

DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTISMO JURÍDICO

*ALEXANDRE ALMEIDA ROCHA
PROFESSOR DA UEPG

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais. 2. Direitos Fundamentais. 2.1. Questões Terminológicas. 2. Direitos fundamentais como objeto de Garantia. 2.2.1. Direitos Fundamentais X Direitos Patrimoniais. 2.2.2 Direitos Fundamentais e Democracia Substancial. 2.2.3. Direitos Fundamentais e Cidadania. 2.2.4. Direitos Fundamentais e Garantia. 3. Considerações Finais. 4. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O artigo faz uma análise do conceito de direitos fundamentais proposto pela Teoria Garantista do Direito, tal como apresentada por LUIGI FERRAJOLI. Enfoca a distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais; com a análise da relação existente entre direitos fundamentais e democracia substancial; com as implicações dos direitos fundamentais na idéia de cidadania, em que se demonstra a antinomia existente entre igualdade e soberania; com a distinção entre direitos fundamentais e garantias.

Palavras-chave: Garantia. Garantismo. Direitos Fundamentais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como justificativa a constatação de que, hodiernamente, vivencia-se um paradoxo, que tem como característica, de um lado a incrível evolução tecnológica, responsável pela aceleração das descobertas e uma fantástica ampliação dos meios de comunicação que diariamente desafiam teorias e princípios derrubando fronteiras e limites que se tornaram virtuais; e, por outro lado, vê-se o aumento da miséria em todo o mundo; a proliferação de ameaças de guerras nucleares; as irracionalidades dos fundamentalismos; enfim, o desrespeito aos direitos humanos em nome de políticas neoliberais e de teorias pós-modernas.

Assim, nas entrelinhas deste discurso está a indignação em relação aos poderes públicos, que permanecem, muitas vezes, alheios aos problemas sociais e econômicos, impedindo desta forma a utilização do direito na criação das condições necessárias para a realização integral do ser humano.

Já, explicitamente, serve-se do travejamento teórico da Teoria Garantista do Direito, tal como apresentada por LUIGI FERRAJOLI, e por ser esta, como diz CADEMARTORI, capaz de “dar conta de uma análise rigorosa da estrutura normativo-institucional desse

fenômeno de dominação conhecido como “Estado de Direito” em sua versão contemporânea” e de “propor um caminho para a correção das distorções que hoje determinam a crise desse modelo”.¹

Aborda-se a concepção de LUIGI FERRAJOLI acerca dos direitos fundamentais. Aqui se trabalha com a distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais; com a análise da relação existente entre direitos fundamentais e democracia substancial; com as implicações dos direitos fundamentais na idéia de cidadania, em que se demonstra a antinomia existente entre igualdade e soberania; com a distinção entre direitos fundamentais e garantias, central para o desenvolvimento da crítica ao realismo jurídico que, ao confundir estas duas categorias, justifica a não realização dos direitos fundamentais.

Este trabalho pretende oferecer elementos que contribuam na árdua e difícil tarefa de concretização dos direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais positivados na Constituição, já que, nos últimos anos, o Brasil tem sido o proscênio das mais absurdas aberrações jurídicas que têm como justificativa o projeto político pessoal do chefe do Executivo e a submissão aos grandes interesses econômicos e financeiros.

Quer-se, talvez pretensiosamente, somar-se aos esforços dispensados por aqueles que de alguma forma, juristas ou não, procuram despertar não só o olhar dos operadores jurídicos, mas também de todos os cidadãos desejosos de liberdade e conscientes de que o desrespeito aos direitos fundamentais leva à consagração do arbítrio.

É necessário, em caráter de urgência, atentar-se para as violações que diariamente afetam os direitos fundamentais e colocam em cheque os postulados do Estado Constitucional de Direito. Espera-se que, na medida do possível, tenha-se contribuído para o encaminhamento destes problemas, embora não se tenha a pretensão de oferecer respostas definitivas.

Para finalizar, tecem-se aqui algumas considerações de caráter metodológico: a) o trabalho é fruto exclusivo de pesquisa bibliográfica; b) as traduções foram elaboradas em notas de rodapé tendo em vista que as mesmas são de mão própria, e daí a preferência por mencionar no texto a citação original para manter a fidelidade da fonte utilizada. c) Alguns textos na língua italiana foram obtidos por *scanner* e não houve acesso ao original, fato este que impossibilita a referência precisa de algumas citações.

2.1. QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

¹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: LAEL, 1999. p. 11.

Antes de se analisar a leitura que o garantismo realiza dos direitos fundamentais é imprescindível que se façam algumas considerações no sentido de melhor localizar a temática dos direitos fundamentais. Deve-se, primeiramente, cuidar das questões relativas à terminologia utilizada normalmente pelos diversos doutrinadores e até mesmo àquela utilizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Evidencia-se de imediato que a categoria utilizada neste trabalho, como denuncia o próprio título deste tópico, é **direito fundamental**; o que não dispensa uma referência, ainda que perfunctória de outros termos que são usados para se referir a esta categoria, como, por exemplo: “Direitos do Homem”, “Direitos humanos”, “Direitos humanos fundamentais”, “Liberdades públicas”, “Direitos subjetivos públicos”, “Liberdades fundamentais”; “Direitos fundamentais da pessoa humana”, isto apenas para apontar as mais importantes.

A Constituição de 1988 também se caracteriza pela diversidade semântica. Encontra-se em seu texto as seguintes expressões: a) direitos humanos (art. 4º, inciso III); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inciso LXXI, mandado de injunção); d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV); e) direitos da pessoa humana (artigo 34, inciso IV, alínea b); e, ainda, direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17).

Como o referencial teórico deste trabalho é a Teoria do Garantismo Jurídico, far-se-á uso da categoria “direitos fundamentais” de forma indistinta, ou seja, também como significante de direitos humanos, visto que o conceito que se propõe é um conceito formal e não diz respeito a nenhum ordenamento jurídico específico.

2.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO OBJETO DA GARANTIA

FERRAJOLI propõe uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, dos direitos fundamentais. Para ele são direitos fundamentais “[...] *tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire*”².

Sendo que, compreende por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica e, por *status* a condição de um sujeito, sendo esta também prevista por uma norma jurídica positiva

² FERRAJOLI, L. *Diritti Fondamentali*, *op. cit.*, p. 3. (“[...] todos aqueles direitos subjetivos que cabem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, ou de cidadãos ou de pessoas capazes de agir”)

como pressuposto da idoneidade daquele para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que dele são o exercício.

A definição proposta não é dogmática³, pois não faz referência a nenhum ordenamento jurídico em concreto. É, segundo FERRAJOLI, uma definição teórica que prescinde da circunstância de fato de que tais direitos estejam formulados em cartas constitucionais ou em leis fundamentais e, até mesmo, do fato de que estes direitos fundamentais estejam enunciados em normas de direito positivo.

A previsão dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, para o autor italiano, é condição de sua existência ou vigor, mas não influi sobre o significado do conceito de direito fundamental; e, nem mesmo a previsão em texto constitucional influencia na construção do conceito, já que apenas indica que devem ser observados pelo legislador ordinário.

Desta forma a definição proposta por FERRAJOLI é uma definição formal ou estrutural no sentido de que prescinde da natureza dos interesses e necessidades tuteladas com o seu reconhecimento como direitos fundamentais, e baseia-se unicamente sobre o caráter universal da sua imputação, entendendo-se por “*‘universale’ nel senso puramente logico e avalutativo della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari*”.⁴

Anota FERRAJOLI que este caráter formal não impede que esta definição seja suficiente para identificar nos direitos fundamentais a base da igualdade jurídica. Esta universalidade se configura como uma característica estrutural, que comporta o caráter inalienável e indisponível dos interesses substanciais em que eles consistem. A garantia se realiza através desta universalidade que não é absoluta e sim relativa aos argumentos com referência aos quais é predicada.⁵

Il “tutti” di cui diritti consentono di predicare l’uguaglianza è infatti logicamente relativo alle classi dei soggetti cui la loro titolarità è normativamente riconosciuta. Se dalla quantità e dalla qualità degli interessi protetti come diritti fondamentali dipende l’intensione dell’uguaglianza, è dunque dall’estensione di tale classi, ossia dalla soppressione o riduzione delle differenze di status da cui esse sono determinante, che dipende

³ Os autores trabalham com o conceito de direitos fundamentais a partir de um determinado texto positivo, ou seja, partem do direito posto para desenvolver tanto a conceituação do que se entenda por direitos subjetivos ou mesmo por direitos fundamentais. Neste sentido, pode-se mencionar o trabalho de MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.

⁴ FERRAJOLI, L. *Diritti Fondamentali*, p. 4. (“universal’ no sentido puramente lógico e avaluativo da quantificação universal da classe dos sujeitos que dele são titulares”) Entende FERRAJOLI ser vantajosa esta definição porque é válida para qualquer ordenamento, independentemente dos direitos fundamentais previstos. Tem um valor de uma definição da teoria geral do direito. É ideologicamente neutral, enquanto é independente dos bens ou dos valores ou das necessidades substanciais que pelos direitos fundamentais são tutelados, ou seja, “*valida qualunque sia la filosofia giuridica o politica condivisa: giuspositivistica o giusnaturalistica, liberale o socialista, e perfino illiberale e anti-democratica*”.

⁵ *id.*, *ibid.*, p. 4.

l'estensione dell'uguaglianza e quindi il grado di democraticità in un dato ordinamento.⁶

A capacidade de agir e a cidadania, segundo FERRAJOLI, podem servir de parâmetros para fundar duas grandes divisões entre os direitos fundamentais: **1.** Distinção entre *direitos da personalidade*, atribuíveis a todos e os *direitos de cidadania*, cabíveis somente aos cidadãos; **2.** Distinção entre os *direitos primários ou substanciais*, que dizem respeito a todos e os *direitos secundários (instrumentais ou de autonomia)* que cabem somente as pessoas com capacidade de agir.

Articulando estas duas distinções, FERRAJOLI informa que é possível chegar-se a quatro classes de direitos: **1.** Direitos humanos; **2.** Direitos públicos; **3.** Direitos civis e, ainda, **4.** Direitos políticos. Para ele os parâmetros de inclusão e de exclusão dos seres humanos entre os titulares dos direitos e, portanto, da sua igualdade ou desigualdade, sempre foram fornecidos pelas três identidades – de pessoa, de cidadão e da capacidade de agir.

Oggi, dopo che anche la capacità d'agire è stata estesa a tutti, con le sole eccezioni dei minori e degli infermi di mente, la disuguaglianza passa essenzialmente attraverso lo stampo statale della cittadinanza, la cui definizione in base ad appartenenze nazionali e territoriali rappresenta l'ultima grande limitazione normativa del principio di uguaglianza giuridica. Ciò che è insomma cambiato con il progresso del diritto, a parte le garanzie offerte da codificazioni e costituzioni, non sono i criteri – personalità, capacità d'agire e cittadinanza – sulla cui base sono attribuiti i diritti fondamentali, ma unicamente il loro significato, dapprima ristretto e fortemente discriminatori, poi sempre più esteso e tendenzialmente universale.⁷

A partir destas considerações entende este autor que a definição dos direitos fundamentais apresentada está em condições de fundamentar quatro teses essenciais a uma teoria da democracia constitucional.

⁶ *id.*, *ibid.*, p. 5. (“O ‘todos’ aos quais tais direitos consentem de predicar a igualdade jurídica é, na realidade, relativo às classes dos sujeitos aos quais a sua titularidade está normativamente reconhecida. Se da qualidade e da quantidade dos interesses protegidos como direitos fundamentais depende a *intenção* da igualdade, é, portanto, da extensão de tais classes, ou seja da supressão ou redução das diferenças de *status* pelas quais elas são determinadas, que depende a extensão da igualdade jurídica e conseqüentemente do grau de democraticidade em um dado ordenamento”)

⁷ FERRAJOLI, L. *Diritti Fondamentali.*, p. 7. (“Hoje, quando também a capacidade de agir foi estendida a todos, com somente as exceções dos menores e dos enfermos da mente, a desigualdade passa essencialmente através do caráter estatal da cidadania, cuja definição com base em atribuições nacionais e territoriais representa a última grande limitação normativa do princípio de igualdade jurídica. Isto que, em suma, mudou com o progresso do direito, além das as garantias oferecidas pela codificação e constituição, não são os critérios – personalidade, capacidade de agir e cidadania – a base sobre a qual são atribuídos os direitos fundamentais, mas unicamente o seu significado, antes restrito e fortemente discriminatório, pois sempre mais extenso e tendencialmente universal”)

São elas: a) a que considera a diferença entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais; b) os direitos fundamentais, correspondentes aos interesses e às expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica e, por esta razão, da dimensão da democracia que se chama substancial, prejudicial em relação a sua dimensão política ou formal fundada, ao contrário da primeira, sobre os poderes da maioria; c) a terceira tese, que considera a natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais e, por fim, d) a quarta tese, em que considera as relações entre direitos e garantias, sendo que quanto a esta última defende FERRAJOLI que a existência de direitos sem garantia implica o não cumprimento dos direitos positivamente estipulados e, por isso, consiste numa indevida lacuna que é dever do legislador colmatar.

2.2.1. Direitos fundamentais x direitos patrimoniais

A primeira tese que FERRAJOLI sustenta é que existe uma diferença estrutural entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, sendo que os primeiros unem a todas as classes de sujeitos e os segundos dizem respeito a cada titular do direito com exclusão dos demais. Dentro desta perspectiva destaca quatro diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais.

A primeira diferença é a de que os direitos fundamentais são direitos universais (*omnium*), no sentido lógico da quantificação universal da classe dos sujeitos que deles são titulares, enquanto que os direitos patrimoniais são direitos singulares (*singuli*), no sentido igualmente lógico de que para cada um deles existe um titular determinado com a exclusão de todos os outros. Logo, os direitos fundamentais são reconhecidos a todos os seus titulares de forma igual, ao passo que os direitos patrimoniais dizem respeito a cada um de maneira diversa.

A segunda diferença é a de que os direitos fundamentais são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, não transigíveis e, ainda, personalíssimos. Os direitos patrimoniais, pelo contrário, são direitos disponíveis, negociáveis e alienáveis. Como diz FERRAJOLI, *“non si può divenire giuridicamente più liberi, mentre si può divenire giuridicamente più ricchi. Avendo un oggetto consistente in un bene patrimoniale, i diritti patrimoniali si acquistano, si scambiano, si vendono. Le libertà, invece, no si scambiano né si accumulano.*

*Gli uni sono alterati e magari estinti dal loro esercizio; gli altri restano invariati, qualunque sia il loro esercizio”.*⁸

Para este autor a diferença fortalece a definição formal que se pretende dos direitos fundamentais, conforme supracitado, tendo em vista que a vida, a liberdade pessoal o direito de voto são direitos fundamentais não tanto porque correspondam a valores ou interesses vitais, mas porque são universais e indisponíveis.

A terceira diferença, que decorre da anterior, é aquela de que os direitos fundamentais são normas, ou seja, têm seu título na própria lei, enquanto que os direitos patrimoniais estão predispostos pela norma, por exemplo, o direito de propriedade está predisposto no Código Civil. À FERRAJOLI aparece com mais facilidade esta distinção já que a Constituição Italiana não elenca o direito de propriedade como direito fundamental. Entre nós, visto que a Constituição insere o direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais, esta distinção ao menos formalmente não seria possível, dada a positivação do direito de propriedade como direito fundamental.⁹

⁸ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali.*, p. 11. (“Não se pode tornar juridicamente livre, enquanto se pode tornar juridicamente mais rico. Obtenho um objeto consistente em um bem patrimonial, os direitos patrimoniais se conquistam, se trocam, se vendem. As liberdades, ao invés, não se trocam nem se acumulam. Os primeiros são alterados e até mesmo extintos pelo seu exercício; os outros permanecem invariáveis, qualquer que seja o seu exercício”)

⁹ Evidente que o direito de propriedade vêm relativizado pela inserção do princípio da função social da propriedade no rol dos direitos fundamentais. Contudo, entende-se que mesmo existindo a limitação do direito de propriedade - formalmente estabelecido como direito fundamental - o princípio da função social da propriedade não permite a consideração desta distinção entre direito de propriedade e direito fundamental, porque embora a função social atue como limitador do direito de propriedade, relativizando-o a mesma não o contraria, senão o confirma. Neste sentido consultar GOMES, Orlando. *A função social da propriedade.* **Boletim da Faculdade de direito.** Coimbra. v. II, p. 423-427. Na doutrina não há um entendimento pacífico acerca das transformações ocorridas com a previsão constitucional do princípio da função social da propriedade. Mas vale resgatar o entendimento de TEPEDINO, Maria Celina B. M. *A caminho de um direito civil constitucional.* **Revista de direito civil.** São Paulo, v. 65, p. 22-32., jul./set., 1993 que afirma quanto a matéria: “*Em matéria de propriedade, essencial torna-se a normativa constitucional para reconstituição do instituto, no âmbito das relações privadas. A atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua propriedade. As profundas restrições que, pouco a pouco, foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretam a crise do conceito tradicional e perplexidade entre os operadores do direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se desnatura o próprio direito. [...] Em razão da supremacia da Constituição, que passou a se constituir como o centro de integração do sistema jurídico de direito privado, a lógica da propriedade privada deve obsequiar a regulamentação lá estabelecida, que determina um novo regime jurídico para a matéria. [...]. Reformulando, pois, a antiga concepção, pode-se afirmar que a função social passa a ser vista como elemento interno da estrutura do direito subjetivo, determinando sua destinação, e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que disciplina constitucional lhe concede, na medida em que, ‘o pressuposto para a tutela da situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que por sua vez, tem conteúdo predeterminado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários’.* Em sentido semelhante, mais analisando a questão da perspectiva possessória, consultar: HERNANDES GIL, Antonio. **La función social de la posesión: ensayo de teorización sociológico-jurídica.** Madrid: Castilhas, 1983.

A quarta e última diferença consiste no fato de que os direitos fundamentais são verticais, e os direitos patrimoniais, ao invés, são horizontais. Explica-se isto, segundo FERRAJOLI, em dois sentidos.

Primeiramente no sentido de que as relações jurídicas mantidas pelos titulares dos direitos patrimoniais são relações reciprocamente subjetivas (caráter cível), enquanto que as relações jurídicas mantidas pelos titulares dos direitos fundamentais são relações de tipo publicista, ou seja, do indivíduo nos confrontos com o Estado.

E, em segundo lugar, no sentido de que enquanto aos direitos patrimoniais correspondem, ou o dever de não ingerência no caso dos denominados direitos reais, ou as obrigações decorrentes de direitos pessoais ou de crédito (contratos); aos direitos fundamentais, onde estejam previstos em normas constitucionais, correspondem os deveres e obrigações do Estado, cuja violação é causa de invalidade da lei e de outros procedimentos nos quais a observância é condição de legitimidade dos poderes públicos.¹⁰

2.2.2. Direitos fundamentais e democracia substancial

A partir da distinção acima explicitada pode-se adentrar na segunda tese desenvolvida por FERRAJOLI, qual seja, àquela de que os direitos fundamentais correspondem aos interesses e às expectativas de todos e, por conseguinte, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica. Com esta tese procura-se explicitar em que sentido os direitos fundamentais exprimem a dimensão que se chama substancial da democracia em oposição àquela política ou formal.

Nesta tarefa, há que se fazer uma oposição à teoria do *status* de JELLINEK, pois esta, segundo informa SUZANA DE TOLEDO BARROS, “*procura evidenciar que os direitos fundamentais nada mais são do que o conjunto de todas as normas jurídicas fundamentais que atribuem ao cidadão diferentes posições jurídicas frente ao Estado*”¹¹; logo, incompatível com a definição dos direitos fundamentais que pretende FERRAJOLI, pois para este o

¹⁰ FERRAJOLI, L. *Diritti Fondamentali*, p. 13.

¹¹ **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 132. Segundo FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, p. 16. “*I diritti fondamentali sanciti nelle costituzioni – dai diritti di libertà ai diritti sociali – operano in tal modo come fonti d’invalidazione e di delegittimazione, oltre che di legittimazione. Per questo, la loro configurazione come “elementi organici dello Stato” ed “effetti riflessi” del potere statale nel passo di Gerber qui richiamato, e più in generale nella dottrina dei diritti pubblici elaborata dalla giuspubblicistica tedesca e italiana del secolo scorso, rappresenta un capovolgimento del loro significato ed esprime una profonda incompreensione del costituzionalismo e del modelo dello stato costituzionale di diritto.*”

conceito dos direitos fundamentais é formal, e portanto, não depende de que os mesmos estejam ou não previstos em determinada constituição.

Ademais, os direitos fundamentais estabelecem um sistema de vínculos e limites ordenados acima do poder soberano, podendo serem opostos até mesmo em face do Estado, ou seja contra os poderes públicos quer sejam somente democráticos ou de maioria.

Para FERRAJOLI as próprias características estruturais assinaladas aos direitos fundamentais – universais, inalienáveis, indisponíveis, estarem conferidos *ex lege* a nível constitucional - demonstram que os direitos fundamentais configuram-se como vínculos substanciais normativamente impostos.¹² Conforme anota FERRAJOLI “*la forma universale, inalienabile, indisponibile e costituzionale di questi diritti si rivela in altre parole come la tecnica – o garanzia – apprestata a tutela di ciò che nel patto costituzionale viene ritenuto “fondamentale”: ossia di quei bisogni sostanziali la cui soddisfazione è condizione della convivenza civile e insieme causa o ragione sociale di quell’artificio che è lo Stato*”.¹³

Em razão destes caracteres estruturais, os direitos fundamentais configuram-se, diversamente de outros direitos, como vínculos substanciais normativamente impostos – em garantia de interesses e necessidades por todos estipulados como vitais, ou mesmo fundamentais (a vida, a liberdade a sobrevivência) - desse modo às decisões por maioria e ao livre mercado. Adiante FERRAJOLI destaca:

Alla domanda “che cosa sono i diritti fondamentali?”, se su piano della loro forma si può rispondere a priori, elencando i caratteri strutturali che ho prima illustrato, sul piano dei contenuti – ossia di quali beni sono o devono essere protetti come fondamentali – si può rispondere solo a posteriori: allorché si vuol garantire un bisogno o un interesse come fondamentali, li si sottrae sia al mercato che alle decisioni di maggioranza. Nessun contratto, si è detto, può disporre della vita. Nessuna maggioranza politica può disporre delle libertà e degli altri diritti fondamentali: decidere che una persona sia condannata senza prove, o privata della libertà personale, o dei diritti civili o politici o ancora, lasciata morire senza cure o nell’indigenza.

Di qui la connotazione “sostanziale” impressa dai diritti fondamentali allo stato di diritto e alla democrazia costituzionale.¹⁴

¹² Ver quanto a esta vinculação o tópico 4 do capítulo anterior onde trata-se a questão relativa a incorporação limitativa.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. *in Teoria Política*. sommario n. 2, settembre 1998. p. 14. (“A forma universal, inalienável, indisponível e constitucional destes direitos se revelam em outras palavras como a técnica – ou garantia – preparadas a tutela disto que no pacto constitucional vem mantido como fundamental: ou seja daquelas necessidades substanciais em que a satisfação é condição da convivência civil e ao mesmo tempo causa ou razão social daquele artificio que é o estado”)

¹⁴ FERRAJOLI, L. Diritti fondamentali, *op. cit.*, p. 14-15. (“A pergunta ‘O que são os direitos fundamentais?’, se sobre o plano da sua forma pode-se responder *a priori*, elencando os caracteres estruturais que illustrei primeiramente, sobre o plano do conteúdo – ou seja, de quais os bens que são ou devem ser protegidos como fundamentais – somente se pode responder *a posteriori*: quando se quer garantir uma necessidade ou um interesse como fundamental, subtrai-se-lhe ao mercado bem como às decisões por maioria. Nenhum contrato,

Evidente esta adjetivação ‘substancial’ emprestada a democracia desperta muitas críticas devido ao uso indiscriminado que se fez e se faz desta expressão pelas mais variadas ideologias. Um dos autores que desenvolve uma crítica a esta concepção de FERRAJOLI, ou seja, a identificação do paradigma do estado de direito com a dimensão substancial da democracia é MICHELANGELO BOVERO.¹⁵

Este autor julga inadequada, porque pode gerar equívocos, não só improdutiva mas também nociva num plano científico a consideração demasiada que tem FERRAJOLI pela noção de democracia substancial. Entende que o termo democracia substancial suscitou e suscita muitas discussões, a exemplo, daquela travada entre os corifeus da democracia formal e os defensores da democracia substancial (ou “progressista”, ou “popular); estas discussões, segundo BOVERO, acabam por permanecerem sem conclusão porque vêm colocadas num mesmo plano - juntadas pelo uso de um mesmo termo - duas noções heterogêneas como aquela de uma forma de governo e aquela de um conteúdo substancial. Reconhece que FERRAJOLI, ao contrário de alguns autores, não opõe democracia formal e democracia substancial, querendo a exemplo de alguns doutrinadores afirmar que somente a segunda é a verdadeira democracia.

Outra observação deste autor consiste na crítica à forma como FERRAJOLI refere-se à democracia substancial em sua tese, como, por exemplo, referindo-se aos “bens e interesses materiais” e à “realização da igualdade substancial” – expressões que, para ele, recordam a antiga idéia de democracia “*pour le peuple*” ou até mesmo a contraposição da democracia substancial à democracia formal.

Por fim, se mencionam as restrições que tece quanto à identificação da democracia substancial com o modelo ideal de estado de direito. Quanto a este ponto adverte BOVERO que é precipitado afirmar, como o faz FERRAJOLI, que os dois tipos de garantias (sociais e liberais) e os correspondentes modelos de estado (social e liberal) não se excluem entre si, como às vezes se afirma com base em injustificadas contraposições entre liberdade individual e justiça social, por se tratar de uma questão bastante controvertida e discutida na filosofia política contemporânea.

Entende que o problema de fundo persiste quanto a se determinar quais são os direitos fundamentais, ainda que, por um lado FERRAJOLI reconheça a não naturalidade e

se disse, pode dispor da vida. Nenhuma maioria política pode dispor da liberdade e dos outros direitos fundamentais: decidir que uma pessoa seja condenada sem prova, ou privada da liberdade pessoal, ou dos direitos civis ou políticos ou ainda, abandonada a morte sem cura ou na indigência. Daqui a conotação ‘substancial’ impressa pelos direitos fundamentais ao estado de direito e a democracia constitucional”)

¹⁵ BOVERO, Michelangelo. La filosofia politica di Ferrajoli. in GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993. p. 399 e ss.

historicidade dos direitos fundamentais e de outro identifique na inalienabilidade e na indisponibilidade critérios gerais para individuá-los.

Contudo, não assiste razão a este autor. Primeiramente porque a identificação entre o modelo de estado e as espécies de garantias não parece aleatória, e nem está desprovida de justificação. Conforme se depreende da tese de FERRAJOLI a incorporação limitativa de direitos e obrigações oponíveis aos poderes públicos, formam a história do constitucionalismo moderno; assim os direitos fundamentais, ao contrário do que pensa BOVERO, não são estabelecidos independentemente das opiniões manifestamente expressas no processo formal democrático, estão, na verdade, estabelecidos nos contratos sociais escritos que são as cartas constitucionais, emanadas pelas maiorias qualificadas, em momentos particularmente solenes e constituintes da democracia. Mas o que distingue o Estado Constitucional é que uma vez estabelecidos os direitos e princípios estes valem independentemente da opinião manifestamente expressa no processo formal democrático, isto é, independente da vontade da maioria.

2.2.3. Direitos fundamentais e cidadania

A terceira tese diz respeito à natureza supranacional dos direitos fundamentais, ou seja, à internacionalização dos direitos fundamentais. Esta temática ficará mais bem explanada quando se tratar do conceito de soberania e suas relações com o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Por ora, cabe apenas apontar as ligações entre o conceito formal dos direitos fundamentais e o conceito de cidadania.

Entende FERRAJOLI que

[...] dopo la nascita dell'Onu, e grazie all'approvazione di carte e convenzioni internazionali sui diritti umani, questi diritti no sono più "fondamentali" solo all'interno degli Stati nelle cui costituzioni sono formulati, ma sono diritti sovra-statali cui gli stati sono vincolati e subordinati anche al livello del diritto internazinale; non più diritti di cittadinanza, ma diritti delle persone indipendentemente dalle loro diverse cittadinanze.¹⁶

¹⁶FERRAJOLI, L. Diritti fondamentali. *in* **Teoria Política**, p. 18. ("Após o nascimento da ONU, e graças a aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, estes direitos não são mais "fundamentais" só internamente aos Estados nos quais as constituições estão formulados, mas são direitos supranacionais ao quais os estados estão vinculados e subordinados também a nível do direito internacional ; não são mais direitos de cidadania, e sim direitos das pessoas independentemente de suas diversas cidadanias") Nesta linha já se encontra trabalhos que procuram sustentar a aplicabilidade dos tratados internacionais dos quais o BRASIL é signatário, e que têm como pano de fundo a tese do carácter supranacional dos direitos fundamentais. Entre estes trabalhos, destaca-se, o de CUNHA, José Sebastião Fagundes. *et. al.* **O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica: a vigência e a supremacia sobre o direito interno brasileiro (Dec. 678/92)**. Curitiba: Juruá, 1997, em que se defende a impossibilidade da prisão civil por dívida. Vale lembrar

FERRAJOLI quer destacar com estas considerações que de fato existe um nexo profundo entre democracia e igualdade e, inversamente entre desigualdade nos direitos e racismo, pois *“come la parità nei diritti genera il senso dell’uguaglianza basata sul rispetto dell’altro come uguale, così la disuguaglianza nei diritti genera l’immagine dell’altro come disuguale, ossia inferiore antropologicamente proprio perché inferiore giuridicamente”*.¹⁷

Analisada a categoria cidadania e as suas relações com os direitos fundamentais, onde se destaca a antinomia entre igualdade e cidadania, antinomia que melhor se compreenderá quando da análise do conceito de soberania, aborda-se no tópico seguinte as relações entre direitos fundamentais e garantias, que é de crucial importância para a teoria garantista do direito, e consiste na quarta tese a ser abordada.

2.2.4. Direitos fundamentais e garantia

Outra tese que está presente no garantismo quanto aos direitos fundamentais diz respeito às relações entre direitos e suas garantias, pois, não diversamente de outros direitos, os direitos fundamentais consistem em expectativas negativas ou positivas às quais correspondem obrigações e deveres. Na doutrina o tratamento da distinção entre direitos e garantias ainda não encontrou um ponto pacífico, havendo autores que utilizam estas categorias indistintamente, e outros que defendem a existência de direitos somente quando estes estejam acompanhados de suas garantias.

A confusão entre estes dois termos defende FERRAJOLI, desqualifica as duas maiores conquistas do constitucionalismo moderno que são a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais, que ficam reduzidos, na falta de adequadas garantias, a simples declarações retóricas, ou melhor, a vagos programas políticos juridicamente irrelevantes. Isto, por si só, justificaria a distinção entre os direitos e as suas garantias.¹⁸

também, embora o trabalho não tenha como preocupação principal desenvolver um estudo dogmático acerca dos direitos fundamentais, que a Constituição Federal no § 2 do artigo 5 dispõe acerca da aplicabilidade dos tratados e convenções no âmbito constitucional.

¹⁷ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali.*, *op. cit.*, p. 21. (“Como a paridade nos direitos gera o sentido da igualdade baseada sobre o respeito do outro como igual, assim a desigualdade nos direitos gera a imagem do outro como desigual, ou seja, inferior antropologicamente já que inferior juridicamente”)

¹⁸ Vale lembrar que os argumentos que combatem a tese da supranacionalidade dos direitos são de caráter realista, isto porque apegam-se ao fato de que os direitos humanos inscritos nos tratados internacionais, não são direitos porque desprovidos de garantias. E pela mesma razão, segundo alguns autores, os direitos sociais não seriam direitos por não possuírem adequadas garantias jurisdicionais.

As razões que levam FERRAJOLI a sustentar a distinção entre os direitos subjetivos que são as expectativas positivas (ou de prestação) ou negativas (de não lesão) atribuídos a um sujeito por uma norma jurídica, e os deveres correspondentes que deles constituem as *garantias* igualmente impostas por uma norma jurídica, sejam estas garantias primárias, quer dizer, às obrigações ou os deveres a eles correlativos, ou garantias secundárias, ou melhor, as obrigações de segundo grau de aplicar a sanção ou de declarar a nulidade das violações das primeiras, encontram sua justificativa numa razão muito mais de fundo, inerentemente ligada à natureza positiva e *nomodinâmica* do direito moderno.¹⁹

Sustenta FERRAJOLI que num sistema *nomoestático*, como é a moral ou como seria um sistema de direito natural fundado unicamente em princípios de razão, as relações entre figuras deônticas são relações puramente lógicas: dado um direito, ou seja, uma expectativa jurídica positiva ou negativa, existe em princípio para um outro sujeito uma obrigação ou uma proibição relativa a este direito; dada uma permissão positiva, o comportamento permitido não está vetado e não existe portanto a relativa proibição; dada uma obrigação, não é permitido quanto ao comportamento obrigatório a omissão e não existe portanto a relativa permissão negativa enquanto existe a relativa permissão positiva.

In questi sistemi l'esistenza o la non esistenza di tali figure deontiche è implicata e dedotta dall'esistenza di quelle assunte come 'date'. In essi, conseguentemente, non esistono né antinomie né lacune: ove due norme siano tra loro in contraddizione, una delle due dev'essere esclusa come inesistente, ancor prima che invalida. È questo il senso del principio giusnaturalistico *veritas non auctoritas facit legem*: in mancanza di criteri formali d'identificazione del diritto esistente, i soli criteri dispinibili sono criteri logici e razionali di tipo immediatamente sostanziale, cioè legati a ciò che dicono le norme.²⁰

Já num sistema *nomodinâmico* do direito positivo estas relações não ocorrem desta forma, uma vez que a existência ou a inexistência de uma situação jurídica, ou seja, de uma obrigação ou de uma proibição ou de uma permissão ou de uma expectativa jurídica, depende da existência de uma norma jurídica que a prevê, a qual por sua vez não é deduzida por aquela de outras normas, mas é induzida, como fato empírico, pelo ato da sua produção.

¹⁹ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali.*, p. 22.

²⁰ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali.*, p. 22 . (“Nestes sistemas a existência ou a não existência de tais figuras deônticas está implicada e deduzida da existência daquelas afirmações como ‘dadas’. Neles, por conseguinte, não existem nem antinomias e nem lacunas: onde duas normas estejam em contradição entre si, uma das duas deve ser excluída como inexistente, antes que inválida. É este o sentido do princípio jusnaturalista *veritas non auctoritas facit legem*: na falta de critérios formais de identificação do direito existente, os únicos critérios disponíveis são critérios lógicos e racionais de tipo imediatamente substancial, isto é legados a isto que dizem as normas”)

Assim, destaca FERRAJOLI que é possível, por conseguinte, que dado um direito subjetivo, não exista – ainda que devesse existir – a obrigação ou a proibição correspondente por causa da indevida inexistência da norma que a prevê. Assim como, é possível que, dada uma permissão, exista – ainda que não o devesse – a proibição do mesmo comportamento por causa da indevida existência da norma que a prevê.

Sono insomma possibili e in qualche misura inevitabili, in simili sistemi, sia lacune che antinomie. Ne deriva che in queste condizioni, espresse dal principio giuspositivistico *auctoritas non veritas facit legem*, le tesi della teoria del diritto, come la definizione di diritto soggettivo quale aspettativa giuridica cui corrisponde un obbligo o un divieto, sono – non diversamente dalle definizioni del divieto come non permesso della commissione e dell’obbligo come permesso dell’omissione, e perfino dal principio logico di non contraddizione – tesi di tipo deontico o normativo, no sull’essere ma sul dover essere del diritto di cui si parla.²¹

No entanto, lembra FERRAJOLI que estas teses são teóricas e podem ser desmentidas pela realidade efetiva do direito. Desta forma é possível que existam **antinomias**, ou seja, contradições entre normas, o que torna o princípio da não contradição, ou seja, a proibição de antinomias, em relação ao direito positivo, um princípio normativo.

Mas, ressalta ainda, que nesses sistemas é possível que existam **lacunas**; querem primárias, quando não exista a obrigação e a proibição correlativa a um direito subjetivo, e ainda mais, que não exista a obrigação de aplicar a sanção em caso de violação da primeira ou da segunda; quer **secundária**, pela ausência de órgãos obrigados a sancionar ou a invalidar as violações, ou seja, a aplicar as garantias secundárias. Em tais casos, contudo, não se pode negar a existência do direito subjetivo estipulado pela norma jurídica, ainda que a obrigação de preencher a lacuna recaia sobre o legislador. Desta maneira, o princípio da completude, ou seja, a proibição de existência de lacunas, torna-se, da mesma forma que o princípio da não contradição, um princípio normativo.

Estas considerações acerca do direito subjetivo, antecipam, em parte, a insuficiência deste para fundamentar um sistema de garantias, conforme demonstrar-se-á. No entanto, estas reflexões servem para esclarecer a distinção no início proposta, já que, quanto aos direitos

²¹ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali.*, p. 22-23. (“São, em conclusão, possíveis e, em certa medida, inevitáveis, em sistemas similares, tanto lacunas quanto antinomias. Disto deriva que nestas condições, expressas pelo princípio juspositivista *auctoritas non veritas facit legem*, as teses da teoria do direito, como a definição do direito subjetivo como expectativa jurídica a qual corresponde uma obrigação ou um dever, são – não diversamente das definições do dever como não permissão pela comissão e da obrigação como permissão da omissão, e por fim do princípio lógico de não contradição – teses de tipo deontico ou normativo, não sobre o ser mas sobre o dever ser do direito do qual se fala”)

fundamentais – até mesmo em relação aos direitos sociais e direitos de nível internacional – tudo se passa diferente, pois estes estão imediatamente dispostos pelas normas.

No caso dos direitos fundamentais a existência de garantias – tanto das primárias quanto das secundárias – “[...] non è affatto scontata, dipendendo dalla loro espressa stipulazione ad opera di norme di diritto positivo ben distinte da quelle che ascrivono i diritti. [...] Ma ovviamente sarebbe assurdo negare per ciò solo l’esistenza dei diritti, in presenza delle norme che li dispongono, anziché, più corretamente, l’esistenza delle loro garanzie in assenza delle norme che le predispongono”.²²

CADEMARTORI esclarece esta distinção, após destacar que as garantias são técnicas de limitação da atuação do estado e de implementação da ação do Estado, no que respeita, aos direitos de liberdade no primeiro caso e aos direitos sociais no segundo, conclui que “*no léxico político quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos*”. Ou seja, “[...] *fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos*”.²³ Assim afirma FERRAJOLI que:

È insomma la struttura nomodinamica del diritto moderno che impone, in forza del principio di legalità quale norma di riconoscimento delle norme positivamente esistenti, di distinguere tra i diritti e le loro garanzie: di riconoscere che i diritti esistono se e solo se normativamente stabiliti, così come le garanzie costituite dagli obblighi e dai divieti corrispondenti esistono se e solo se anch’esse normativamente stabilite. E questo vale per i diritti di libertà (negativi) come per i diritti sociali (positivi), per quelli stabiliti dal diritto statale come per quelli stabiliti dal diritto internazionale. Se non vogliamo cadere in una forma di paradossale giusnaturalismo realistico e non vogliamo far svolgere alle nostre teorie funzioni legislative, dobbiamo ammettere che i diritti e le norme che li esprimono esistono tanto quanto sono positivamente prodotti dal legislatore, sia esso ordinario, o costituzionale o internazionale.²⁴

²² FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*, p. 24. (“[...] não está completamente deduzida, dependendo da sua expressa estipulação através de normas de direito positivo bem distintas daquelas que escrevem os direitos. [...] Mas obviamente seria absurdo negar por isto a existência dos direitos, em presença das normas que o dispõem, ao invés de, mais corretamente, a existência das suas garantias na ausência das normas que lhe predisõem”)

²³ CADEMARTORI, Sérgio. *op. cit.*, p. 86. Mais adiante este autor coloca que “Assim, o garantismo pode referir-se a uma organização jurídica ou a uma atitude dos vários tipos de operadores jurídicos em sua atividade voltada a aplicar ou modificar o direito. Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista quando dedica a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos. Por fim, é de se ressaltar que o leque de garantias parte de dois princípios básicos: a) princípio da legalidade, que já foi referido acima; e b) o princípio de jurisdicionalidade, ou seja, a possibilidade concreta de deduzir em juízo a pretensão emanada dos direitos sociais, por exemplo”. p. 86-87.

²⁴ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali.*, p. 24-25. (“É, em conclusão, a estrutura *nomodinâmica* do direito moderno que impõe, por força do princípio de legalidade como norma de reconhecimento das normas positivamente existentes, distinguir entre os direitos e as suas garantias: de reconhecer que os direitos existem se e somente se normativamente estabelecidos, assim como as garantias constituídas pelas obrigações e pelas proibições correspondentes existem se e somente se também estiverem normativamente estabelecidos. E isto

E mais adiante, reafirma a importância desta distinção:

La conseguenza di questa distinzione tra diritti e garanzie è di enorme importanza, non solo a livello teorico ma anche a livello metateorico. Sul piano teorico essa comporta che il nesso tra aspettative e garanzie non è un nesso empirico ma un nesso normativo, che può essere contraddetto dall'esistenza delle prime e dall'inesistenza delle seconde; e che quindi l'assenza di garanzie dev'essere considerata come un'indebita lacuna che è obbligo dei pubblici poteri, interni e internazionali, riempire; così come le violazioni dei diritti ad opera dei pubblici poteri contro i loro cittadini devono essere concepite come indebite antinomie che è obbligatorio sanzionare come atti illeciti o annullare come atti invalidi. Sul piano metateorico essa comporta un ruolo non puramente descrittivo ma altresì critico e normativo della scienza giuridica nei confronti del suo oggetto: critico nei confronti delle lacune e delle antinomie che essa ha il compito di rilevare, e normativo nei riguardi della legislazione e della giurisdizione cui essa impone il loro completamento a la loro riparazione.²⁵

As inconveniências axiológicas dizem respeito à diversa estrutura dos direitos subjetivos e dos direitos fundamentais que já foram exploradas neste capítulo, mas querem marcar principalmente a questão dos valores que um e outro estão a proteger; os direitos fundamentais, visam (ao menos na linha em que se propõe) proteger a igualdade, enquanto que os direitos subjetivos, conforme aqui caracterizados, visam proteger a desigualdade.

Por último, destacam-se também, os inconvenientes estruturais que existem, primeiramente por que não se pode reduzir os direitos fundamentais aos direitos subjetivos, bem como existe a necessidade de se superar a identificação semântica entre as duas categorias e, também a necessidade de se superar a identificação entre os direitos subjetivos e os direitos fundamentais.

O autor aponta três diferenças básicas de caráter estrutural entre estas duas categorias de direitos: **1.** diferenças que derivam da distinta origem dos direitos subjetivos/situações jurídicas e dos direitos fundamentais; **2.** aquelas que dizem respeito a quem é o titular destes

vale para os direitos de liberdade (negativos) como para os direitos sociais (positivos), para aqueles estabelecidos pelo direito estatal como para aqueles estabelecidos pelo direito internacional. Se não queremos cair em um forma de paradoxal jusnaturalismo realista e não queremos fazer crescer as nossas teóricas funções legislativas, devemos admitir que os direitos e as normas que o exprimem existem tanto quanto estão positivamente produzidos pelo legislador, seja ele ordinário, ou constitucional ou internacional”)

²⁵ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali.*, p. 25. (“A consequência desta distinção entre direitos e garantias é de enorme importância, não só a nível teórico mas também a nível metateórico. Sobre o plano teórico ela implica que o nexo entre expectativas e garantias não é um nexo empírico mas um nexo normativo, que pode ser contraditado pela existência das primeiras e pela inexistência das segundas; e que, portanto, a ausência de garantias deve ser considerada como um indevida lacuna que é obrigação dos poderes públicos, internos e internacionais, preencher; assim como as violações dos direitos a serviço dos poderes públicos contra os seus cidadãos devem ser concebidos como antinomias indevidas que é obrigatório sancionar como atos ilícitos ou anular como atos inválidos. Sobre o plano *metateórico* ela implica um papel não puramente descritivo mas, outrossim, crítico e normativo da ciência jurídica nos confrontos do seu objeto: crítico nos confrontos das lacunas e das antinomias que ela tem o dever de ressaltar, e normativo nas considerações da legislação e da jurisdição, as quais ela impõe o seu complemento ou a sua reparação”)

direitos; e, por fim, **3.** as distinções que afetam as possibilidades de disposição destas duas categorias de direitos. Portanto, alguns deste inconveniente reforçam o que até o momento se apresentou quanto aos direitos fundamentais.

Não se pode olvidar que o garantismo jurídico destaca a existência de *micro-* e *macro-* poderes selvagens que denunciam a limitação da esfera do estado de direito e de suas garantias. Quer se destacar com esta tese que junto às situações jurídicas de poder e as relações a elas correspondentes, ocorrem também poderes e sujeições extrajurídicos que se desenvolvem em sede de instituições jurídicas abandonadas a dinâmicas sem qualquer controle.

Entre estes poderes extrajurídicos, anota FERRAJOLI, estão, *verbi gratia*, os poderes do padre, do marido, do patrono ou do superior hierárquico que se manifestam – muitas vezes atípica e ilegalmente – nas mais variadas relações, ou seja, na família, nas relações conjugais, na disciplina da fábrica, nos quartéis, etc. E, entre as sujeições extrajurídicas, que desenvolvem de fato e informalmente na vida civil e econômica: das relações de parceria às relações comerciais, das dependências e clientelas políticas às diversas sujeições e opressões econômicas, até as formas de poder e de relações abertamente criminais.²⁶

Nestas esferas os poderes privados não encontram qualquer limitação e estão à margem de qualquer possível garantia jurídica. Por isso, tanto os poderes jurídicos quanto os poderes extrajurídicos constituem a base das desigualdades jurídicas. A função garantista do direito, neste sentido, consiste na limitação dos poderes e na correspondente ampliação das liberdades.

Así como la función utilitária y garantista del derecho penal es la minimización de la violencia, tanto privada como pública, la función garantista del derecho en general consiste en la minimización del poder, de otro modo absoluto: de los poderes privados, tal y como se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico e de abuso interpersonal; de los poderes públicos, tal y como se expresan en las arbitrariedades políticas y en los abusos de poder policiales y administrativos.²⁷

²⁶ FERRAJOLI, L. **Derecho y razón...**, p. 933. Neste sentido pode-se falar da **eficácia horizontal** dos direitos fundamentais, para acentuar que a expansão destes atinge também as relações entre particulares. Alguns exemplos que podem ser mencionados são: o cabimento de *habeas data* contra entidades não-estatais, particulares, serviços de proteção ao crédito; a impetração *habeas corpus* contra constrangimento provocado por particular (por exemplo, diretor de hospital que impeça a saída de paciente), etc.

²⁷ FERRAJOLI, L. **Derecho y razón...**, p. 931. (“Assim como a função utilitária e garantista do direito penal é a minimização da violência, tanto privada como pública, a função garantista do direito em geral consiste na *minimização do poder*, de outro modo absoluto: dos poderes privados, tal e como se manifestam no uso da força física, na exploração e nas infinitas formas de opressão familiar, de domínio econômico e de abuso interpessoal; de los poderes públicos, tal y como se expresan nas arbitrariedades políticas e nos abusos dos poderes policiais e administrativos”)

E, mais adiante assinala FERRAJOLI, a imbricação da minimização destes poderes com a realização da democracia substancial.

El progreso de la que he llamado democracia sustancial se produce, pues, además de mediante la expansión de los derechos y de sus garantías, también a través de la ampliación del estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y de esferas de poder, de modo que también en ellos se tutelen y sean satisfechos los derechos fundamentales.²⁸

Assim sendo, não se pode confundir direitos fundamentais com direitos subjetivos, pois que categorias diversas, sob pena de se cair num realismo jurídico, inaceitável do ponto de vista da teoria garantista. Nem se pode ter como base do sistema de garantias os direitos subjetivos ante as inconveniências que surgem desta consideração.

Deve-se buscar a ampliação do estado de direito para se alcançar e controlar as esferas dos *micro-poderes selvagens*, buscando ampliar as liberdades e estender as garantias jurídicas aos espaços não alcançados, daí se conclui que a problemática dos direitos fundamentais está interligada com o desenvolvimento da democracia.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso proposto no conjunto deste trabalho que ora se finaliza quis destacar a necessidade de se funcionalizar os poderes públicos para a concretização das normas constitucionais, notadamente, àquelas definidoras de direitos fundamentais. Objetiva-se, com esta preocupação, discutir-se o papel do direito, num momento em que a lógica neoliberal coloniza o discurso jurídico, fazendo este depender das incertezas do mercado e, por conseguinte, no campo político, favorecendo um absolutismo das maiorias, pela carência de limites para o poder econômico e político.

De certa forma, a teoria garantista do direito recupera a idéia do contrato social, colocando no centro do pacto os valores da pessoa humana, revitalizando, assim, as funções da Constituição - no contexto de uma sociedade marcada pelas constantes mudanças e alterações – que deve ao mesmo tempo manter sua *força normativa* sem olvidar a pluralidade dos valores.

²⁸ FERRAJOLI, L. **Derecho y razón.**, p. 934. (“O progresso do que chamei de *democracia substancial* se produz, pois, mediante, além da expansão dos direitos e de suas garantias, também através da ampliação do estado de direito ao maior número de âmbitos de vida e de esferas de poder, de modo que também neles se tutelem e sejam satisfeitos os direitos fundamentais das pessoas”)

Por tudo, as Constituições atuais, no âmbito do Estado Constitucional de Direito, exigem respeito, tanto em relação às formas e procedimentos que estabelecem (legitimidade formal), quanto aos objetivos que prescrevem, consubstanciados pelos valores incorporados em seu texto.

Têm-se na Teoria do Garantismo Jurídico uma teoria geral que oferece instrumentos ao operador do direito para operacionalizar a realização da Constituição, e ver, desta maneira, um Estado de Direito desejado e almejado pelos defensores dos direitos humanos e de uma sociedade verdadeiramente democrática. Com toda certeza este trabalho não é o novo, pois repete em outras palavras o óbvio, ou seja, a necessidade de emancipar a pessoa humana, o que se poderá alcançar com a efetividade dos direitos fundamentais estejam ou não reconhecidos em textos constitucionais.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: CEC, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BOVERO, Michelangelo. La filosofia politica di Ferrajoli. *in* GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993. p. 399-406.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CONTU, Alberto. La sovranità illegittima. Teoria del garantismo, tutela dei diritti fondamentali e prospettiva del federalismo. *in* GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993. 407-420

CUNHA, José Sebastião Fagundes. *et.al.* **O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica: a vigência e a supremacia sobre o direito interno brasileiro. (Dec. 678/92)** Curitiba: Juruá, 1997.

ESTEVEZ ARAUJO, Jose A. La crisis del principio de legalidade: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. *in* **Anuário de filosofia del Derecho**. tomo VII. Madrid: Nueva epoca, 1990. p. 107-129.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello stato nazionale.**
Roma: Laterza, 1997.

_____. Diritti fondamentali. *in* **Teoria política.** II quadrimestre. settembre. 1998.
sommario n. 2.

_____. Giurisdizione e democrazia. *in* **Democrazia e diritto.** numero 1, gennaio-marzo
1997 anno XXXVII.

_____ Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione.* *in*
GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli.**
Torino: Giappichelli, 1993.

_____ .Diritto, giustizia e democrazia. *Comune on line* [On-line]. Available:
<http://www.comune.roma.it/COMUNE/ass.cambia.mill/Rferra.htm>.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e ragione tra essere e dover essere. *in*
GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli.**
Torino: Giappichelli, 1993.

GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Boletim da Faculdade de Direito.**
Coimbra. v. II, p. 423-427.

GUASTINI, Ricardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. *in*
GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli.**
Torino: Giappichelli, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de
derecho en términos de teoría del discurso.** Madrid: Trotta, 1998.

HERNANDES GIL, Antonio. **La función social de la posesión: ensayo de teorización
sociológico-jurídica.** Madrid: Castilhas, 1983.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado Constitucional de derecho.**
Madrid: Trotta, 1997.

RESTA, Eligio. Le ragioni dei diritti. *in* GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del
garantismo: discutendo con luigi ferrajoli.** Torino: Giappichelli, 1993. p. 432-443.

RIPOLI, Mariangela. Diritto e morale. Il neo illuminismo penale di Luigi Ferrajoli. *in*
GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli.**
Torino: Giappichelli, 1993. p. 158-170.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia.** tradução Marina
Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

ZOLO, Danilo. Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo. *in*
GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli.**
Torino: Giappichelli, 1993. p. 444-455.