

Democracia, garantismo e direitos fundamentais: uma observação do papel da jurisdição no garantismo de Ferrajoli

Isadora Ferreira Neves

RESUMO

O presente artigo objetiva a abordagem do papel que exerce a jurisdição no paradigma teórico garantista proposto por Luigi Ferrajoli. O trabalho se inicia com a leitura do que Ferrajoli entende por democracia, através dos seus conceitos e classificações, passando posteriormente à abordagem da jurisdição e do garantismo, para problematizar a forma como essas definições estão intrinsecamente relacionadas na construção do papel da atividade jurisdicional no paradigma garantista. Primeiramente, faz-se de uma descrição geral da teoria de Ferrajoli, passando à sua classificação do conceito de democracia irradiado entre democracia formal ou procedimental, democracia substancial e democracia constitucional. Apresenta-se, ainda, a definição dada pelo autor aos direitos fundamentais, no âmbito da teoria do direito, do direito positivo e da filosofia política, compondo a esfera do indecível, a ser tutelada pela atividade jurisdicional. O trabalho objetivo, por fim, compreender como se forma o paradigma teórico garantista, abordando os seus aspectos principais e enquadrando a jurisdição nesse contexto para refletir sobre as peculiaridades da atividade jurisdicional com o advento do garantismo.

Palavras-chave: Garantismo. Jurisdição. Democracia.

Democracy, guarantism and fundamental rights: An observation of the role of the jurisdiction under the Ferrajoli's guarantism

ABSTRACT

This article seeks to understand the approach of the role that the jurisdiction exercises in the theoretical guarantist paradigm proposed by Luigi Ferrajoli. This paper Begins with a reading of what Ferrajoli understands as democracy, beyond its concepts and classification, passing after to the approach of the jurisdiction and guarantism, to problematize the ways of how these definitions are intrinsically related to the construction of the role of the jurisdictional activity in the guarantist paradigm. First, it makes a general description of Ferrajoli's Theory, through its classification of the democracy concept irradiated between formal or procedural democracy, substantial democracy and constitutional democracy. This paper presents the author's definition of fundamental rights, under the theory of law, positive law and political philosophy. The article seeks to understand how the theoretical guarantist paradigm gains its forms, addressing the main aspects and placing the jurisdiction in this context in order to ponder about the peculiarities of the jurisdiction activity with the advent of the guarantism.

Keywords: Guarantism. Jurisdiction. Democracy.

Isadora Ferreira Neves é Mestranda em Direito Público pela UNISINOS, Especialista em Direito Público pela FAINOR, Graduada em Direito pela UESC, Servidora do Ministério Público do Estado da Bahia. E-mail: isadoraneves@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva a abordagem do papel que exerce a jurisdição no paradigma teórico garantista proposto por Luigi Ferrajoli. Para tanto, o trabalho inicia com a leitura do que Ferrajoli entende por democracia, através de uma leitura dos seus conceitos e classificações, passando posteriormente à abordagem da jurisdição e do garantismo, para problematizar a forma como essas definições estão intrinsecamente relacionadas na construção do papel da atividade jurisdicional no paradigma garantista.

Primeiramente, faz-se de uma descrição geral da teoria de Ferrajoli a partir do prólogo de Miguel Carbonell à obra “Democracia y Garantismo”, passando à sua classificação do conceito de democracia bipartido entre democracia formal ou procedimental e democracia substancial. A primeira é regida pela vontade da maioria, enquanto à democracia substancial é adicionada a preocupação com o conteúdo do que é decidido, tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

É a partir da sua classificação de democracia e da noção de democracia substancial que Ferrajoli constrói o conceito de democracia constitucional, permeada por um sistema de limites e vínculos às instituições públicas, vínculos esses dados pelos direitos fundamentais positivados nas Constituições rígidas no constitucionalismo pós-guerra.

Apresenta-se, ainda, a definição dada pelo autor aos direitos fundamentais, no âmbito da teoria do direito, do direito positivo e da filosofia política, para concluir que os direitos fundamentais são direitos universais, indisponíveis e inalienáveis, que são atribuídos diretamente pelas normas jurídicas a todos enquanto pessoas, quer se trate de direitos negativos (direitos de liberdade) ou direitos positivos (direitos sociais). São os direitos fundamentais que compõe a esfera do indecível, a ser protegida pela atividade jurisdicional.

O trabalho objetiva, por fim, compreender como se forma o paradigma teórico garantista, abordando os seus aspectos principais e enquadrando a jurisdição nesse contexto para refletir sobre as peculiaridades da atividade jurisdicional com o advento do garantismo. Nesse contexto, cabe ao Judiciário uma função de destaque na tutela dos direitos fundamentais e no controle do exercício legal dos poderes público, o que não se confunde, todavia, com um Judiciário carente de limitações, uma vez que o sistema de vínculos do paradigma garantista abrange todas as esferas estatais, alcançando também a atividade jurisdicional.

2 DEMOCRACIA E GARANTISMO

Miguel Carbonell (2008, p.13-21), no prólogo à obra de Ferrajoli, afirma que “Democracia y Garantismo” apresenta a trajetória teórica de Ferrajoli nos anos que vão do lançamento da obra “Direito e Razão” até o lançamento de “Principia Iuris”. Manifesta ainda a sua característica de ser um jurista prático, imerso na tarefa de observar o papel dos juízes no Estado Constitucional de Direito e também a sua característica de ser um cidadão cosmopolita militante (dedicado ao trabalho de articular uma sociedade civil sem fronteiras).

A seleção dos textos demonstra que o itinerário intelectual de Ferrajoli se nutre de uma sólida formação teórica. A arquitetura do edifício conceitual e analítico ferrajoliano se baseia, contudo, na noção de democracia constitucional. Desta forma, é possível perceber a sua transição desde o garantismo penal até a construção de um paradigma completamente novo de teoria do direito e teoria da democracia, ou de teoria da democracia constitucional, contemplando os direitos fundamentais e a divisão de poderes, ou seja, trabalhando com a noção de democracia em sua dimensão substancial.

Carbonell (2008, p.14) destaca, ainda, a veia analítica de Ferrajoli, manifesta por um rigor analítico no uso de uma lógica simbólica, presente principalmente no “Principia Iuris”, dedicado à demonstração de fórmulas que axiomatizam a sua teoria do direito e da democracia.

Como um jurista prático, Ferrajoli é ocupado em dar soluções concretas a problemas igualmente concretos e, em particular, imerso na tarefa de configuração do papel dos juízes no Estado Constitucional de Direito. Não se trata, entretanto, da defesa de uma posição invasiva da jurisdição sobre a política. Pelo contrário, se trata de assegurar âmbitos claramente diferenciados entre uma e outra: a política pode chegar até onde lhe permite a Constituição, entendida como norma encarregada de delimitar o perímetro da ferrajoliana esfera do indecível.

A jurisdição, por sua vez, deve atuar de tal maneira que não sufoque a democracia por excesso nem por omissão. O terceiro vetor que está presente na obra de Ferrajoli é o de cidadão cosmopolita militante, profundamente dedicado a diversas articulações de uma sociedade civil sem fronteiras.

Para Carbonell (2008, p.19), a veia de jurista cosmopolita firme na linha dos princípios que Ferrajoli encarna de maneira exemplar é mais necessária do que nunca, por acrescentar que a ciência jurídica é, no paradigma do Estado Constitucional, uma espécie de metagarantia, uma vez que não tem uma função meramente contemplativa de seu objeto de estudo, e sim contribui de forma decisiva para criá-lo.

2.1 A dimensão formal e a dimensão substancial da democracia

Para compreender o papel dos direitos fundamentais e da jurisdição na teoria ferrajoliana é imprescindível que se entenda o que o autor conceitua como democracia, classificada em sua dimensão formal e substancial.

Primeiramente, Ferrajoli (2008, p.76) recorda a concepção dominante de democracia, segundo a qual esta seria um método de formação de decisões coletivas, ou um conjunto das regras que atribuem ao povo (ou seja, à maioria) o poder de – diretamente ou através de representantes – assumir decisões. A esta aceção Ferrajoli dá o nome de aceção formal ou procedimental da definição de democracia.

A democracia em sua dimensão formal ou procedimental é concebida tendo como base as formas e os procedimentos idôneos para garantir a vontade popular: tem como

fundamento o quem (povo e seus representantes) e o como (a regra da maioria) das suas decisões, independentemente de seus conteúdos, quaisquer que eles sejam. Nesse sentido, a hipótese de um sistema no qual se decidisse por maioria a supressão de uma minoria seria, à luz desse critério, democrática (FERRAJOLI, 2008, p.76).

Ferrajoli (2008, p.77), porém, não descarta a compreensão formal da democracia, pelo contrário: para ele, a dimensão formal expressa uma característica necessária, se trata de uma *conditio sine qua non*, na ausência da qual não se pode falar em democracia. A dimensão formal, contudo, não é suficiente para identificar todas as condições na presença das quais um sistema político é qualificado como democrático.

Isso porque, para Ferrajoli (2008, p.77), a dimensão exclusivamente formal sofre de duas aporias: a primeira é gerada pela incapacidade de tal concepção de dar conta das atuais democracias constitucionais, enquanto a segunda se refere à própria sobrevivência da democracia política.

Para o autor (FERRAJOLI, 2008, p.78), na ausência de limites de caráter substancial, ou seja, de limites de conteúdo das decisões legítimas, uma democracia pode não sobreviver, pois sempre será possível, em princípio, que os métodos democráticos suprimam os próprios métodos democráticos.

Para comprovar estas aporias da democracia em sua versão exclusivamente formal ou procedimental, o autor cita como exemplo as experiências do nazismo e do fascismo no século passado, que conquistaram o poder em formas democráticas para então entregá-lo democraticamente a um chefe que suprimiu a democracia. Sendo assim, o caráter formal e procedimental da decisão por maioria não é suficiente nem no plano empírico (com referência às atuais democracias constitucionais), nem no plano técnico. Ferrajoli (2008, p.78) afirma, então, que um regime democrático requer, ao menos, que a maioria seja negado o poder de suprimir o poder da própria maioria.

Essas contradições lógicas são apontadas para embasar a afirmação de que são necessários traços substanciais para toda definição teórica de democracia dotada de adequada capacidade explicativa. A democracia constitucional é, portanto, um paradigma complexo que adiciona à dimensão formal uma dimensão substancial da democracia, referente aos conteúdos ou à substância das decisões: aquilo que a qualquer maioria está, por um lado, proibido e, por outro, lhe é obrigatório decidir (FERRAJOLI, 2008, p.78).

Nesse sentido, o garantismo de Ferrajoli incorpora os direitos fundamentais consistentes em expectativas negativas, cuja violação gera antinomias, bem como os direitos fundamentais consistentes em expectativas positivas (é o caso dos direitos sociais) que impõem vínculos ou obrigações e cuja inobservância gera lacunas (FERRAJOLI, 2008, p.79-80).

Os direitos fundamentais são, para Ferrajoli, normas substanciais sobre a produção de outras normas, uma vez que disciplinam não a forma, mas o significado das normas produzidas, condicionando a validade e a coerência com as expectativas formuladas pelos próprios direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2008, p.80).

É neste ponto que a classificação feita por Ferrajoli das dimensões da democracia se entrelaça com a sua noção de esfera do indecidível, tema que ainda será tratado neste trabalho. Ressalte-se, por ora, que o conjunto de normas substanciais circunscreve a esfera do indecidível, determinada pelo conjunto dos direitos de liberdade e de autonomia (enquanto expectativas negativas) e dos direitos sociais (enquanto expectativas positivas).

2.2 A democracia constitucional

Do procedimento de reforma da Constituição, se confrontam duas concepções de democracia: a democracia majoritária (ou plebiscitária) e a segunda concepção que Ferrajoli denomina democracia constitucional.

A democracia em sua concepção plebiscitária consistiria na onipotência da maioria, ou na ideia de soberania popular (FERRAJOLI, 2008, p.25). Desse paradigma surgem algumas consequências: a desqualificação das regras e dos limites do Poder Executivo que é expressão da maioria, bem como a ideia de que o consenso da maioria legitima qualquer tipo de abuso.

Esta concepção leva ao rechaço do sistema de mediações, de limites, de contrapesos e de controles que formam a substância daquilo que constitui o que o autor entende como democracia constitucional. Uma conotação plebiscitária e antiparlamentarista da democracia encontra sua expressão mais apropriada no presidencialismo, ou seja, na delegação a um chefe assumido como expressão direta da soberania popular (FERRAJOLI, 2008, p.26).

Esta ideologia da maioria presente na cultura política italiana representa, por outro lado, uma ideia antiga na história do pensamento político: a ideia de governo dos homens contraposta à de governo das leis (FERRAJOLI, 2008, p.24). Tal concepção reflete ainda uma ilusão que sempre volta a ser proposta em momentos de crise da democracia: basta recordar a polêmica, no início dos anos trinta, entre Hans Kelsen, o maior jurista do nosso século, e Carl Schmitt.¹

Evidentemente, tal concepção da democracia como onipotência da maioria é abertamente inconstitucional, já que a Constituição é justamente um sistema de limites e vínculos a todo poder. Essa concepção tem uma inevitável conotação absolutista que, cada vez mais, vem identificando-se para o senso comum como a ausência de regras e limites à livre iniciativa (FERRAJOLI, 2008, p.26).

Está claro, portanto, que a democracia plebiscitária é incompatível com própria ideia de Constituição, designando na verdade dois absolutismos convergentes: o dos poderes políticos da maioria e o dos poderes econômicos do mercado.

¹ Sobre o debate constitucional entre Kelsen e Schmitt na primeira metade do século XX acerca de quem deve ser o Guardião da Constituição, ocasião em que Kelsen afirma que deve ser o Guardião um Tribunal Constitucional, enquanto Schmitt, por outro lado, aponta que quem deve ser o Guardião é o Presidente do Reich, discussão esta oriunda da interpretação dada aos arts. 19 e 48 da Constituição de Weimar, ver: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007; SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983. 251 p. Título original: Der hütler der verfassung. Tübingen.

Para Ferrajoli (2008, p.27), essência do constitucionalismo e do garantismo, ou seja, daquilo que tem se chamado democracia constitucional, reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula em consequência uma concepção de democracia como sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substância a seu exercício, da garantia dos direitos fundamentais e de técnicas de controle e de reparação contra suas violações.

Esta é a substância da democracia constitucional: o pacto de convivência baseado na igualdade de direitos, no Estado Social – mais que liberal – de Direito, garantido pelas Constituições, contendo obrigações para os legisladores, de cuja observância depende a sua legitimação.

Uma data importante de transformação na estrutura do direito e na natureza da democracia é certamente 1945, ou o quinquênio entre 1945 a 1949, período posterior à derrota do nazismo e do fascismo. Compreende-se que o consenso das massas sobre o qual estavam fundadas as ditaduras fascistas, de cunho majoritário, não pode ser a única fonte de legitimação do poder. Revela-se, então, o significado da Constituição como um limite ou vínculo aos poderes públicos (FERRAJOLI, 2008, p.28).

Redescobre-se, em nível não só estatal, mas também internacional, o valor da Constituição como norma dirigida a garantir a divisão de poderes e direitos fundamentais de todos, exatamente os princípios negados pelo fascismo.

Outro ponto relevante é o caráter rígido do constitucionalismo, ou a garantia dessa rigidez. Tal aspecto tem como consequência a sujeição de todos os poderes ao direito, inclusive o poder legislativo, no plano do direito interno e também do direito internacional. A rigidez das Constituições significa o reconhecimento de que estas são normas supraordenadas à legislação ordinária, através da previsão, por um lado, de procedimentos especiais para a sua reforma, e, por outro, da instituição do controle de constitucionalidade das leis por parte dos tribunais constitucionais (FERRAJOLI, 2008, p.29).

Essa rigidez se opõe à cultura anterior, e que as cartas constitucionais eram consideradas apenas documentos políticos, tendo mesma força de leis ordinárias. O legislador, ou na melhor das hipóteses o parlamento, era por sua vez concebido como onipotente, em consequência da política cujo instrumento era o direito. Como resultado de uma concepção formal e procedimental da democracia, identificada unicamente como o poder do povo e com os procedimentos e mecanismos representativos dirigidos a assegurar o poder da maioria.

Tudo isso muda radicalmente com a afirmação, ou com o reconhecimento, da Constituição como norma suprema, à qual todas as outras normas estão rigidamente subordinadas. Graças à garantia da rigidez constitucional, a legalidade muda de natureza: não é só condicionante e disciplinante, mas ela mesma é condicionada e disciplinada por vínculos jurídicos não só formais, mas também substanciais.

Essa legalidade já não é mais produto do legislador, mas também um limite e vínculo para o legislador. Daí que o direito resulta positivado não só em seu ser, ou seja, em sua existência, mas também em seu dever ser, ou seja, em suas condições de validade. Não é só positivado o “quem” e “como” das decisões, mas também o “que” não deve ser decidido (no caso dos direitos de liberdade), ou deve ser decidido (a respeito da satisfação dos direitos sociais).

Ferrajoli define esta concepção do direito como sistema ou paradigma garantista, em oposição àquele paleo-positivista do Estado Liberal pré-constitucional (FERRAJOLI, 2008, p.30)

Precisamente neste “direito acima do direito” (FERRAJOLI, 2008, p.30), neste sistema de normas metalegais destinadas aos poderes públicos e, sobretudo, ao legislador consiste a constituição uma convenção democrática acerca do que é indecível para qualquer maioria, porque certas coisas não podem ser decididas e outras não podem não ser decididas.

Há uma transformação na natureza da jurisdição e na relação o juiz e a lei, que já não consiste, como no paradigma juspositivista, na sujeição à letra da lei sem importar qual seja o seu significado, mas sobretudo na sujeição à constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através da sua reinterpretação em sentido constitucional ou a denúncia da sua inconstitucionalidade.

Transforma-se ainda o papel da ciência jurídica, que resulta investida de uma função não somente descritiva, como no paradigma paleojuspositivista, lhe cabendo uma crítica às antinomias e às lacunas da legislação vigente em respeito aos imperativos constitucionais, projetando técnicas de garantias que são necessárias para superar aquelas antinomias e lacunas. A própria natureza da democracia sofre mudanças. Com efeito, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais impõe obrigações e proibições aos poderes públicos.

A democracia adquire, assim, uma dimensão substancial, que se agrega à tradicional dimensão política, meramente formal ou procedimental. A história da Idade Moderna nos faz recordar que o direito e a democracia são construções humanas: dependem da política e da cultura, da força dos movimentos sociais e do empenho de cada um de nós (FERRAJOLI, 2008, p.40).

Muda, finalmente, e como consequência de tudo que foi abordado, a relação entre a política e o direito, dado que já não é o direito que se subordina à política como instrumento, e sim a política se converte em instrumento de atuação do direito, submetida aos limites impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, tais como os gerados pelos direitos de liberdade, que não podem ser violados, e vínculos positivos, tais como os gerados pelos direitos sociais que devem ser satisfeitos (FERRAJOLI, 2008, p.32).

2.3 Os direitos fundamentais e a esfera do indecidível

A partir da definição de Ferrajoli de democracia formal ou procedimental, democracia substancial e democracia constitucional, percebe-se o papel central que os direitos fundamentais exercem em sua teoria. De fato, os direitos fundamentais são, para este autor, aquilo que dá conteúdo à democracia como um sistema de controles e vínculos, bem como aquilo cuja tutela é função primordial da atividade jurisdicional.

Para responder ao questionamento sobre o que são direitos fundamentais, Ferrajoli (2008, p.42) admite que essa resposta possa enveredar por três correntes distintas: primeiramente a resposta pode ser dada pela teoria do direito, em segundo lugar pelo direito positivo e em terceiro pela filosofia política.

No plano da teoria do direito, a definição mais difundida dos direitos fundamentais é a que os identifica com os direitos que são titularizados universalmente a todos enquanto pessoas, ou enquanto cidadãos com capacidade de agir e que são, portanto, inalienáveis e indisponíveis (FERRAJOLI, 2008, p.41).

No plano do direito positivo, são direitos fundamentais, no ordenamento internacional, os direitos universais e indisponíveis estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos tratados internacionais e nas demais convenções internacionais sobre os direitos humanos.

A terceira resposta que pode ser dada à pergunta sobre o que sejam os direitos fundamentais advém da filosofia política, que aprofunda a questão, questionando quais os direitos que devem ser garantidos como fundamentais.

Para tanto, Ferrajoli (2008, p.43) esclarece que o primeiro dos critérios é o nexo entre direitos humanos e paz, instituído no preâmbulo da Declaração Universal de 1948. Devem estar garantidos como direitos fundamentais todos os direitos vitais cuja garantia é condição necessária para a paz: o direito à vida e à integridade pessoal, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais necessários à sobrevivência.

O segundo critério é o nexo entre os direitos e a igualdade, tanto no âmbito dos direitos de liberdade quanto no âmbito dos direitos sociais, responsáveis por garantir a redução das desigualdades econômicas e sociais. O terceiro critério se concentra no papel dos direitos fundamentais como lei do mais fraco², segundo o qual todos os direitos fundamentais são leis do mais fraco, como alternativa à lei do mais forte.

Ferrajoli (2008, p.61) esclarece, então, qual o seu conceito de direitos fundamentais, definindo-os como opostos aos direitos patrimoniais, sendo eles direitos universais,

² Na tradução espanhola a expressão utilizada é "*leyes del más débil*", neste trabalho traduzida como lei do mais fraco. No texto original: "*El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente*" (FERRAJOLI, 2008, p.43-44).

indisponíveis e inalienáveis, que são atribuídos diretamente pelas normas jurídicas a todos enquanto pessoas, quer se trate de direitos negativos (direitos de liberdade) ou direitos positivos (direitos sociais)³.

Política e mercado configuram, portanto, a esfera do decidível, rigidamente delimitada pelos direitos fundamentais, os quais, justamente por estarem garantidos a todos e subtraídos da disponibilidade do mercado e da política, determinam a esfera do que não deve ser decidido, de forma que nenhuma maioria, e nem sequer a unanimidade, pode decidir legitimamente os violar ou satisfazer.

O constitucionalismo não só é uma conquista e legado do passado, mas talvez o mais importante legado do nosso século. É também, como crê Ferrajoli (2008, p.34), antes de tudo, um programa para o futuro em um duplo sentido.

Em primeiro lugar, no sentido de que os direitos fundamentais incorporados pelas Constituições devem ser garantidos e satisfeitos concretamente: o garantismo, nesse aspecto, é outra face do constitucionalismo, dirigido a estabelecer técnicas e garantias idôneas e a assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos constitucionalmente reconhecidos.

Há também o sentido de que o paradigma da democracia constitucional é um paradigma embrionário, que pode e deve ser estendido em uma tríplice direção: primeiramente há a garantia de todos os direitos, não só os direitos de liberdade mas também os direitos sociais; em segundo lugar frente a todos os poderes, não só frente aos poderes públicos mas também frente aos poderes privados; em terceiro lugar, a todos os níveis, não só no direito estatal mas também no direito internacional.

Desta maneira, para Ferrajoli (2008, p.80), o conjunto destas normas substanciais consistentes nos direitos fundamentais é que compõe a esfera do indecidível que, determinada pelo conjunto dos direitos de liberdade e de autonomia, impedem, enquanto expectativas negativas, decisões que possam lesioná-los ou reduzi-los. Em relação ao conjunto dos direitos sociais, estes compõem a esfera do indecidível enquanto expectativas positivas e demandam decisões dirigidas a satisfazer estes direitos.

O que está fora da esfera do indecidível, no contexto da teoria de Ferrajoli (2008, p.81), são conteúdos em que se é legítimo o exercício dos direitos de autonomia, quais sejam: a autonomia política, mediada por representação, na produção das decisões públicas, bem como a autonomia privada, segundo as regras do mercado, na produção das decisões privadas.

³ No texto original: "*Entiendo por derechos fundamentales, en oposición a los derechos patrimoniales, como la propiedad y el crédito, que son derechos singulares que adquiere cada individuo con exclusión de los demás— aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar: ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad, a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o de derechos positivos, como los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos*" (FERRAJOLI, 2008, p.61).

Os princípios da maioria, a livre iniciativa, a discricionariedade pública e a disponibilidade privada são, em suma, as regras que presidem a esfera do decidível, mas que encontram, entretanto, limites e vínculos insuperáveis na esfera do indecidível (FERRAJOLI, 2008, p.81).

3 JURISDIÇÃO E GARANTISMO

3.1 O garantismo como paradigma teórico

O termo garantia aparece no vocabulário jurídico como a designação de qualquer técnica normativa de tutela de um direito subjetivo (FERRAJOLI, 2008, p.59). As garantias têm em comum, portanto, o fato de haver sido previstas intencionalmente, com a previsão de que sua falta ocasionaria uma violação do direito que constitui o seu objeto. Elas surgem como reflexo de uma desconfiança na satisfação e respeito espontâneo dos direitos, especialmente no que se refere a direitos fundamentais, bem como no exercício espontaneamente legítimo do poder (FERRAJOLI, 2008, p.62).

Já o termo garantismo aparece associado à tradição clássica do pensamento penal liberal, associada à exigência de tutela do direito à vida, à integridade e à liberdade, frente ao poder punitivo. A teoria de Ferrajoli (2008, p.61), por sua vez, estende a concepção de garantismo para abranger um paradigma da teoria geral do direito que alcança todo o campo dos direitos subjetivos e ao conjunto dos poderes, públicos ou privados, estatais ou internacionais.

O garantismo, nesse sentido, se opõe a qualquer concepção das relações (econômicas e políticas), tanto de direito privado quanto de direito público, fundada no ideal da observância espontânea do direito. O garantismo conduz ao conjunto de limites e vínculos impostos a todos os poderes (públicos ou privados), políticos (de maioria), econômicos (de mercado), no plano estatal ou internacional. Essa tutela se dá por meio dos direitos fundamentais estabelecidos, tanto na esfera privada quanto na esfera pública (FERRAJOLI, 2008, p.62).

Como paradigma teórico, o garantismo impõe vínculos legais e jurisdicionais capazes de impedir a formação de poderes absolutos, públicos ou privados. Seguindo esse raciocínio, Ferrajoli (2008, p.65) observa que o garantismo é, na verdade, uma faceta do constitucionalismo, ou seja: embora as garantias consistam em um sistema de obrigações e proibições, a sua capacidade de vincular os poderes supremos, a começar pelo poder legislativo, depende de seu fundamento positivo rígido em normas superiores, como são as normas constitucionais.

3.2 Jurisdição, democracia e direitos fundamentais

Um fenômeno comum a todas as democracias avançadas é a expansão crescente do papel da jurisdição. Trata-se de um fenômeno que, por sua vez, está conectado com a expansão do papel do direito como uma técnica de regulação e de limitação dos

poderes públicos, produzida com o crescimento da complexidade dos atuais sistemas políticos e como consequência do paradigma do Estado de Direito (FERRAJOLI, 2008, p.208).

Ferrajoli (2008, p.208) afirma que a toda expansão do princípio da legalidade, a cada passo dado na tarefa de limitação e sujeição do poder ao direito, tem correspondido, inevitavelmente, uma ampliação dos espaços da jurisdição. Por outro lado, a atual expansão do papel do direito e da jurisdição se explica por dois fenômenos convergentes e estruturais: a mudança na estrutura do sistema jurídico, produzida na segunda metade deste século com sua evolução nas formas do Estado constitucional de direito; e também a transformação na estrutura do sistema político, produzida pelo contemporâneo desenvolvimento do Estado Social e, em consequência, pela sua intervenção na economia e na sociedade.

A primeira transformação – na estrutura do sistema jurídico – se produz com a introdução, sobretudo depois da segunda guerra mundial, das constituições rígidas, que incorporam princípios e direitos fundamentais como limites e vínculos já não só ao poder executivo e judiciário, mas também ao poder legislativo.

A segunda revolução, produzida no último pós-guerra com as constituições rígidas significa completar o Estado de direito, ou seja, a sujeição à lei de todos os poderes, incluindo o legislativo, que resulta também subordinado ao direito, mais precisamente à constituição, não só no que concerne às formas e procedimentos de formação das leis, mas também no plano dos seus conteúdos.

Por conseguinte, no Estado constitucional de direito o legislador não é onipotente, no sentido de que as leis emanadas por ele não são válidas somente pelo fato de sua entrada em vigor, ou seja, por terem sido produzidas na forma estabelecida nas normas sobre sua produção, mas também por resultarem coerentes com os princípios constitucionais. Tampouco a política é onipotente, ao reverter a sua relação com o direito: também a política e a legislação, que é seu produto, se subordinam ao direito.

Assim, já não é possível conceber o direito como instrumento da política, mas é esta a que deve ser assumida como instrumento para a atuação do direito, especialmente dos princípios e dos direitos fundamentais inscritos nesse projeto, ao mesmo tempo jurídico e político, que é a constituição (FERRAJOLI, 2008, p.210).

O autor (FERRAJOLI, 2008, p.211) afirma que o sistema político sofre transformações relativas à ampliação das funções próprias do Estado Social⁴, provocadas pelo crescimento do seu papel de intervenção na economia e pelas novas prestações que demandam os direitos sociais constitucionalizados. Esse acúmulo de funções ocorre,

⁴ A respeito do Estado Social e suas implicações, ver:

AVELÃS NUNES, Antonio José. *As voltas que o mundo dá: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 266p.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaçotemporal dos direitos humanos*. 2.ed. Col. Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GARCÍA-PELAYO. *As transformações do Estado contemporâneo*. Tradução Agassiz Almeida Filho. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 247p.

entretanto, sem a previsão de garantias efetivas para os novos direitos, sendo ausentes os mecanismos eficazes de controle político e administrativo.

Este fenômeno atribui à jurisdição um novo papel: a defesa da legalidade frente ao abuso de poder. Esse papel central, uma vez que a defesa da legalidade equivale à defesa do princípio da sujeição à lei de todos os poderes públicos, próprio do Estado de Direito, que é, por sua vez, pressuposto essencial da democracia (FERRAJOLI, 2008, p.212).

A atividade jurisdicional atua, nesse sentido, na sujeição à lei por parte de todos os poderes públicos e também como uma forma de limitação à democracia formal, procedimental, ou plebiscitária.

Como visto no tópico 2.2, Ferrajoli entende a democracia em sua dimensão constitucional ou substancial, relativa ao conteúdo do que se é lícito decidir a maioria, ou não decidir, nem mesmo por unanimidade. Essa mudança de paradigmas é que oferece um novo fundamento democrático ao papel do juiz no Estado constitucional de direito, não oposto e sim complementar à dimensão procedimental da democracia política.

O que se percebe da teoria garantista de Ferrajoli é que todos os seus conceitos são intimamente relacionados: a sua concepção de democracia, o papel exercido pelos direitos fundamentais no seu conceito de esfera do indecível, bem como o seu conceito de garantismo, são noções que influenciam diretamente na coerência teórica que tem o papel da jurisdição para Ferrajoli. O entendimento conjunto desses conceitos é, portanto, fundamental.

A partir da sua noção de democracia constitucional ou substancial é que ganha sentido o papel primordial da jurisdição na tutela dos direitos fundamentais e na sujeição dos poderes públicos aos ditames constitucionais. Desse duplo papel da jurisdição democracia (garantidora tanto dos direitos fundamentais como da própria sujeição dos poderes públicos à lei) é que Ferrajoli (2008, p.213) aponta duas consequências.

A primeira está ligada ao papel de garantia dos direitos fundamentais a todos e da legalidade dos poderes públicos conferido à jurisdição, como um reforço do fundamento da divisão dos poderes e da independência da atividade jurisdicional. A segunda consequência, também de suma importância, se refere ao aumento do peso da jurisdição no sistema dos poderes públicos relacionado ao fortalecimento do garantismo como fonte de legitimação ou condição de credibilidade do poder judiciário.

No modelo liberal e paleopositivista⁵ a atividade jurisdicional estava assentada exclusivamente na legalidade de suas decisões e na coerência jurídica e fática de seus pressupostos. Esse paradigma por si só não atende ao caráter contramajoritário dos direitos fundamentais que exige um poder judiciário instituído que possa, por sua vez,

⁵ Para o entendimento mais completo do uso desse termo por Ferrajoli, ver: FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.13-56.

contrariar os desígnios da maioria. Por outro lado, o papel de controle da legalidade do poder é obstaculizado por qualquer dependência (direta ou indireta) do magistrado em relação aos demais poderes (FERRAJOLI, 2008, p.213).

Para Ferrajoli (2008, p.215), portanto, não prospera o entendimento da jurisdição como um controle genérico de legalidade apto a provocar invasões na esfera do que é decidível pela política, uma vez que a jurisdição intervém naquilo que à política não é lícito decidir: sobre a invalidade e ilicitude dos atos frente à legalidade constitucional. Para o autor, o que ocorre é que a justiça deixa de ser politizada e os juízes deixam de fazer política no momento em que começam a cumprir com o seu dever de estender o seu controle sobre as ilegalidades perpetradas pelos poderes públicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da leitura de Ferrajoli, pode-se perceber que o seu garantismo representa uma espécie de complemento ao Estado de Direito, demandando uma submissão dos poderes ao controle de constitucionalidade. A própria legalidade é também submetida à coerência com as normas constitucionais, por meio de Constituições rígidas que positivam os princípios e os direitos fundamentais, atuando estes como limites e vínculos à vontade da maioria.

Nesse sentido, faz-se necessária uma leitura atenciosa da cadeia de conceitos da teoria ferrajoliana, uma vez que a percepção adequada do papel da jurisdição no garantismo está diretamente relacionada com a sua definição de democracia substancial e constitucional, de direitos fundamentais, da esfera do indecidível, e de como esses conceitos se entrelaçam na defesa de uma atividade jurisdicional responsável pela adequada tutela dos direitos fundamentais e pelo controle da legalidade constitucional dos poderes públicos.

Sendo assim, o paradigma do constitucionalismo rígido limita e vincula o Poder Judiciário, em conformidade com o princípio da separação de poderes e com a natureza cognitiva da jurisdição. Associada ao paradigma garantista, representado pela positivação do dever ser do direito e pela sujeição a limites e a vínculos jurídicos de todos os poderes, a ciência jurídica ganha um papel crítico do direito e de suas antinomias e lacunas. À jurisdição, por sua vez, cabe o dever de remover as antinomias e apontar essas lacunas.

Embora o autor reconheça o papel fundamental que tem a jurisdição no Estado constitucional no que concerne à tutela dos direitos fundamentais e ao controle dos poderes públicos, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias nas quais elas se manifestam não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes. Para Ferrajoli, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais.

O paradigma teórico garantista envolve, portanto, a elaboração de limites e garantias também ao exercício do poder judicial. Isso porque, no Estado constitucional de direito, a atividade dos juízes está limitada pela lei e vinculada à Constituição. Por outro lado,

a jurisdição constitucional assume também um papel de destaque no cenário garantista, uma vez que ao Poder Judiciário é atribuída a função de garantia ou tutela dos direitos fundamentais no regime democrático e ainda de controle do exercício legal dos poderes públicos.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, n. 2, p.217-242, 2004.
- CARBONELL, Miguel. Prólogo: Luigi Ferrajoli. Teórico del derecho y de la democracia. In: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, p.13-21.
- CARBONELL, Miguel; UGARTE, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a. p.13-56.
- _____. *Democracia y garantismo*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2008. 373p.
- _____. *Derechos fundamentales*. In: FERRAJOLI, Luigi et al. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2001a. p.19-56.
- _____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. 180p.
- _____. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995. 991p.
- _____. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Tradução de Gerardo Pisarello et al. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. 198p.
- _____. *Epistemología jurídica y garantismo*. Tradução de José Juan Moresco e Pablo E. Navarro. Coyoacán: Fontamara, 2004. 300p.
- _____. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Tradução de Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. 132p.
- _____. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2001b. p.139-196.
- _____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2001c. p.19-56.

_____. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Tradução de André Karam Trindade. In: _____ et al. (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. p.231-254.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Daniela Cademartori et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. 122p.

_____. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*. 1. Teoria del diritto. Bari: Laterza, 2007a. 1021p.

_____. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*. 2. Teoria della democrazia. Bari: Laterza, 2007b. 713p.

_____. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*. 3. La sintassi del diritto. Bari: Laterza, 2007c. 1490p.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*. Madrid: Trotta, 2012. 155p.

GUASTINI, Riccardo. Algunos aspectos de la metateoría de “Principia iuris”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.31, p.253-260, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2005. 233p.