

CRISE DO GARANTISMO PELO MAU USO DO ATIVISMO CRISIS OF GUARANTEE FOR THE BAD USE OF ACTIVISM

Ciro Coelho de Sá Beviláqua¹
Raissa Carly Fernandes Macêdo Osterno²

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo a apresentação de noções introdutórias acerca das teorias do ativismo e do garantismo, analisando de forma crítica o modo como cada teoria interpreta e age perante o ordenamento jurídico. O presente trabalho exporá de forma dedutiva a teoria garantista, a qual se constitui como um mecanismo de defesa no que tange a relação entre o Estado e o indivíduo. Ao final, apresenta-se debate conclusivo sobre como o garantismo pode ter maior eficácia perante o ativismo tendo no Garantismo a finalidade de prover direitos, segurança jurídica e garantias, fundamentos não encontrados no ativismo.

Palavras-chave: Garantismo. Ativismo. Direitos. Garantias. Interpretação.

ABSTRACT: This article aims to present introductory notions about the theories of activism and guaranteeism, critically analyzing the way each theory interprets and acts before the legal system. This paper will deductively expose the guarantee theory, which is a defense mechanism regarding the relationship between the state and the individual. In the end, there is a conclusive debate on how guaranteeism can be most effective in the face of activism, having in Guaranza the purpose of providing rights, legal certainty and guarantees, foundations not found in activism.

Keywords: Guaranteeism. Activism. Rights. Guarantees. Interpretation.

INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa iremos adentrar ao mundo político e filosófico, dando ênfase aos temas Ativismo e Garantismo, bem como suas acepções de justiça e humanidade, tendo o foco no prisma da estabilidade e da segurança jurídica e como o mau uso do Ativismo pode afetar os alicerces que preconizam a figura do Estado.

¹Pós-Graduado em Direito de Família e Sucessões pelo CERS. E-mail: cirobevilaqua@hotmail.com
²Mestra em Direito Constitucional e Professor da Faculdade Luciano Feijão. E-mail: advraissaosterno@hotmail.com.

O principal representante no Garantismo mundial é o Jusfilósofo Italiano, Luigi Ferrajoli, tendo este movimento emergido de uma corrente positivista postulado em especial por Hans Kelsen, o Garantismo surgiu com o advento da sociedade industrial e tendo raízes no iluminismo, em que partia-se de um pressuposto que as ações eram frutos das vontades humanas, conseguindo ia-se de frente às teorias naturalistas, pondo como alicerce que o conhecimento científico é a única forma de conhecimento válido, logo algo só pode estar correto se puder ser demonstrado.

Tanto na teoria do Positivismo como na do Garantismo negam-se os fatos metajurídicos naturalistas, pois estas teorias se baseiam na força da lei já positivada, de forma imparcial e sem os usos da moral e dos costumes, fazendo que se criem garantias com a finalidade de coibir o abuso do poder do Estado contra o povo ou do povo contra ele próprio, assim firmando a aplicabilidade do modelo normativo de Direito.

Para Ferrajoli o Garantismo era mais que uma ciência daquilo que é cognoscível do postulado anacrônico metafísico que rege a sociedade, tal teoria busca estabelecer limites para a atividade e a aplicação que visem o garantismo em suas mais diversas acepções, bem como criar mecanismos que solidifique essa teoria, o Garantismo é também uma teoria crítica, em que se busca fazer paralelos da teoria tradicional e a práxis, bem como é uma filosofia política e social. Logo ele é para muitos, visto como algo engessado, pois visa sistematizar por meio da razão as ações coercitivas do Estado e abnegando o uso da força bruta em detrimento às leis.

Para isso é necessário entender o lado antagônico do Garantismo e através do conhecimento do Ativismo, elencar as falhas, bem como não o deixar longe da figura das garantias básicas que devem ser usadas como postulados para o convívio equilibrado em sociedade.

Como fala Elival da Silva Ramos (2010, p.309), o Ativismo é a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional”, assim o Ativismo é a prática do poder judiciário de intervir além do âmbito judicial, adentrando nas prerrogativas dos outros poderes. Porém o ativismo usado de maneira descomedida gera grande prejuízo as instituições democráticas, visto que sua utilização poder criar um sistema inquisitório.

Para se evitar a má interpretação se deve primar a vontade do legislador (*mens legislatoris*) sem desvincular da vontade da lei (*mens legis*). Visto que a máxima hermenêutica afirma que a lei não tem palavras inúteis, para isso quando o Direito é

aplicado por um órgão jurídico necessita-se fixar o sentido da norma que vai ser aplicada, seria uma pré-interpretação ou uma linha de raciocínio que pode ter como base alguma doutrina, decisão de juiz ou tribunais (*Ab auctoritate*) para enfatizar o significado da norma que deverá ser interpretada pelo operador do direito. Porém há casos em que não cabem interpretações da lei, nesses casos a própria lei é clara na sua intenção e aplicabilidade “em razão exclusiva da lei” (*ratio legis stricta*), cabendo assim o operador do Direito aplicar a letra fria da lei.

Para Kelsen (2009, p.390), o Direito é como “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” Assim a lei tem um limite para ser interpretada, utilizando-se de mecanismos objetivos para se atingir a finalidade para a qual a norma foi criada.

Com isso se vê que as Garantias estão interligadas ao modo a qual irá ser instituídas a concepção de Estado para isso se sabe que após o pós-guerra e em especial nos anos 70 a expressão garantismo foi introduzida na esfera do Direito Penal Italiano, porém se estendendo aos demais sistemas de garantias dos direitos fundamentais, fazendo parte do cerne das Constituições dos modelos de governos democrático-liberais, visto que a concessão de direitos de liberdade precedeu a concessão de direitos políticos (BOBBIO, 2017, p.51).

468

Assim continua nos falando Norberto Bobbio:

É pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é provável que um Estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova desta interdependência está no fato de que o Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos. (BOBBIO, 2017, p.39).

Luigi Ferrajoli (2014, p. 785-787), tentando melhor esclarecer a complexidade do termo Garantismo, designa em três partes sua significação:

O primeiro significado, designa um modelo normativo de direito, principalmente, no que se refere ao direito penal, modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de direito, que 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.

Em um segundo significado, designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si mas, também, pela existência ou vigor das normas.” Mais adiante, Ferrajoli afirma que “o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes.

Em um terceiro significado, garantismo, para Luigi Ferrajoli, 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.

As abstrações filosóficas acerca das espécies de definições possíveis ao termo Garantismo enquadra-se a ideia colocada por Ferraz Jr (1994, p.37) , em que se adverte, desde logo, que “as redefinições não podem ser julgadas pelo critério de verdade, mas sim pelo da ‘funcionalidade’, o que depende, obviamente, dos objetivos de quem define.

Para se fixar o Garantismo, foi instituído axiomas que são verdades inquestionáveis e universalmente válidas, sem haver necessidade de ser provada ou demonstrada, são postulados usados como premissas para a construção de uma teoria. Os 10 axiomas do Garantismo são metamodelos (ideia teórica), fundado no mundo do “dever ser”, que através da utilização desses axiomas pelo sistema jurídico o consolidam democraticamente.

Assim se deve pensar no Garantismo como um selo de qualidade do Estado democrático de Direito, logo quanto mais elementos desses axiomas postulados por Ferrajoli contiverem na constituição e nas demais leis que compõe o ordenamento jurídico de determinado país, mais democrático e menos arbitrário se mostrará o Estado.

O Garantismo parte de uma premissa convencionalista e luta contra o substancialismo e suas consequências, visto que este faz uso de assuntos metajurídicos para determinar o que deve ser tomado como verdade. O substancialismo é o combustível do ativismo judicial, é através dele que os interpretes desta vertente do Direito se baseiam, logo os adeptos dessa corrente julgam de acordo com a sua moral e não com o direito, gerando assim uma insegurança no ordenamento jurídico e nos princípios basilares do Estado democrático de Direito. Quando se há a moral tomando o lugar do Direito, gera-se um desequilíbrio e um descrédito no que outrora era dito como força da lei, doravante pode tornar-se uma porta aberta para um sistema inquisitório, gerando o autoritarismo judicial.

469

A crise do Garantismo está vinculada a vários fatores que minam suas estruturas e fazem com que se perca o verdadeiro objetivo para a qual foi criado. Começa quando o próprio Estado é o que mais desrespeita as leis e pior ainda, encontra mecanismo para mitigar as garantias básicas sociais, logo não se tem as garantias implementadas de forma legítima.

Há uma disparidade de como e a quem será aplicada a força da lei, assim quebrando um dos principais princípios da teoria garantista que é a da proporcionalidade entre a conduta e a lesão, colocando em uma balança, que é o um dos símbolos da justiça, quem tem recursos financeiros de um lado e quem não tem de outro, em que se comete mesmo

fato antijurídico em ambos os casos, há uma grande probabilidade de quem tem condições financeiras pleitear recursos em todas as instâncias a fim de se salvaguardar de provável punição, assim não ofertando as mesmas paridades de armas para os mesmos.

O Garantismo anseia pelo Estado democrático, liberal e social, em que se visava o fim do autoritarismo inquisitório, porém o Código Penal Brasileiro data dos anos de 1941 no governo Getulista, este que foi inspirado no Código Penal Italiano (fascista), conhecido como Código Rocco de 1931, em homenagem ao Ministro da Justiça na época. Assim fica visível como o nosso ordenamento penal foi criado a fim de punir de forma parcial, adotando uma política de segregação social Neoliberal, em que o inimigo é o próprio povo.

No Brasil é adotado o movimento Neoliberal excludente, em que se combate à criminalidade como questão de guerra, logo o Garantismo é uma pedra no meio do caminho de quem defende o uso do poder como ferramenta principal de respostas aos desejos sociais. Dessa forma o judiciário se filia a esse mecanismo de guerra, assim avalizando e legalizando as violações às garantias que são realizadas pela polícia, pelo ministério público e demais instituições, que declaram a guerra contra tráfico, menores infratores, sem-terra e corrupção.

470

METODOLOGIA

O presente trabalho tem a finalidade de pesquisa básica estratégica, em que se busca aprofundar ao tema estudado com o intuito de avançar nas tipificações dos assuntos, podendo a posteriori ser usado em uma pesquisa aplicada. Os objetivos são pautados na pesquisa descritiva, extraíndo-se de textos e livros determinados assunto bibliográfico com o intuito de fomentar o trabalho científico dando a ele uma abordagem qualitativa, buscando a valoração do método indutivo que será usado pautado em procedimentos bibliográficos.

Para se alcançar os objetivos pretendidos alguns caminhos podem ser produtores e estratégicos, o primeiro deles está no aprofundamento dos temas como Ativismo e Garantismo, analisando ambos de forma sistemática com uma leitura imersiva baseadas na filosofia e política, assim fazendo uma construção comparativa com os temas em paralelo, elencando os prós e contras destes temas e fazendo um comparativo afim de eleger um melhor sistema para a sociedade e a segurança jurídica.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Na problematização do texto, questiona-se como é possível minimizar os impactos negativos do mau uso do ativismo através da utilização do garantismo?

Tendo como objetivo geral o intuito de descrever a crise do Garantismo pelo mau uso do Ativismo, analisando o que é o Ativismo, o Garantismo, os Axiomas, as premissas Convencionalistas e Substancialistas, bem avaliar como o conflito entre ambos e a suas implicações que encadeiam a crise no Garantismo e nas instituições que dão a segurança jurídica ao Estado.

Já nos objetivos específicos elenca-se alguns tópicos como:

- Pesquisar as acepções dos temas Ativismo e Garantismo e suas derivativas.
- Analisar as consequências do uso de cada vertente no âmbito político e filosófico.
- Buscar um denominador comum para se saber qual é a melhor concepção filosófica a ser aplicada no prisma político.
- Fomentar os alicerces que são sustentáculo às garantias e à segurança jurídica.

471

CONCLUSÃO

O Garantismo veio para sistematizar de forma racional e burocratizada a aplicabilidade da norma regra a fim de tornar indiscriminada o uso da mesma, bem como se abnega toda e qualquer forma do uso da força como autotutela ou da coercibilidade Estatal, como mecanismo de sanar conflitos. Para isso cria-se mecanismos garantistas, como por exemplo o Código de Processo, que visa proteger os bens jurídicos tutelados.

A teoria garantista é formada e materializada através de convenções sociais, essas que são responsáveis pela criação, aplicação e interpretação do ordenamento jurídico vigente em determinada época e local, tendo o intuito de determinar o que é importante para aquela sociedade em específico, mesmo se valendo de postulados universais que versam sobre os Direitos Humanos, a soberania do país prevalece sobre as demais diretrizes que trabalham sobre o prisma social que buscam a universalidade das garantias.

Conseqüentemente o Garantismo tenta proteger o ordenamento jurídico da insegurança que a interpretação dada às leis de forma subjetiva possa acarretar, pois

quando a moral toma o lugar do Direito gera desequilíbrio e descrédito no Estado Democrático de Direito, deixando de ser um sistema imparcial e igualitário passando doravante a um sistema inquisitório com um decisionismo autoritário hedonístico fundada em princípios deontológicos.

Por fim o Garantismo visa modificar o modelo de Estado, saindo de um ideal de Estado Legislativo, evoluindo para o Estado Constitucional de Direito. Essa evolução se dá quando se afasta o modelo do Ativismo, que fundado em princípios metajurídicos deturpam a segurança de um ordenamento que visa estabilidade de um Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, o ordenamento jurídico garantista, deve, sempre, colocar freios no poder Estatal, buscando um aprimoramento das garantias e da democracia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2011

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**, 4 ed. – São Paulo, RT, 2014.

ARENDT, Hannah – **Origens do Totalitarismo**, 2ª Edição, São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

BEAUVOIR, S. de. **O segundo sexo**. 2. ed. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

Cristiano Zanin Martins em entrevista ao jornal Justificando em 17 de Novembro de 2016. (<http://www.justificando.com/2016/11/17/lawfare-representa-o-uso-indevido-dos-recursos-juridicos-para-fins-de-perseguiçao-politica/>) - Acessado em 04 de Dezembro de 2018.

CPC, (Art. 130 CPC/73 e Art.370 NCPC).

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**, 4 ed. – São Paulo, RT, 2014.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994

HOBBS, Tomas. **Leviatã latino**. Opera latina, III.2015.

Kittrie, Orde F. **Lawfare: Law as a Weapon of War**. Oxford University Press, 2016.

MARCONI; LAKATOS, **Fundamentos de metodologia científica** 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida. **Porque a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual**, in: FREDIE DIDIER JR. JOSÉ RENATO NALINI; GLAUCIO GUMERATO RAMOS; WILSON LEVY.(Org). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Ied. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, v.

ROCHA, Ruth, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, Ed.Salamandra, 2011.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**, op.cit,

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, op.cit.,2014.

VENTURA, Deisy. **Monografia jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.