

GARANTIAS E GARANTISMO.

GARANTÍAS Y GARANTISMO.

Sergio Cademartori¹

Rodrigo Westphalen Leusin²

PALAVRAS-CHAVE: GARANTISMO, GARANTIAS, DIREITO E MORAL, DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO, DIREITOS SOCIAIS, DIREITOS LIBERAIS, NEOCONSTITUCIONALISMO, POSITIVISMO.

PALABRAS CLAVE: GARANTISMO, GARANTÍAS, DERECHO Y MORAL, DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN, DERECHOS SOCIALES, DERECHOS LIBERALES, NEOCONSTITUCIONALISMO, POSITIVISMO.

RESUMO:

As práticas judiciárias brasileiras inclinaram-se nos últimos anos para uma leitura tendencialmente neoconstitucionalista dos direitos consolidados na Constituição Federal de 1988, especialmente sobre aqueles nela insculpidos na forma de princípios, conforme essa mesma corrente denomina. Essa abordagem judicial, parece, aponta para o enfraquecimento do caráter democrático do Estado de Direito Constitucional, tanto no seu aspecto formal, e, especialmente, quanto ao material. Luigi Ferrajoli e outros autores brasileiros de mesma, ou aproximada cariz, oferece a leitura garantista da constituição, a fim de preservar, dentre outros

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Unilasalle - Canoas

² Mestrando em Direito do Unilassale - Canoas

conceitos fundamentais da democracia como a separação dos poderes, a separação entre direito e moral, bem como garantir os direitos fundamentais nela previstos. O presente artigo, portanto, visa a levantar hipóteses preliminares sobre violações a direitos constitucionalmente garantidos, de diversas gerações, bem como abordar, ainda que de forma incipiente, causas e consequências oriundas da baixa efetividade do direito a partir dessas hipóteses.

RESUMEN:

Las prácticas judiciales brasileñas se inclinaron en los últimos años hacia una lectura tendenciosamente neocostitucionalista de los derechos consolidados en la Constitución Federal de 1988, especialmente sobre aquellos erigidos sobre la forma de principios, conforme esa misma corriente denomina. Ese abordaje judicial parece apuntar al debilitamiento del carácter democrático del Estado de Derecho Constitucional, tanto en su aspecto formal como en el material. Luigi Ferrajoli y otros autores brasileños de la misma escuela ofrecen una lectura garantista de la constitución, a fin de preservar, entre otros conceptos fundamentales de la democracia, la separación de poderes, la separación entre derecho y moral y, asimismo, garantizar los derechos fundamentales previstos en la misma. El presente artículo, por lo tanto, conduce a esgrimir hipótesis preliminares sobre violaciones a los derechos constitucionalmente garantizados de diversas generaciones, así como aborda, aunque en forma incipiente, las causas y consecuencias debidas a la baja efectividad del derecho a partir de dichas hipótesis.

INTRODUÇÃO

No Estado de direito, a inefetividade dos direitos sociais, consagrados nas constituições contemporâneas, pode levar a impasses legítimos e políticos. Em face de dois diferentes caminhos propostos por divergentes correntes do Constitucionalismo contemporâneo para resolver o problema da baixa eficácia desses direitos – o neoconstitucionalismo e o uso reiterado e indiscriminado que faz de princípios constitucionais

na atividade decisória judicial e o constitucionalismo garantista que reinvoca a necessária concretização infraconstitucional das pretensões principiológicas constitucionais – coloca-se o dilema de se a preponderância daquele pode significar um retrocesso a práticas políticas e judiciais que outrora deram margem a manipulação do direito como meio de prevalência de interesses e ideologias de parcelas das sociedades.

Luigi Ferrajoli descreve, além da divergência acima apontada, outras diferenças significativas entre essas correntes, especialmente o fato de que no Garantismo – enquanto constitucionalismo positivista e ultrapassagem do paleopositivismo em direção à efetivação do Estado Constitucional de Direito – permanece a separação entre o direito e a moral, operando-se a contingência constitucionalmente inescapável entre tais esferas normativas, enquanto que no neoconstitucionalismo há uma necessária conexão entre ambas, que suprime esse aspecto fundamental de diferenciação do positivismo jurídico, a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça (FERRAJOLI, in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 11).

Neste trabalho, portanto, após a apresentação de linhas gerais do Garantismo de Ferrajoli, das conquistas e diferenças complementares havidas entre as teorias do Estado liberal e do Estado social, analisam-se, à luz das construções ferrajolianas, as garantias criadas para os direitos liberais e para os direitos sociais, e como hoje a efetivação de cada um deles evolui (ou não) em face das práticas legislativas, cujo parlamento se omite na tarefa de legislar a respeito dos direitos sociais constitucionalmente previstos, e das práticas judiciárias, que em face da omissão parlamentar, substituem o direito legislado, mediante a concepção principiológica tendencialmente jusnaturalista do neoconstitucionalismo.

Assim, então, pretende-se apontar hipóteses iniciais a respeito do sentido tomado pelo constitucionalismo hodierno, se o caminho da recuperação do jusnaturalismo ou da reafirmação do positivismo, via garantismo, como a via mais eficaz para consagrar os direitos eventualmente sonegados.

1 LINEAMENTOS GERAIS DO GARANTISMO

Luigi Ferrajoli, ao criticar o descumprimento do modelo penal garantista previsto na Constituição italiana e noutras de mesma cariz, aponta as consequências da divergência entre a previsão constitucional e as práticas legislativas, jurisdicionais ou as administrativas, que se resumem, simplificadamente, na ideia de tornar a constituição uma “simples referência, com mera função de mistificação ideológica” (FERRAJOLI, 2006, p.785). A partir dessa denúncia, explica o surgimento do “garantismo” como superação dessa ineficácia, atribuindo-lhe três significados, que não se restringem a efeitos no campo do direito penal; podem ser expandidos para todos os campos do ordenamento.

Como um *modelo normativo de direito*, pelo qual se poderá avaliar o grau de conformidade do ordenamento jurídico ordinário com a Constituição, ou seja, o nível de efetividade da norma superior, bem como examinar a existência de antinomias entre normas inferiores e seus princípios constitucionais, e as incongruências havidas entre as práticas das instituições do estado e as respectivas normas legais (CADEMARTORI, 2007, p.97). No âmbito político visa a estabelecer tutelas que restrinjam a violência e a ampliem as liberdades. Na esfera jurídica funciona como um sistema que vincula a função punitiva do Estado para garantia dos direitos dos cidadãos.

Como uma *teoria jurídica da validade e da efetividade*, o garantismo separa o “ser” e o “dever ser” no direito. Aqui o problema principal é a discrepância patológica entre modelos normativos (de tendência garantista) e as práticas operacionais (que tendem ao antigarantismo). Nesse sentido, essa divergência é interpretada como uma antinomia entre, de um lado, a validade e a não efetividade do modelo normativo e, de outro lado, a efetividade e invalidade da prática operacional correspondente (FERRAJOLI, 2006, p. 786).

No terceiro significado atribuído, “garantismo” exprime uma *filosofia política* “que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”, isto é, nos dizeres de Sergio Cademartori, “um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam a sua existência” (CADEMARTORI, 2007, p. 203). Essa designação permite a separação, no ordenamento, entre ser e dever ser, o que, conforme Ferrajoli, é denominado como o “ponto de vista externo”, pois *ex parte populi*, ou seja, é o

aspecto essencialmente democrático da teoria; de outro lado, há ponto de vista interno, *ex parte principis*.

Nesses três significados, conjuntamente considerados (são conexos), estabelece-se os contornos dos elementos da teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um respectivo grau de irreduzibilidade de ilegitimidade jurídica das práticas normativas inferiores; a diferença entre o ponto de vista externo (ético-político) e o ponto de vista interno (jurídico) com a correspondente divergência entre justiça e validade; e, a autonomia e precedência do ponto de vista externo em relação ao interno, em um grau irreduzível de ilegitimidade política com respeito àquele.

Em suma, conforme sintetiza Cademartori, tal teoria torna-se uma crítica das ideologias políticas, sejam jusnaturalistas ou ético-formalistas, que confundem a justiça com o direito e vice-versa, e das ideologias jurídicas, tanto normativistas quanto realistas, que confundem, no plano interno, a validade com a vigência, ou pelo contrário, a efetividade (ou eficácia) com a validade. E com Ferrajoli (FERRAJOLI, 2006, p. 788), repisando, tem-se como principal pressuposto metodológico da teoria garantista a separação entre o direito e a moral e, mais em geral, entre o ser e dever ser. Ademais, é o reconhecimento da diferença entre *normatividade* e *efetividade* que permite realizar a correta análise dos fenômenos jurídicos, evitando a dupla falta, naturalista e normativa, da assunção dos fatos como valores, ou o contrário, dos valores como fatos.

2 AS GARANTIAS NO ESTADO DE DIREITO LIBERAL

Na concepção liberal a constituição é o documento essencial da organização estatal, que visa a garantir a liberdade, através de um estatuto do poder. Esse estatuto é uma organização jurídica que além de estruturar, deve limitar o Poder do Estado (FERREIRA FILHO, 2007, p. 78); essa, pode-se dizer, foi a grande conquista do liberalismo.

Juridicamente, a expressão máxima do Estado liberal está contida na declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789. Nos ideais de John Locke, interesses burgueses são protegidos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (a

crença liberal, portanto), a soberania (de Rousseau). Dele decorre o novo direito ocidental, estabelecido numa tríade, código civil, código penal e constituição formal, onde o Código Civil exerce papel preponderante (SANTAMARIA, p. 29).

As garantias liberais ou negativas, que são as limitações atribuídas ao Estado de Direito pelo liberalismo, consistem, tão somente, nas garantias do indivíduo de não ser privado dos bens pré-políticos ou naturais – vida, liberdade e, relativamente, a propriedade³. São, portanto, deveres do Estado de não fazer, deixar viver e deixar fazer, ou seja, prestações públicas negativas.

Para o liberalismo o termo Estado de Direito designa um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, onde se desenvolveu o plano formal, pelo princípio da legalidade; não trata, portanto, da funcionalização substancial do Estado à garantia dos direitos fundamentais. O Estado liberal (e seu irmão mais novo, o neoliberalismo) não está (pre)ocupado com suas fontes de legitimação substancial (FERRAJOLI, 2006, p. 790).

Para o Estado liberal basta a conservação de um status pretérito, ou seja, é suficiente – garantindo a liberdade e a propriedade da classe que o propunha – não piorar a situação social. As garantias liberais negativas, baseadas em vedações legais, servem para defender ou conservar condições naturais ou pré-políticas de existência: a vida, a liberdade, a imunidade aos arbítrios e, acrescente-se, a não destruição do ar, da água, do meio ambiente em geral; as garantias liberais negativas são voltadas ao passado e tem uma função conservadora (FERRAJOLI, 2006, p. 795). As instituições públicas então criadas tiveram (e têm) como principais funções, a execução das leis – portanto, a realização dos princípios liberais – a facilitação do comércio e do mercado, que com o tempo se tornaram mais complexos, constituindo-se em bancos internacionais, bolsas de valores, “sistema financeiro internacional” etc (SANTAMARIA, p. 31).

O aperfeiçoamento das garantias do estado liberal ocorreu, em comparação às garantias do Estado de Direito social, de forma relativamente mais fácil: enquanto as garantias liberais exigem prestações negativas estatais consistentes no “não fazer” e por isso, conforme determinada abordagem ideológica, nada custam, as garantias sociais, por sua vez positivas,

³ Conforme Ferrajoli (2006, p. 794), “Além de invioláveis ou inderrogáveis, estes direitos são também indisponíveis e inalienáveis: e é precisamente isso, como melhor diremos no parágrafo 60.2, que os distingue de qualquer outro tipo de direito, em particular do direito de propriedade e dos outros direitos patrimoniais, que não são invioláveis enquanto não são, obviamente, inalienáveis.”

têm um custo (não maior que a sua não efetivação); enquanto os direitos liberais requerem uma posição passiva dos agentes públicos, os direitos sociais exigem uma posição ativa; em terceiro lugar, *se a violação das públicas vedações postas em garantia dos “direitos de” dão lugar a antinomias, isto é, a normas vigentes mas inválidas, a violação das obrigações públicas postas em garantias dos “direitos a” dá lugar a lacunas, isto é, à falta de normas: e, se um antinomia pode ser resolvida com a anulação ou a reforma da norma inválida, uma lacuna pode ser apenas colmatada por meio de uma atividade normativa nem sempre facilmente coercível ou sub-rogável.* (FERRAJOLI, 2006, p. 797).

Todavia, tal posição, em geral adotada pela doutrina clássica, de que o Estado liberal é menos demandante (ou nada demandante) dos recursos estatais (comparativamente ao Estado social), ou de que para a garantia dos direitos liberais a mera abstenção de agir é bastante, não resiste a uma crítica mais aprofundada. Ocorre que todos os direitos, sejam civis, políticos, econômicos ou culturais têm um custo. No caso específico do direito de propriedade, por exemplo, exige-se para sua garantia um aparato estatal extenso, como os cartórios públicos de registro da propriedade (atividade administrativa de regulação), o exercício do poder de polícia, o processamento e condenação judicial frente à violação do direito e a promoção de acesso ao bem que constitui o objeto do direito (ABRAMOVICH e COURTIS, 2009, p. 5).

Aqui, se por um lado o homem logrou o ideal de liberdade diante do Estado, especialmente com a implementação de um documento solene que lhe garantia formalmente uma gama de direitos – de 1ª geração –, por outro, essa garantia reduzia-se ao campo meramente formal, pois, no paradigma constitucional do Estado liberal de direito, a condição humana não melhorou muito em relação à situação pré-moderna, haja vista que a alteração aconteceu apenas no âmbito do “senhor”, em quase nada alterando a condição do servo.

Em poucas palavras, tomadas da lavra do mestre italiano, “onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações negativas para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como Estado de direito liberal (...)” (FERRAJOLI, 2006, p. 795).

3 AS GARANTIAS NO ESTADO DE DIREITO SOCIAL

O Estado de direito social, para além da garantia dos direitos de liberdade, incorpora como obrigações do Estado as prestações positivas para garantia dos direitos sociais.

As constituições superam o ideário liberal dos “direitos de” transmutando a posição do Estado para que garanta “direitos a”, ou seja, para além dos direitos de liberdade, outros direitos, tais como à subsistência, à moradia, à saúde, à educação, à informação etc. correspondem a obrigações do estado perante o cidadão e consistem em expectativas deste (FERRAJOLI, 2006, p. 794). Enquanto o Estado de Direito liberal deve, tão somente, não piorar as condições de vida dos cidadãos, o Estado de Direito social, além disso, deve melhorá-las. Essa distinção advém da diferente natureza dos bens a serem preservados: no liberalismo o estado deve preservar as condições naturais ou pré-políticas de existência, no estado social deve prover garantias sociais positivas, viabilizando ao cidadão sustentar condições sociais de vida, mediante a aquisição de subsistência, saúde, educação, trabalho, moradia etc. (CADEMARTORI, 2007, p. 210).

O Estado de Direito social se expande, incluindo, além das garantias dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade, os direitos sociais; as garantias sociais estão voltadas ao futuro e tem um caráter inovador.

Assim, modifica-se a estrutura normativa do poder estatal, para que possa cumprir o desiderato de satisfazer “direitos a” e não mais, apenas, proteger “direitos de”. Não obstante, é claro e desejado, que tais diferentes modelos de estado não se excluem entre si. Todavia, também não são plenamente coerentes ou se afetam dependentemente e reciprocamente, num sentido de que a plena liberdade só poderia ser alcançada mediante o alcance da plena igualdade; ao contrário, existiram estados anti-liberais, como os socialistas, ou antiliberais e antissociais, como as ditaduras da América Latina, ou estados tanto liberais como sociais, como são exemplo os estados de *welfare state*. (FERRAJOLI, 2009, p.862)

Apesar da construção do Estado social estar evidenciada e escrita em diversas Constituições e, precipuamente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tais enunciados constitucionais substanciais não estão acompanhados de garantias sociais ou positivas suficientes e adequadas para sua máxima efetivação possível.

Ao contrário do que parece e do que o senso comum permite compreender, mesmo nos avançados *Welfare States*, a efetivação dos direitos sociais se deu nos espaços de discricionariedade das administrações públicas, através de políticas públicas sem amparo legal vinculante, *el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas* (FERRAJOLI, 2009, 862), não havendo uma elaboração aperfeiçoada de direitos sociais nas esferas legislativas infra-constitucionais, que vinculassem o Estado, no âmbito de todos os seus poderes, especialmente, no âmbito judicial, a normas positivas e subsumíveis, tal como se desenvolveu no decorrer de todo o século XX, em relação ao direito de propriedade, *v.g.*

Esse mesmo quadro de omissão legislativa infraconstitucional ocorre nos estados latino-americanos, tomando gravidade relevante em estados desiguais tal como o Brasil. No caso desse país, em que pese os recentes avanços em políticas sociais, com uma gradativa, mas ainda lenta diminuição das diferenças sociais e, portanto, da injustiça, tais conquistas não estão garantidas em regras positivas lastreadas no princípios constitucionais que as programam e que as prometem. São meras políticas de governo, suscetíveis de abandono, mediante uma simples alteração de vontade eleitoral, essa sempre sensível às manipulações de opinião e que, mesmo hoje, na hipótese de que sejam reclamadas por um cidadão a um tribunal, podem ser negadas pela desvinculação decisória do juiz frente a tais programas sócio-políticos, ou pelo mero seu ativismo judicial, interpretando e (des)aplicando princípios.

Parece, portanto, ser nesse espaço vazio havido entre as normas constitucionais que definem os direitos sociais como princípios e a ausência de legislações positivas e subsumíveis, que se encontra o campo fértil para a desdiferenciação dos poderes de estado, para sua deslegitimação, para a crise do direito e, portanto, da política.

4 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: RECUPERAÇÃO DO JUSNATURALISMO OU CONSAGRAÇÃO DO POSITIVISMO VIA GARANTISMO

O Constitucionalismo contemporâneo apresenta Constituições que garantem as esferas políticas dos cidadãos, limitando o poder do estado tanto internamente quanto externamente. Também garantem os direitos civis, acolhendo-os de uma tradição liberal que

há muito os garante, com base em culturas (saber), instituições e direito consolidados positivados.

As constituições contemporâneas também definem os direitos sociais de modo universal, programando o desenvolvimento de um estado mais complexo, provedor desses direitos. Até cria instrumentos, como o Mandado de Injunção, para que se obrigue o Estado legislador a positivar as regras necessárias para sua efetivação.

Todavia, a cultura e o saber, as instituições e o direito hoje consolidados teimam em não avançar em prol da realização desse Estado Constitucional Democrático, porque ainda arraigados e apoderados nas pretensões burguesas sete e oitocentistas, situação que provoca a crise do Estado e, portanto, do Direito, deslegitimando-o pela inefetividade em concretizar, mesmo no mínimo necessário, os direitos sociais.

Cria-se então um espaço de omissão, entre os princípios constitucionais e a ausência das regras de suas efetivações, onde inserem-se outros poderes. Parcela desse espaço é ocupada pelo Poder Judiciário, que através da concepção neoconstitucionalista, vê-se dotado de uma pretensa legitimidade para criar o direito, a partir do caso concreto até o nível de controle de constitucionalidade (controle concentrado e difuso de constitucionalidade), através da assimilação de que os princípios constitucionais são o sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como sendo o “suporte dos valores da sociedade”. (STRECK in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 11).

A incorporação de valores superiores nas constituições contemporâneas, estabelecidos em direitos fundamentais (incluindo-se, evidentemente, os direitos sociais) considerados como princípios, motiva os autores neoconstitucionalistas a asseverar a extinção, ou pelo menos, a superação, de uma das premissas do juspositivismo: a tese da separação entre direito e moral. Além disso, uma característica do neoconstitucionalismo é a concepção dos direitos fundamentais como princípios em constante colisão, de tal sorte que as técnicas de argumentação para solução dos conflitos principiológicos, adotadas pelos magistrados, assumiram centralidade para essa concepção. (CADEMARTORI, in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 256).

Dessarte, esse posicionamento do magistrado, adotando o ideário neoconstitucionalista, deslocou a principal fonte do direito; agora não mais a lei, mas sim a decisão judicial. O exercício das técnicas de argumentação, tal como o uso da ponderação,

substitui a racionalidade legislativa. E essa posição, reforçando a relegação e a omissão da atividade parlamentar ao segundo plano, implica o enfraquecimento e a consolidação dos direitos sociais a “genéricas recomendações ético-políticas”. (CADEMARTORI, in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 257).

A redução, portanto, dos direitos fundamentais sociais à princípios ético-políticos, originados de argumentos morais, degenera a força vinculante que tais direitos deveriam possuir, tal como foi atribuída aos direitos civis liberais. Enquanto deveriam servir aos juízes como argumento de provocação do parlamento para que concretizassem tais princípios em regras subsumíveis – o que também provocaria, necessariamente, o aperfeiçoamento das instituições de garantia para efetivá-los – os direitos fundamentais, especialmente os de cariz social, tornam-se meras invenções normativas, neutralizados como se fossem princípios ético-políticos de criação jurisprudencial.

Sendo assim, a Jurisprudência e a Ciência Jurídica, apoderada da criação da legislação em detrimento do Parlamento, reassume a posição de fonte suprema do direito, representando uma espécie de regressão ao direito jurisprudencial pré-moderno. (FERRAJOLI, 2012, p. 38)

Noutro aspecto, o neoconstitucionalismo, sufocando a já fraca pretensão legiferante em relação aos direitos sociais, pressupõe como dito alhures, para justificar-se, o afastamento da distinção necessária entre direito e moral, pois no próprio ordenamento jurídico já existiria uma “pretensão de justiça”, um “mínimo ético”, onde os princípios constitucionais seriam objetivamente justos, portanto, desprezando a necessidade de que sejam convertidos em regras subsumíveis, ou, pelo menos, democraticamente criadas pelo Parlamento. Conforme ensina Ferrajoli, isso significa, em suma, o mesmo que a velha tese jusnaturalista, contrária, oposta a tese juspositivista da separação entre direito e moral, *segundo a qual a existência ou a validade de uma norma não implicam, de modo algum, a justiça, da mesma forma como a sua justiça não implica, de modo algum, a sua validade*” (FERRAJOLI, 2006, 855). A separação entre direito e moral, além de fundamento do próprio liberalismo e da própria democracia constitucional, também por isso é pressuposto do reconhecimento e premissa do pluralismo moral, ideológico e cultural.

Ademais, a defesa da separação entre direito e moral (e a negação do cognitivismo ético) é, outrossim, a principal garantia da submissão dos magistrados à lei. Todavia, esse

pressuposto do Garantismo, que é a separação entre direito moral, não ignora a abordagem da moral e do político sobre o direito; na verdade, ele estabelece a sua autonomia, *mas também o primado do ponto de vista jurídico interno como do ponto de vista da crítica externa, da projeção e da transformação institucional; e, ainda, se a lei é considerada intoleravelmente imoral, como fundamento do dever moral à desobediência civil*, porque, nesse caso último, a moral não está atrelada à obediência à lei que o Direito supõe (FERRAJOLI, in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 20-21).

Observe-se, então, que dentre as divergências decorrentes da confusão oriunda da concepção neoconstitucional entre validade e justiça, validade e vigência e vigência e eficácia, a divergência entre o “dever ser constitucional” e o “ser” legislativo do direito, não pode, afirma Ferrajoli, ser reparada através da argumentação moral e pela ponderação judicial.

Todavia, no positivismo constitucional garantista essa reparação não é atribuída ao juiz; somente à legislação e, portanto, à política. É natural que os juízes, dentro do seu espaço fisiológico, interpretem a lei conforme a Constituição, mas tão somente ampliando ou restringindo o seu alcance. Podem mesmo aplicar diretamente a norma constitucional nos casos que não exigem a regulamentação legal inferior.

Não pode o juiz, entretanto, “colmatar” as “lacunas estruturais” e suprir a interposição da legislação advinda do Parlamento democraticamente eleito para introduzir a garantia da efetividade.

A efetividade do Direito em toda sua amplitude constitucional carece, portanto, de que os papéis atribuídos a cada poder do estado sejam exercidos independentemente, conforme suas funções constitucionalmente definidas, sob pena da precariedade do alcance das garantias desses direitos (e do próprio objeto de direito, portanto) e, também, da violação dos princípios liberais e democráticos, tal como a separação dos poderes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção neoconstitucionalista parece inclinar o Estado Constitucional de Direito a um regresso a posições menos democráticas, portanto, à sua falência integral, na medida em

que atribui ao poder judiciário papéis que não são seus, confundindo direito e moral, totalizando num único entendimento conceitos morais e jurídicos, violando a separação de poderes.

Ao contrário do que ocorre em países de tradições democráticas mais consolidadas e que os poderes – ao contrário do que a abordagem garantista revela quanto à realidade brasileira onde o parlamento enfraquece-se frente aos poderes executivo e judiciário – são mais segmentados (na Alemanha, por exemplo, onde jurisdição constitucional tem seu Tribunal), no Brasil o neoconstitucionalismo reforça baixa tradição democrática, viabilizando a supressão da norma legislada pela norma jurisprudencial.

No Garantismo, entretanto, instrumentaliza-se a superação do aspecto fundamental da crítica ao neoconstitucionalismo, o arbítrio. No arbítrio, não há política e sem política, não há democracia. A democracia é construída a partir do direito e este, não está a reboque da política, da moral ou da economia (STRECK, in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 101).

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 4.^a edição, 3.^a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito; traduções e notas Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio. A água como um bem fundamental e o direito à água potável como um direito humano fundamental: propostas teóricas de políticas públicas. Porto Alegre: 2014.

CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista. 2.^a ed. atualizada e ampliada. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina, 7.^a edição (2.^a reimpressão), 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética, direito, moral e religião no mundo moderno. 2.^a ed. rev. São Paulo: Companhia das letras, 2008.

_____. A afirmação história dos direitos humanos. 7.^a edição. 3.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2.^a ed. rev. e ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, etc.... São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Democracia y garantismo. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. Edição digital. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Organizadores Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade, Alexandre Morais da Rosa, Alfredo Copetti Neto, Carlos Luiz Strapazzon, João Maurício Adeodato, Rafael Tomaz de Oliveira, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Derecho y razón, 9.^a ed. Madrid, Trotta, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 4.^a edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 6.^a edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 4. Ed. 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. Retos de una nueva institucionalidad estatal. In Neoconstitucionalismo y Sociedad, org. Ramiro Ávila Santamaria. 1.ª edição. Série Justicia Y Derechos Humanos, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11.ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SEN, Amartya. A ideia de Justiça. Tradução de Denise Bottman e Ricardo D. Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lênio Luiz / MORAIS, José Luiz Bolzan. Ciência política e teoria do estado. 7.ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.