

Abstract

Key words

1. Introdução

O Garantismo Jurídico, de Luigi Ferrajoli, é doutrina situada no contexto do Estado Constitucional de Direito¹, acolhendo de seu teorizador a titulação de sinônimo deste, na dimensão do garantismo enquanto modelo de Estado². De fato, o trabalho do autor, a partir da originalidade que lhe é própria, possibilitou o resgate de estruturas históricas do Estado de Direito coevas da atualidade, agregando-as em uma teoria em que princípios fundamentais e legalidade despontam como elementos teleológicos de convergência na formação do Estado Constitucional de Direito.

Esta configuração específica do Estado, calcada na valorização dos direitos fundamentais como seu espírito, tem um fundamento próprio extraído da constatação histórica de que a democracia, enquanto forma de organização do poder do Estado, não é apenas o governo da maioria, ao contrário, deve estar imbuída de esferas de controle material, que são instrumentos de direcionamento dos fins do Estado de acordo com a igualdade jurídica dos indivíduos. Trata-se de implementar uma nova dimensão à democracia, chamada democracia substancial, que se consolida justamente pela observa-

ção dos direitos fundamentais cujas garantias são instrumentos de realização.

Há, neste sentido, duas faces da democracia que fazem parte do modelo de Estado na visão garantista: a democracia formal, à qual encontra-se em paralelo o conceito de mera legalidade e de vigência, sendo também a ela relacionado o de legitimidade formal do Direito; e a democracia substancial, que remete à estrita legalidade e à validade, o que suscita o conceito de legitimidade material.

A estrutura formulada pelo autor para concatenação da sua construção teórica pode ser observada pelo enfoque de dois pontos de vista: um ponto de vista externo, ético-político, dimensão de inspiração de justiça para a caracterização dos direitos fundamentais; e um ponto de vista interno, que se inicia com a Constituição, ou carta de direitos fundamentais, e que irá limitar o âmbito de atuação do jurista. O ponto de vista externo é um dever ser com relação ao interno e determina, assim, os critérios de controle de legitimidade política.

Saliente-se que, embora situado no paradigma positivista – estabelecendo na Constituição o ponto de início do ordenamento e de diferenciação, portanto, entre direito e moral –, o garantismo, à diferença dos ordenamentos que o autor chama de paleopositivistas³, identifica, dentro do próprio ponto de vista interno, a possibilidade de um controle deontológico. Supera-se o modelo kelseniano de controle formal das normas superiores sobre as inferiores para introduzir um controle material nesta dimensão.

Para a realização deste controle têm papel fundamental as garantias, que irão possibilitar, além da eficácia dos direitos de nível superior, a coação para a efetivação destas normas, em caso de lacunas, e a anulação de normas de nível inferior, em caso de antinomias.

A partir do panorama deste modelo de positivismo, serão desenvolvidas a seguir as linhas de pensamento mencionadas a fim de apresentar seu modelo teórico. Inicia-se, em virtude do aspecto didático, pela concepção de ponto de vista externo do Direito, para após tratar da concepção de direitos fundamentais, ponto de vista interno do direito e das garantias, e, enfim, anotar seus efeitos na concepção de Estado, nos conceitos de legitimidade e na atuação jurisdicional, segundo o pensamento do autor.

2. Ponto de Vista Externo

Como é cediço, o ponto de vista externo de um ordenamento, representante da concepção de garantismo enquanto filosofia do direito e crítica da política, caracteriza-se como fonte de controle material, especificamente no âmbito ético-político, que tira seu fundamento *ex parte populi*, sendo, mais claramente, lugar de controle de justiça. Trata-se de um lugar de controle político cuja interferência direta na atuação jurisdicional não é aceita por teóricos do positivismo jurídico, como é o caso do autor em questão, que embora traga novos contornos para esta base teórica, continua seu partidário.⁴

Há, portanto, um controle de legitimidade política do ordenamento, na medida em que este será considerado tanto mais legítimo quanto maior a posituação de seus princípios ético-políticos externos.

O ponto de vista externo, fundamento da legitimidade política, separa-se definitivamente, enquanto dever ser político, do ser jurídico, da mesma forma que pelo conceito de validade, como se verá adiante, o dever ser jurídico separa-se de seu ser efetivo. Não obstante, o ponto de vista externo guarda o mister de realizar o controle de legitimidade sobre os valores positivados. É a partir desta superioridade deontológica do ponto de vista externo que se concebe “o caráter instrumental do Direito e do Estado a respeito das finalidades, valores, necessidades, interesses e vontades extra-estatais e meta-jurídicas” (FERRAJOLI, 2000, p. 905)⁵.

Esta parte prévia ao Direito, não apenas caracteriza o “Ponto de Vista”, mas pressupõe e reconhece a existência de diversos pontos de vista externos relativos às diversas posições dos diferentes indivíduos e, diante disso, preza pela valorização da igualdade jurídica.

Esta é, segundo Ferrajoli, um dos quatro fundamentos axiológicos dos direitos fundamentais, juntamente com a democracia, a paz e a lei do mais fraco. Eles são importantes porque para a pergunta normativa sobre quais direitos ‘devem ser’ é mister seja dada uma resposta “cuja fundação racional exige a formulação dos critérios meta-éticos e meta-políticos idôneos para justificar sua estipulação normativa, conforme os fins ou valores ético-políticos que aqueles sejam capazes de satisfazer” (FERRAJOLI, 2001(b), p. 315)⁶. Os quatro fundamentos acima são, portanto, os critérios indicados pelo autor para a justificação dos direitos fundamentais. São estes

postulados que, segundo Ferrajoli, foram exigidos historicamente pelos indivíduos em suas lutas e, portanto, devem ser os pontos de convergência dos direitos fundamentais.

A igualdade jurídica, dentro desta lógica, manifesta-se em dois sentidos: enquanto igualdade formal ou política, como tolerância diante das diferenças de identidade e de ponto de vista das pessoas; e na segunda acepção, como intolerância diante das desigualdades, que remetem às distinções por condições sócio-econômicas. A igualdade, neste segundo sentido, indica o rompimento com privilégios e discriminações, que devem ser excluídos do sistema, embora apenas na medida em que “obstaculizam a vida, as liberdades, a sobrevivência e o desenvolvimento das demais pessoas”.(FERRAJOLI, 2000, p. 907)⁷ Esta é a chamada igualdade substancial, que objetiva assegurar a todos os mínimos vitais, a fim de possibilitar o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

As igualdades formal e substancial vêm a ser garantidas pelos direitos fundamentais, de liberdade e sociais, respectivamente. Estes direitos são precisamente a base da igualdade jurídica – assim como a titularidade de situações jurídicas⁸ distintas é a base da desigualdade jurídica⁹ –, e são remetidos, em última instância, à realização da dignidade da pessoa humana:

Os clássicos direitos de liberdade, ao garantir o igual valor e dignidade de todas as pessoas, quaisquer que sejam suas diferentes identidades culturais, equivalem a outros tantos direitos de cada um à própria identidade, irreduzivelmente diferente. Enquanto aos direitos sociais – à subsistência, à saúde à educação – equivalem outros tantos direitos a níveis mínimos de igualdade social, a sua vez prévios para a igualdade civil, enquanto formam o pressuposto material do exercício de todos os demais direitos. Em outras palavras, porque sua satisfação se baseia na ‘dignidade da pessoa’ e porque, enfim, os níveis mínimos de subsistência que garantem constituem, justamente, a principal condição deste sentido de pertinência e solidariedade social em que se baseiam a coesão e os vínculos pré-políticos invocados como essenciais pelas teorias comunitárias”(FERRAJOLI, 2001(b), 338).^{10 11}

A igualdade, assim entendida, não pode ser considerada um limite aos direitos de liberdade, apenas às liberdades genéricas, que são extra-estatais e correspondem à possibilidade de fazer tudo que não esteja defeso em lei. Note-se que a realização da igualdade no

Direito é proporcionada pela constitucionalização dos direitos fundamentais, instrumento para sua efetivação.

O segundo fundamento dos direitos fundamentais, a democracia, a seu turno, recebe do Garantismo uma conotação que vai além da dimensão formal da democracia política, caracterizada por determinar quem e como se deve decidir.

Não obstante a importância de tal dimensão da democracia, no contexto do Estado de Direito esta “cracia” (poder) assume uma conotação para além da formal. Ela é constitucional, o que traduz um limite ao poder da maioria manifestado pelos direitos fundamentais. Esta é a dimensão substancial da democracia e que é sua própria condição de existência.¹²

A imposição de um limite substancial, amparado nos direitos fundamentais, ao exercício do poder da maioria, se alicerça no próprio fundamento deste poder, que é a igualdade. Trata-se, assim, de um contra-poder em face do poder de todos e que visa o estabelecimento de “limites e vínculos impostos por todos a si mesmos em garantia de todos” (FERRAJOLI, 2001(b), p. 346)¹³. Estes direitos, para o autor, embora não necessitem do aval de todos, o teriam, caso todos se encontrassem na Posição Original.¹⁴ Trata-se de uma limitação dos poderes pelos direitos.

Com relação ao terceiro fundamento dos direitos fundamentais, a paz, é mister observar que o seu nexos com os direitos fundamentais remonta à formulação hobbesiana da justificação do Direito e do Estado como instrumentos de paz e tutela da vida. Dá-se, com isso, a superação do estado de natureza no qual predominava a guerra. A violação sistemática dos direitos fundamentais, neste sentido, passa a ser justificativa para a ruptura do pacto e o exercício do direito de resistência. Para o Ferrajoli, portanto, quanto maior a garantia dos direitos fundamentais, maior a paz. Disso resulta que da mesma forma que a garantia dos direitos de liberdades promove a renúncia ao Estado de Natureza, a promoção dos direitos sociais resulta na satisfação de mínimos vitais, e consequentemente na manutenção do direito à vida.

Resta mencionar os predicados do último critério de fundamentação dos direitos fundamentais: a tutela dos mais fracos. Este critério é o que mais evidencia a vontade histórica destes direitos. Muitas lutas foram travadas em prol dos direitos das minorias. Estas lutas vieram a desprover as discriminações e opressões de seu

caráter natural, o que ocorreu e ocorre mediante a crescente evidência das violações das pessoas como intoleráveis.

Assim, desmascara-se a idéia de que os direitos só podem ser fundados na vontade da maioria, já que isso levaria ao desamparo dos direitos das minorias. Ademais, desmascara-se a suposta contradição entre a existência de direitos fundamentais e o respeito aos povos de culturas diversas.¹⁵

Estes quatro critérios de fundamento dos direitos fundamentais vêm demonstrar, em última *ratio*, que eles se fundam,

“não em alguma ontologia ética ou em uma racionalidade abstrata, mas – por uma convergência, também esta contingente, repito, no plano lógico e teórico, mas não certamente no político e sociológico – nos valores e necessidades vitais que se vêm afirmando historicamente através de lutas e revoluções, promovidas pelas diferentes gerações de sujeitos excluídos e oprimidos que, em cada momento, têm reivindicado sua tutela como condições de uns níveis mínimos de igualdade, democracia, integração e convivência pacífica.”(FERRAJOLI, 2001(b), p. 372).¹⁶

Tratado o tema do fundamento dos direitos fundamentais, cabe abordar algumas características destes, sempre na ótica de Ferrajoli, antes mesmo de falar sobre o ponto de vista interno do direito, visto que estes direitos podem ser considerados o ponto de ligação entre os pontos de vista interno e externo do Direito.

3. Os direitos fundamentais

A partir da perspectiva tratada, os direitos fundamentais caracterizam-se, desde o momento da sua constitucionalização, como a esfera do indecível, isto é, daquilo sobre o que nenhuma maioria pode dispor. Estes direitos são limites às formas de exercício do poder e se manifestam como instrumentos de luta diante dos poderes.

Ademais, eles assumem, historicamente, e independentemente de seu conteúdo¹⁷, alguns atributos formais que os tornam aptos à defesa dos valores que propugnam. Estas características refletem-se, antes de tudo, no conceito, proposto pelo autor, de direitos fundamentais, que se caracterizam como “todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoas, cidadãos ou pes-

soas com capacidade de fato”.(FERRAJOLI, 2001(b), p. 19).¹⁹

A universalidade de que cuida o conceito diz respeito às pessoas a quem o Direito se dirige e não à quantidade de pessoas que o elegeram – não se trata da forma da sua origem, mas de seus destinatários. Pertencem, portanto, os direitos fundamentais, a todos os sujeitos que tenham status ou de pessoas, ou de cidadãos ou de capazes de fato. Daí decorre a divisão dos direitos fundamentais de acordo com os sujeitos a quem se destinem. Os que são destinados a todas as pessoas são os direitos humanos.

Dependendo da necessidade ou não de cidadania para obtenção dos direitos, eles serão da personalidade (direitos humanos e civis¹⁹), que não dependem da cidadania, ou direitos do cidadão (direitos públicos e políticos²⁰), que dependem da cidadania. Subordinados à existência ou não da capacidade de fato, por sua vez, os direitos serão primários ou substanciais (direitos humanos e públicos); ou secundários ou formais (civis e políticos). Aqueles se consubstanciam nos direitos de liberdade e sociais e estes nos direitos de autonomia respectivamente privada e política.

Ressalte-se que, enquanto os direitos de autonomia podem implicar atos que resultem mudanças na esfera da vida das pessoas, os direitos substanciais não. É importante, aqui, frisar outra característica dos direitos fundamentais: o seu exercício não implica a impossibilidade do exercício de direitos fundamentais de outras pessoas. Isto vale inclusive para os direitos de autonomia.

Estes direitos de autonomia, por suas características próprias, são direitos fundamentais, já que pertencem universalmente a uma classe de sujeitos e assim, tem em seu bojo concretizado o princípio da igualdade. Por outro lado, eles têm características que os permitem, indiretamente, serem causadores de desigualdades jurídicas. Isto não diz exatamente com estes direitos, mas com aqueles que decorrem do seu exercício, especialmente no caso dos direitos civis, dos quais derivam os contratos. Deles decorrem situações jurídicas, pilares da desigualdade jurídica.

Com isso, diferentemente dos direitos fundamentais e das situações jurídicas, surge uma terceira modalidade que é a das “capacidades (jurídica, de fato, penal, político eleitoral e similares), que definem os status das pessoas designando sua igual idoneidade para realizar atos ou chegar a ser titulares de situações desiguais, e compartilham com os direitos fundamentais o fato de não serem

efeitos nem de ter seu título em atos jurídicos de aquisição, senão que correspondem a todos em condição de igualdade; e com as situações jurídicas o fato de serem exercidas mediante atos jurídicos produtivos de novas situações e, por conseguinte, de desigualdades.”(FERRAJOLI, 2000, p. 910)²¹

Justamente em virtude destas especiais características dos direitos de autonomia, que podem resultar em desigualdades, já que há possibilidade diferenciada do seu exercício – porque alguns indivíduos têm maiores condições de contratar que outros –, que Ferrajoli ora os coloca no rol dos direitos fundamentais ora os caracteriza como capacidades.

Na atuação do Direito, a conformação destes diferentes direitos fundamentais dá-se da seguinte forma: há os direitos positivos de liberdade, considerados como aqueles cujo exercício não causa dano direto a ninguém e que correspondem aos direitos primários citados alhures. Estes incluem os direitos humanos e públicos, que abrangem os direitos a prestações positivas – direitos sociais – e a prestações negativas – direitos de liberdades.

Há por outro lado, os direitos de autonomia, direitos poderes e, há ainda, a chamada genérica liberdade negativa, que consiste na liberdade de fazer aquilo que a lei não impede. Os direitos de autonomia, a partir do momento em que de seu exercício são resultados leis e contratos, são limites a esta liberdade genérica negativa, própria do estado de natureza. Eles, contudo, não têm possibilidade de atuação deliberada, já que esta é limitada pelos direitos primários de liberdade, que limitam, portanto, sobre o que se pode e o que não se pode decidir, de acordo com a democracia substancial de que são fundamentos.

A especial relação dos direitos de autonomia, enquanto direitos fundamentais, e as situações jurídicas é especialmente evidenciada ao se falar em direito à propriedade. Há uma confusão na doutrina que considera os direito de propriedade, enquanto direito real sobre um bem, como direito fundamental. O que é direito fundamental é o direito de adquirir ou vender propriedades, direito de autonomia, decorrente da capacidade de fato que o indivíduo tem e que não exclui a possibilidade de outro de fazê-lo.

Por outro lado, o direito real de propriedade vai impor restrições ao exercício de outros com relação àquela propriedade e, por isso, não é um direito fundamental. O direito fundamental do indivíduo de

adquirir, vender ou dispor de propriedades continua o mesmo, porque não diz respeito a uma propriedade específica, mas à possibilidade de ter acesso e disposição de uma qualquer. O direito real de propriedade, contudo, é um direito singular, não universal; exclusivo (não inclusivo); disponível, negociável e alienável.

A propósito, é mister observar que da universalidade dos direitos fundamentais decorrem outras características suas. São eles *inclusivos*, isto é, formam a base da igualdade jurídica porque a titularidade de um não exclui a titularidade de outro do direito. São *indisponíveis*, isto é, eles mesmos não podem ser transferidos a outra pessoa gerando para ela direitos patrimoniais. Estão, assim, fora da possibilidade de atuação do mercado. São ainda *invioláveis*, visto que não podem ser objeto de decisões públicas, o que consiste em uma imposição ao legislador ordinário, no sentido de não lesionar os direitos negativos –direitos de liberdades – e de satisfazer os direitos positivos –direitos sociais. A violação destes direitos justifica a violência.

São ainda *indivisíveis*, o que significa que pertencem a todos de modo que a violação do direito de um atinge o Direito em seu todo, já que afeta o valor do indivíduo como pessoa. Neste sentido, o exercício por um indivíduo dos seus direitos fundamentais não atrapalha o exercício de direitos alheios.

Como visto, todos estes caracteres são corolários da universalidade dos direitos fundamentais. Esta é definida pelo autor como a atribuição de direitos e deveres e “sua imediata disposição em favor de classes indeterminadas de sujeitos, por parte de normas gerais” (FERRAJOLI, 2001(b), p. 155)²², normas denominadas pelo autor como téticas.

Normas téticas são aquelas conforme as quais “sem a mediação de nenhuma outra prescrição jurídica, seus destinatários são titulares das situações e dos status correspondentes²³.”(FERRAJOLI, 2001(b), p. 156)²⁴. Esta caracterização decorre da dimensão nomoestática²⁵ do ordenamento jurídico e diz respeito aos comportamentos que não tem efeitos jurídicos na esfera alheia. É o oposto das normas hipotéticas, cuja situação jurídica que prevê é resultado da realização das condições previstas na própria norma. Condições estas que extrapolam a qualidade do sujeito –pessoa, cidadão ou capaz de fato – a que se destinam.

Nesta esteira, frise-se a ruptura com a idéia kelseniana de que só

há direitos quando há de fato o poder de demanda-los, isto é, quando eles tenham suas garantias efetivas²⁶. Kelsen identifica, portanto, o direito com suas garantias primárias e secundárias²⁷.

Para o garantismo jurídico, os direitos fundamentais, decorrentes de normas téticas, não precisam de garantias para ser considerados direitos subjetivos, eles existem a partir do momento em que as normas são predispostas. Caracterizam-se como expectativas positivas ou negativas conferidas a um sujeito, que surgem com o ato normativo que os produz. Isto gera uma obrigação para o legislador de dispor de garantias que os efetivem. Estes direitos têm, desde já, caráter vinculante.

Veja-se, a partir do ponto de vista interno, como se dá a atuação dos direitos.

4. Ponto de vista interno

O limite entre o ponto de vista externo e o ponto de vista interno localiza-se na Carta de Direitos Fundamentais²⁸. É precisamente na constitucionalização dos direitos que há a convergência entre os fundamentos jurídicos e axiológicos destes direitos. Nas palavras do autor

...as constituições são contratos sociais de forma escrita e positiva, pactos fundantes da convivência civil, gerados historicamente pelos movimentos revolucionários com os que em ocasiões especiais se impuseram aos poderes públicos, de outro modo absolutos, como fontes de sua legitimidade...a idéia de contrato social é uma metáfora da democracia: da democracia política, dado que alude ao consenso dos contratantes e por conseguinte, vale para fundar, pela primeira vez na história, uma legitimação do poder político desde baixo, mas é também uma metáfora da democracia substancial, já que este contrato não é um acordo vazio, senão que tem como cláusulas e a sua vez como causa precisamente a tutela dos direitos fundamentais, cuja violação por parte do soberano legitima a ruptura do pacto e o exercício do direito de resistência FERRAJOLI, 2001(a), p. 53).²⁹

É a partir da Constituição, enquanto instrumento de concretização positiva dos valores ético-políticos, que começa a possibilidade de controle deontológico interno no Direito. Isto não implica o abando-

no da sua esfera de controle formal, ao contrário, este é pressuposto da possibilidade do controle material.

Com efeito, o limite do controle de legitimidade do ponto de vista interno inclui a necessidade de um ordenamento positivo formal, que decorre do exercício da democracia política ou formal. Isto se reflete tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional.

A originalidade da teoria garantista, e que vem a possibilitar um controle material interno no Direito positivo, sem a necessidade de abandono do controle formal, encontra respaldo na Teoria do Direito formulada por Ferrajoli, que sustenta a diferenciação entre vigência e validade. Como se sabe, a teoria paleopositivista não cogitava a possibilidade de um controle material como instrumento informado pela própria teoria do direito, e incluía no conceito de vigência e como decorrência de sua caracterização, a aplicação da norma. O conceito de vigência era identificado com a noção de validade.

Na teoria kelseniana isto implica a identificação em ambos significantes: validade e vigência, do significado: obediência às normas procedimentais superiores de criação da norma, do que deriva a sua existência e vinculatividade.

Para Hart, por sua vez, estes dois significantes encontram o significado: norma derivada da norma de reconhecimento, o que implica a sua existência e vinculatividade.

Em face destas confusões, que tomavam o ser pelo dever ser (Kelsen) ou o dever ser pelo ser do Direito (Hart), foi proposta a separação entre o conceito de vigência e validade. Aquela, com a proposta garantista, passou a caracterizar a existência da norma, de acordo com seus procedimentos formais determinados pelas normas superiores. Representa, portanto, um controle formal, do ser do direito.

A validade, a seu turno, passou a compreender apenas a correspondência material das normas de nível inferior com as de nível superior, o que possibilitou um controle interno do dever ser do Direito e conseqüentemente da aplicabilidade das normas. As normas superiores passam a determinar materialmente o limite de aplicação das normas inferiores, prescrevendo a anulação destas quando em desacordo com aquelas.

Se por um lado, o controle material das normas superiores sobre as

inferiores implica a determinação da validade destas por aquelas, a existência (vigência) das normas inferiores irá possibilitar, por outro lado, caso também sejam válidas, a eficácia das normas superiores.

Assim, as normas superiores serão eficazes se elas estiverem concretizadas em normas inferiores. Caso contrário, haverá uma lacuna, que reclama um remédio. Da mesma forma, se houver uma ou mais de uma norma inferior regulando uma superior e haja conflito com esta, trata-se de antinomia e deve ser resolvida eliminando-se a norma que seja contraditória com a norma superior. O controle de materialidade não se dá só em casos de antinomia, pois pode haver, neste caso, uma única regra que em tese efetivaria a superior. Esta regra, contudo, pode ser declarada inválida caso em que será gerada uma lacuna.

5. As garantias

Neste contexto em que o Direito se vê entre lacunas e antinomias, é justamente às garantias que deve recorrer. Elas funcionam, no Estado Constitucional de Direito, como “técnicas coercitivas –... – que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo”.(FERRAJOLI, 2000, p. 852)³⁰. Elas são técnicas, formuladas pela cultura jurídica, que irão permitir o controle da legislação infraconstitucional pelas normas constitucionais. São, ainda, técnicas para permitir a efetivação dos direitos constitucionais.

Há dois tipos de garantias, as primárias e as secundárias. Ambas são deveres, correspondentes aos direitos subjetivos representados pelas expectativas positivas de direitos sociais e às negativas de direitos de liberdades. As garantias primárias consistem nas normas de obrigações e proibições relativas a estes direitos subjetivos. Já as garantias secundárias são deveres de aplicar sanções ou declarar a nulidade de violações das garantias primárias

De acordo com a estrutura dos direitos fundamentais as garantias irão refletir um tipo específico. No caso dos direitos de liberdade, elas têm o mister de evitar a sua violação, já que tais direitos impõem ao Estado uma conduta meramente negativa. Diante da violação de uma norma superior, o papel das garantias é a invalidação ou anulação do ato aviltador do direito. No caso de direitos sociais, que necessitam de uma tutela positiva do Estado, as garantias devem estar aptas à coerção para a realização do di-

reito e à sanção contra a omissão.

A existência de garantias vem possibilitar a resolução de problemas ocasionados em um sistema em que, justamente por sua natureza, é possível a existência de lacunas e antinomias. Mais do que isso, em um sistema em que a denúncia destas situações é tarefa precípua do juiz, a fim de cada vez mais legitimá-lo substancialmente de acordo com as normas constitucionais.

Diante disso, é possível a existência de normas vigentes, porém inválidas, quando em desacordo com suas normas superiores. Esta situação representa antinomias que persistem até que sejam declaradas pelos órgãos competentes, o que não impede o juiz de declarar a invalidade delas no caso concreto segundo o seu entendimento. Na mesma ótica, é possível a existência de normas válidas, vigentes, mas ineficazes. É a hipótese das normas superiores carentes de regulamentação, inclusive as normas constitucionais. Neste caso, o que se têm são lacunas. As antinomias atingem os direitos de liberdade, enquanto as lacunas atingem mais precisamente os direitos sociais. O papel das garantias é justamente o de possibilitação de denúncia e correção desta situação, para a concretização dos direitos sociais e para a defesa dos direitos de liberdades.

A dimensão da importância das garantias evidencia-se porque permitem, através de suas estruturas, a auto-reforma do Direito, a sua legitimação e deslegitimação por instrumentos próprios, prerrogativa do Estado Constitucional de Direito.

As garantias são os instrumentos de auto-reforma que possibilitam a crítica interna do direito: "graças precisamente às garantias, tais direitos, na medida em que são insatisfeitos, podem deslegitimar os poderes, invalidar suas ações e suas omissões, obriga-los às prestações que lhes correspondem. Neste sentido, o Estado de Direito é caracterizável como um modelo de ordenamento que permite não tanto a legitimação, quanto sobre tudo a deslegitimação jurídica ou interna do funcionamento dos poderes públicos e das normas que estes produzem e não produzem".³¹ (FERRAJOLI, 2000, p. 867, 868).

Saliente-se que os direitos fundamentais são especialmente protegidos por garantias constitucionais, decorrentes da rigidez da Constituição. Quais sejam: a necessidade de um procedimento mais difícil de alteração das suas leis e a sua superioridade com re-

lação às leis ordinárias, que devem estar de acordo com o conteúdo das constitucionais segundo um controle de legitimidade.

6. O modelo do Estado Garantista

Enquanto modelo de Estado, o garantismo defende que o poder público estatal é condicionado por um aspecto material, concretizado em primeiro momento na afirmação de direitos correlativos às necessidades das pessoas que são, portanto, um “*prius*” em face da atividade estatal. Estes direitos são pré-políticos, fundantes da razão de ser do Estado “como parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional”.(FERRAJOLI, 2000, p. 882)³². É a partir das pessoas, isto é, *ex parte populi*, que serão determinados os valores que constituem pontos essenciais de tutela pelo Estado.

A valorização de uma dimensão material na configuração de um modelo de Estado consente, enfim, que pela observação das necessidades das pessoas, seja possível o reconhecimento dos fins Estatais a partir de baixo, a partir das próprias pessoas. Isto caracteriza o Estado Garantista como heteropoiético, isto é, cuja legitimação política parte de baixo, da sociedade, diferentemente dos Estados autopoiéticos, em que a legitimação política vem de cima: do soberano, de Deus, e até, nas teorias modernas do positivismo ético, da própria legalidade jurídica.

Ferrajoli aceita, destarte, as formulações jusnaturalistas, não como fontes de direitos objetivos, mas apontando para os direitos naturais como princípios axiológicos extrajurídicos, de modo que a idéia jusnaturalista de contrato social aponta para a democracia, situando o limite da razão de ser estatal na realização de valores para a satisfação dos quais foi criado pelo acordo entre os homens.

Com efeito, isto significa que os direitos fundamentais que resultam das necessidades das pessoas partem de uma determinação ético política. Estes direitos passam a ser constitucionalizados de acordo com afirmações históricas tornando-se postulados essenciais do Direito e que virão a determinar o limite de início do controle não mais ético-político, mas propriamente jurídico do Direito que corresponde a um controle deontológico interno.

A partir desta configuração, estes direitos estão aptos a protagonizar um limite à atividade estatal, que deve ser exercida

para além de *per leges* (mediante lei), *sub leges* (submetida à lei). Ressalte-se que na concepção garantista de fundamentação do Estado de Direito, a submissão à lei não significa apenas que o poder estatal foi conferido pelo Direito (legitimação formal do poder), mas que ele é limitado substancialmente por este (legitimação substancial do poder).

O controle da atividade estatal pela estrita legalidade, isto é, no que concerne à substância, determina três esferas de limites ao Estado de Direito. No plano epistemológico, o Estado passa a ser considerado um sistema cognocitivo, de poder mínimo. No plano político, visa maximizar a liberdade e minimizar a violência. No plano jurídico, geram-se vínculos ao poder punitivo do Estado visando à garantia dos direitos dos seus cidadãos.

Admite-se que o Estado não será capaz de realizar todos estes direitos de forma cabal, no entanto, ele será mais garantista quanto maior seja a sua capacidade de alcançar esta meta.

7. Legitimidade no Estado Garantista

A atuação dos poderes no Estado de direito garantista é realizada por dimensões de controle de legitimidade que visam, ao garantir os direitos essenciais dos indivíduos, diminuir a esfera de força dos poderes do Estado.

Primeiramente há uma legitimidade política, que decorre da positivação dos valores ético-políticos provenientes do ponto de vista externo. Advém justamente da necessidade de se atuar o Direito como instrumento para a realização de fins determinados pelas pessoas, geradoras e destinatárias destes valores.

Por outro lado, há a legitimidade jurisdicional, que decorre do ponto de vista interno do Direito, e reflete a sua possibilidade de atuação de acordo com as formas de legalidade formal e substancial. Ambos controles de legitimidade, político e jurisdicional, refletem a manifestação do controle de um dever ser por um ser.

Enquanto a legitimidade política é maior quanto maior o ser do Direito estiver de acordo com as exigências do ponto de vista externo; a legitimidade jurídica é maior quanto maior a possibilidade de atuação de acordo com normas vigentes e válidas.

Estas formas de legitimidade nem sempre serão possíveis de se

realizar, ao contrário, o ordenamento garantista atua como instrumento de denúncia de ilegitimidades e, portanto, parte do pressuposto de que elas são ponto irrefutável dos ordenamentos complexos tais como são os ordenamentos do Estado Constitucional de Direito, em que há necessidade de exercício de um controle material do Direito a ser aplicado no caso concreto.

A legitimidade política fica condicionada pelo “grau de efetiva realização das funções externas que justificam os poderes (grau de representatividade, grau de satisfação dos direitos garantidos, e dos interesses representados), como pela imperfeição estrutural dos instrumentos institucionais dispostos para este fim (representação indireta, princípio da maioria, garantias jurisdicionais e outras técnicas jurídicas de tutela)”.(FERRAJOLI, 2000, 887)³³. Disso decorre que ela é sempre relativa, condicionada e mensurável em graus.

No poder judicial a ilegitimidade política, da qual não se pode esquivar, se manifesta na atuação de um poder discricionário, para além de um poder legal e equitativo. No caso do poder legislativo, ela se manifesta pela “ausência de mandatos imperativos e pelas mediações burocráticas interpostas pelos partidos que as expressam”³⁴ (FERRAJOLI, 2000, p. 886) A ilegitimidade política do poder executivo, por sua vez, manifesta-se pelas “amplas margens de autonomia de que goza e pela inefetividade dos controles parlamentares” (FERRAJOLI, 2000, 887)³⁵, o que gera uma representatividade ainda mais tênue e mediata.

A legitimidade política é sempre imperfeita, não absoluta e sempre se relaciona com as funções efetivamente asseguradas pelo Estado, suas Instituições, ou até atos singulares destas. Ela é sempre parcial, porque remete a uma parte específica do ordenamento, e não ao todo; é sempre contingente porque se relaciona a um ou outro aspecto do sistema e não a seus aspectos futuros; e é sempre condicionada porque depende do grau de maturidade democrática dos sujeitos sociais, bem como de sua habilidade para controlar os poderes públicos e privados.

A legitimidade jurídica, a seu turno, é manifestação de duas fontes de legalidade. Por um lado, a legalidade formal, que se liga a um controle de legitimidade formal e determina que a atuação jurisdicional será mais legítima quanto mais vinculada estiver às leis positivadas no ordenamento. De outro lado, a legalidade estrita, substancial, que permite o controle de legitimidade substancial, que

se realiza em maior grau quanto maior a atuação do juiz de acordo com os preceitos fundamentais constitutivos desta legalidade material.

A ilegitimidade jurídica afeta os poderes normativos, legislativo e judicial e reflete o descumprimento dos preceitos superiores pelos inferiores, denunciando a falta de efetivação das promessas das normas de nível superior. A limitação ampla dos deveres neste nível, acompanhada da inefetividade em nível inferior gera a amplitude desta ilegitimidade. Deste panorama decorre o novo papel atribuído ao juiz.

8. O papel do juiz no Estado Garantista

Do exposto, decorre a necessidade de um positivismo crítico que vai contra as teses do positivismo dogmático que propugnava pela fidelidade do juiz à lei e à função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação com o direito positivo vigente. Ao contrário, no paradigma positivista crítico os juízes: 1) não têm obrigação de aplicar leis inválidas. Devem fidelidade apenas às leis constitucionais, com o que o juiz não fica subordinado às maiorias, porque o poder judicial tem fundamento na igualdade em direitos; 2) devem valorar a invalidade das normas de acordo com as de nível superior; 3) podem aplicar leis vigentes inválidas, se estão no ordenamento jurídico e as entendam como válidas. 4) devem se fundamentar na Constituição, não devendo ultrapassar seus limites.

O poder jurisdicional assume, neste novo entendimento, uma função garantista essencialmente importante, já que é um órgão incumbido de realizar a eficácia das normas superiores, especialmente dos direitos fundamentais, independentemente de haver ou não lei infraconstitucional que os regulamente. Para cumprir seu novo papel deve, portanto, na interpretação da lei, escolher o significado válido e, diante de contradições insanáveis com as leis superiores, declarar a inconstitucionalidade da lei.

O papel do juiz, caso se depare com antinomias e lacunas, é a denúncia delas e, em caso de antinomia, a invalidação da norma. Para atuar legitimamente diante destes vícios do ordenamento, o juiz teria apenas dois caminhos em ordenamentos com a constituição rígida: Por um lado, reduzir o alcance da norma de acordo com

interpretações constitucionais conservando a norma. Por outro, pode recorrer à denúncia da invalidade da norma para aquele caso, embora permitindo que enquanto esta norma não seja anulada, haja possibilidade de interpretações inconstitucionais.

A atuação do juiz, contudo, vai ser realizada para além destas possibilidades, isto porque a sua postura crítica não pode se esgotar na denúncia de lacunas e antinomias e na tarefa interpretativa.

A crítica do Direito tem a tarefa de denúncia de lacunas e antinomias e preenchimento de lacunas. Certamente que neste último caso não há atuação com legitimidade perfeita, visto que não é possível legitimamente ao juiz suprir o papel das garantias no todo. Não obstante, o que resta ao juiz é atuar com uma certa margem de ilegitimidade formal e fazer valer os direitos fundamentais sancionados na Constituição com a integração da lacuna pela inventividade, se necessário.³⁶

A existência de uma normatização mínima, contudo, é necessária porque há situações em que é impossível ao juiz até mesmo uma inventividade para suprir uma lacuna, como é o caso de direitos sociais prestacionais, em que se torna impossível a prestação jurisdicional, o que acaba levando à denegação de justiça.

A estruturação do ordenamento jurídico com os direitos fundamentais em nível constitucional, e o desnível entre as normas é o que permite que a jurisdição assuma o papel de garantia aos cidadãos frente à violações de legalidade pelos poderes públicos.

Por fim, deve-se registrar que a par da jurisdição, a ciência (jurídica, sociológica e politológica) também assume papel crítico, que

“não é inventar o direito positivo, senão analisa-lo, registrando seu grau de efetividade e de inefetividade e até de impotência, assinando suas antinomias e lacunas, e projetando técnicas de garantia capazes de supera-las ou ao menos reduzi-las”. (FERRAJOLI, 2000, p. 107)

Diante disso, a ciência jurídica, diferentemente do que pensa Kelsen, que lhe atribui papel meramente descritivo, assume função crítica, quando por um lado interpreta o Direito na resolução de lacunas e antinomias de forma crítica e reconstrutiva e, por outro, fornece propostas, externamente, para novas soluções ao Direito.

9. Considerações Finais

O grande mérito da teoria garantista encontra-se exatamente naquilo que lhe é fundamental: a reconstrução do positivismo jurídico em uma teoria coerente com a necessidade de um controle material, expressão dos corolários do Estado Constitucional de Direito, ainda que esteja vinculado com a positivação da Constituição.

Mais do que isso, a teoria garantista revela a necessidade de factibilidade da prestação jurisdicional, que muitas vezes torna-se impossível em virtude da insuficiência inerente à estrutura de organização Estatal, seja pela falta de normas infraconstitucionais imprescindíveis, seja pela falta de sanções em caso de descumprimento de normas, o que propõe seja resolvido pela instituição de garantias.

A separação entre ponto de vista interno e externo, através da Constituição enquanto carta de direitos fundamentais, e a possibilidade de realização de um controle deontológico interno, bem como a atuação crítica e criativa do juiz e, especialmente, a instituição de garantias como mecanismo de realização do Estado idealizado pelos preceitos constitucionais materiais, são faces imponentes de um novo positivismo. O positivismo crítico.

Não obstante, a teoria de Ferrajoli deixa aberta a possibilidade de uma demarcação clara de um âmbito de justificação racional do Direito, seja no controle argumentativo em casos de lacunas – o que desnudaria a discricionariedade judicial que o autor trata como solução parcialmente ilegítima para a prestação do Direito –, seja na determinação dos princípios fundamentais constitucionais, cuja fundamentação se encerra em quatro momentos materiais: os direitos devem tratar com igualdade os diversos pontos de vista das pessoas, devem promover o equilíbrio entre os indivíduos tutelando o mais fraco, devem promover a paz e devem fundamentar-se no governo do povo.

Um primeiro aspecto a observar é com relação às próprias características desses direitos fundamentais. Para Ferrajoli, eles são universais, isto é, decorrem de normas téticas, independentes de regulamentação e que, portanto, são imediatamente direitos subjetivos. Além disso, seu exercício não retira o direito ao exercício do direito do outro.

Deve-se notar, contudo, que as condições fáticas não permitem

que estes direitos, normativamente universais, sejam conferidos a todos, especialmente quanto aos direitos sociais prestacionais, ainda que houvesse garantias de sobra. Os direitos fundamentais, por si, não atrapalham o exercício dos direitos de outro, mas impedem a sua realização porque o meio para a efetivação de ambos é o mesmo e insuficiente, é o caso dos recursos estatais.

Neste caso, além da necessidade de selecionar, de acordo com as reais possibilidades do Estado, os direitos essenciais, para os quais não há desculpa de falta de recursos, porque são necessidades básicas, isto é, para além de realizar uma seleção dos direitos fundamentais mais fundamentais, é necessária a realização de uma ponderação do grau em que esses direitos poderão ser prestados. Essa é a fórmula que Alexy já nos propõe quando determina que os direitos fundamentais são mandados de otimização. (ALEXY, 1988, p. 143)

A Impossibilidade fática³⁷ de que a cada direito subjetivo corresponda um dever do Estado não decorre, portanto, de uma simples falta de regulamentação – caso em que a inventividade do juiz fica obstada por questões estruturais e que se resolve pelas garantias. A grande questão que impede a satisfação do direito, para além da falta de garantias quando imprescindíveis para a sua realização, é a questão da ponderação. Quanto a isso, pode-se dizer o mesmo em caso de conflito entre dois direitos fundamentais, ainda que de liberdade.

No que concerne à fundamentação que dá aos direitos fundamentais, a seu turno, Ferrajoli é certo no apontamento de valores historicamente determinados para a formação do Direito (quatro fundamentos dos direitos fundamentais), ainda que, a eles, outros possam se juntar. É certo também ao valorizar o papel das conquistas históricas dos oprimidos na realização desses direitos, especialmente ao enfatizar que são momentos de rompimento com a normalidade de situações excludentes e injustas.

Com efeito, a história fornece variáveis não apenas para a formação de princípios materiais de bens, mas especialmente para princípios procedimentais de justiça, critério imprescindível para a determinação da justificação do Direito, necessária para, não simplesmente a segurança do direito, mas para o conforto dos indivíduos diante das incertezas que a própria história, sem racionalidade, proporciona. Note-se, nesse sentido, que a afirmação histórica

pode também ser fonte de legitimação para absurdos.

A ausência de um padrão determinado de justificação racional para as conquistas históricas na teoria de Ferrajoli, contudo, não se torna um problema para ela, já que tal não parece ter sido o seu intento, o que se comprova ao observar que ele remete à posição original de Rawls como um padrão para o consenso quanto aos direitos fundamentais.

Diante disso, ressalta-se a excelência da teoria em questão na coesão de valores construídos historicamente em um modelo que prima pelo indivíduo e que desnuda o caráter antidemocrático da democracia formal isolada, ao consolidar o mister de uma democracia includente.

Referências

ALEXY, R. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa. Tradução de Manuel Atienza. n.5, p. 139-151, 1988.

CADEMARTORI, S. U. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías de la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibañes e Andrea Greppi. 2 ed. Madrid: Trotta, 2001(a) Original italiano.

_____. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibañes e outros. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000. Tradução de Diritto e ragione. Teoría Del garantismo penale.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001(b) Original italiano.

_____. O direito como um sistema de garantias. Tradução de Eduardo Maia

Costa. In: José Alcebíades de Oliveira Junior (Org). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre, 1997. p.89-109. Original italiano.

MOUFFE, C. O regresso político. Gradiva ?? (ed? ano???)

Notas

- 1 O Estado Constitucional de Direito caracteriza-se pelo especial valor dado às constituições rígidas bem como pela sujeição dos Estados, no plano internacional, a convenções sobre direitos humanos. Trata-se de uma transformação do positivismo legalista até então dominante. Cf. Ferrajoli, 2001, p.52.
- 2 O garantismo divide-se em três dimensões essencialmente ligadas entre si: como modelo de Estado; como teoria do direito – que remete ao controle deontológico interno do direito – e como filosofia do direito e crítica da política – que remete ao controle deontológico externo do direito, conforme se verá alhures.
- 3 Paleopositivismo é como o autor se refere ao paradigma positivista em que o controle do Direito é realizado por uma legalidade formal e que tem como especial mérito a distinção entre direito e moral. É diferente do positivismo crítico proposto por Ferrajoli, que, em decorrência das especiais características do Estado Constitucional de Direito, possibilita um controle interno realizado por uma legalidade substancial.
- 4 Sobre o assunto vide Ferrajoli, 2001.p. 19.
- 5 “el carácter instrumental del derecho y del Estado respecto a finalidades, valores, necesidades, intereses y voluntades extra-estatales e meta-jurídicas”.
- 6 “...cuya fundación racional exige la formulación de los criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos para justificar su estipulación normativa, conforme a los fines o los valores ético-políticos que aquellos sean capaces de satisfacer”.
- 7 “...obstaculizan a vida, las libertades, la supervivencia y el desarrollo de las demás personas”.
- 8 Segundo o autor são direitos e deveres provenientes de causas ou títulos exercidos mediante atos potestativos com efeitos jurídicos. Refletem relações de domínio e sujeição.
- 9 Com relação às situações jurídicas, é o caso dos direitos patrimoniais ou outros direitos que sejam decorrentes da realização de situações hipotéticas que as normas prevêem. Como se verá adiante, as normas de direitos fundamentais, garantidores da igualdade, decorrem de normas téticas, e não hipotéticas, o que implica a existência de um direito subjetivo imediato ao indivíduo e não concorrente com o dos demais, já que pertence a todos, ao contrário dos direitos decorrentes das normas hipotéticas.
- 10 “Los clásicos derechos de libertad, al garantizar el igual valor y dignidad de todas las personas, cualesquiera que sean sus diferentes identidades culturales, equivalen a otros tantos derechos de cada uno a la propia identidad,

irreductiblemente diferente. En cuanto los derechos sociales – a la subsistencia, la salud y la educación – equivalen a otros tanto derechos a niveles mínimos de igualdad social, a su vez previos para la convivencia civil, en tanto forman el presupuesto material del ejercicio de todos los demás derechos. En otras palabras, porque su satisfacción se basa en la 'dignidad' de la persona y porque, en fin, los niveles mínimos de subsistencia que garantizan constituyen, justamente, la principal condición de ese sentido de pertenencia y solidaridad social en el que se basan la cohesión y los vínculos pré-políticos invocados como esenciales por las teorías comunitárias”.

- 11 Sobre o comunitarismo, é doutrina, dentro do liberalismo, que alega resumidamente a necessidade de valorização do relativismo cultural dizendo que não é possível determinar previamente o que são direitos fundamentais sem a observação das concepções de bem de diversos grupos. Opõe-se às concepções liberais, outra teoria dentro do liberalismo lato sensu, que tem os direitos individuais como antecedentes a qualquer concepção de bem. Certamente esta explicação é apenas parcial em virtude dos objetivos do presente estudo. Para complementação vide: CITTADINO, 1999; SILVA e MOUFFE.
- 12 Ferrajoli nos ensina que a inexistência das garantias dos direitos fundamentais negaria a própria democracia política, já que a maioria poderia decidir por qualquer coisa, inclusive pela supressão de direitos políticos, o que por consequência tiraria o poder ('cracia') das mãos do povo ('demo'). Cf. Ferrajoli, 2001, p. 345.
- 13 “...limites y vínculos opuesto por todos, a sí mismos, en garantía de todos.”
- 14 A posição original é uma ficção criada por John Rawls para legitimar a fundamentação dos direitos individuais na sociedade e se caracteriza como um estado em que todas as pessoas se encontrariam para deliberar sobre os direitos que são justos que as pessoas tenham, nas diversas situações da vida. A legitimidade desta deliberação decorreria da condição das pessoas em um estado de alienação das suas condições particulares de vida, o que impediria que elas tivessem um juízo parcial sobre os direitos individuais. Cf. Rawls, 2000.
- 15 Esta contradição é apontada pelas doutrinas comunitaristas, conforme nota 10, acima. Neste sentido, Ferrajoli defende que os direitos individuais servem justamente para garantir os direitos de minorias.
- 16 “...no ya en alguna ontología ética o en una racionalidad abstracta, sino más bien – por una convergencia, también esta contingente, repito, en el plano lógico e teórico, pero no ciertamente en el político y sociológico – en los valores y necesidades vitales que se han venido afirmando históricamente a través de las luchas y revoluciones promovidas por las diversas generaciones de sujetos excluidos u (sic) oprimidos, que, en cada momento, han reivindicado su tutela como condiciones de unos niveles mínimos de igualdad, democracia, integración, y pacífica convivencia”.
- 17 O conteúdo dos direitos fundamentais não deixa de ser importante, no entanto, isto diz respeito aos seus fundamentos. A caracterização formal aqui pretendida foca-se na determinação de aspectos formais que irão determinar a capacidade de imposição daquilo que, para cada época, seja considerado fundamen-

- tal. Isto significa que um direito que é fundamental tem estas características, que são inerentes não à sua materialidade, mas ao seu caráter fundamental.
- 18 "...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar."
 - 19 Direitos civis são aqueles conferidos a todos que têm capacidade de fato, independente da cidadania.
 - 20 Direitos públicos são aqueles atribuídos a todos os cidadãos, como os direitos sociais. Direitos políticos são aqueles atribuídos aos cidadãos com capacidade de fato, como é caso do direito ao voto.
 - 21 "...las capacidades (jurídica, de obrar, penal, político-electoral y similares), las cuales definen los *status* de las personas designando su igual idoneidad para realizar actos y llegar a ser titulares de situaciones desiguales, y que comparten con los derechos fundamentales el hecho de no ser efectos ni de tener su título en actos jurídicos de adquisición, sino que corresponden a todos en condiciones de igualdad, y con das situaciones jurídicas el hecho de ser ejercidas mediante actos jurídicos productivos de nuevas situaciones y por consiguiente de desigualdades".
 - 22 "... su inmediata disposición en favor de clases indeterminadas de sujetos por parte de normas generales".
 - 23 Os direitos fundamentais, bem como outros decorrentes de normas téticas, são normas em si, enquanto outros, como os patrimoniais, decorrentes de normas hipotéticas, são predispostos por estas normas. Cf. Ferrajoli, 1999/2001, p. 49.
 - 24 "... sin la mediación di ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y de los *status* correspondientes."
 - 25 Isto significa que, dado um direito, surge imediatamente a obrigação ou proibição correlativa. Na dimensão nomodinâmica do ordenamento, por sua vez, esta obrigação depende da implementação de normas que os prevejam. A esta dimensão correspondem as normas hipotéticas. As normas de direitos fundamentais, em sistemas nomodinâmicos, têm as garantias como um dever ser – e não um ser – o que não exclui, portanto, a sua qualidade de direitos subjetivos, já que por natureza a existência de garantias necessitaria de normas expressas, já que elas não se encontram nas próprias normas de direitos fundamentais. Cf. Ferrajoli, 2001, p. 46-49; e 1999/2001, p. 49.
 - 26 A necessidade de garantias é um dever ser nos ordenamentos de tipo nomodinâmico com são os de direito positivo, mas não necessariamente reflete o seu ser, já que é possível a existência de lacunas e antinomias, que devem, diante disso, ser remediadas.
 - 27 A explicação das garantias será feita em tópico adiante.
 - 28 Quase sempre, ela se identifica formalmente com a Constituição do país, mas pode ter sua materialidade dividida entre outras partes do ordenamento formal.
 - 29 "... las constituciones son contratos sociales de forma escrita e positiva, pactos

fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad...la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia.”.

- 30 “... técnicas coercitivas –... – que permitan el control y la neutralización del poder e del derecho ilegítimo”.
- 31 “...gracias precisamente a las garantías, tales derechos, en la medida en que son insatisfechos, pueden deslegitimar los poderes, invalidar sus acciones o sus omisiones, obligarlos a las prestaciones que les corresponden. En este sentido, el estado de derecho es caracterizable como un modelo de ordenamiento que permite no tanto la legitimación, cuanto sobre todo la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes públicos y de las normas que éstos producen y no producen.”
- 32 “...como parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional”
- 33 “...grado de efectiva realización de las funciones externas que justifican los poderes (grado de representatividad, grado de satisfacción de los derechos garantizados y de los intereses representados), como por la imperfección estructural de los instrumentos institucionales dispuestos para este fin (representación indirecta, principio de mayoría, garantías jurisdiccionales y otras técnicas jurídicas de tutela).
- 34 “...ausencia de mandatos imperativos y por las mediaciones burocráticas interpuestas pelos partidos que la expresan”
- 35 “...amplios márgenes de autonomía de que goza y por la ineffectividad de los controles parlamentarios”.
- 36 No direito penal não seria possível a desvinculação de tal maneira entre legitimidade formal e material devido à exigência material do princípio da tipicidade. Fora do direito penal, contudo, é possível a atuação do juiz com uma legitimidade formal debilitada, a partir de critérios mais gerais e valorativos sem perfeita verdade ou taxatividade.

Recebido em 06/03

Avaliado em 07/03

Aprovado em 08/03