

GARANTISMO: CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA. UMA ANÁLISE DAS LIMITAÇÕES CONCEITUAIS DESSE PARADIGMA

Matheus Thiago Carvalho Mendonça¹

RESUMO

O Garantismo nasce da filosofia do direito penal como reflexão a respeito das normas e dos sistemas penais, entretanto, tem se desenvolvido tanto que aspira converter-se no paradigma da democracia constitucional. É um modelo teórico que tenciona introduzir algumas alterações estruturais no campo da teoria jurídica e filosofia política. Nesse contexto, o presente artigo avalia os alcances da teoria política do Garantismo, especialmente acerca da fundamentação da noção substancial da democracia e o papel que reserva aos direitos fundamentais a esse respeito. Para tal, a partir de revisão bibliográfica, se oferece uma reconstrução do debate sobre a elucidação do conceito de democracia suscitado entre Ferrajoli e Michelangelo Bovero, enquanto que a noção de democracia proposta pelo Garantismo se dirige a rotular como insuficientemente democráticas as concepções meramente procedimentais. Conclui-se que os desacordos entre as posturas sustentadas pelos autores mencionados são meramente aparentes, caso se aceite que a revisão do conceito de democracia de Ferrajoli, distante de considerá-la apenas como uma forma de governo que estabelece um determinado procedimento para a tomada de decisões coletivas, sugere apresentá-la como um ideal de valor a ser alcançado.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia do Direito. Garantismo. Direitos Fundamentais. Democracia. Ferrajoli.

ABSTRACT

The theory of guarantees arises from the philosophy of criminal law as a reflection on norms and penal systems, however, it has developed so much that it aspires to become the paradigm of constitutional democracy.

¹ Graduando na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Integrante dos grupos de pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPa), e “Direito dos Refugiados e o Brasil”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro e Pesquisador-Assistente da Human Development & Capability Association.

It is a theoretical model that intends to introduce some structural changes in the field of legal theory and political philosophy. In this context, the present article evaluates the scope of the political theory of guarantees, especially about the foundation of the substantial notion of democracy and the role it reserves for fundamental rights in this regard. For this, from a bibliographical review, a reconstruction of the debate on the elucidation of the concept of democracy raised between Ferrajoli and Michelangelo Bovero is offered, while the notion of democracy proposed by the theory of guarantees is aimed at labeling as insufficiently democratic the merely procedural conceptions. It is concluded that the disagreements between the positions held by the authors mentioned are merely apparent if it were accepted that the revision of Ferrajoli's concept of democracy, far from considering it only as a form of government that establishes a certain procedure for making decisions, suggests to present it as an ideal of value to be achieved.

KEYWORDS: Philosophy of Law. Theory of Guarantees. Fundamental Rights. Democracy. Ferrajoli.

1. INTRODUÇÃO

O Garantismo nasce no âmbito da filosofia do direito penal como reflexão a respeito das normas e dos sistemas penais. Tal proposta, no entanto, tem tido um desenvolvimento que transvaza os limites desse ramo do Direito e aspira converter-se no paradigma da democracia constitucional. É um modelo teórico que, considerando as transformações do constitucionalismo, tenciona introduzir algumas alterações estruturais tanto no âmbito da teoria jurídica como também no da filosofia e da teoria política. Dessa forma, tal como indica Ferrajoli (1997; 2002), é possível encontrar ao menos três acepções do que esse modelo designa, as quais se encontram cada uma em um nível distinto de análise, o que também resulta necessário delimitar.

Por um lado, como (*i*) teoria política, o Garantismo designa um modelo normativo de direito, *i. e.*, implica a promoção de uma determinada arquitetura institucional, como é o Estado Constitucional de Direito. Nesse sentido, esse paradigma sustentaria uma tese normativa acerca da forma que deve adotar o poder político de uma sociedade, tomando, ademais, como pressuposto indispensável, os sistemas jurídicos e políticos que emergem do processo do constitucionalismo contemporâneo. Como consequência, amparar essa tese conduziria o Garantismo a propor, também, uma noção de democracia que pretende reformular as definições clássicas sustentadas pelos teóricos políticos (FERRAJOLI, 1997; 2002).

Por outro lado – e em total consonância com a tese anterior – esse paradigma implica uma (ii) nova filosofia política que encontra a justificação do Estado em seu papel como protetor e garantidor da efetividade dos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições contemporâneas. Nesse seguimento, o Garantismo sustentaria uma tese também normativa acerca de quais funções as instituições políticas devem assumir, considerando-as legítimas apenas enquanto compõem o meio para garantir um fim: a realização efetiva dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1997; 2002).

Por fim, como (iii) teoria jurídica, o Garantismo pretende reformular a teoria da validade das normas sustentadas pela concepção positivista. Por esse ângulo, Ferrajoli considera que o paleo-positivismo – ou positivismo clássico – foi o modelo que se originou com o nascimento do Estado moderno e que, portanto, representa a filosofia jurídica que corresponde à estrutura institucional do Estado de Direito Liberal, tal como foi concebido, enquanto que o modelo garantista não é mais que a filosofia jurídica própria do Estado Constitucional de Direito. Por isso, sua proposta não deve interpretar-se como um descrédito das teses centrais que o positivismo clássico tem sustentado, mas sim completar ou complementar este “velho” paradigma (FERRAJOLI, 1997; 2002).

Para além das diferentes acepções com as quais é possível identificar o paradigma garantista, haveria certos pressupostos em comum entre elas, a partir dos quais cada sentido da expressão Garantismo projeta uma proposta nova,

Primeiramente, um dos postulados básicos é a irredutível ilegitimidade do poder político, a qual só seria possível neutralizar caso se aceite que o direito é um sistema de garantias, de limites e vínculos ao poder para a tutela de determinados bens e interesses. As instituições estatais e jurídicas seriam legítimas e estariam eticamente justificadas somente se estivessem dirigidas a proteger um determinado conjunto de direitos fundamentais. Desse modo, o segundo pressuposto é aceitar a função de garantia e proteção que cumprem os sistemas jurídicos com respeito ao conjunto de direitos fundamentais consagrados nas constituições. E, em terceiro lugar, o outro princípio que atravessa toda a doutrina garantista, o princípio de estrita legalidade. Precisamente, por esse postulado, é necessário efetivar a função de garantia do direito e, por conseguinte, alcançar a legitimação do poder político. Esse princípio condiciona a criação de novas leis, limitando seu conteúdo e subordinando-o aos direitos fundamentais, trabalhando pela constitucionalidade das novas normas, isso é, resguardando a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído.

Nesse contexto, o presente artigo avalia os alcances da teoria política do Garantismo, especialmente acerca da fundamentação da noção substancial da democracia e o papel que reserva aos direitos fundamentais a esse respeito. Dessa forma, se oferece uma reconstrução do debate sobre a elucidação do conceito de democracia suscitado entre Ferrajoli e Michelangelo Bovero, enquanto que a noção de democracia proposta pelo Garantismo se dirige a rotular como insuficientemente democráticas as concepções meramente procedimentais ou formais.

Com isso, o objetivo almejado é demonstrar que os desacordos entre as posturas sustentadas pelos autores mencionados são meramente aparentes, caso se aceite que a revisão do conceito de democracia que Ferrajoli propõe, distante de considerá-la apenas como uma forma de governo que estabelece um determinado procedimento para a tomada de decisões coletivas, sugere apresentá-la como um ideal de valor a ser alcançado.

2. GARANTISMO COMO TEORIA POLÍTICA: A REDEFINIÇÃO DA DEMOCRACIA

2.1. Estado constitucional, democracia e direitos fundamentais

O Garantismo, enquanto teoria política, promove o desenho institucional do estado constitucional de direito, entendendo por tal o sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos em garantia dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1997; 2002). Para essa tese, o exercício do poder político deve sujeitar-se, por um lado, às leis que disponham requisitos de forma para o exercício desse poder – conhecido como princípio da mera legalidade formal – e, por outro lado, às leis que limitam o conteúdo das decisões eventualmente tomadas por esse poder político – chamado o princípio da estrita legalidade.

Por sua parte, essa teoria política também defende uma noção de democracia em particular, a democracia substancial, que se identifica conceitualmente com a expressão do estado constitucional de direito adotada. A proposta dessa dimensão substancial da democracia está dirigida a rotular como insuficientemente democráticas as concepções meramente procedimentais ou formais.

Ora, examinar o empreendimento iniciado por Ferrajoli implica também analisar a noção de direitos fundamentais da qual o autor se vale para justificar a dimensão substancial da democracia. Assim, Ferrajoli, elabora uma definição – ao seu dizer, teórica ou meramente estrutural –, que considera o seguinte:

[São direitos fundamentais] todos aqueles direitos subjetivos que universalmente correspondem a todos os seres humanos na medida em que são dotados de estatuto da pessoa, dos cidadãos ou das pessoas com capacidade para agir; entendendo por *direito subjetivo* qualquer expectativa positiva ou negativa atribuída a um sujeito por uma norma legal; e por *status* a condição de um sujeito, desde que, também por uma norma legal positiva, seja apto a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que as exercem (FERRAJOLI, 1999, p. 37, tradução livre, grifos originais)²

Essa definição – considerada por Ferrajoli como teórica, puramente formal e geral, como também ideologicamente neutra – não tem sido pacificamente aceita por alguns de seus pares na matéria, senão que tem sido discutida, bem como questionada sua pretensão de neutralidade valorativa com a que Ferrajoli caracteriza sua definição³. No entanto, considerando que o objetivo principal do presente texto não está direcionado a discutir essas questões, se aceitará – estritamente nos termos apresentados ao início – a definição de direitos fundamentais proposta e, em particular, centrar-se-á a análise em uma das teses que delas desprendem.

2.2. A tese da dimensão substancial da democracia

Ferrajoli se vale dessa noção de direitos fundamentais para enunciar quatro teses conhecidas como: (a) a tese da diferenciação entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais; (b) a tese da dimensão substancial da democracia; (c) a tese da natureza supranacional dos direitos fundamentais; e (d) a tese da distinção entre os direitos e suas garantias. Como foi dito, o presente trabalho se propõe a analisar a segunda tese.

Seguindo a Ferrajoli, o princípio da estrita legalidade – que também funciona como critério de validade das normas – incorporaria na democracia uma dimensão substancial que complementa a dimensão formal ou procedimental. As duas classes de normas que regem a produção jurídica, as formais (ou de procedimento) e as substanciais (ou de conteúdo), fazem referência na teoria democrática, respectivamente, aos

² Texto original: “[...] todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista, asimismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (FERRAJOLI, 1999, p. 37).

³ A esse respeito, Ermanno Vitale (2001) afirma que o caráter ideologicamente neutro dessa definição é apenas parcialmente verdadeiro, na medida que – para poder ser aceita – é necessário comprometer-se com um ideal de indivíduo ou pessoa determinado. Em um sentido semelhante, Danilo Zolo (2001) argumenta que o pressuposto subjacente à definição de direitos fundamentais responde a uma concepção igualitária e garantista dos direitos. Essas e outras observações foram esgrimadas em diferentes ensaios, os quais Ferrajoli também (em alguns casos, exitosamente) tentou replicar.

procedimentos de tomada de decisão (a *quem* e ao *como*) e aos conteúdos que devem ou não ser decididos (ao *que*). É, então, essa última questão que Ferrajoli denomina o âmbito ou a esfera do *decidível* e do *indecidível*, que se encontra delimitada pelos princípios da justiça e direitos fundamentais recepcionados nas constituições.

Daí a importância do papel que desempenham esses direitos no propósito assumido pelo garantismo de revisar a noção de democracia. Os direitos fundamentais expressariam, conotariam e dariam conta da dimensão substancial da democracia já que estabeleceriam limites substanciais ao poder de decisão das maiorias democráticas. Nesse sentido, afirma que o constitucionalismo resulta ser o necessário complemento substancial das democracias (FERRAJOLI, 1999).

Como foi assinalado, o objetivo dessa tese é pôr em destaque a insuficiência das concepções formais ou procedimentais da democracia, as quais identificariam a democracia como um método de formação das decisões coletivas⁴. Ainda que considera que essa dimensão formal, *i.e.*, o procedimento que observa certas regras (relativas ao *quem* e ao *como*) para a tomada de decisões, resulta uma condição necessária da definição de democracia, ela por si só seria ainda insuficiente⁵.

Dois razões são indicadas como justificativa dessa tessitura. Por uma parte, desde uma concepção formal não seria possível dar conta dos desenhos políticos institucionais das atuais democracias constitucionais e, nessa perspectiva, a dimensão formal de democracia careceria de alcance empírico e capacidade explicativa. Como assinala Ferrajoli, não seria correto que apenas o respeito das formas e procedimentos democráticos resultassem suficientes para considerar uma decisão como legítima. E, por outra parte, na ausência de limites substanciais ou de conteúdo das decisões, uma democracia não poderia sobreviver como tal, uma vez que, ainda que respeitando os procedimentos para a tomada de decisões, poderiam se dispor medidas antidemocráticas (FERRAJOLI, 2003; 2011).

Desse modo, Ferrajoli conclui que o traço formal ou procedimental da democracia não é suficiente e que, na verdade, é imperioso contar com certos limites materiais que garantam a legitimidade do próprio método democrático. Portanto, é claro que essa consideração não implica o abandono ou a recusa da dimensão formal ou política da democracia, mas sim sua complementação com a dimensão substancial. Precisamente,

⁴ Particularmente, Ferrajoli, sem ânimo de exaustividade, identifica com esse adjetivo às concepções de democracia semelhantes às sustentadas por Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Joseph Schumpeter e Robert Dahl.

⁵ Tal ponto foi constantemente denunciado por Ferrajoli, desde seus trabalhos iniciais até seus ensaios mais recentes. A respeito disso, ver Ferrajoli (1997; 1999; 2001; 2002b; 2003; 2004; 2011).

o propósito que se propõe a teoria política garantista, nesse âmbito, é reforçar a definição de democracia política, integrando o caráter formal com um substancial. Assim, Ferrajoli escreve:

Chamarei democracia substancial ou social o “Estado de direito” dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e democracia formal ou política o “Estado político representativo”, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade (FERRAJOLI, 1997, p. 264; 2002, p. 694).

2.3. Democracia, um ideal valorativo

O papel que Ferrajoli atribui aos direitos fundamentais nessa tese resulta claramente essencial para compreender a dimensão substancial da democracia. Ora, se é certo que a definição que o Garantismo propõe sobre estes direitos é geral ou formal no sentido de que não considera estritamente o conteúdo desses direitos, então ela não poderia agregar nada acerca de quais direitos deveriam ser tutelados como fundamentais. Ademais, nesse contexto, elucidar essa questão merece sua importância uma vez que, a depender do critério adotado para tomar um direito como fundamental, obter-se-ão os desejados limites substanciais ou de conteúdo para tomar decisões democráticas.

A respeito disso, Ferrajoli propõe quatro critérios axiológicos ou normativos que permitem avaliar quando um direito é considerado como fundamental, *i.e.*, quatro opções ético-políticas acerca de quais fins deveriam perseguir o estabelecimento de certos direitos tidos como fundamentais. Dito em outro tom, o desenho desses quatro critérios responde a uma racionalidade instrumental que conecta os direitos como meios em busca de determinados fins.

O primeiro desses critérios é o nexos entre direitos fundamentais e igualdade. Segundo este parâmetro, está justificado que um direito seja tutelado como fundamental porque assegura ou protege a igualdade das pessoas na qualidade de titulares de direitos. O segundo critério – e o mais relevante para a presente análise – é o que postula o nexos entre direitos fundamentais e democracia. Por sua vez, o terceiro institui o nexos entre direitos fundamentais e paz, segundo o qual se devem garantir como fundamentais todos os direitos vitais cuja preservação é necessária para a convivência pacífica (*e.g.*, o direito a vida). O quarto e último critério é o papel dos direitos como lei do mais fraco.

Para além das discussões ou controvérsias que podem despertar o enunciado desses critérios, nessa oportunidade é interessante deter-se apenas no segundo critério dentre os mencionados anteriormente, vez que esse critério normativo se encontra intimamente ligado à tese sobre

a dimensão substancial da democracia e o rol de direitos analisados no presente texto. Nesse seguimento, a opção que postula o nexó entre a democracia e direitos prescreve que esses últimos têm justificativa como tais posto que são os meios idôneos para a realização da democracia constitucional. Isso é, para a teoria garantista, a democracia – em especial, uma forma de democracia como a constitucional – compõe não apenas uma forma de governo ou um regime político, mas um valor ou critério axiológico de per se que espera-se alcançar, mediante a constitucionalização de um conjunto de direitos como fundamentais.

Não obstante, ainda reconhecendo que a democracia seja o valor ou critério ético-político que assinala o fim que deve ser protegido por esses direitos, a questão sobre quais devem ser esses direitos restam sem resposta. Isso deve-se ao fato de que o propósito de Ferrajoli reside, sob uma perspectiva, em oferecer uma caracterização teórica desses direitos (daí sua definição geral, estrutural e não-valorativa) que defina o que são; e, por outra perspectiva, assinale quais critérios se devem ter presentes para os justificar como fundamentais. Desse ponto que a pergunta concernente ao conteúdo desses direitos apenas pode ser respondida *a posteriori*, isso é, quando se decide proteger ou garantir um certo interesse em particular (FERRAJOLI, 1999).

2.4. Teses conceituais, teses normativas

Conforme mencionado anteriormente, esta questão de oferecer definições teóricas ou meramente especulativas das quais se derivam certas teses essenciais para a democracia constitucional – entre elas a tese sobre o nexó entre direitos fundamentais e democracia substancial – tem sido um traço criticado por outros pensadores. Arriscar analisar exaustivamente esse tema implicaria um tanto de linhas que não foram propostas para desenvolver-se aqui. No entanto, um modo de resolver a questão – e não ficar em dívida com o paradigma avaliado – é buscar compreender mui brevemente qual o nível de análise que atravessa toda a concepção garantista.

Nesse sentido, Ferrajoli manifesta a diversidade de focos – e correlativamente, distintos planos de discurso – com os que se pode abordar a questão dos direitos fundamentais. Assim, menciona um ponto de vista teórico, outro histórico ou sociológico, um político ou axiológico e, finalmente, um plano jurídico-dogmático. Em outras palavras, uma questão é tentar caracterizar a estrutura lógica-formal de um conceito – dizendo o que são em si mesmos e propondo uma definição teórica a respeito – e outra essencialmente diferente é assinalar quais direitos têm sido, de fato, considerados como fundamentais ao largo da história, ou

também quais direitos deveriam ser fundamentais desde uma determinada teoria da justiça, ou ainda descrever quais direitos são fundamentais em um dado ordenamento jurídico. Enquanto que desde perspectivas históricas se elaboram teses meramente descritivas referentes a uma situação fática determinada, desde a perspectiva política-axiológica derivam teses normativas. Assim, o nível de discurso no que se considera situado Ferrajoli é o da teoria do direito, o que também considera um passo prévio e necessário para a abordagem de qualquer estudo sobre esse tema (FERRAJOLI, 2001).

No entanto, o aspecto que não se alcança compreender cabalmente neste paradigma é como, desde um plano teórico constituído pela definição formal de direitos fundamentais, se fundam as quatro teses sobre a democracia constitucional. Como é possível justificar a dimensão substancial da democracia pela que Ferrajoli advoga, partindo dos conceitos de direitos fundamentais?

Uma resposta satisfatória pode ser encontrada nos próprios ditos de Ferrajoli quando, ao caracterizar seu modelo e distinguir os níveis de análise referenciados, insiste em afirmar que a teoria que propõe – como, aliás, toda teoria do direito deve ser – é normativa, em dois sentidos: porque seus postulados e definições são convencionais e estão em relação com as democracias constitucionais; e porque se dirigem a prescrever esses postulados e definições nos sistemas do direito positivo onde elas mesmas surgem (FERRAJOLI, 2001). Daí que, nesse modelo garantista, resulta praticamente impossível traçar uma separação clara entre os planos conceitual e normativo. Pelo contrário, Ferrajoli constrói um universo teórico com características próprias – diferente da dogmática jurídica -, de natureza normativa e crítica, mas também com propostas e definições que buscam dar conta de como é e como deve ser o mundo ao qual elas se referem. É nessa direção que tanto as definições de direitos fundamentais como as quatro teses sobre a democracia pertencem ao nível da teoria do direito e, então, reproduzem um discurso normativo. Embora em algumas passagens Ferrajoli se mostra convencido do propósito meramente explicativo de sua tese, em outros sua particular concepção da teoria do direito – que oferece definições formais e estruturais, mas cuja função é também prescritiva – contribui para gerar algumas confusões. Ao fim, essa seria a única chave de análise factível para o Garantismo.

3. DEMOCRACIA “FORMAL” VS. DEMOCRACIA “SUBSTANCIAL”: VERDADEIROS DESACORDOS?

Até agora buscou-se apresentar as ideias gerais, mas também importantes da teoria política oferecida pelo Garantismo. É tempo de

retomar alguns aspectos dessa descrição para confrontá-los com aquelas outras teses com as quais esse paradigma discute.

Uma polêmica interessante é a suscitada entre Michelangelo Bovero e o próprio Ferrajoli, que versa sobre os alcances da própria definição do termo ‘democracia’; debate que, outrossim, sintetiza claramente duas perspectivas bem distintas de analisar um tipo de regime político – as democracias – e que manifesta a perfeita compatibilidade de ambos pontos de vista.

Nesse contexto, Bovero – seguindo fortemente as regras mínimas para o jogo democrático, de Norberto Bobbio⁶ –, concorda em definir o conceito “democracia” como um método para tomar decisões coletivas. Isso é, opta por diferenciar uma forma de governo democrática de outros tantos regimes políticos a partir de uma definição, básica ou mínima, que faça referência a um certo conjunto de regras de competência e de procedimento para a adoção de decisões (regras sobre *quem* decide e *como*) (BOVERO, 2001). Seria, no dizer de Ferrajoli, uma definição formal ou procedimental – e, nesse sentido, insuficiente – de democracia.

Bovero, distante de rechaçar o qualificativo de “formal” que lhe é atribuído por Ferrajoli, aceita que, a bem da verdade, esse é o único adjetivo com o qual seria possível descrever a esta forma de governo, pois a democracia é formal por definição, em virtude de consistir em uma série de regras para decidir. Assim, uma decisão ou medida é avaliada como democrática ou antidemocrática de acordo com o procedimento seguido para sua adoção, ao passo que seu conteúdo não é um ponto definitivo. Bovero, convencido que será acusado de reducionista, como também de apresentar uma concepção “menos simpática” em comparação à oferecida por Ferrajoli, insiste em sustentar que a essência da democracia, como forma de governo que é, reside em garantir dois pressupostos normativos, liberdades e igualdades políticas, e que por isso são as regras de *quem* e *como* as únicas definitivas desse regime.

⁶ Para Bobbio (1989; 2006), assumir uma definição mínima de democracia implicaria a aceitação de determinadas regras do jogo que constituiriam essa forma de governar. São três esses tipos de pauta. Por um lado, as normas referidas a quem pode tomar as decisões: (a) que os que tomam as decisões sejam todos maiores de idade, sem distinção de raça, religião, gênero e/ou ganhos; (b) que as decisões, emitidas através do sufrágio, de todos aqueles cidadãos têm igual valor; (c) que os que resultem eleitos através dos votos emitidos pelo povo, serão os que integrem os órgãos de governo em suas funções legislativas e administrativas, inclusive o cargo de chefe de Estado. Por outro lado, as normas que aludem a como se tomam as decisões: (a) que as decisões que se executam são aquelas tomadas pela maioria numérica, sem prejuízo da garantia de direitos de grupos minoritários. Finalmente, as normas que impõem certas condições que tornam possível o jogo democrático, isso é, aquelas que garantem certos direitos individuais políticos, tais como a liberdade de expressão, a liberdade de associação e de reunião, direito ao acesso a informação pública e em geral a todos os direitos políticos.

Entretanto, é certo, reconhece Bovero, que tentar pensar no funcionamento de uma democracia sem os controles que lhe imprime organização constitucional resulta, ao menos, um tanto problemática, quando não impossível. Tal fato é assim, argumenta o autor citando Bobbio, porquanto existiriam um conjunto de condições ou requisitos do jogo democrático que garantem certos direitos individuais políticos – tais como a liberdade de expressão, a liberdade de associação e de reunião, direito ao acesso à informação pública –, que favoreceriam que os cidadãos possam decidir livremente. A possibilidade de participar no governo e na tomada de decisões através do exercício do voto não adquiriria autêntica relevância se não se realiza livremente, isso é, como escreve Bobbio:

Se o indivíduo vai às urnas para votar gozando das liberdades de opinião, imprensa, de reunião, de associação e de todas as liberdades que constituem a essência do estado liberal e que, enquanto tais, funcionam como pressupostos necessários para que a participação seja real e não fictícia (BOBBIO, 1989, p. 47, tradução livre⁷).

Logo, por outro lado, também existiriam um conjunto de pré-condições, conformadas pelo resto dos direitos fundamentais, que garantem a efetividade desses direitos políticos. Mas, então, já encontrar-se-ia fora dos direitos ou limites internos que são definitivos da própria noção de democracia. Essas últimas pré-condições ou limites externos possibilitam o exercício dos direitos políticos e, por conseguinte, também a realização do regime democrático. Em outras palavras, os limites substanciais ou materiais que efetivamente estão dados pelos direitos fundamentais, ainda que integrem a própria definição de democracia, são condições prévias para a configuração e subsistência de um regime democrático legítimo (BOVERO, 2002).

Consequentemente, Bovero aceita que seria correto afirmar – como o faz Ferrajoli – que, nas democracias constitucionais, os direitos fundamentais consagrados nas constituições são limites substanciais à democracia. Mas, então, é necessário reconhecer que esses limites não provem dos requisitos internos da democracia, mas das condições externas impostas “desde afora” pelas constituições.

Em síntese, Bovero recusa a redefinição de democracia que Ferrajoli propõe, vez que aquilo com que se identifica a dimensão substancial da democracia não seriam mais que os limites materiais que impõem o próprio desenho dos estados de direito constitucionais e, nessa lógica, essa

⁷ Texto original: “si el individuo va a las urnas para sufragar gozando de las libertades de opinión, prensa, de reunión, de asociación, y de todas las libertades que constituyen la esencia del estado liberal, y que en cuanto tales fungen como presupuestos necesarios para que la participación sea real y no ficticia” (BOBBIO, 1989, p. 47).

dimensão não pertence ao regime democrático, mas sim ao constitucional nas democracias.

4. QUAIS OS LIMITES DO PROCEDIMENTO DEMOCRÁTICO?

De acordo com o visto até aqui, o desacordo suscitado entre Ferrajoli e Bovero pode ser sintetizado em duas questões: (i) por um lado, na definição mesma de democracia; (ii) por outro lado, em que tipo de limites impõem a constitucionalização de certos direitos fundamentais na configuração das democracias constitucionais, isso é, se eles resultam ser condições internas e, portanto, definitivas das próprias democracias – o que justificaria a chamada “dimensão substancial” a qual se refere Ferrajoli – ou, pelo contrário, são condições externas e não definitivas, que apenas contam para a legitimidade ou constitucionalidade das decisões democráticas.

Argumentar-se-á que a primeira dessas questões é apenas um desacordo meramente aparente ou não genuíno, enquanto que a segunda, apesar de significar um verdadeiro desacordo, existem certos pressupostos ou premissas implícitas no raciocínio do Garantismo que contribuem a dissolver esse debate e, ao mesmo tempo, a entender porque Ferrajoli postula essa dimensão substancial.

Com respeito a primeira questão, o suposto desacordo se dissolve ao compreender-se que há uma clara diferença entre os objetivos propostos pelos autores. Enquanto Ferrajoli tem em mira a redefinição do termo *democracia* a partir de um tipo especial dentro desse gênero (as democracias constitucionais), a noção de democracia que analisa Bovero é geral, *i.e.*, não toma um modelo em particular. Entretanto, ademais, a noção que propõe Bovero é ideologicamente neutra; apenas descreve quais são os traços definitivos do regime democrático como tal, mas sem prescrever – como o faz Ferrajoli – quais critérios ou pautas valorativas se deveriam ter em conta nessas formas de governo. Dito em outro tom, Bovero sustenta uma tese normativa sobre as democracias constitucionais. Assim, não se referem ao mesmo, nem o fazem desde um mesmo plano.

Já com respeito a segunda questão, naturalmente se propõe um desacordo genuíno quando Bovero e Ferrajoli se avocam ao tema das democracias constitucionais e se estendem acerca de que tipo de limites impõem os direitos fundamentais.

Para Ferrajoli, resulta impossível pensar em um regime democrático que não fosse organizado constitucionalmente. A ultra defesa do constitucionalismo e a reivindicação das cartas constitucionais como conjunto de normas substanciais e vinculantes que esse modelo propugna aconselham ver uma alteração na noção de democracia. No entanto, essa

proposta parece ou bem desconhecer as eventuais tensões em que podem estar democracia e constituição – ou seja, preveniria problemas tais como a clássica objeção contra-majoritária⁸ ou o próprio paradoxo das democracias – ou bem minimizaria o conflito e tentaria resolvê-lo criando para esse efeito a figura da democracia substancial. Fato é que nenhuma das duas alternativas se mostra satisfatória. Nesse sentido, Anna Pintore é assistida pela razão quando afirma que:

Definir como *democracia substancial* ao estado de direito equivale, de fato, a outorgar uma solução semântica a um problema normativo. Equivale resolver [...] o problema crucial das democracias constitucionais: o problema de como conciliar o estado de direito (conteúdos) com a democracia (formal), de como resolver, em um equilíbrio aceitável, a tensão entre os direitos fundamentais e o princípio de autogoverno (PINTORE, 2001, p. 250, tradução livre⁹).

Enquanto que, por outra parte, a estratégia assumida por Bovero, ao considerar que esses limites ao conteúdo das decisões são mais bem impostos de fora pelas constituições, estaria pressupondo que democracia e constitucionalismo não são um par imprescindível, senão que, pelo contrário – apesar de que sua total compatibilidade seja desejável – ainda seria possível designar democracia a regimes que não estão materialmente sujeitos a conteúdos constitucionalizados. Nesses casos, diz Bovero, poderia tratar-se de democracias ilegítimas ou meramente aparentes, as quais mui dificilmente subsistam.

Ora, para além do que essa segunda tessitura possa resultar mais plausível, o certo é que esta tensão entre democracia e direitos fundamentais constitucionalizados seria relativizada pelo Garantismo, ao ponto de dissolvê-la outorgando-lhe primazia aos direitos em detrimento da democracia ou, similarmente, provendo a noção de democracia às limitações impostas pelas constituições. Contudo, é evidente que uma noção de democracia semelhante à proposta por este paradigma exclui

⁸ A origem do problema apresentado pela objeção contra-majoritária está na dificuldade para admitir, desde os parâmetros de uma teoria político-democrática, que se imponham limites constitucionais à capacidade de deliberação dos cidadãos e ao poder de decisão das maiorias. A existência e a operatividade desses limites são, todavia, constantes e frequentes nas atuais democracias constitucionais. A respeito do tema, ver J. C. Bayón (2000), R. Gargarella (1996) e J. Waldron (1999).

⁹ Texto original: “definir como ‘democracia sustancial’ al estado de derecho, equivale, de hecho a otorgar una solución semántica a un problema normativo. Equivale a resolver (...) el problema crucial de las democracias constitucionales: el problema de cómo conciliar el estado de derecho (contenidos) con la democracia (formal), de cómo resolver en un equilibrio acceptable la tensión entre los derechos fundamentales y el principio de autogobierno” (PINTORE, 2001, p. 250).

qualquer outra concepção democrática que não se encontre organizada por um desenho constitucional¹⁰.

Entretanto, a razão pela qual o Garantismo justificaria esta posição reside no fato de que considera a democracia não apenas como uma forma ou regime político, mas, também – e principalmente – como um valor, o qual, dada sua condição, deve ser apreciado e protegido pelas próprias constituições. Noutras palavras, nesse estalão, o valor da democracia justifica o entrenchamento constitucional daqueles direitos que cabe considerar como pressupostos de uma genuína decisão democrática.

5. CONCLUSÃO: A DEFESA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Tal como buscou-se transparecer, o chamado princípio de estrita legalidade atua transversalmente na concepção garantista. Não apenas prescreve qual deve ser o critério para analisar a justiça ou a constitucionalidade das novas normas produzidas, mas que também reformula a definição de democracia, introduzindo limitações substantivas ao conteúdo das decisões que se adotem em tais processos democráticos. Particularmente, são os direitos fundamentais recepcionados nas constituições os que cumprem com esse papel, delimitando aquilo que deve ser ou o que não deve deixar de ser decidido.

Como foi analisado, o objetivo desta tese é ressaltar a insatisfação das concepções formais ou procedimentais da democracia, as quais identificariam a democracia apenas como um método de formação das decisões coletivas. Entretanto, o empreendimento do Garantismo abarca apenas parcialmente dito objetivo, tendo em vista que a definição que para isso busca, é aplicável unicamente em democracias constitucionais.

A estratégia da concepção garantista que se analisou rivaliza com a tese de Bovero, porquanto Ferrajoli a considera como uma daquelas noções meramente formais. Pois bem, aqui o Garantismo fracassa. Isso porque, ainda desde uma definição de democracia como proposta por Bovero – que considera a esse conjunto de direitos fundamentais como vínculos externos relativos a democracia – é possível dar conta dos desenhos institucionais dos atuais regimes democráticos constitucionais.

¹⁰ Em última instância, a definição de democracia substancial que propõe o Garantismo colocaria a escalada dos direitos fundamentais constitucionalizados sobre o próprio ideal democrático de autogoverno. A isso mesmo se referia Pintore, quando afirma que este paradigma participaria da tendência “de converter os direitos em um instrumento insaciável, devorador da democracia, do espaço político e, ao fim de contas, da própria autonomia moral da qual os fazemos derivar” (PINTORE, 2001, p. 243, tradução livre). Não é outro o sentimento de Waldron (1999) ao empreender uma crítica à institucionalização das cartas de direitos, complementados com a adoção de sistemas de controle de constitucionalidade.

A diferença entre ambos autores poderia se resumir em dois diversos modos de abordar as tensões entre democracia e constitucionalismo. Por um lado, a tese de Ferrajoli se vale de uma noção de democracia como valor, que pressupõe certos direitos básicos para ser alcançada e, então, não somente haveria um conflito essencial entre ela e o constitucionalismo, senão que este seria a forma institucional da genuína democracia¹¹. Enquanto que Bovero adota a tese de que, reconhecendo a evidente possibilidade de conflitos entre democracia (como procedimento) e constitucionalismo, propõe um balanço entre o respeito ao valor intrínseco do procedimento e o respeito aos direitos básicos ou fundamentais¹².

Em consequência, a definição de democracia assumida por Ferrajoli, distante de aportar uma tese que compreenda o conceito atual das democracias constitucionais – e, nesse sentido, permita resolver também as tensões anteriormente aludidas –, guarda sua importância em assumir as democracias como um direito ou um critério axiológico que deve ser protegido e apreciado pelas próprias constituições, e é nessa perspectiva que a democracia seria um valor que fundamenta a própria existência dos direitos fundamentais.

Em última instância, essas considerações recomendam tomar a teoria política proposta pelo Garantismo como um aporte relevante à defesa do ideal das democracias constitucionais¹³.

¹¹ Seguindo a Bayón, versões como a semelhante à esgrimida pelo Garantismo optam por refutar a objeção contra-majoritária negando que exista um conflito essencial entre democracia e constitucionalismo, alegando que, na realidade, o constitucionalismo favorece a única forma possível de democracia. A respeito disso, ver Bayón (2000).

¹² A respeito disso, afirma Bayón: “[...] si como partidarios del ideal moral del coto vedado entendemos que uno de nuestros derechos es el de participar en términos igualitarios en la toma de decisiones colectivas, entonces un balance adecuado entre valores procedimentales y sustantivos recomienda a mi juicio la adopción de la clase de diseño institucional que podemos denominar ‘constitucionalismo débil’. Ese diseño admite un núcleo – formulable en forma de reglas – irreformable; reconoce que puede ‘haber ventajas – de tipo instrumental – em que el resto del contenido del coto vedado (sólo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y respecto al control jurisdiccional de constitucionalidad, puede considerarlo deseable -como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones- dependiendo de cuál sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema: porque en lo que insiste de manera decidida es en evitar que la combinación de aquél con mecanismos de reforma constitucional que exigen gravosas mayorías reforzadas prive a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa de la última palabra. Un diseño, en definitiva, lo bastante diferente de la clase de constitucionalismos a que estamos acostumbrados como para que reconsideremos seriamente nuestras instituciones básicas son verdaderamente justificables” (BAYÓN, 2000, p. 89-90).

¹³ O paradigma garantista, assim entendido, conduziu Ferrajoli a empreender uma ferrenha defesa de um modelo normativo de democracia constitucional. Nessa linha, em um de seus últimos trabalhos intitulado *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana* (2011), evocam-se os fundamentos gerais do Garantismo e, em particular, se oferece um panorama de como as realidades políticas das democracias europeias em curso – com ênfase na Itália – se distanciaram do ideal que propugna esse modelo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAYÓN, J. C. Derechos, democracia y constitución. *Revista Discusiones*, Bahía Blanca, Argentina, n. 1, p. 65-94, 2000
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989
- _____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2006
- BOVERO, Michelangelo. Derechos fundamentales y democracia: Un acuerdo global y una discrepancia concreta. In: CABO, A.; PISARELLO, G. (eds.). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 215-242
- _____. Derechos fundamentales y democracia. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 16, p. 21-38, 2002
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.
- _____. El derecho como sistema de garantías. In: _____. *Derechos y Garantías: La ley del más fuerte*. Madrid: Trotta, 1999, p. 15-45
- _____. Derechos fundamentales. In: CABO, A., PISARELLO, G. (eds.). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 19-56
- _____. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. Tradução Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a
- _____. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 16, p. 6-20, 2002b
- _____. Sobre la definición de 'democracia': Una discusión con Michelangelo Bovero. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 19, p. 226-240, 2003
- _____. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004
- _____. *Poderes salvajes, la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Mínima Trotta, 2011.
- GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: CABO, A., PISARELLO, G. (eds.). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 243-265.
- VITALE, Ermanno. ¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. In: CABO, A., PISARELLO, G. (eds.). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 63-73.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

ZOLO, Danilo. Libertad, propiedad e igualdad em la teoría de los ‘derechos fundamentales’. In: CABO, A., PISARELLO, G. (eds.). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 75-104.