

# **A TEORIA GARANTISTA E A FUNÇÃO JUDICIAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

## **PROTECTIONIST THEORY AND JUDICIAL FUNCTION IN PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

**Caroline Rossatto Stefani<sup>1</sup>**

**Janaina Cristina Battistelo Cignachi<sup>2</sup>**

### **Resumo:**

A expansão da jurisdição no paradigma liberal trouxe para a nova democracia a tutela dos bens fundamentais, como a vida e a liberdade, considerados, nas palavras de Luigi Ferrajoli, como “direitos da maioria”. Todavia, não basta apenas ao Estado assegurar estes direitos, havendo a necessidade de intervenção do Poder Judiciário na garantia e tutela dos direitos consagrados constitucionalmente. Ocorre que, muitas vezes, surgem as chamadas violações de direitos, que acabam pondo em risco a sua efetividade. Dentro deste cenário, surge a teoria garantista, como meio de solução para a atual crise do mundo jurídico, na busca pela almejada tutela dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Garantismo. Direitos Fundamentais. Estado. Jurisdição.

### **Abstract:**

The expansion of jurisdiction in the liberal paradigm has brought to the new democracy the protection of basic goods, such as life and liberty, according to Luigi Ferrajoli's words: "rights of the majority." However, it is not enough to the state assure these rights, thus requiring the intervention of the judiciary in ensuring and protection of constitutional rights. In fact, it often arise calls violations of rights that end risking its effectiveness. Within this scene, the

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Ambiental pela UCS. Pós-graduada em Direito Processual pela UCS. Graduada em Direito pela Unisinos. Advogada licenciada. Bolsista CAPES. *E-mail:* carolrs\_7@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Graduada em Direito pela mesma Instituição. Membro do Grupo de Pesquisa Alfabetização Ecológica da Universidade de Caxias do Sul. Advogada e Assessora Jurídica Municipal. Taxista CAPES. *E-mail:* janaina.cignachi@hotmail.com

protectionist theory emerges as a means of solution to the current crisis of the legal world, the search for the desired protection of fundamental rights.

**Keywords:** Guaranteeism. Fundamental Rights. Jurisdiction.

## 1. Introdução

Com o surgimento do Estado constitucional no final do século XVIII, surgem os direitos fundamentais do homem, sob o aspecto de expressão da condição humana, integrando o sistema de governo e da organização do poder, como uma essência de Estado constitucional, fazendo, não apenas parte da Constituição formal, mas também atuando como elemento da Constituição material.<sup>3</sup>

Tendo em vista a liberdade dos direitos fundamentais, surge o Estado Constitucional Democrático, passando os direitos fundamentais a serem a base e o fundamento a ideia de um Estado condicionado aos limites da Constituição.<sup>4</sup>

É neste contexto, que os direitos fundamentais equivalem, segundo Ferrajoli, a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado Constitucional de Direito.<sup>5</sup>

Ao mesmo tempo que a nova democracia passa a tutelar os direitos fundamentais, surge uma preocupação quanto a efetivação das normas que regulam esses direitos no campo jurídico, muito embora a promoção dos direitos fundamentais esteja condicionada ao Estado.

Ao que parece, o tema da eficácia das normas constitucionais tem ocupado lugar de destaque na doutrina pátria, uma vez que nem todas as normas constitucionais são auto-aplicáveis e auto-executáveis, havendo a necessidade de intervenção judicial, em determinados casos, para que haja a sua plena efetivação.

Dado o nexos que une a estrita jurisdiccionabilidade à estreita legalidade imperativa do Estado, abre-se, no plano judicial, espaços inevitáveis de discricionabilidade dispositiva, que comprometem tanto o caráter cognitivo do juízo, quanto sua sujeição exclusivamente à lei,

---

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 58.

<sup>4</sup> SARLET, op. cit., p. 59.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley Del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 22.

reclamando a atuação do Estado para que os direitos fundamentais sejam amplamente protegidos.<sup>6</sup>

Neste sentido, a teoria garantista surge como uma maneira de unir-se à tutela dos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado Democrático de Direito possa incorporar à Constituição expectativas realizáveis aos direitos fundamentais, atuando na transformação e na projeção desses direitos.<sup>7</sup>

## **2. O papel do Estado na proteção e garantia dos direitos fundamentais**

No sistema brasileiro, os direitos e liberdades fundamentais da Constituição da República estão protegidos pelas chamadas garantias secundárias, sendo elas compreendidas de uma maneira sistemática.<sup>8</sup>

As chamadas garantias secundárias são as obrigações de reparar ou sancionar pela via jurisdicional as violações das garantias primárias. Já, as garantias primárias consistem em expectativas negativas ou positivas às quais correspondem obrigações (de prestações) ou proibições (lesões).<sup>9</sup>

Sendo assim, dada a complexidade interpretativa das garantias fundamentais, necessário que se faça uma análise quanto ao papel do Estado na proteção e asseguuração destas garantidas.

Para Bobbio, a importância do tema dos direitos fundamentais do homem depende do fato de ele estar extremamente ligado a dois problemas fundamentais, quais sejam, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional.<sup>10</sup>

Sendo assim, os institutos constitucionais de garantia judicial de direitos e liberdades demandam uma preocupação do constituinte em formular um ordenamento composto por

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

<sup>7</sup> Idem, p. 847.

<sup>8</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi e tal. (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 214.

<sup>9</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ª ed., Campinas, SP: Millennium Editora, 2006, p. 42.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Elsevier Editora, 2004, p. 203.

direitos e garantias capazes de corresponder às mais avançadas concepções de direitos humanos, sobretudo, as relacionadas aos direitos fundamentais.<sup>11</sup>

Segundo Bobbio, as transformações do mundo que vivenciamos nos últimos anos, suscita em nós o dúplice estado de espírito do encurtamento e da aceleração dos tempos.<sup>12</sup>

Nesse sentido, os chamados direitos humanos devem instaurar a perspectiva dos governos e da cidadania, como princípio de uma governança democrática, promovendo e garantindo os direitos fundamentais.

Todavia, cabe ao Estado de Direito atuar como tutor e garantidor da ordem pública, tutelando os chamado direitos “da maioria”, no sentido de aplicar a norma de forma a alcançar uma maior efetividade dos direitos, sejam eles fundamentais ou sociais.

## 2.1 A atuação do poder público e o exercício de competências

A problemática da vinculação dos poderes públicos e das entidades privadas aos direitos fundamentais encontra-se estritamente ligada ao tema da eficácia e aplicabilidade da norma constitucional, já que a vinculatividade dos direitos fundamentais, segundo Sarlet, constitui uma das principais dimensões de sua eficácia:

[...] o problema da vinculatividade das normas de direitos fundamentais suscita questionamentos específicos, reclamando, além disso, sistematização própria, algumas repetições tornar-se-ão inevitáveis, especialmente no que tange à vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais.<sup>13</sup>

Em relação a atuação dos órgãos do poder executivo, diante da vinculação dos direitos fundamentais, nota-se que há uma necessidade dos órgãos públicos observarem os parâmetros contidos na Constituição, uma vez que a aplicação e interpretação de conceitos nesta esfera dispõe de uma liberdade de ação. Todavia, a problemática residiria na necessidade de conciliar a vinculação simultânea da administração ao princípio da legalidade, desafiando uma análise quanto aos atos legislativos.<sup>14</sup>

Para Sarlet, quanto menor for a sujeição da administração às leis, tanto maior virá a ser necessidade dos órgãos administrativos a observação do conteúdo dos direitos

---

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Elsevier Editora, 2004, p. 215.

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*, p. 211.

<sup>13</sup> SARLET, op. cit., p. 365.

<sup>14</sup> Idem, p. 370.

fundamentais, uma vez que tais direitos contêm parâmetros e diretrizes para aplicação e interpretação dos conceitos legais.<sup>15</sup>

Neste sentido, tanto o poder legislativo, quanto o poder executivo exercem determinadas competências em relação aos direitos fundamentais, ampliando assim as suas margens de ação.

Para Alexy, o exercício de competências leva à imposição de obrigações, não-direitos e não-competências; as chamadas normas de direito penal que acabam por assegurar liberdades e excluem a liberdade jurídica de se fazer aquilo que aquelas possam proibir; e a satisfação de direitos a prestações sociais, pressupondo que o Estado retire de outros os meios necessários para tanto, o que acaba por restringir sua liberdade fática de ação.<sup>16</sup>

Assim, chega-se a concretização do direito a uma prestação positiva do Estado, através da formulação de deveres específicos, os quais resultam de normas de direitos fundamentais, havendo a exigibilidade de prestações positivas por parte do Estado, cabendo a ele exercer o papel de tutela dos direitos.

## 2.2 A proteção dos direitos fundamentais em face do Estado constitucional

Diante da complexidade interpretativa dos direitos fundamentais e a sua vinculação com a norma constitucional, é necessário que haja uma maior proteção a estes direitos, tendo em vista o caráter protetivo do Estado no que se refere aos direitos intransponíveis.

Para Alexy, os direitos de proteção aos titulares de direitos fundamentais devem vir acompanhados de prestações positivas por parte do Estado, havendo a necessidade de proteção destes direitos, para que então se aplique a norma constitucional:

[...] os direitos a proteção devem levar em consideração três problemas intimamente relacionados: a existência, a estrutura e a justiciabilidade desses direitos. Esses problemas ficam mais claros quando os direitos à proteção tem o legislador como destinatário.<sup>17</sup>

Todavia, a enunciação constitucional dos direitos dos cidadãos a prestações positivas por parte do Estado, muito embora esteja prevista no ordenamento jurídico, não foi

---

<sup>15</sup> SARLET, op. cit., p. 370.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 247.

<sup>17</sup> Idem, p. 451.

acompanhada pela elaboração de adequadas garantias, sejam elas sociais ou positivas, como bem explica Ferrajoli:

As prestações positivas do Estado em benefício dos cidadãos tem tido certamente um enorme desenvolvimento de fato, com o crescimento neste século do *Welfare State* e a multiplicação das funções públicas de tipo econômico e social. Mas tal desenvolvimento surgiu em grande parte com o simples alargamento dos espaços de discricionariedade dos aparatos burocráticos, o jogo sem regulação dos grupos de pressão e das clientelas, a proliferação das discriminações e dos privilégios, bem como das sedes extralegais, não controladas e ocultadas dos poderes público e parapúblico.<sup>18</sup>

O Estado, enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, deve adotar medidas de proteção ou prevenção, tomando as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Outro aspecto que chama a atenção em relação a proteção dos direitos fundamentais está nos limites de poderes conferidos ao Estado, havendo a necessidade, em alguns casos, da criação de um nível de jurisdição superior, mais ampla, para que os direitos da maioria apresentem um caráter plenamente normativo, assim como expõe Cademartori:

[...] a definitiva superação do Estado legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. O *déficit* de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante. O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições, como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa.<sup>19</sup>

Assim, o caráter jurídico e vinculante da Constituição e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, são dignos deste processo.<sup>20</sup>

Os direitos fundamentais passam a ser então o alicerce das democracias modernas, já que sem o seu reconhecimento e proteção, não há como serem viabilizados. A legitimidade

---

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 796.

<sup>19</sup> CADEMARTORI, op. cit., p. 18.

<sup>20</sup> Idem, p. 20.

democrática dos governos contemporâneos passa a ser medida pelo respeito e pela implementação dos direitos fundamentais por meio de mecanismos de legalidade, exigida esta em instrumento privilegiado de concretização dos valores fundamentais.<sup>21</sup>

Nesse sentido, se o Estado está constitucionalmente obrigado a promover os direitos fundamentais, cabe indagar qual o meio utilizado para satisfazer a promoção destes direitos, no caso da sua aplicabilidade não ser possível no ordenamento legal, havendo então a necessidade de se recorrer a via judicial como forma de promover os direitos fundamentais, atendendo as necessidades da sociedade como um todo.

### **3. O papel da jurisdição na garantia e tutela dos direitos fundamentais**

Havendo omissão do Estado na promoção e efetivação das garantias fundamentais, incumbe ao Poder Judiciário, através do método coercitivo, promover estes direitos a fim de que saiam do ordenamento jurídico legal e sejam colocados em prática.

Nesse sentido, o papel da jurisdição como constatação das violações dos direitos fundamentais institui uma defesa ainda mais forte em relação às garantias jurisdicionais tradicionais, como limites ao Poder Judiciário, cuja legitimação reside no maior caráter cognitivo possível.<sup>22</sup>

Certo é que, segundo Ferrajoli, os precedentes jurisprudenciais possuem uma grande capacidade de influência sobre a jurisdição:

Os precedentes jurisprudenciais, em suma, possuem nos nossos sistemas o valor de argumentos persuasivos, mas não o valor de lei. Valem pela sua substância, e não pela forma ou órgão a partir do qual são produzidos. E são invocados por outras sentenças pelo valor conferido à coerência, isto é, a tendência de uniformidade da jurisprudência, decorrente, por sua vez, do princípio da igualdade perante a lei, e não pelo seu caráter de “fontes” vinculantes enquanto tais.<sup>23</sup>

Ocorre que, neste sentido, segundo Ferrajoli, existem sempre divergências interpretativas e múltiplas respostas discutíveis no mundo jurídico. O juiz, ao deferir o

---

<sup>21</sup> CADEMARTORI, op. cit., p. 25.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi e tal. (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 237.

<sup>23</sup> Ibid, p. 239.

comando judicial em uma ação, procura dar-lhe a solução mais plausível e imparcial; mas sempre deve ter a consciência do caráter somente provável da verdade factual e apenas discutível da verdade jurídica das teses por ele assumidas como fundamentos da sua decisão.<sup>24</sup>

Segundo Ferrajoli:

O juiz, por sua vez, está bem mais vinculado, estando compelido a aplicação substancial dos próprios direitos, através da subsunção das suas violações nas proibições e nas obrigações a eles correspondentes.<sup>25</sup>

Sendo assim, o juiz acaba por julgar não os fatos em abstrato, mas sim em concreto; não tem, diante de si, um tipo ou uma figura. Tratando-se de um delito penal, por exemplo, o juiz tem a obrigação de julgar a gravidade dos fatos submetidos à sua apreciação, valorando, por exemplo, para fins de determinação da medida da pena prevista na lei, entre um mínimo e um máximo, todas as suas específicas e irrepetíveis conotações.<sup>26</sup>

No campo dos chamados direitos fundamentais, a intervenção judicial ocorre quando um dos direitos constitucionais é violado, ou quando há necessidade de uma proteção maior e eficaz a esses direitos, dada a complexidade interpretativa dos mesmos.

O discurso dos direitos fundamentais é um procedimento argumentativo, que se ocupa com o atingimento de resultados constitucionalmente corretos. Isso significa dizer que o discurso no âmbito dos direitos fundamentais, como o discurso jurídico em geral, compartilha da insegurança quanto aos resultados, que é, segundo Alexy, característica do discurso prático geral.<sup>27</sup>

Por isso, segundo o autor, a abertura do sistema jurídico, provocado pelos direitos fundamentais, é inevitável. E diz respeito a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismo, fornecendo à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade.<sup>28</sup>

Segundo Alexy:

A insegurança quanto aos resultados do discurso no âmbito dos direitos fundamentais leva à necessidade de decisões dotadas de autoridade. Se a maioria parlamentar não deve controlar a si mesma, o que significaria ser juiz em causa própria, sobra

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 254.

<sup>25</sup> Idem, p. 251.

<sup>26</sup> Idem, ibidem, p. 248.

<sup>27</sup> ALEXY, op. cit., p. 573.

<sup>28</sup> Ibid, p. 574.



apenas a alternativa de alguma forma de jurisdição constitucional.<sup>29</sup>

Para Sarlet, importa consignar a aplicabilidade imediata comum às normas constitucionais em geral, além da necessidade de mediação legislativa para determinados fins, como por exemplo, a determinação de algumas sanções.<sup>30</sup>

Tendo em vista que a aplicação dos direitos fundamentais depende de que sejam tomadas medidas em nome dos titulares destes direitos, a fim de que sejam amplamente protegidos e promovidos no mundo jurídico, seja pela aplicação da lei propriamente dita, seja por intermédio da jurisdição, é necessário que se faça uma análise da atuação judicial na esfera destes direitos.

Nesse sentido, segundo Ferrajoli, a principal garantia constitucional que forma o pressuposto de todas as outras garantias existentes no ordenamento jurídico, é a da submissão à jurisdição, sendo o juízo simplesmente uma exigência do conjunto das garantias processuais ou instrumentais.<sup>31</sup>

Ferrajoli aponta que as sentenças judiciais devem ser fundadas sobre argumentos cognitivos de fato e reconitivos de direito, cabendo ao Poder Judiciário o exercício das suas funções, seja nas funções judicante ou de postulação, incidindo sobre as liberdades do cidadão enquanto indivíduo.<sup>32</sup>

A legitimidade da função judiciária reside nos vínculos a ela impostos pela lei, e garantia de seu caráter cognitivo e em tutela dos direitos dos cidadãos, sendo sempre parcial e imperfeita. Para Ferrajoli, o juiz, em suma, não é *bouche de la loi*, nem mesmo em seu modelo teórico e ideal; e muito menos o é na sua função prática, conferindo-lhe a lei espaços mais ou menos amplos de poder de disposição.<sup>33</sup>

Os direitos e liberdades fundamentais são protegidos por garantias, que constituem o princípio do não retrocesso. São garantias que devem ser compreendidas de uma maneira sistemática.<sup>34</sup>

A análise dos institutos constitucionais de garantia judicial de direitos e liberdades revela a elevada preocupação do constituinte em formular um ordenamento composto por

---

<sup>29</sup> ALEXY, op. cit., p. 574.

<sup>30</sup> SARLET, op. cit., p. 230.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 495.

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 501.

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 503.

<sup>34</sup> CADEMARTORI, op. cit., p. 214.

direitos e garantias capazes de corresponder às mais avançadas concepções de direitos humanos e, inclusive, a mais avançada concepção de responsividade republicana.<sup>35</sup>

Para Cademartori<sup>36</sup>, os magistrados e Tribunais, no exercício da atividade interpretativa da norma, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico, consistente em prestigiar a norma mais favorável à pessoa humana, em ordem a conferir-lhe maior proteção jurídica:

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais [...].<sup>37</sup>

Nesse contexto, o Estado-Juiz acaba por exigir maior intervenção, em nome dos princípios constitucionais consagradores de uma noção de justiça substantiva, ampliando a ele a capacidade para responder e resolver vários tipos de conflitos oriundos das expectativas constitucionais, decorrentes da segunda geração de direitos fundamentais.<sup>38</sup>

O direito a uma tutela jurisdicional efetiva não se limita apenas à condição de um princípio doutrinário; a tutela efetiva é senão um preceito fundamental do sistema constitucional vigente que impõe ao sistema dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) o dever de (co)responder e de fazer atuar todas as expectativas normativas previstas no texto constitucional, no tempo razoável e pelas formas admitidas.<sup>39</sup>

Com efeito, o Estado deve estar a serviço da garantia e tutela dos direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário, quando provocado ou por impulso oficial, intervir na sua tutela, a fim de que os direitos “da maioria” sejam amplamente protegidos.

#### **4. A teoria garantista como solução para os conflitos de ordem jurídica**

Segundo Ferrajoli, quase todos os direitos fundamentais exigem, na verdade, as chamadas leis de atuação, como, por exemplo, os direitos à saúde e a educação, havendo a

---

<sup>35</sup> CADEMARTORI, op. cit., p. 215.

<sup>36</sup> Ibid, p. 216.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> Ibid, p. 224.

<sup>39</sup> Ibid, p. 225.

necessidade da introdução, pela via legislativa, de garantias gratuitamente a todos, e, neste caso, até mesmo o direito à vida permaneceria inefetivo, em face do princípio da legalidade penal.<sup>40</sup>

Quanto aos conflitos entre direitos, a sua existência foi impropriamente enfatizada, eis que não se trata de conflitos, mas sim de relações de subordinação daqueles direitos de autonomia, cujo exercício está sempre em grau subordinado à lei. Os conflitos entre normas de grau diverso e os descumprimentos de normas supraordenadas dão lugar, em suma, a antinomias e a lacunas estruturais, isto é, segundo Ferrajoli, a “vícios” que a ciência jurídica tem o dever de denunciar, mas que podem ser resolvidos somente através da produção legislativa ou mediante anulamento pela via judicial.<sup>41</sup>

Dentro desta perspectiva, o constitucionalismo garantista, teorizando o desnível normativo e a consequente distinção entre normas constitucionais sobre a produção e normas legislativas produzidas, impõe reconhecer, como sua inevitável consequência, o direito ilegítimo, inválido por comissão ou inadimplente por omissão, porque viola, segundo Ferrajoli<sup>42</sup>, o seu “dever ser jurídico”:

Trata-se, neste caso, da chamada legislação doutrinária: a qual impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas com leis idôneas de atuação, e, em via secundária, a jurisdição, à qual impõe remover as antinomias e verificar as lacunas.<sup>43</sup>

Para Cademartori, existem alguns direitos fundamentais superiores a outros, sendo que estes não podem ser limitados por razão alguma (no caso do direito à vida e a liberdade), uma vez que não podem ser cerceados em nome de nenhuma razão ou estado, sendo eles considerados pela teoria garantista como direitos fundamentais absolutos.<sup>44</sup>

Neste sentido, o termo garantia designa suporte, reparo, defesa, à tutelar algo, pretendo-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e que é constituído pelas posições de indivíduos na sociedade política, isto é, das liberdades individuais e pelos direitos sociais e coletivos.<sup>45</sup>

Assim bem explica Cademartori:

---

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, PR, 2011.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ª ed., Campinas, SP: Millennium Editora, 2006, p. 110.

<sup>45</sup> Idem, p. 110.

Quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e no suporte dessas liberdades e dos direitos que surgem sob o rótulo de “garantismo” são defesas e tutelas de caráter jurídico; pois os instrumentos com os quais o Direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio Direito.<sup>46</sup>

Dentro desta linha, o garantismo pode se definir em uma organização jurídica, ou uma atitude dos vários tipos de operadores jurídicos em sua atividade voltada a aplicar ou modificar o Direito. Uma organização jurídica pode se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela às liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos.<sup>47</sup>

Por sua vez, o garantismo designa uma teoria jurídica de validade, da efetividade e da vigência normativas. A abordagem teórica neste caso permite estabelecer diferença entre ser e dever ser no Direito, postulando como seu problema central a divergência existente entre os modelos normativos (tendencialmente garantista) e as práticas efetivas (tendencialmente antigarantista) dos primeiros pode se dizer que são válidos, mas ineficazes.<sup>48</sup>

Cumpra salientar que o garantismo, sob o plano jurídico, é visto como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, nas palavras de Luigi Ferrajoli, “garantista” todo o sistema penal que se conforma normativamente como tal modelo e que o satisfaz efetivamente.<sup>49</sup>

Neste sentido, o principal pressuposto metodológico de uma teoria geral do garantismo, segundo Ferrajoli, reside na separação entre direito e moral, entre dever ser e ser. Esta separação deve ser epistemológica, teórica e política, com o objetivo de investigação dos diversos níveis da análise jurídica.<sup>50</sup>

Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições deste século, segundo Ferrajoli, tem reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais, tais como o direito à alimentação, ao trabalho, à saúde, a instrução, e similares. Dentro desta perspectiva, a teoria garantista é sempre aquela da incorporação limitativa de direitos civis, e correlativamente de deveres públicos nos níveis normativos superiores do ordenamento: a declaração

---

<sup>46</sup> CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ª ed., Campinas, SP: Millennium Editora, 2006, p. 111.

<sup>47</sup> Idem..

<sup>48</sup> CADEMARTORI, op. ci.t, p. 97.

<sup>49</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 786.

<sup>50</sup> Idem, p. 788.

constitucional dos direitos dos cidadãos equivale, para Ferrajoli, à declaração constitucional dos deveres do Estado.<sup>51</sup>

Os direitos fundamentais correspondem às faculdades ou expectativas de todos os que definem as conotações substanciais da democracia e que são constitucionalmente subtraídos ao arbítrio da maioria como limites ou vínculos indissociáveis das decisões governamentais. Assim, incumbe ao Estado, dentro dos seus limites, a elaboração de uma noção de “direito fundamental”, para que então estes sejam satisfeitos a todos os cidadãos.<sup>52</sup>

Para os juízes e operadores do Direito, a obrigação política de observar a lei, está em identificar-se com o que há para aplicar. Todavia, não estão livres de orientarem-se em suas decisões segundo as suas pessoais convicções morais, mas devem sujeitar-se às leis mesmo estando contrário a tais convicções.<sup>53</sup>

Pode-se dizer ainda, que, segundo Cademartori, para além das chamadas garantias normativas, a força decisiva na tarefa de aproximação do Estado Real de Direito ao seu modelo teórico reside nas garantias materiais; e nenhum direito fundamental pode subsistir sem a luta pela sua valorização concreta.<sup>54</sup>

Assim, o “saber” jurisdicional é assegurado pelo conjunto de garantias substanciais e processuais, que nada mais são do que limites à discricionariedade e, portanto, poder dos juízes a começar pela estrita legalidade, ou seja, pela formulação da linguagem legal da maneira mais rigorosa e taxativa possível, para que então os direitos fundamentais sejam efetivados.<sup>55</sup>

Segundo disciplina Ferrajoli:

[...] enquanto o garantismo tem como objetivo a redução do poder judiciário ilegítimo, através da redução dos espaços excessivos e patológicos da indeterminação da linguagem legal, o principialismo parece favorecer seu crescimento.<sup>56</sup>

O modelo garantista tem, com pressuposto, a redefinição do horizonte axiológico não apenas da legislação, mas também da jurisdição. O ponto de vista jurídico da Constituição, no que trata os direitos fundamentais, devem ser incorporados parâmetros normativos de

---

<sup>51</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 795.

<sup>52</sup> Idem, p. 815.

<sup>53</sup> Idem, ibidem, p. 852.

<sup>54</sup> CADEMARTORI, op. cit., p. 220.

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi e tal. (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 247.

<sup>56</sup> Idem, p. 247.

validade, além do ponto de vista ético-político da sociedade, ou seja, os titulares dos direitos fundamentais, através dos quais pode ser alcançada a justiça.<sup>57</sup>

Neste sentido, o garantismo, segundo leciona Ferrajoli, deve surgir como resposta estratégica da crise da justiça e da política, uma vez que se faz necessária a intervenção da jurisdição na ausência de decisão do campo político, principalmente em se tratando dos direitos fundamentais dos cidadãos.

## 5. Conclusão

A luta pela efetivação dos direitos fundamentais, no ordenamento jurídico pátrio, é, senão, uma garantia de efetividade da democracia, consistindo na prática organizada e coletiva dos direitos de liberdade.

Todavia, cabe ao sistema político a promoção destes direitos, através da atuação eficaz do Estado na sua proteção, para que os chamados “direitos da maioria” sejam então assegurados a todos os cidadãos.

O papel judicial na proteção dos direitos fundamentais surge face a omissão do Estado, sendo ele encarregado da tutela destes direitos, garantido-se as prestações positivas, incumbindo ao poder público o dever de proteção dos direitos, principalmente em se tratando de ameaça aos direitos fundamentais.

No que pertine aos conflitos entre direitos, surge a teoria garantista de Ferrajoli, como meio de solução para a atual crise do mundo jurídico, sendo o único ponto de encontro entre juízes e políticos, entre esquerda e direita, entre magistrados e advogados, cabendo ao legislador elaborar as leis de acordo com os princípios constitucionais, assumindo a jurisdição um novo papel, segundo Ferrajoli: o da defesa da legalidade contra a criminalidade.

No plano da eficácia dos direitos fundamentais, os institutos normativos devem dar maior efetividade à aplicabilidade ao caso concreto, principalmente em se tratando dos direitos à vida e a liberdade, incumbindo aos órgãos estatais e aos particulares a promoção destes direitos.

---

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 773.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Elsevier Editora, 2004.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ª ed., Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias. La ley Del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. *Jurisdicción y Argumentación em el Estado Constitucional de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, PR, 2011.

FERRAJOLI, Luigi e tal (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi e tal. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.