

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

**A TEORIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI SOB O VIÉS DO
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS¹**

**THE GARANTISTA THEORY OF LUIGI FERRAJOLI UNDER THE BIAS OF
DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM AND FUNDAMENTAL RIGHTS**

Aline Michele Pedron Leves², Ana Maria Foguesatto³

¹ Artigo desenvolvido no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI, vinculado à linha de pesquisa Democracia, Novos Direitos e Desenvolvimento.

² Mestranda e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI; Bacharela em Direito pela UNIJUI. E-mail: alineleves@hotmail.com;

³ Mestranda e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI; Bacharela em Direito pela UNIJUI. E-mail: anafoguesatto@hotmail.com.

RESUMO

Esse artigo insere-se na temática relacionada a origem da democracia constitucional que assegura a soberania popular e os direitos fundamentais no seio do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, utiliza-se da matriz teórica garantista, formulada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, que traz à tona o garantismo jurídico como fundamento democrático voltado à tutela dos direitos e dos princípios salvaguardados aos indivíduos que detêm o *status* de cidadão. Portanto, através do método hipotético-dedutivo e da técnica da pesquisa bibliográfica, objetiva-se analisar a importância do constitucionalismo democrático sob viés garantista na sociedade contemporânea e a sua intrínseca relação com a efetivação dos direitos fundamentais inerentes aos seres humanos.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Democracia; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Garantismo Jurídico.

ABSTRACT

This article inserts itself of the thematic related to the origin of constitutional democracy that ensures popular sovereignty and fundamental rights within the Democratic State of Law. In this context, it is used the theoretical garantista matrix, formulated by the Italian jurist Luigi Ferrajoli, which brings to the fore juridical garantismo as a democratic foundation aimed at protection the rights and principles safeguarded to individuals who hold the *status* of citizen. Therefore, through the hypothetical-deductive method and the technique of bibliographical research, it aims to

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

analyze the importance of democratic constitutionalism under a garantista bias in contemporary society and its intrinsic relation with the realization of fundamental rights inherent to human beings.

Keywords: Constitutionalism; Democracy; Fundamental Rights; Human Rights; Juridical Garantismo.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende contextualizar a temática acerca da importância da consolidação de uma democracia constitucional para a proteção dos direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos. Desse modo, a análise que se apresenta traz à tona considerações a respeito da teoria do garantismo jurídico na contemporaneidade, a qual representa nada mais do que o fundamento democrático constitucional e, por conseguinte, torna-se capaz de perfazer uma verdadeira efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Nesse contexto, os direitos fundamentais sempre foram e, pelo que se pode observar, continuarão sendo um assunto amplamente discutido tanto no âmbito acadêmico como no social. No entanto, ainda há quem não compreenda o seu alicerce na estrutura do ordenamento jurídico pátrio e, é justamente por esse motivo, que o seu estudo se constitui como essencial para que se alcance uma melhor compreensão de todos os direitos e princípios salvaguardados àqueles que detêm o *status* de cidadão.

Esse trabalho enfrenta a temática e as hipóteses levantadas através do emprego do método de abordagem hipotético-dedutivo, com interpretação sistemática e sociológica, aliado com a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Com isso, objetiva-se analisar a problemática do paradigma da democracia constitucional no seio do Estado Democrático de Direito e a sua relação com a proteção dos direitos humanos fundamentais a partir do viés do garantismo jurídico, teorizado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli.

Analisar e conceber os direitos que são considerados como fundamentais a toda pessoa humana para se ter uma vida digna, consiste em fornecer um maior esclarecimento, acerca do que vem a ser esses direitos, àqueles indivíduos que buscam uma adequada convivência humana e que, do mesmo modo, visam a solução para os hodiernos problemas evidenciados em âmbito social. Por isso, ressalta-se que o entendimento acerca da teoria dos direitos fundamentais é da mais pura importância na atual conjuntura, uma vez que ela expõe os aspectos axiológicos desses direitos, os quais devem ser garantidos a todos os cidadãos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que termo “garantismo” representa o fundamento da democracia

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

constitucional. Isso se deve ao fato de que a constituição, além de deter uma origem democrática, é capaz de organizar um Estado que garanta a soberania popular, uma vez que são os princípios da democracia que legitimam a ordem constitucional. Daí, portanto, o presente estudo propõe-se a realizar breves e precisas considerações a respeito dos direitos fundamentais, apresentando questões relevantes e contextuais ao cenário vigente sob o prisma garantista de Luigi Ferrajoli.

2 METODOLOGIA

No desenvolvimento das atividades desse trabalho foi empregado o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Dessa forma, o domínio dos conteúdos foi concretamente processado por meio dos seguintes procedimentos específicos: a) Seleção, leitura e fichamento dos materiais bibliográficos pertinentes à temática, impressos e digitalizados, em língua nacional e estrangeira; b) Reflexão crítica e compreensão das premissas obtidas; c) Desenvolvimento da hipótese e exposição dos resultados obtidos. Assim, a partir da contribuição teórica e dos conceitos formulados por Luigi Ferrajoli, elaborou-se um conjunto de conclusões específicas acerca da temática proposta no presente estudo.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Garantismo Jurídico: uma análise dos direitos humanos fundamentais

Os Direitos Fundamentais da pessoa humana podem ser compreendidos como aqueles direitos básicos de todos os cidadãos, encontrando-se descritos no rol do Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Constituem-se, então, os direitos fundamentais como sendo uma conquista de todos aqueles que estão amparados por eles, de tal forma a defender os direitos humanos, uma vez que esses se aplicam a todos os cidadãos, independentemente da nacionalidade. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2011, p. 09), define os direitos fundamentais do seguinte modo:

São direitos fundamentais aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos dotados do *status* de pessoa, cidadão ou de pessoa capaz de agir. Sendo direito subjetivo qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não-lesão), vinculada a um sujeito por uma norma jurídica positiva, pressupondo sua idoneidade

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

a ser titular de situação jurídica e/ou autor de atos que estão em exercício.

A partir da definição de direitos fundamentais supracitada, é possível afirmar que é fundamental a dignidade da pessoa humana, bem como todos os direitos a ela atribuídos, seja essa dotada do *status* de pessoa, cidadã ou capaz de agir. Nesse sentido, Ferrajoli é taxativo ao definir esses direitos, conforme se observa no seu entendimento, pois traz elementos de origem teórica, utilizados com referências aos direitos positivados em leis, bem como nas atuais constituições. Destarte, não são teses formuladas em face de uma definição dogmática, mas sim com base nas normas de um ordenamento jurídico concreto.

Os Direitos Fundamentais são conhecidos como universalmente imputados a todos os seres humanos e a todas as classes de sujeitos que desses direitos são titulares. Conforme Ferrajoli (2011), são tutelados e entendidos de amplo modo enquanto universais, bem como fundamentais, àqueles direitos que se relacionam: à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento, aos direitos políticos e sociais, dentre outros que pode ser considerados análogos a esses. Exceto, em uma sociedade escravagista ou mercantilista, onde os referidos direitos não seriam universais e, tampouco, fundamentais.

Diante disso, pode-se presumir que fundamentais são todos aqueles direitos que têm caráter universal, sendo relativos a todas as pessoas, uma vez que existem determinadas comunidades onde tais direitos não são alcançados. Dessa forma, é possível afirmar que direitos irrelevantes também poderiam ser elencados enquanto fundamentais, como por exemplo, o direito de ingerir bebida alcoólica, o qual, se tivesse a universalidade como aspecto elementar seria, então, um direito fundamental.

Destaca-se, nesse momento uma importante característica acerca dos direitos fundamentais: a neutralidade. Ferrajoli assim destaca, (2011, p. 11): “Enquanto é independente dos bens, ou dos valores, ou das necessidades substanciais que pelos direitos fundamentais são tutelados, ela é, antes de tudo, ideologicamente neutra”. Por regra, o entendimento é de que os direitos fundamentais são neutros, haja vista o seu cabimento e aceite, em qualquer filosofia jurídica ou política nas formas compartilhadas.

Ademais, as garantias atribuídas aos direitos fundamentais, são ligadas ao âmbito privado ou público da sociedade, de acordo com a definição de Ferrajoli, (2011, p. 11):

Em verdade, na experiência histórica do constitucionalismo, tais interesses coincidem com as liberdades e com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos. Mas essa garantia se realiza precisamente através da forma universal que provem da sua estipulação como direitos fundamentais em normas constitucionais

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

supra ordenadas a qualquer poder decisório: se são normativamente de “todos” (os membros de uma dada classe de sujeitos), eles não são alienáveis ou negociáveis, mas correspondem, por assim dizer, à prerrogativa não-contingente e inalterável dos seus titulares e a outros tantos limites e vínculos insuperáveis a todos os poderes, sejam públicos ou privados.

Desse modo, é possível auferir que as lutas e revoluções trouxeram, além das liberdades já existentes, as garantias de igualdade e dignidade para os seres humanos. Contudo, em um passado não tão distante, havia limitações de direitos fundamentais de uma forma bastante expressiva, onde a grande maioria das pessoas eram excluídas do alcance desses direitos pelo fato de existirem restrições distintivas em razão do sexo, da raça, da cultura, do grau de instrução, da religião, dentre outras diferenças. Atualmente, esses direitos e garantias constitucionais devem ser assegurados a todos, de forma universal.

Além disso, há entendimentos de que os aspectos como a personalidade, a cidadania e a capacidade de agir, constituem-se enquanto parâmetros de igualdade e desigualdade em se tratando de direitos fundamentais. Posto isso, pode-se dizer que essas são as únicas diferenças de *status* que ainda persistem para delimitar a igualdade entre as pessoas, sendo elas, portanto, responsáveis pela restrição da aplicação dos direitos tidos como fundamentais. Diante disso, é possível dividir os direitos fundamentais em dois grandes grupos: de um lado encontram-se aqueles entre os direitos de personalidade e os direitos de cidadania, os quais dizem respeito a todos os cidadãos; e, por outro lado, situam-se aqueles entre os direitos primários (substanciais) e os direitos secundários (instrumentais ou de autonomia), os quais se referem a todos ou somente às pessoas capazes de agir.

É verificável que os direitos fundamentais estabelecem, ainda, uma outra divisão, onde a primeira resulta em subcategorias, sendo relativa aos direitos da personalidade, determinando aqueles que correspondem a todas as pessoas, sem distinções; a segunda divisão, por sua vez, diz respeito aos direitos de cidadania, definidos para todos aqueles direitos atribuídos pelas normas jurídicas de cada ordenamento e que se dirigem somente aos cidadãos. Frente a essa divisão, surgem os direitos primários ou substanciais, que consistem naqueles deferidos a todas as pessoas em geral e, por conseguinte, os direitos secundários ou instrumentais, os quais são conferidos somente às pessoas com capacidade de fato.

No contexto desses dois critérios, há quatro classes de direitos, sendo a primeira pertencente aos direitos humanos, que são direitos substanciais e atingem todos os seres humanos, como por exemplo: a vida, a integridade, a liberdade, os direitos de saúde e educação, as garantias penais e processuais, o direito a um meio ambiente sustentável e com qualidade de vida, entre tantos outros. Em seguida, vem os direitos públicos, os quais visam disciplinar os interesses do Estado, tendo uma intrínseca relação com os interesses privados. Esses direitos são aqueles entendidos

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

como substanciais e reconhecidos apenas por quem possui o *status* de cidadão, tais como os impostos, as taxas e as contribuições de melhorias. Em um terceiro plano, situa-se a classe dos direitos civis, sendo esses os direitos instrumentais atribuídos a todas as pessoas dotadas de capacidade de fato. E, por fim, encontram-se os direitos políticos, que consistem nos direitos instrumentais reservados somente aos cidadãos com capacidade de fato, ou seja, aqueles que podem votar e serem votados.

De acordo com Ferrajoli (2011), os direitos fundamentais sempre existiram, desde a antiguidade – ainda na época do direito Romano, quando tais direitos eram amplamente restritos e discriminatórios. Acontece que, na atualidade, o que mudou com o progresso do direito não foram somente os seus critérios de personalidade, de cidadania e da capacidade de agir, mas também o seu significado, uma vez que hoje em dia os direitos fundamentais configuram-se como sendo mais amplos e tendencialmente universal.

Cabe ressaltar que apesar de ter como direito fundamental da pessoa humana a capacidade de agir – exceto a menores e a doentes mentais –, ainda existe muita desigualdade em se tratando do *status* de cidadão. Essa referida classe enfrenta desigualdades por conta da sua natural nacionalidade, destacando-se como exemplo a questão dos imigrantes e refugiados, os quais saem/fogem de seus países de origem em busca de melhores condições de vida e, por conta disso, são discriminados pelo fato de pertencerem a outro território nacional.

Ferrajoli (2011) aponta quatro teses que analisam e visam explicar a dogmática dos direitos fundamentais. Primeiramente, o jurista traz à tona a questão da diferença estrutural entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, que foram encobridos pelo direito subjetivo, sendo esses os direitos universais e singulares, os disponíveis e indisponíveis. A segunda tese, por sua vez, consiste naquela em que os direitos fundamentais se formam como parâmetro da igualdade jurídica, assegurando as garantias do Estado de Direito.

A terceira tese retrata a modernidade natural supranacional dos direitos fundamentais. Isso porque, logo após as convenções e tratados internacionais, os direitos fundamentais tornaram-se direitos supra estatais. Destaca-se nessa terceira tese, que os direitos de cidadania formam apenas uma subclasse, já que muitos dos direitos fundamentais conferidos pelas constituições estatais independem da cidadania. A quarta e última tese faz uma análise dos direitos, bem como das suas garantias. Sendo assim, os direitos fundamentais recebem pontos negativos e positivos, isso em relação aos deveres como garantias primárias e às proibições como garantias secundárias (Ferrajoli, 2011).

Nesse parâmetro, a partir de todo o exposto acerca dos direitos fundamentais, se faz plenamente necessário, interligar as teorias através do viés garantista de Luigi Ferrajoli e da concepção dos direitos humanos, como também de suas correntes sociológicas e filosóficas para o debate. Dessa forma, evidencia-se que o foco do garantismo jurídico tem uma forte correlação com os direitos humanos, asseverando ainda mais a necessidade de se incidirem novas ideias sobre todos os

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

ramos do direito. Trata-se, então, de uma questão central de estudo, isso porque os direitos humanos se originam a nível internacional de desenvolvimento, através de tratados, pactos, convenções e declarações.

Assim, o modelo garantista do Estado Constitucional de Direito, dentro de um sistema de normas, condiciona a validade daquelas que são tidas como inferiores e das normas coercitivamente superiores, de acordo com os princípios nelas estabelecidos. Observa-se, para tanto, que o garantismo jurídico tem por base algumas questões primordiais, as quais operam em um sistema aberto de trocas entre o campo jurídico e a sociedade envolvente, sendo capazes de influir, de uma maneira decisiva, nas questões de ordem prática atinentes à eficácia da norma jurídica.

No pensamento de Ferrajoli (2004), o garantismo, em um de seus múltiplos significados, consiste em uma doutrina filosófica-política, a qual permite que sejam realizadas críticas, bem como a perda da legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na separação entre o direito e a moral, entre a validade e a justiça, entre ponto de vista jurídico interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento. Não obstante, o Estado Democrático de Direito possui ligações intensas e naturais às teorias garantistas normativas, uma vez que é onde os direitos fundamentais e os direitos humanos encontram-se em sua verdadeira essência e razão de ser e de dever ser. Nessa ceara, é preciso discernimento para que esses venham a prosperar na proteção incondicional da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, é essencial à compreensão do garantismo jurídico acerca da distinção entre a vigência da norma e o direito, ou seja, a forma prevista na ordem jurídica superior mais adequada e a da sua validade; em outras palavras, a sua adequação aos princípios norteadores do sistema jurídico. Assim, a teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli (2004) apresenta-se como um instrumento bastante útil para conferir ao Estado de Direito a capacidade de tornar eficazes os seus princípios e as normas fundantes.

Os direitos humanos, mais do que qualquer outro direito, apoia-se no consenso e nos resultados das “vontades estatais”, isso significa que apresenta relação com as consensualidades que são expressas em tratados multilaterais, os quais contemplam as vontades das pessoas. Na concepção do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas (1997, p. 167), isso remete à clássica ideia weberiana de ser uma convenção: “Quando a validade social está garantida exteriormente através de ‘uma geral e praticamente perceptível desaprovação’ do comportamento desviante”.

Para Ferrajoli (2011), a inexistência de garantias relativas aos direitos humanos e fundamentais equivale à inadimplência do direito positivado e, com isso, quando se evidencia presente uma lacuna na Lei, é dever da própria legislação suprir essa necessidade de um modo plenamente eficaz. Portanto, o correto é de que seja impróprio haver lacunas no ordenamento jurídico, perfazendo a Constituição Federal e a norma jurídica, o papel de complementação legal para suprir com eficácia os direitos inerentes aos seres humanos.

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

3.2 A teoria garantista como fundamento da democracia constitucional

Primeiramente cabe destacar breves considerações acerca do “Garantismo Social”, o qual teve origem na França, em meados do século XIX. Nota-se que esse termo não era conhecido pela linguagem comum daquela época. Por outro lado, na contemporaneidade, o termo “garantismo” é considerado usual e corriqueiro em todas as principais línguas neolatinas. Desse modo, o pensamento garantista foi estudado em um ambiente filosófico-político, introduzido por Charles Fourier (1772-1837) (Copetti Neto, 2016).

Fourier, empregou o termo *garantisme* para designar a evolução civil concomitantemente à realização de um ideal supremo, de uma perfeita e harmônica sociedade comunitária. Ou seja, o garantismo foi entendido por Fourier como um sistema de segurança social e que protege as populações menos favorecidas, fornecendo a essas garantias e direitos vitais mínimos para a sobrevivência, propostos por um plano de reformas, tanto na esfera pública como na privada. Assim, logo no início do século XX já se tinha a circulação da expressão “garantismo” nas escolas, sendo essa considerada enquanto um verdadeiro referencial à exigência da segurança social.

Além disso, é importante destacar que o termo “garantismo” é de caráter próprio das constituições democráticas e liberais, uma vez que compreende as liberdades políticas dos cidadãos frente ao Estado, como denominação sobre as garantias constitucionais e as liberdades fundamentais. Essas, por sua vez, consistem em instrumentos jurídicos seguros e eficientes para fazer valer a letra da Lei por parte do governo e do parlamento, sendo a doutrina político-constitucional aquela que propõe a elaboração dos instrumentos jurídicos.

Uma novidade precisa acerca do garantismo é evidenciada por Alfredo Copetti Neto (2016), no sentido de que a construção de uma *teoria axiomatizada* do direito configura-se como sendo uma concepção integrada de uma ciência jurídica com caráter normativo, por um sistema de conceitos e teorias interpretadas pragmaticamente; com pressupostos de unidade, completude e coerência. Para esse autor, atualmente,

[...] o termo *garantismo* representa, como a *outra face do constitucionalismo* contemporâneo, o fundamento da democracia constitucional e, assim, o modelo normativo jurídico que visa à efetivação dos direitos fundamentais cuja extensão comporta: da *vida à liberdade pessoal, da liberdade civil e política às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais àqueles coletivos*. (Copetti Neto, 2016, p. 23, grifo do autor).

Nesse sentido, Ferrajoli (2004) acredita em um Estado de paz, com direitos constitucionais e na democracia, considerando que o Estado de Direito é “axiologicamente” anterior ao Estado Democrático. A partir disso, o jurista constrói sua concepção de Estado de direito, através da

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

legitimação de duas fontes de poderes do Estado: a primeira, seria a legitimação formal, assegurada pelo princípio de legalidade e sujeição do juiz à lei; a segunda, consistiria na legitimação substancial, recebida pela função judicial através de sua capacidade de tutelar os direitos fundamentais. Ressalta-se aqui, que a segunda fonte jamais poderá ser satisfatória na ausência da primeira. Essas duas fontes de legitimação correspondem a dois modelos de legalidade: a legalidade em sentido amplo (mera legalidade), segundo a qual a lei é condicionante, e legalidade em sentido estrito (legalidade estrita), por força da qual a lei se encontra condicionada.

O avanço da tradição do positivismo jurídico (direito que o Estado impõe à sociedade), o qual apareceu em decorrência das lutas políticas pelo poder travadas entre os séculos XVII e XVIII, ressalta-se justamente na separação entre o direito e a moral. Para Copetti Neto (2016, p. 29-30):

A fórmula da separação entre direito e moral, portanto, sendo compreendida como *justificação interna*, em senso assertivo, acabou por fundar a concepção juspositivista do direito, estabelecendo a tese garantista teórica - de caráter meta-lógico, científico e meta-científico - que se vinculou à autonomia dos juízos jurídicos em relação a qualquer outro critério que fosse aquele exclusivamente estabelecido por lei, cujo resultado era, propensamente, a garantia e a certeza do direito convencionado, expressamente declarado com tal.

Essa separação assumiu uma fundamentação externa, a qual reivindicou a política do princípio da legalidade para instalar a tese do garantismo axiológico, de caráter meta-jurídico e meta-moral, voltado à igualdade e à liberdade dos cidadãos e onde tanto o Estado como os direitos tinham finalidades já determinadas. O garantismo jurídico explica que a democracia é um sistema composto por regras e garantias que são impostas a todos os tipos de poderes. Toda a construção histórica do garantismo jurídico vem, sob o ponto de vista filosófico-político, em direção dos pressupostos liberais determinados pelo jusnaturalismo iluminista. Por isso, a reflexão iluminista acerca dos fundamentos e limites jurídicos punitivos é relativo ao “neo-iluminismo penal”, renovando-se os laços entre o utilitarismo e o contratualismo.

O nexó entre o utilitarismo e o garantismo tem por base a compreensão de que o utilitarismo trabalha como princípio da norma e venha como um *dever ser* do direito, como algo distinto ao direito. Logo, possui sua própria fundamentação, tendo como consequência à garantia política dos limites de poder: o sistema garantista. É nessa perspectiva que se inscrevem as teorias da soberania da lei, da divisão dos poderes e da representação política no atual paradigma do Estado de Direito.

Anteriormente, na falta de normas disciplinantes da convivência social, essas eram impostas pelo mais forte. Assim, ocorre a primeira qualificação política de ordem civil, pois as relações se situavam entre autoridade e indivíduo e os conflitos entre a força e os direitos. Dario Ippolito

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

(2011, p. 39) diz que como filosofia da justiça penal, Ferrajoli deu a maior contribuição de análises e definições sobre garantismo do Estado Democrático Constitucional:

[...] em relação ao qual o direito penal se apresenta como uma específica declinação; historicamente mais antiga (mas, mesmo assim, recente), juridicamente mais enraizada (mas, sempre frágil), culturalmente mais compartilhada (contudo, ainda minoritária). Na sua apreensão global da teoria do Estado, o garantismo tematiza a mutação de paradigma juspolítico liberada, na configuração do ordenamento jurídico e na estrutura da democracia, na evolução do *Estado legislativo de direito* para o *Estado constitucional de direito*: dois modelos distintos de organização política, tendentes, em medidas diversas, à realização do antigo ideal do “governo das leis”, ou seja, à constituição de uma forma estatal na qual os poderes públicos são regulados e limitados pelo direito em função da tutela dos indivíduos.

Ainda, Ippolito (2011) assevera que o Estado legislativo de direito representa as metas políticas de aproximação. O seu surgimento coincide, com a afirmação trazida pelo princípio da legalidade como norma de reconhecimento de um direito já existente e válido. Isso porque, o princípio da legalidade no Estado de Direito assegura, juntamente com a soberania, as condições de liberdade e igualdade, as quais constituem-se como a certeza do direito e onde o critério da intrínseca racionalidade da justiça tende a se resolver, conforme mostra a experiência jurídica pré-moderna (no caos normativo e no arbítrio potestativo).

A perspectiva teórica do garantismo que em *principia iuris* alcança a sua máxima expressão, consiste em uma concepção do Estado de Direito e da democracia constitucional, a qual coloca os direitos no centro da reflexão jurídica e dos projetos políticos. Sendo assim, o tema das garantias, sejam essas das técnicas normativas que visam salvaguardar os direitos subjetivos e consistentes em deveres positivos (a comissões) ou negativos (a omissões) correspondentes às expectativas jurídicas positivas ou negativas, se não satisfeitas, legitimam de reparação, que corresponde a um dever jurisdicional e representa uma garantia de segundo grau em relação às de primeiro grau, integradas pelos deveres e pelas vedações relativas aos direitos (Ippolito, 2011).

Além disso, “a teoria do garantismo, no reconhecimento do caráter normativo e supraordenado dos direitos constitucionais, postula o nexo de implicações deontológica entre direitos e garantias” (Ippolito, 2011, p. 40). Isso significa que, quando as direitos e/ou garantias não se encontram previstos na Lei, esses devem ser introduzidos. Portanto, o garantismo consiste em uma teoria de sistemas (dos direitos fundamentais), uma vez que valoriza os dispositivos para a tutela dos direitos civis e políticos, requisitos essenciais para um bom desenvolvimento.

O garantismo entendido como uma filosofia política, possui valores e metas extra-pré-jurídicos, os quais representam os interesses, bem como as necessidades do povo, e se satisfaz justificando as

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

instituições jurídicas e políticas. Para Ferrajoli (2011), o garantismo jurídico segue acima de tudo os princípios teóricos, visto que a teoria garantista tem por base a proteção da liberdade individual contra qualquer forma de exercício arbitrário do poder e de acordo com a filosofia utilitarista, no que diz respeito aos limites do direito do Estado.

A respeito dos fundamentos do Estado de Direito, uma constituição rígida e garantista manifesta-se em relação à validade ou à inconstitucionalidade da Lei sobre a sua forma de produção e questões relacionadas ao conteúdo trazido pela letra da Lei, comparando-a com a Constituição. Muito embora, a vigência e a validade da lei, sejam um dos grandes problemas a serem resolvidos pelo Estado de Direito, evidencia-se que a plena separação entre a constitucionalidade em relação a forma de produção da lei e entre a constitucionalidade em relação à justiça de seus conteúdos, vem sendo responsável pela compreensão do princípio da legalidade.

Ocorre que, Copetti Neto *apud* Luigi Ferrajoli (2016, p. 41), assevera que no sistema garantista contemporâneo, o ordenamento jurídico passou a ser um 'dever ser' jurídico, na qual a relação fundamental que se estabelece é entre a garantia jurídica, o ordenamento jurídico e a validade da lei. Isso se deve ao fato de que somente com o juízo de validade da Lei pode-se alcançar os imperativos do Estado de direito e seus limites em relação ao exercício do poder, que nada mais são que o reflexo do juízo de valor acerca dos conteúdos das normas jurídicas internas ao ordenamento.

Esse modelo de democracia constitucional, traz implicações ao direito e a suas garantias. Por isso, é edificada nas dimensões formais e substanciais, cujos fundamentos normativos ancoram-se nas experiências históricas do constitucionalismo e, por consequência, com limites e vínculos para com o direito positivo. Assim, a democracia constitucional é sustentada através da tese de que o paradigma garantista do Estado de Direito, representa limites e vínculos para com todos os poderes. Para atingir a meta de sustentação da tese da "Democracia Constitucional" é preciso romper com os pressupostos históricos que caracterizam o conceito de democracia, quais sejam: de que é um governo do povo, onde o povo é visto como um sujeito político, com um corpo moral e coletivo e que possui vontade unitária. Pois, segundo o senso comum, entende-se a democracia pelo seu significado etimológico sendo o 'poder do povo de tomar decisões'.

Sendo a democracia governada pelo povo, a esses fica a impossibilidade de deliberar sobre as leis constitucionais, pois essas conferem os direitos fundamentais da pessoa humana e, por assim ser, não pertencem ao "povo" como macro sujeito dotado de vontade unitária, mas sim, a um sujeito coletivo, com expectativas constituídas. Nesse caso, o adjetivo constitucional supõe a igualdade de direitos (pertencem a todos os indivíduos).

Verifica-se que a grande maioria das democracias da modernidade se fundamenta nos princípios da representatividade e da soberania popular, definidos nas Constituições por meio de mecanismos clássicos, tais como a divisão dos poderes, os processos eleitorais regulares e periódicos que possibilitam a alternância de governos e o funcionamento de partidos e instituições

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

democráticas que garantem liberdades fundamentais aos cidadãos (Tosi, 2016). Então, a democracia representativa consiste naquela em que o representante, quando eleito através do sufrágio universal, se desprende do eleitor para tomar ações de interesse geral da população, bem como aquela em que há a participação política indireta por parte do povo. Por isso, entende-se que a democracia moderna é, justamente, a democracia representativa, “inerente a desvinculação do representante da nação com respeito ao singular indivíduo e aos seus interesses particularistas, então, a democracia moderna pressupõe a atomização da nação e a sua recomposição num nível mais elevado” (Bobbio, 1993, p. 36).

Nota-se que a democracia enquanto regime de governo deve conviver com uma sociedade civil pluralista, de tal modo que se permita a participação dos cidadãos na vida política, até porque, “o defeito da democracia representativa, se comparada com a democracia direta” consiste justamente na tendência à formação de “pequenas oligarquias que são os comitês dirigentes dos partidos” (Bobbio, 2000, p. 60). Desse modo, a participação dos indivíduos na política é considerada como essencial para corrigir os vícios da representação, a qual tende a concentrar o poder nas mãos de uma elite social, política e econômica. Em uma visão realista, Joseph Schumpeter (1961, p. 302) propõe que a democracia seria a luta ou a competição entre as elites pela liderança política. Portanto, “um governo democrático não é a ausência de elites, mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular” (Bobbio, 2000, p. 27).

Assim, na democracia constitucional, a soberania popular é vista em duplo sentido, negativo e positivo. Pelo viés negativo, quer dizer, que esta não pertence apenas a um monarca, mas que pertencente a um conjunto de cidadãos que abrange todo o povo. Já vista positivamente, tais sujeitos, os quais detenham poderes e contra poderes, ou seja, aos direitos fundamentais, que são todos aqueles direitos subjetivos, que dizem respeito a todos os seres humanos ou cidadãos com capacidade de agir.

A concepção dominante de democracia como um método de decisão coletiva é dividida pelas teorias jurídico-políticas contemporâneas formal e substancial. Logo, a democracia constitucional é um paradigma complexo, que determina além das formas de como serão tomadas as decisões, a sua substancia, pois estabelece limites ao poder representativo. Assim, na democracia constitucional, não importa apenas quem decide e como decide, mas também o objeto de decisão.

Portanto não existe democracia sem direito, uma vez que “a democracia é o conjunto de regras que determina o válido exercício do poder” (Copetti Neto apud Ferrajoli, 2016, p. 51, grifo do autor). Desse modo, no âmbito da democracia constitucional, sendo essa uma teoria jurídica baseada na Lei e com fundamento na validade das normas, tem na soberania popular a sua legitimação formal (de quem decide e como decide) e substancial (do que é decidido). Portanto, a democracia só exerce o papel democrático se essa for constitucional, com liames de conteúdo, reconhecendo os fins a serem atingidos pelo Estado de Direito, com limites e vínculos substanciais por conta da própria normatividade do paradigma constitucional contemporâneo, reestruturando o

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

nexo entre a democracia e o direito.

A dimensão formal da democracia caracteriza-se no momento em que ocorre o ato constituinte do Estado, com base na democracia política, pelo exercício dos direitos políticos e na democracia civil, pelos direitos civis. Esses direitos são denominados direitos secundários, pois designam os meios pelos quais a vontade da maioria e as autodeterminações privadas atingem seus fins jurídicos, legitimando de modo formal a democracia. Para Copetti Neto (2016, p. 56): “Isso quer dizer, que se a democracia constitucional se motiva pela igualdade em direitos fundamentais, a parte formal da democracia constitucional é aquela responsável pela parte formal da igualdade.”

No que tange a democracia política, temos que esta é um instrumento considerado apto e essencial para alcançar os objetivos firmados pelo Estado. A importância da participação política dos cidadãos, conforme Rousseau (2016), foram colocadas como sendo a vontade da maioria, ou seja, um consenso relativo, que se funda na ideia de representatividade, exercício dos direitos políticos. Sendo assim, toda democracia é uma democracia política, que possui atribuições de direitos civil, que é a atribuição de direitos de liberdade e direitos sociais.

Na democracia civil, a dimensão formal da democracia comporta a forma civil. Nesse sentido, Copetti Neto (2016, p. 63) destaca que a democracia civil consiste na base dos “poderes privados, cuja fonte de legitimação e a autonomia negocial, tendo nos direitos-poderes de autodeterminação privada o seu grande norte, na medida em que é pela possibilidade e pela garantia de seu exercício que se funda a esfera privada”. Logo, os direitos subjetivos, são direitos-poderes representados pela democracia civil no estado de direito.

A dimensão substancial da Democracia (o que se decide) é visto como algo novo a contemporaneidade. Cabe a democracia substancial, impor limites e fazer vínculos, às autodeterminações individuais e as decisões majoritárias, estabelecendo, além das formas de sua produção, os conteúdos a serem produzidos. Vale ressaltar que a democracia encontra nas constituições a legitimação substancial que determina os limites. Essa democracia substancial se apresenta como razão social do Estado de Direito, ou seja, como garantia dos direitos fundamentais primários de liberdade e dos direitos sociais. E, assim, assume o papel legitimador, direcionando a justificação do Estado e do direito para a satisfação dos interesses vitais de todos os cidadãos.

Nesse contexto, a dimensão substancial é uma democracia formal, cuja a força de sua constituição tem como razão social do Estado e do direito a garantia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, sendo vitais pelas suas normas substanciais. Na democracia liberal são garantidos os direitos de integridade pessoal e do patrimônio. Esses, por sua vez, fazem parte do rol dos direitos fundamentais de liberdade, que abrangem os direitos de religião, vida, questões sobre o próprio corpo, sobre a privacidade e a livre manifestação de pensamento.

A constituição de Weimar de 1919, reconheceu e institucionalizou a proteção dos direitos sociais. Na concepção garantista, a democracia social é compreendida como sendo um contra-poder aos

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

poderes públicos e privados, porque é a vontade da maioria, porque tem legitimidade formal e, principalmente, substancial. Portanto não há discricionariedade administrativa no que se refere a prestação de direitos sociais.

A democracia social e a democracia política, pela força da Constituição, têm como preceitos de garantia dos direitos sociais, aqueles considerados vitais a digna sobrevivência. Dessa forma, o paradigma garantista se vincula a democracia constitucional, com uma visão fundamental da autonomia do direito. Assim sendo, a partir do paradigma garantista da democracia constitucional em relação à autonomia, cujo vínculo estabelecido com o Estado Constitucional determina a direção da normatividade em atender as necessidades dos cidadãos, ocorre o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se a nítida importância dos direitos fundamentais na vida de todos os cidadãos, não obstante ao aspecto social moderno, uma vez que traduzem os requisitos básicos para uma vida digna. São esses os direitos individuais, sociais, políticos e jurídicos, os quais estão previstos na Constituição Federal Brasileira. É evidente que, por norma legal, os direitos fundamentais têm por base os princípios que regem os direitos humanos, garantindo, assim, a liberdade, a igualdade, a educação, a saúde, a segurança, dentre outros direitos.

Essa compreensão dos direitos fundamentais, é essencial para a existência de uma sociedade mais livre e igualitária, e sobretudo, para a atenuação de discriminações ainda existentes. Tais direitos situam-se na base de uma sociedade democrática e constitucional, ou seja, é dentro desses direitos fundamentais que se encontram os paradigmas que norteiam todos os processos democráticos da sociedade contemporânea. A importância desses direitos alcança-se no empenho de um ideal básico para a concretização do denominado Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, a preocupação primordial fundamenta-se na efetividade dos aludidos direitos, tidos como fundamentais a todos os seres humanos, frente à atual realidade social.

Restou, então, demonstrado que o pensamento doutrinário de Luigi Ferrajoli evidencia a proteção da dignidade da pessoa humana, seus direitos sociais e políticos com todos aqueles que detenham *status* de pessoa, cidadão ou na capacidade de agir, tendo em vista as suas teses que podem ser respeitadas e consideradas em qualquer caso. O garantismo de Ferrajoli consiste em uma verdadeira teoria jusfilosófica, que apesar de cunhada no fim do século XX, possui fortes relações com a teoria iluminista do século XVIII. Portanto, o garantismo jurídico se vincula ao conceito do Estado de Direito, enquanto um modelo destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal.

As questões centrais acerca de que a democracia constitucional expostas por Ferrajoli, além de

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

toda a sua dimensão formal, são asseguradas por um conjunto de regras e, ainda, a partir de uma dimensão substancial, da qual depende a qualidade das “regras do jogo” democrático. Nesse cenário, evidencia-se a existência de um conjunto harmônico de teorias que devem ser incorporadas à visão garantista dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, concebidos esses em uma dimensão internacional e constituindo-se como instrumentos eficazes para o alcance da dignidade da pessoa humana em todos os quadrantes democráticos do nosso planeta.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

_____. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 mai. 2018.

COPPETTI NETO, Alfredo. **A democracia Constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2004.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 3. nº. 1, (jan.-jun.), p. 34-41. São Leopoldo: Unisinos - RECHTD, 2011. Disponível em: . Acesso em: 22 mai. 2018.

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2016.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

TOSI, Giuseppe. **10 lições sobre Bobbio**. Petrópolis: Vozes, 2016.