazer (*direitos de*).

30 Estado de direito social corresponde às garantias sociais, requerendo do Estado prestações positivas (*direitos a*).

31 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 32.

32 Esta democracia material quer significar que a Constituição Federal, na concepção garantista, deixa de ser meramente normativa (formal), e busca resgatar o seu próprio conteúdo formador (modelo de sociedade buscada nas linhas mestras do Estado Democrático de Direito).

33 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e*

Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito (...) impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade.

Desta maneira, há uma definição além de teórica mas também formal dos Direitos Fundamentais, em vista de que estes deverão ser respeitados ainda que leis ordinárias não lhes dêem o respectivo atendimento à democracia formal e substancial (material). Assim, tais Direitos são indissociáveis da qualidade dos cidadãos que compõem o Estado Democrático de Direito, conforme destaca Ferrajoli³⁴: “Incorporação em normas constitucionais dos direitos fundamentais dos cidadãos como vínculos funcionais que condicionam a validade jurídica da inteira atividade do Estado.”

Na lição de Lenio Luiz Streck³⁵:

A Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topo hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico. A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem pública e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no texto normativo.

Feitas estas considerações em relação à vinculação dos Direitos Fundamentais ao ordenamento previsto na Constituição Federal, importa agora determinar como se dá essa vinculação, entre os Direitos Fundamentais e à democracia formal e a substancial, em vista de que o Garantismo tem seu embasamento na democracia substancial.

teoria geral do estado. Citado por: ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 30-31.

34 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 725.

35 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 224-225.

Para o Garantismo, todo o ordenamento jurídico deve convergir para a Constituição Federal: qualquer espécie de criação, aplicação ou interpretação deve estar em conformidade com a norma suprema. De acordo com a divisão dos Poderes contidos na Constituição Federal, cabe ao Poder Legislativo elaborar e editar as leis, e para isso existe todo um procedimento específico dependendo da espécie em questão. Para isso, são os membros do referido poder eleitos pelo povo; caso os legisladores, alegando agir em nome da maioria editarem leis violando a Constituição, caberá ao Poder Judiciário, através do Controle de Constitucionalidade material e formal, impedir a violação. Isso viria a garantir, inclusive, a tão pregada força normativa da Constituição, defendida por Konrad Hesse³⁶.

Para se aplicar toda a produção normativa (Emendas Constitucionais, Leis, Medidas Provisórias, Atos Normativos e Sentenças) acertadamente, de modo a não afrontar os Direitos Fundamentais do cidadão existe a necessidade de que todas as funções praticadas pelo Estado, para que assim seja considerado com Democrático de Direito, se direcionem à Constituição Federal. Conforme destaca Alexandre Morais da Rosa, essa é uma das tarefas do operador jurídico garantista no Estado Democrático de Direito: tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais³⁷.

Em relação à clássica Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, apregoa o Garantismo uma nova concepção em relação à validade e a vigência da norma. Nas palavras de Edihermes Marques Coelho³⁸:

A noção de validade garantista talvez seja o ponto mais delicado do garantismo enquanto teoria geral do Direito, pois sua formulação mexe com noções tradicionais, arraigadas nas concepções jurídicas contemporâneas.

O mesmo jurista, afirma que Ferrajoli tece críticas em relação à teoria formalista da validade, proposta por Kelsen na

36 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

37 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 39.

38 COELHO, Edihermes Marques. Ob. cit. p. 18-19.

medida que a noção Kelseniana de validade, durante muito tempo dominante entre os teóricos do direito, como existência ou pertencer de uma norma ao ordenamento em virtude da simples conformidade formal do ato normativo em relação às normas de procedimento sobre sua produção, pressupõe (e resulta, em tal sentido, adequada para explicar) um sistema de direito positivo unidimensional baseado na onipotência do legislador³⁹.

Isso porque, na teoria, ninguém contesta a supremacia das normas contidas na Constituição Federal porém, na prática, os Direitos Fundamentais ali constantes são violados quase que diariamente. Para que seja possível a sobreposição de tais Direitos em relação a qualquer produção normativa infraconstitucional, Ferrajoli passa a redefinir os conceitos de validade e de vigência, em vista de que para ele o Garantismo considera como sendo vigente uma norma que tem validade formal⁴⁰; já por sua vez considera como válida uma norma que tem validade material⁴¹.

Com isso, os direitos fundamentais se impoem como condição de validade material das demais normas jurídicas. Conforme Luigi Ferrajoli⁴²:

A especificidade do moderno Estado Constitucional de Direito está precisamente no fato de que as condições de validade estabelecidas por suas leis fundamentais incorporam não só requisitos de regularidade formal, senão também condições de justiça material. Esses traços substanciais de validade, inexplicavelmente ignorados pela maior parte das definições juspositivistas de direito válido, sejam normativistas ou realistas, têm uma relevância bem maior do que a dos meramente formais.

Para ser possível entender como Ferrajoli propõe a teoria do Garantismo, com uma releitura da Clássica Teoria Pura do Direito, antes é necessário compreender, em breves linhas, como

39 FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Citado por: COELHO, Edihermes Marques. Ob. cit. p. 21.

40 Validade formal corresponde ao procedimento e competência de produção da norma.

41 Validade material corresponde a adequação da norma aos princípios e valores fundamentais da Constituição.

42 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 289.

é entendida a teoria formalista da norma (Kelsen), para a posterior modificação no entendimento dos critérios de validade, de vigência e de eficácia das normas jurídicas.

Hans Kelsen desenvolveu a chamada Teoria Pura do Direito. Apesar das críticas a ela direcionadas, na época e até mesmo nos dias atuais, não se pode negar que tal teoria representou um marco divisor em relação à maneira, através da qual, se analisava a ciência do Direito.

Kelsen adotou, para analisar a ciência do Direito, os pressupostos da Escola Neokantiana⁴³, de acordo com a lição de Luiz Alberto Warat citado por Alexandre Morais da Rosa⁴⁴:

Para Kant, a determinação racional da possibilidade e limite do conhecimento puro precede ao conhecimento do real. Da mesma forma, para Kelsen a necessidade de uma teoria pura, que delimite o objeto do conhecimento jurídico e estabeleça as condições e possibilidades do mesmo, precede logicamente o conhecimento das ciências jurídicas positivas. Por isso, tarefa prioritária da teoria pura é estabelecer as categorias jurídicas distintas e determinantes, em última instância, do campo temático específico das ciências jurídicas, as categorias constituintes da normatividade. Para este trabalho teórico apeláremos para o método transcendental Kantista, que permitira a Kelsen estabelecer a legalidade da ciência jurídica.

Nesse ínterim, para tal entendimento, o que importava era o método através do qual a ciência era elaborada. Kelsen, então desenvolveu sua Teoria Pura do Direito, considerando a ciência objeto de seu estudo (Direito) apenas em seu aspecto formal, isentando-o de qualquer aspecto valorativo. Isso resultou num

43 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 43.

44 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Citado por: ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 43.

rompimento com o jusnaturalismo⁴⁵, reiterando a possibilidade do intérprete do direito de valorar qualquer aspecto moral de Justiça, importando apenas o aspecto formal da norma. Era assim definido o chamado normativismo Kelseniano, pois para que o Direito fosse considerado como ciência sua análise deveria ser baseada apenas na sua forma de elaboração, e não em aspectos valorativos. Os operadores do Direito, desta maneira, desenvolveriam sua atividade de forma neutra.

Ainda em relação à formação da Teoria Pura do Direito, Kelsen diferenciava o mundo do *ser* (ciências naturais) e o mundo do *dever ser* (Direito), de acordo com a lição de Alexandre Morais da Rosa⁴⁶:

Premissa de seu pensamento era de que não existe a possibilidade lógica de deduzir o 'dever-ser' do 'ser', ou seja, de descobrir as normas jurídicas dos fatos da natureza. Com essa dicotomia, o mundo da vida seria regido por leis da causalidade, enquanto o mundo do Direito traria as leis da imputação.

De acordo com este entendimento, determinada conduta, desde que atípica, receberia uma punição independentemente de qualquer valoração da conduta pelo agente produzida, posto que ao aplicador do direito não lhe era permitido valorar a conduta, em vista de que a elaboração da norma era tarefa atribuída ao legislador e, se o aplicador do direito efetivasse a chamada valoração estaria ferindo a separação funcional dos poderes estatais. Na exata lição de Alexandre Morais da Rosa, a norma jurídica traria um juízo hipotético de determinada conduta que, uma vez verificada, redundaria na aplicação da correspondente sanção, ou seja, é a clássica representação de

45 Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa, «jusnaturalismo era a doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um 'direito natural' (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Este direito tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele quem deve prevalecer». ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 44.

46 KELSEN, Hans. *Que es la teoría Pura del Derecho*. Citado por ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 45-46.

que 'se' é A, deve ser B, em que A é o ilícito e B a sanção⁴⁷.

Com base nesses fundamentos é que Kelsen desenvolveu sua Teoria Pura do Direito. Entendia ele que, para que o Direito fosse considerado como ciência, isento de qualquer possibilidade de valoração, o que importava para a validade da norma era a sua formação. Conforme destaca Edihermes Marques Coelho⁴⁸: "A validade normativa está confundida com a vigência das normas: se a norma existe juridicamente enquanto norma, sendo formalmente apta a emanar os seus efeitos, ela é válida."

Portanto, para Kelsen, a validade da norma está condicionada à validade formal: a forma prepondera sobre o conteúdo. Para a aplicação da norma, ele criou aquilo que se chama de pirâmide normativa⁴⁹, ou seja, as normas estariam escalonadas numa estrutura hierárquica⁵⁰, sendo que a Constituição está situada no topo da referida pirâmide.

Para Kelsen, ao propor essa idéia de pirâmide hierárquica, ocupando o seu topo a Constituição Federal, como se levava em conta o procedimento formal da formação da norma, as demais normas infraconstitucionais seriam criadas através de um processo de derivação⁵¹.

Concluindo-se, então, Kelsen entende que a existência de uma norma superior autoriza a existência e validade jurídicas das normas inferiores porém, não há diferença entre vigência e validade. Por esta razão, Ferrajoli tece suas críticas a esta teoria, no seguinte sentido⁵²:

Um conceito deste tipo não poderá dar conta da estrutura dos sistemas jurídicos complexos que comportam as atuais democracias constitucionais, para cuja explicação a noção de validade das normas deverá incluir também a coerência de seus conteúdos ou significados com os princípios de caráter substancial

47 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 46.

48 COELHO, Edihermes Marques. Ob. cit. p. 19.

49 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 46.

50 COELHO, Edihermes Marques. Ob. cit. p. 19.

51 Idem p. 19.

52 FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Citado por: COELHO, Edihermes Marques. Ob. cit. p. 21.

enunciados na Constituição, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, e deverá admitir, portanto, a possibilidade de normas formalmente vigentes e, entretanto, substancialmente inválidas.

Após a análise da teoria de Kelsen, com a posterior crítica de Ferrajoli, este jurista apresenta sua releitura da referida teoria, estabelecendo diferenças, teóricas e práticas, dentre seus componentes, quais sejam, vigência, validade e eficácia.

Entende Ferrajoli que uma norma é vigente (ou de validade meramente formal)⁵³ quando atende aos requisitos formais de criação e existência jurídicos, de competência de quem as cria e de procedimentos adequados para a sua criação. Por sua vez, uma norma será válida (ou de validade material)⁵⁴ quando a norma guardar uma relação de conformidade de conteúdos normativos; desta maneira, se a norma editada contrariar o conteúdo de uma norma que lhe é superior (ofender Direitos Fundamentais), mesmo sendo vigente será ela inválida. Desta maneira, a análise da validade da norma de acordo com a teoria de Kelsen, será sobreposto pelo Garantismo, em vista de que se faz uma análise além do conteúdo formal da norma, mas também material. Já em relação à eficácia da norma, tal será eficaz quando atender aos requisitos de vigência e de validade.

Desta maneira, uma norma será considerada vigente quando advinda de um processo legislativo previsto na Constituição Federal. Já, por sua vez, será válida, quando o seu conteúdo for compatível materialmente com os princípios contidos na Constituição Federal. Conforme destaca Alexandre Morais da Rosa, citando Sérgio Cadematori⁵⁵:

Enquanto os juízos de vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento da edição,

53 ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 47.

54 Idem p. 47.

55 CADEMATORI, Sérgio. *Estado, Direito e Legitimidade*. Citado por: ROSA, Alexandre Morais da. Ob. cit. p. 48.

os juízos sobre a validade - pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa - trazem uma acentuada carga axiológica. No entanto, enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade - e de forma especial as da validade constitucional - consistem no respeito aos valores - tais como a igualdade, a liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos - cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis.

Em decorrência dessa releitura dos conceitos de validade, de vigência e de eficácia, o operador jurídico poderá efetuar uma espécie de filtragem da norma jurídica a cada caso específico, de forma que poderá aplicá-la em um determinado caso, podendo deixar de aplicá-la em outro, por ser a norma vigente, mas não ter validade. Isso é de fundamental importância em vista de que o Direito não é estático, mas sim deve estar atento às diversas mudanças que ocorrem diariamente nas relações jurídicas.

Hipoteticamente, se o Poder Legislativo promulgar uma lei, mesmo que emanada de autoridade competente, bem como observar o devido procedimento para a edição da mesma - neste caso a norma será vigente -, ao Poder Judiciário ficará autorizado considerá-la válida, se a mesma atender aos processos de adequação valorativa, ou seja, a observância aos Princípios Fundamentais contidos na Carta Magna, funcionando o Direito como estrutura normativa garantidora das relações sociais, passando-se do plano de garantia formal para o plano da realização material do Direito⁵⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dias atuais observa-se que o cidadão vem sofrendo grande desreferencialização de seus atributos enquanto personalidade. Cabe ao Estado, através de seus poderes, garantir os Direitos Fundamentais contidos na Constituição Federal.

Como constantemente o Poder Legislativo vem editando leis que não obedecem àquilo que se propõe ao Estado

56 COELHO, Edihermes Marques. Ob. cit. p. 31.

Democrático de Direito, caberá ao Poder Judiciário deixar de aplicar as referidas leis, em observância aos princípios fundamentais.

A isso se propõe a Teoria do Garantismo: diferenciando os conceitos de vigência e de validade de uma norma, em congruência com a Constituição Federal, uma lei poderá ser declarada vigente e ao mesmo tempo inválida, no seguinte sentido: pode ela obedecer aos pressupostos de competência de aprovação (vigente), mas se a mesma não estiver em sintonia com os direitos fundamentais não terá validade, cabendo tal atribuição aos operadores jurídicos.

Portanto, uma norma só será considerada vigente e válida se, atender aos requisitos formais de competência de quem a cria e de procedimentos adequados para a sua criação, bem como se guardar uma relação de conformidade de conteúdos normativos, respectivamente.

Em decorrência dessa releitura dos conceitos de validade e de vigência, o operador jurídico poderá efetuar uma espécie de filtragem da norma jurídica a cada caso específico, de forma que poderá aplicá-la em um determinado caso, podendo deixar de aplicá-la em outro, por ser a norma vigente, mas não ter validade, para que se possibilite a proteção aos Direitos Fundamentais. Concretamente, caso o Poder Legislativo promulgue uma lei, mesmo que emanada de autoridade competente, bem como observe o devido procedimento para a edição da mesma, será considerada vigente, ao Poder Judiciário ficará autorizado considerá-la válida se a mesma atender aos processos de adequação valorativa, observando-se os Princípios Fundamentais contidos na Constituição Federal.

Na prática, a Teoria do Garantismo poderá trazer grandes resistências à sua aplicação em decorrência de conceitos tão arraigados ao longo do tempo, porém, somente com a experiência é que se poderá realmente observar quais serão os resultados advindos da sua aplicação. No momento, parece ser uma proposta benéfica, embora emergencial, para que os Direitos Fundamentais possam ser respeitados.

REFERÊNCIAS

COELHO, Edihermes Marques. *Direitos humanos: globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEITE, Roberto Basilone. *Desregulamentação, flexibilização e reconstrução do ordenamento trabalhista: o trabalhador entre o neoliberalismo e o garantismo*. Revista LTr, São Paulo, volume 66, n. 12, dezembro. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é Garantismo Jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.