

REPENSANDO A DEMOCRACIA: Uma Crítica Garantista à Atual Configuração do Estado de Direito

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.12089>

Recebido em: 26/2/2021

Aceito em: 3/3/2021

Williem da Silva Barreto Junior

Autor correspondente. Centro Universitário FG – UNIFG. Avenida Pedro Felipe Duarte, 4911 – São Sebastião. Guanambi/BA, Brasil. CEP 46430-000. <http://lattes.cnpq.br/6745290713947534>. <https://orcid.org/0000-0002-3519-7793>. williem.adv@hotmail.com

Sérgio Urquhart de Cademartori

Universidade La Salle. Canoas/RS, Brasil.

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a crítica garantista à atual configuração do estado constitucional. No seu desenvolvimento, são apresentadas inconsistências das dimensões formal e substancial da democracia, assim como as soluções sugeridas pelo teórico italiano, Luigi Ferrajoli, para debelá-las. Conclui-se pela necessidade de um redimensionamento estrutural do estado de direito, sob as seguintes premissas: a) limitação aos poderes públicos/privados desregulados; b) fortalecimento dos partidos políticos enquanto instâncias independentes de representação; c) reforma da teoria tripartite, de Montesquieu; e d) reforço e ampliação da zona de influência dos quatro postulados garantistas básicos. Para tanto, numa abordagem qualitativa, emprega-se o método bibliográfico, com pesquisas realizadas em livros, teses e artigos acadêmicos publicados em periódicos de prestígio.

Palavras-chave: Estado constitucional de direito; dimensão formal da democracia; dimensão substancial da democracia; garantismo.

RETHINKING DEMOCRACY: A GUARANTEE CRITICISM TO THE CURRENT CONFIGURATION OF THE RULE OF LAW

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the guaranteeist critique of the current configuration of the constitutional state. In its development, inconsistencies of the formal and substantial dimensions of democracy are presented, as well as the solutions suggested by the Italian theorist, Luigi Ferrajoli, to overcome them. It concludes by the need for a structural resizing of the rule of law, under the following premises: a) limitation to deregulated public / private powers; b) strengthening of political parties as independent representation bodies; c) reform of Montesquieu's tripartite theory; and d) strengthening and expanding the area of influence of the four basic guarantee postulates. For this purpose, using a qualitative approach, the bibliographic method is used, with research carried out on books, theses and academic articles published in prestigious journals.

Keywords: Constitutional rule of law; formal dimension of democracy; substantial dimension of democracy; guarantee.

1 INTRODUÇÃO

O estado legal de direito apresentou-se ao mundo com o advento das revoluções liberais do século 18, que estabeleceram um relevante corte paradigmático na história ocidental, impondo limites ao estado absoluto, prevalente durante o antigo regime¹. Liberalismo e democracia materializaram-se como mecanismos concessores de relativa liberdade e participação política aos cidadãos que, por meio dos seus representantes, passaram a deliberar soberanamente sobre questões de interesse social.

Para que uma lei fosse considerada válida, bastava a formal tramitação junto ao parlamento, independentemente do seu conteúdo. A onipotência da representatividade popular, no entanto, revelou-se problemática, por fomentar a atuação das chamadas “ditaduras das maiorias”, que, em diversos momentos, agiram para sabotar legalmente o próprio sistema democrático, a exemplo do ocorrido com a trágica ascensão do nazismo e do fascismo.

Em meados do século 20, como mudança paradigmática, os pressupostos formais do estado legal de direito foram integrados a um sistema de limites e vínculos substantivos. Desse modo, as constituições adquiriram força normativa e passaram a condicionar a validade das normas a uma prévia concordância com os seus conteúdos, o que fez surgir o estado constitucional de direito, um aprimoramento da sua versão legal.

Embora o estado constitucional tenha significado uma evolução histórica, o teórico Luigi Ferrajoli² sustenta que a sua atual configuração apresenta expressivas incongruências. Tal realidade decorre, sem prejuízo de outras causas, do processo globalizante em curso no planeta, que tem posto em xeque o clássico modelo das soberanias nacionais, incapazes de frear a atuação dos poderes privados, em especial os de matriz econômica³.

Seguindo essa linha de intelecção, o objetivo deste artigo é expor e discutir as críticas da teoria garantista ao estado de direito, bem como elencar as propostas para uma reforma das dimensões formal e substancial da democracia. Numa abordagem qualitativa, emprega-se o método bibliográfico, com pesquisas realizadas em livros, teses e artigos acadêmicos publicados em periódicos de prestígio.

2 O REDIMENSIONAMENTO DA DEMOCRACIA FORMAL: A CRÍTICA GARANTISTA À TEORIA TRIPARTITE DE MONTESQUIEU

O redimensionamento da democracia formal⁴ reclama uma redefinição estrutural dos poderes político/econômico, público/social, de governo/de garantia, que hoje têm atuado desordenadamente. Para fazer frente a esse danoso desequilíbrio, é imperativo delimitar o alcance das referidas potestades, mas não segundo a velha teoria tripartite de Montesquieu⁵, que concede tratamento exclusivo aos poderes públicos; daí o modelo iluminista clássico revelar-se insuficiente para exercer sobre eles o necessário controle (FERRAJOLI, 2014, p. 183).

¹ Ver TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

² Luigi Ferrajoli é o arquiteto maior da teoria geral do direito intitulada garantismo. Com a sua clássica obra *derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, fincou as bases para a concepção de uma teoria do garantismo penal, que, posteriormente, foi ampliada para as demais áreas do direito, com a edição da *trilogia principia iuris*, na qual o jurista italiano apresenta as teorias gerais garantistas do direito e da democracia. Para além das produções citadas, convém ressaltar outras, como *constitucionalismo más allá del estado, democracia y garantismo, la democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político, manifiesto por la igualdad e poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, todas referenciadas ao final.

³ Ver FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011.

⁴ A democracia formal emergiu após o advento das revoluções liberais do século 18, baseadas nos postulados iluministas contrários ao domínio aristocrático e à concentração de poder político, observados durante o antigo regime. Com a ideia de limitação do poder do Estado, a democracia foi fomentada como meio de participação popular nas decisões estatais por representantes, cujas deliberações tinham natureza soberana. Pode-se falar em onipotência do poder político durante a sua vigência, na medida em que as resoluções do legislador não sofriam limitações externas. Ver mais em STRECK, Lenio; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

⁵ A teoria tripartite orientou a organização política do estado de direito desde os seus primórdios, estruturando-o a partir da atuação de poderes teoricamente harmônicos e independentes, que deveriam limitar-se mutuamente. Ver MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

Inicialmente, urge estabelecer uma clara separação entre os poderes políticos e os econômicos, bem como entre os poderes políticos e os sociais. A referida providência é fundamental para limitar a amplitude dos direitos civis de autonomia⁶, qualificando-os como poderes e não como liberdades (COPETTI NETO, 2016, p. 72), e também para blindar os direitos políticos, numa tentativa de reversão da crise de representatividade em curso nas democracias contemporâneas.

Outra importante separação restringe-se aos poderes públicos, e reforça a conclusão de que o clássico recorte, embasado nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, resta ultrapassado. Em tal contexto, deve-se diferenciar as funções de governo das administrativas e legislativas de garantias primárias, estas últimas relacionadas à tutela e à satisfação dos direitos originalmente atrelados à dimensão substancial da democracia, não abarcados pelo velho paradigma liberal (FERRAJOLI, 2014, p. 184).

A separação entre poderes políticos e econômicos é crucial, de forma que a economia se submeta às determinações estatais, ao revés do que se observa hodiernamente, quando o dinheiro tem sido sistematicamente usado para viabilizar aspirações pessoais específicas em prejuízo da lógica democrática (VITALE, 2010, p. 84). A política precisa prevalecer sobre a economia por sua natureza heterônoma, originariamente relacionada ao bem-estar da coletividade, em oposição à autonomia dos interesses econômicos, que servem a grupos específicos (FERRAJOLI, 2011, p. 53).

Os direitos de liberdade⁷, ou de primeira dimensão⁸, são universais, indisponíveis, inalienáveis e possuem natureza negativa, ou seja, o estado não está autorizado a agir para violá-los. Já o direito de propriedade, a partir do qual se assenta a atividade econômica, não é universal, é disponível e pode ser alienado. Assim, os direitos relativos à autonomia da vontade, em especial o direito à propriedade, constituem-se em direitos-poderes, porque sempre são exercidos mediante intervenção na vida de outrem (FERRAJOLI, 2011a, p. 426).

A compreensão de que a autonomia da vontade e a propriedade são direitos-poderes, e de que as liberdades negativas correspondem a liberdades jurídicas, é fundamental para o entendimento do constitucionalismo garantista, que fixa restrições de ordem pública ao âmbito negocial e atua sobre territórios tradicionalmente mal regulados, como o trabalho, a família e a propriedade privada (COPETTI NETO, 2016, p. 64).

Por outro lado, vê-se que a dissociação entre propriedade e liberdade vem sendo constantemente ignorada, como se depreende do livre-desenvolvimento dos mercados, pouquíssimo regulados/limitados. Tal realidade reforça os postulados capitalistas, que contribuem, por exemplo, para o aumento das desigualdades sociais e da intensidade de poluição do meio ambiente, ante a ânsia por mais geração de riquezas (HOBBS-BAWN, 2006, p. 3).

Para alterar esse quadro, é importante a adoção de medidas que busquem inibir a corrupção, como a proibição do *lobby*, a imposição de penas mais severas pela prática de crimes de colarinho branco, a incompatibilização política dos que lidam com interesses economicamente relevantes, e a vedação de financiamento privado para campanhas eleitorais (FERRAJOLI, 2018, p. 50). As referidas resoluções contribuiriam para o fortalecimento dos direitos políticos e civis, cada qual em seu âmbito de alcance

Há também que separar os poderes políticos dos sociais, tratando mais especificamente da relação entre os partidos políticos e a representação popular na esfera estatal. Os partidos afiguram-se aparelhados e muito comumente servem aos interesses das tradicionais oligarquias que os controlam, estabelecendo-se uma danosa conexão entre aspirações pessoais e o exercício do mandato público (FERRAJOLI, 2011, p. 58).

Ocorre que os partidos deveriam ser instituições independentes, espaços utilizados para discussões programáticas, cuja orientação levasse à escolha dos candidatos mais afinados com o respectivo projeto de atuação política. Os representantes partidários, entretanto, têm sido legitimados por projetos individuais de poder, atrelados ao fisiologismo e à promessa de favorecimento futuro. Da desmobilização partidária decorre

⁶ Diferem dos direitos de liberdade pois, não sendo universais, dependem da capacidade de agir do indivíduo, funcionando como direitos fundamentais secundários ou instrumentais, vinculados à autodeterminação jurídica da vida civil. Ver CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Campinas: Millenium, 2006.

⁷ Os direitos de liberdade são comumente reconhecidos como direitos de primeira geração (em especial civis e políticos), e caracterizam-se por exigir do Estado que não interfira em seu exercício. Ver BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2013.

⁸ Ver SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

a personalização da política, reflexo do processo de controle direto das massas pelos detentores de cargos públicos, que levam a cabo a tarefa de tornar acéfalos os partidos (SALVI; VILLONE, 2005, p. 38), e isso ocorre, sobretudo, nos países que adotam o voto em lista.

Na medida em que os partidos são providencialmente enfraquecidos, as eleições transformam-se em jogos de cartas marcadas, meros concursos eleitorais nos quais as propostas dos candidatos afiguram-se quase idênticas, em regra atreladas aos limites impostos pela lógica da governabilidade. Esta é sinônima da onipotência política ante a sociedade e seus direitos, necessária para instituir um abismo entre o povo e o poder, assim como para atender às determinações impostas pelos agentes econômicos, em evidente inversão hierárquica dos poderes sociais (FERRAJOLI, 2018, p. 75).

Para se minar a figura prejudicial do político que vive da política, e não para ela (WEBBER, 1967, p. 95), é de se pugnar pela absoluta incompatibilização entre o exercício de cargos diretivos em âmbito partidário e os mandatos eletivos. Ademais, faria bem o emprego de um sistema de sufrágio proporcional, associado ao modelo parlamentarista de governo, o que inibiria o fortalecimento dos chamados “chefes” populistas (FERRAJOLI, 2011, p. 47), que prestam um desserviço à democracia, pondo em descrédito as instituições (AZZARRITI, 2008, p. 55).

Por outro lado, recorde-se que o modelo garantista defende uma profunda reformulação do velho modelo tripartite de poderes, elaborado há séculos por Montesquieu (2014), tendo em vista a complexidade assumida pelas relações humanas na contemporaneidade. Nesse particular, Ferrajoli (2014) afirma que a separação dos poderes contemporânea deveria se fundar na complementariedade de competências entre instituições de governo e de garantia (p. 189).

Dado que num mundo internacionalizado, no qual as clássicas soberanias internas se revelam discrepantes, é de se constatar a falência do modelo em que decisões coletivas são exclusivamente baseadas na clássica representatividade democrática. Desse modo, caberia tão somente às instituições de governo a tutela de questões insculpidas na chamada esfera do decidível⁹, diretamente legitimadas pela representação popular. Dentre essas atribuições, destacam-se as atividades legislativa (criação de leis e outros atos normativos) e executiva (administração da máquina pública, realização de obras, etc.) (FERRAJOLI, 2018, p. 51).

As instituições de garantia, por sua vez, ficariam incumbidas de tratar matérias alusivas à esfera do não decidível¹⁰, com legitimação diretamente extraída do texto constitucional. Seriam de sua alçada, além da função jurisdicional, as atribuições administrativas e legislativas especificamente voltadas para a promoção dos direitos sociais (FERRAJOLI, 2008, p. 102).

A tripartição clássica de poderes tem atravancado o pleno desenvolvimento do estado constitucional, sobretudo por conta da excessiva burocracia que lhe é inerente. Esse novo modelo da organização democrática, proposto por Ferrajoli, institui uma função administrativa específica, desvinculada do inchado Poder Executivo tradicional, cujo objetivo é assegurar a aplicabilidade dos direitos sociais em conjunto com a atuação da jurisdição (garantias secundárias) (FERRAJOLI, 2014, p. 190).

Assim, reputa-se salutar a não legitimação das funções de garantia pela maioria, porque estas concorrem para a tutela dos interesses dos sujeitos singulares, titulares de direitos que são, pertencentes ou não a grupos majoritários. Com base nessa perspectiva, busca-se a superação do atual estado burocrático, rumo a um eficiente estado constitucional de direito, em que não haja espaço para a onipotência das majorias, sempre perigosa (BOBBIO, 2013, p. 58).

⁹ A esfera do decidível trata de questões vinculadas à representatividade democrática, não alcançando o patamar dos direitos fundamentais, que estão além das aspirações políticas das majorias. Ver mais em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2008.

¹⁰ O âmbito do não decidível contempla os direitos fundamentais, que se colocam como fragmentos de soberania popular e, como tais, não podem ser objeto de disposição política, por se colocarem como mecanismos de equilíbrio social e proteção das minorias. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018.

3 O REDIMENSIONAMENTO DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL: OS QUATRO POSTULADOS DO MODELO GARANTISTA

A dimensão substancial da democracia¹¹ alterou sobremaneira a estrutura do estado de direito. Esse contexto não abarca apenas a subordinação do poder legislativo à legalidade, mas a submissão da política aos direitos fundamentais, previstos nas constituições e sobrepostos à atuação das maiorias políticas eventuais. Assim, emergiu um cenário de integração entre as condições de validade do direito e as suas fontes de legitimidade democrática, adstritas à consagração dos princípios constitucionais (CADEMARTORI, 2006, p. 18).

O paradigma constitucional garantista, decorrente dessa mudança na estrutura do estado de direito, pode ser descrito com base em quatro postulados, que se referem às garantias primárias/secundárias¹², e, nominalmente, são: a) o princípio da legalidade; b) o princípio da plenitude deontica; c) o princípio da jurisdicionalidade; e d) o princípio da acionabilidade. Esses elementos descrevem o estado democrático a partir de regramentos disciplinadores da produção jurídica, cuja violação enseja o surgimento de um direito ilegítimo (FERRAJOLI, 2014, p. 57-60).

Os dois primeiros princípios mantêm relações normativas e lógicas nos vários níveis de estruturação do paradigma constitucional. Desse modo, tendo em vista que as liberdades negativas fixam proibições de lesão, e os direitos sociais pressupõem atuação estatal de cunho positivo, a legalidade e a plenitude atuam nas esferas lógica e teórica, com o fulcro de imporem ao direito uma necessária coesão, que, na prática, nem sempre se observa (FERRAJOLI, 2014, p. 61).

Já os postulados da jurisdicionalidade e acionabilidade são exclusivamente teóricos, implicadores da legalidade e da plenitude sob o prisma lógico, e têm por objetivo assegurar a efetividade destes últimos na vida prática. Atuam subsidiariamente, concorrendo para a reparação das antinomias e lacunas decorrentes das violações dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2014, p. 61).

Esses quatro princípios interligam-se simbioticamente, tanto no plano lógico quanto no normativo, pois a acionabilidade pressupõe a jurisdicionalidade, que reclama a plenitude deontica, a qual se ampara na legalidade. A bem de um projeto que fomente a prevalência do constitucionalismo garantista, impõe-se o redimensionamento da democracia substancial, a partir do reforço e expansão da zona de influência dos citados postulados, com base na força normativa das constituições (HESSE, 1991, p. 88).

3.1 O princípio da estrita legalidade

O *princípio da legalidade* vincula todos à observância da lei. Constitui princípio de não contradição, funcionando como elemento de referência para a identificação de antinomias e/ou lacunas no ordenamento (BOBBIO, 1980, p. 111). Quando vigente o estado legislativo de direito, instituído após as revoluções liberais do século 18, tal postulado não atuou em sua plenitude, porque a atividade legislativa tinha ascendência sobre a aplicação administrativa e judicial do direito, ante a existência de uma verdadeira onipotência do poder político (FERRAJOLI, 2014, p. 57).

Mediante a ascensão do paradigma constitucional, em meados do século 20 a legalidade tornou-se mais relevante e complexa, como princípio lógico-normativo. Assim, passaram a atuar mais fortemente as normas primárias, formais e substanciais (novidade), com o fulcro de impor limites e vínculos ao exercício dos poderes. O constitucionalismo garantista defende o avanço do espectro de influência do princípio da legalidade,

¹¹ A dimensão substancial da democracia, adicionada à clássica dimensão formal, trouxe à tona um conjunto de limites e vínculos aplicável à totalidade das espécies de poderes, públicos e/ou privados. Assim, todas as ações com repercussão jurídica passaram a se submeter ao controle material de constitucionalidade empreendido pelo Poder Judiciário, que atua para repelir atos contrários ao texto constitucional, em especial aos direitos fundamentais. Ver SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹² Son éstas las garantías no ya simplemente de la rigidez constitucional, sino inmediatamente de los principios y los derechos constitucionalmente establecidos: por un lado, las garantías primarias consistentes en las prohibiciones de lesión de los derechos individuales y en las obligaciones de satisfacción de los derechos sociales; por el otro, las garantías secundarias consistentes en la reparación de las violaciones de las garantías primarias. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria do direito e da democracia 2. Teoria da democracia. Madri: Trotta, 2013. p. 92-93).

sobretudo no sentido de frear as forças econômicas privadas e/ou supranacionais, comumente inalcançadas pelas legislações dos estados soberanos, restritas aos seus territórios (FERRAJOLI, 2013, p. 37).

O princípio da legalidade, inobstante essencial para a subsistência do estado de direito, encontra-se imerso numa permanente crise em razão de múltiplos fatores. Dentre eles, destaca-se a reiterada utilização de manobras legislativas, tendentes à redução do nível de precisão dos textos legais, daí porque urge refundar a legalidade ordinária para que seja restabelecida a dignidade legislativa, abalada pela ausência de limites práticos aos legisladores (FERRAJOLI, 2008, p. 258).

A atividade de elaboração das leis deve estar condicionada pela metanorma intitulada *princípio da estrita legalidade*, cujo fulcro é compelir o legislador a produzir o conteúdo mais simples possível, com base em um rigoroso processo de economia. A estrita legalidade tem a atribuição de cancelar a validade das leis, que se baseia na adequação de forma e conteúdo legal às pertinentes prescrições contidas na constituição (FERRAJOLI, 2009, p. 76).

A metanorma em questão constitui reação ante a um visível e evolutivo processo de degradação da linguagem legal, atuando para assegurar a sua precisão semântica, como princípio de racionalização da gramática jurídica. Desse modo, a lei pode efetivamente vincular os intérpretes à sua estrita aplicação, na medida em que os conteúdos apresentem as máximas exatidão e precisão possíveis (STRECK, 2017, p. 192).

As intervenções indesejadas do legislador concentram-se majoritariamente nos âmbitos do direito penal/processo penal, quando a crescente inflação legislativa de emergência tem concorrido para o ocaso do princípio da legalidade. Ferrajoli, opondo-se ao fenômeno citado, apregoa a substituição da mera reserva de lei, atualmente vigente, pela reserva de código, mediante a introdução de dispositivos constitucionais que impossibilitem inovação, em direito penal e processual penal, fora do respectivo código (FERRAJOLI, 2008, p. 216-217).

Trata-se de uma proposta recodificadora do direito penal/processual penal, com base na metagarantia da estrita legalidade, que se presta a frear os abusos advindos de legislações especiais e a endossar a integração/coerência do respectivo conjunto de normas. Os códigos, sendo simples e claros, funcionariam como centralizadores da legislação, mantendo-a a mais coesa possível e tutelando os direitos dos cidadãos perante o arbítrio e à volatilidade do legislador (FERRAJOLI, 2000, p. 69).

A estrita legalidade, condicionante da validade das leis à sua coerência com espécies normativas hierarquicamente superiores, sem dúvida concorreria para o aprimoramento da linguagem legal. Esse fenômeno aclararia diversas outras questões fundamentais à adequada aplicação da norma penal/processual penal, tais como garantias relativas aos elementos constitutivos dos delitos, materialidade e culpabilidade do autor, só para citar alguns exemplos (FERRAJOLI, 2009, p. 498).

A atuação da estrita legalidade, ao impor maior coerência ao sistema jurídico em âmbito global, corre para o redimensionamento da relação entre jurisdição e legislação, além de referendar uma atuação jurisdicional idônea, compatível com o sistema de direitos e garantias insculpidos na constituição. Nessa perspectiva, o garantismo visa a assegurar o respeito às liberdades e aos direitos sociais por meio da atuação das respectivas garantias (GUASTINI, 1993, p. 174).

3.2 O princípio da plenitude deontica

O *princípio da plenitude deontica* tutela a efetivação das garantias primárias, cujos objetivos são proibir lesão a direito, no âmbito das liberdades negativas, e/ou efetivar os direitos sociais. Trata-se de um postulado lógico-normativo, pois evidencia a normatividade dos princípios constitucionais e direitos por eles resguardados, que redundam em expectativas negativas e/ou positivas, das quais decorrem vedações e obrigações (FERRAJOLI, 2014, p. 58).

A plenitude deontica assume particular importância para a expansão do paradigma constitucional, porque reforça garantias primárias relativas às quatro classes de direitos: os civis, os políticos, os sociais e as liberdades negativas. No âmbito das liberdades, a plenitude exerce um papel central, sobretudo junto ao direito e ao processo penal, pois, nessas searas, se faz necessária a introdução de rígidas garantias, que concorram

para a preservação da integridade do cidadão sob investigação, acusação ou mesmo quando condenado pelo Estado (FERRAJOLI, 2011a, p. 139).

Ainda no campo do direito/processo penal, em atenção à temática das penas, tendo em vista que os centros de custódia, em geral, impõem privações mais gravosas que as originalmente fixadas aos condenados¹³, é adequada a redução das penas privativas de liberdade ao mínimo possível (BECCARIA, 2011, p. 281). Outras deliberações, tais como a extinção da prisão perpétua e a descriminalização das contravenções penais, também são medidas que se impõem, por serem condizentes com o reforço ao princípio da plenitude aplicado às liberdades negativas (FERRAJOLI, 2009, p. 195).

Segundo Ferrajoli (2008), a privação de liberdade deve ser utilizada somente quando constatado o vilipêndio a bens sociais realmente relevantes, tal qual com a atuação da criminalidade organizada/prática de crimes contra o patrimônio público, pois, em tais casos, ocorre uma afetação da estabilidade social¹⁴.

A mais gravosa decorrência do desrespeito ao princípio da plenitude guarda relação com a incipiência das garantias destinadas a efetivar os direitos sociais, em especial os mais triviais, o que redundará num altíssimo grau de ilegitimidade dos ordenamentos jurídicos teoricamente democráticos, não apenas em âmbito supranacional, quando a ausência de garantias é quase absoluta, mas também nos regulares ordenamentos jurídicos dos estados nacionais, que, não raro, sequer contêm mecanismos de preservação das garantias sociais existentes (FERRAJOLI, 2014, p. 199).

Credita-se a progressiva extinção dos direitos sociais ao seu custo, como se os sistemas políticos visassem a auferir lucro. É fato que o passivo social, decorrente da inexistência de direitos primários, é muito mais elevado que mantê-los, pois a economia cresce tanto mais quanto os cidadãos possuam melhores condições de vida, o que lhes concede acesso a rendimentos mais expressivos e a uma maior cota de participação no mercado consumidor (FERRAJOLI, 2019, p. 68).

Os países europeus, que estabeleceram prioridade para os direitos sociais após a Segunda Guerra, vislumbraram grandiosos índices de pujança econômica, realidade que vem em decadência já há algumas décadas em razão do abandono de tal política. Não coincidentemente, a crise econômica veio tão logo os direitos sociais passaram a ser cerceados, com o corte de investimentos públicos em setores sociais estratégicos (saúde e educação, por exemplo), bem como a eliminação de direitos trabalhistas (FERRAJOLI, 2014, p. 200).

Na sociedade contemporânea, sobreviver não depende apenas de aspirações pessoais. Assumiu, pois, contornos de artificialidade, na contramão do teorizado por Locke (2014, p. 45), que, num momento histórico, totalmente diverso do vivenciado atualmente, considerou o trabalho uma faculdade humana. Diante desse quadro de incerteza, o Estado deve, ao menos, promover a instituição de uma renda básica universal que assegure a todos uma existência minimamente digna (FERRAJOLI, 2018, p. 32).

A renda básica deve responder ao progressivo aviltamento das relações laborais, que acaba por forçar o indivíduo a sujeitar-se a qualquer *status* de trabalho, mesmo degradante, dada a sua premente necessidade de sobrevivência (BRONZINI, 2011, p. 38). A renda básica apresenta-se sob duas modalidades: uma devida somente aos que demonstrem não possuir meios para a subsistência, e outra incondicional, legalmente assegurada a todos os cidadãos, estando estes dispensados da apresentação de qualquer prova para fazer jus ao benefício (CARBONELL, 2008, p. 185).

A segunda modalidade é a recomendada, por preservar a dignidade dos cidadãos necessitados, deles retirando o estigma de mendigos ou incapazes de trabalhar. Ademais, a adoção da renda básica reduz a degradação das relações laborais, pois as pessoas, já dispostas de um rendimento mínimo, terão como optar pelos vínculos nos quais os seus direitos sejam efetivamente respeitados, consoante o ideário de trabalho enquanto valor constitucional. Essa perspectiva é qualificada, por Ferrajoli (2019), como constitucionalismo de terceira geração (p. 170).

¹³ Ver FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.

¹⁴ Com esses ajustes, a política penitenciária existente no Brasil, que apenas concorre para o encarceramento dos pequenos criminosos, poderia deixar de fomentar a segregação social desde muito observada. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 176.

3.3 O princípio da jurisdicionalidade

O respeito ao *princípio da jurisdicionalidade*, que se ocupa das garantias secundárias, é requisito sem o qual os princípios da legalidade e plenitude não podem cumprir os seus desideratos. Estado de direito e jurisdição estão conectados por um liame biunívoco¹⁵, a partir do qual a existência daquele consiste na sujeição do poder ao direito, momento em que a jurisdição assume importante e ativo papel (FERRAJOLI, 2014, p. 219).

Durante a vigência do estado legislativo, o rol de limites e vínculos impostos ao poder público era muito restrito, dada a sua mínima atuação, limitada à garantia da ordem interna. Ademais, a política, então onipotente, não estava sujeita a qualquer controle de legalidade por parte do Poder Judiciário, que, em regra, cumpria um papel protocolar, como mera “boca da lei” (FERRAJOLI, 2011a, p. 128).

Sob a égide do paradigma constitucional, a jurisdição deixou a condição de mera coadjuvante do poder político para ser alçada à de garantidora de direitos, funcionando como detratora de ilegalidades/inconstitucionalidades, à luz da metanorma da estrita legalidade. Operou-se uma articulação entre as inúmeras instâncias de jurisdição, com o estabelecimento de um sistema de limites e vínculos a todos os poderes, públicos e privados (FIGUEROA, 2008, p. 516).

Observou-se, também, uma relativa expansão jurisdicional para além das fronteiras nacionais, a partir da instituição de diversos tribunais internacionais, com destaque para o tribunal penal internacional (CÁR-COVA, 2016, p. 91). Em que pese o surgimento destes órgãos, ante a carência de garantias que permeiam o direito internacional, a sua efetividade, até o momento, é praticamente nula, sobretudo junto aos países de poderio econômico-militar mais expressivo.

A jurisdição tem servido, ainda, como válvula de escape para os titulares dos direitos, quando a política falha no cumprimento do seu papel de assegurá-los, tendo não raro atuado em pautas relevantes, como as alusivas ao meio ambiente, aos direitos dos imigrantes e à bioética. Essa expansão do alcance jurisdicional relaciona-se diretamente com a proeminência do paradigma garantista, que está ancorado em um conjunto de limites que vincula os poderes sob a égide do princípio da legalidade (IBÁNEZ, 2007, p. 42).

O processo de expansão jurisdicional deve se desenvolver indefinidamente, projetando-se para o futuro, posta a necessidade de reformulação das relações entre os poderes e, sobretudo, de diminuição do vazio de direito público observado em âmbito internacional. Por outro lado, é fulcral que o Poder Judiciário se mantenha fiel à aplicação da lei, tal qual concebida pelo legislador, sob pena de se intrometer ilegalmente em questões legítimas, colocando em risco a confiabilidade do sistema (FERRAJOLI, 2014, p. 225).

Deve o Poder Judiciário orientar-se pela concepção garantista de constitucionalismo, que rejeita a abordagem dos direitos fundamentais enquanto princípios confiados à ponderação e ao ativismo. Nessa esteira, cabe aos aplicadores das leis a responsabilidade e, sobretudo, a consciência institucional acerca de qual o seu papel enquanto intérpretes.

3.4 O princípio da acionabilidade

A existência da jurisdição reclama maneiras de ativá-la, daí a razão de ser do *princípio da acionabilidade*, postulado que permite aos sujeitos violados em seus direitos o acesso às correspondentes garantias secundárias, consubstanciadas na intervenção do estado-juiz (FERRAJOLI, 2011a, p. 192).

Desse modo, o acesso à justiça deve ser reputado direito universal em duplo sentido: como vetor de garantia de direitos fundamentais a todas as pessoas, e em segurança de todos os direitos eventualmente desrespeitados. Assim, apresenta especial relevância, sobretudo em países da América Latina, a defensoria pública, na condição de facilitadora do acesso à justiça pelos que não podem pagar por serviços advocatícios (FERRAJOLI, 2014, p. 227).

Outro órgão importante para o processo de universalização do acesso à justiça é o Ministério Público que, além de exercer o seu tradicional *munus* acusatório, tem a prerrogativa de mover ações visando à observância dos direitos fundamentais, em especial os sociais. Também a natureza pública da ação penal representa evolução, na medida em que se reputa insuficiente a existência de um sistema acusatório privado, especialmente quando o delito em discussão ofende a sociedade (FERRAJOLI, 2009, p. 455).

¹⁵ Ver SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

O Ministério Público, como representante da coletividade em ações penais, é uma decorrência da obrigatoriedade de atuação das garantias secundárias dos direitos, bens e interesses tutelados. Esse reflexo não atinge apenas os direitos de liberdade, estendendo-se para os sociais, que são leis de proteção do cidadão mais frágil, cujo apoio exige a presença de garantias, efetivadas a partir da atuação do *parquet* (FERRAJOLI, 2014, p. 229).

Para além das atividades das referidas instituições, tem-se observado uma contínua expansão do princípio da acionabilidade. Esse fenômeno ocorre, sobretudo, pela atuação de órgãos públicos do Poder Executivo e entidades de interesse público independentes, a quem as constituições têm atribuído legitimidade para o acionamento da justiça constitucional em casos de inconstitucionalidades, revestindo-se do *status* de verdadeiras instituições de garantias (FERRAJOLI, 2014, p. 230).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Luigi Ferrajoli tem feito críticas coerentes ao atual estado constitucional e às dimensões formal e substancial da democracia. Para o teórico italiano, os Poderes, em especial de matriz econômica, encontram-se desregulados, o que alimenta perigosos processos desconstitutivos do estado de direito, dentre eles o mais grave: a submissão da política a interesses privados em prejuízo da coletividade. Some-se a isso o enfraquecimento do modelo das soberanias nacionais vigentes, cujo exercício é restrito aos territórios dos respectivos países, enquanto a globalização assegura ao capital a mais ampla liberdade de circulação.

Essa incapacidade de os Estados apresentarem soluções para conter a livre-atuação dos Poderes desregulados, para além de suas fronteiras, tem concorrido para o endêmico aumento dos níveis de desigualdade social, do emprego da guerra como recurso para a resolução de conflitos e da intensa poluição ao meio ambiente, fatores que, certamente, trarão prejuízos irreversíveis para o planeta a médio e longo prazos.

Para que o redimensionamento da democracia formal seja exitoso, é fundamental separar os poderes políticos dos econômicos, de forma que a política, com a sua natureza heterônoma, imponha limites à atuação da economia. Desse modo, é importante compreender que a autonomia da vontade e a propriedade são direitos-poderes e não liberdades jurídicas fundamentais, podendo ser legalmente limitadas.

A desmobilização partidária, reflexo do processo de controle direto das massas pelos detentores de cargos públicos, tem executado a tarefa de tornar acéfalos os partidos políticos. Estes, por sua vez, precisam retornar à condição de instituições independentes, espaços voltados para discussões programáticas, pertinentes ao respectivo projeto de atuação institucional.

Por outro lado, urge uma reformulação do clássico modelo tripartite de Poderes, elaborado há muito por Montesquieu (2014), porque as relações sociais adquiriram um grau de complexidade muito maior no mundo contemporâneo. Por isso, a teoria garantista afirma que a separação dos Poderes deveria ganhar uma nova roupagem, fundando-se na complementariedade de competências entre instituições de governo e de garantia.

No plano da democracia substancial, Luigi Ferrajoli (2014) propõe a estruturação do estado democrático a partir dos quatro postulados/princípios suprarreferidos, que referendam a supremacia dos direitos fundamentais e a sua expansão para além das fronteiras nacionais. Recorde-se que tais princípios interligam-se simbioticamente, tanto no plano lógico quanto no normativo, e agem para assegurar o respeito às leis conforme concebidas, vedando eventuais malabarismos jurídicos.

Em resumo, a bem de um projeto que fomente uma reformulação do estado constitucional de direito, impõe-se o redimensionamento da democracia em suas duas esferas – formal e substancial –, mediante: a) o combate aos Poderes desregulados de quaisquer espécies (reforço à democracia formal); e b) a ampliação da zona de influência dos postulados garantistas básicos, anteriormente tratados (reforço à democracia substancial).

5 REFERÊNCIAS

AZZARRITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria*. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo. Roma: Laterza, 2008.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos e de las penas*. Madri: Trotta, 2011.

- BOBBIO, Norberto. *Formalismo jurídico y formalismo ético, en contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2013.
- BRONZINI, Giuseppe. *Il reddito di cittadinanza*. Una proposta per l'Italia e per l'Europa. Turin: Abele, 2011.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Campinas: Millenium, 2006.
- CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2008.
- CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2008.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Teorías pós-positivistas*. Belo Horizonte: Letramento, 2016.
- COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Madri: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes*. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria do direito e da democracia 2. Teoria da democracia. Madri: Trotta, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. Sulla crisi della legalita penale. Una proposta: la riserva di codice. *Revista Democrazia e Diritto*. Roma, n. 2, p. 67-79, 2000.
- FIGUEROA, Alvaro Garcia. Entrevista a Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GUASTINI, Riccardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo, em GIANFORMAGGIO, L. (org.). *Le ragioni del garantismo*. Torino: Giappichelli, 1993.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.
- HOBBSAWN, Eric. *Il trionfo della borghesia*. 1848-1875. Roma: Laterza, 2006.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andres. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Edipro, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- SALVI, Cesare; VILLONE, Massimo. *Il costo della democrazia*. Eliminare sprechi, clientele e privilegi per riformare la politica. Milão: Mondadore, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- STRECK, Lenio; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- STRECK, Lenio. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- VITALE, Ermanno. *Difendersi dal potere*. Per una resistenza costituzionale. Roma: Laterza, 2010.
- WEBBER, Max. La política como vocación. In: WEBBER, Max. *El político y el científico*. Madrid: Alianza, 1967.