

**O CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E A LIMITAÇÃO AO PODER
ESTATAL: A FUNÇÃO CONTRA-MAJORITÁRIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS COMO PROTEÇÃO AO MAIS DÉBIL***

**CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY AND LIMIT STATE POWER: THE
COUNTER-MAJORITARIAN FUNCTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS
PROTECTION TO THE FAINTEST**

Rosberg de Souza Crozara

RESUMO

O presente trabalho aborda o constitucionalismo como fenômeno relativamente recente na sociedade moderna, representando movimento ideológico de limitação ao exercício do poder estatal. Por conta disso será objeto da pesquisa a noção de democracia constitucional, como desenvolvida por Luigi Ferrajoli, em suas duas dimensões: a formal e substancial. Assim, também será abordado a função contra-majoritária dos direitos fundamentais, principalmente como instrumento de limitação ao exercício da violência legal.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUCIONALISMO, PODER, DEMOCRACIA, DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, GARANTISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

This paper discusses constitutionalism as a relatively recent phenomenon in modern society, representing an ideological movement of limitation on the exercise of state power. Because of this shall be the subject of research the concept of constitutional democracy as developed by Luigi Ferrajoli in its two dimensions: the formal and substantial. Thus, also will address the role of counter-majoritarian rights, mainly as an instrument of limitation on the exercise of legal violence.

KEYWORDS: CONSTITUTIONALISM, POWER, DEMOCRACY, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY, WARRANTIES, RIGHTS.

1.0 A introdução: A Contextualização do Novo Constitucionalismo.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O fenômeno do constitucionalismo é relativamente recente na sociedade moderna[1]. Para situar o contexto histórico em que se desenvolveu esse fenômeno, servindo como marco a etapa final dos Estados Absolutistas, onde o poder do monarca era incontestável, pois, até então, não existiam quaisquer instrumentos formais de limitação de poder. O Estado de Direito Constitucional nasceu da crise dos velhos regimes absolutistas com um duplo objetivo: minimizar o poder subjetivo do soberano e criar uma concepção de sistema político, potencializando suas funções e garantias[2]. A partir da formação de organizações sociais centralizadas iniciou um período de nascimento de Estados Constitucionais cuja principal característica era a de vinculação entre Estado e Constituição.

Diante do fechamento desse ciclo histórico dos Estados Absolutistas surge o movimento ideológico de criar uma forma de limitação, ainda que incipiente, do poder, aliado ao controle e instrumentalização do exercício de Governo, através de direitos mínimos a serem garantidos por parte dos Estados. Por isso, Juan Fernando Sergovia, afirma que los derechos constitucionales son un obstaculo al voluntarismo de los gobernantes son limites y protección contra la arbitrariedad del gobierno[3].

A forma encontrada por esse movimento ideológico consistiu na criação de um instrumento estatal, formal e funcional, denominado de Constituição, como maneira de racionalizar o exercício do poder, dotado de supremacia, perante as demais ordens legais do Estado[4], consagrando a limitação deste de maneira racional. A Constituição é o fundamento de validade superior do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal[5], dotada de supremacia e instituidora de garantias. Portanto, o fenômeno do constitucionalismo construiu na concepção de limitação ao exercício do poder, através de um instrumento formal, editado por um ente hierarquicamente igual aquele que exercerá a soberania, em um determinado território, posteriormente a edição da Carta Magna, mas, por sua vez, legitimado pelo povo[6], como a maneira racional para o exercício do poder soberano.

O constitucionalismo[7] detém um importante papel na consolidação dos direitos fundamentais, através da positivação[8], nos textos constitucionais, conferindo o dever jurídico de respeito[9] do Estado em face dos indivíduos. O caráter inovador do constitucionalismo contemporâneo, como assevera Lenio Streck, tem influído poderosamente determinados aspectos de constitucionalização de direitos[10].

Todavia, com envelhecimento dos textos constitucionais, aliado a maior complexidade das sociedades[11] e, sem deixar de mencionar, o aumento das demandas sociais faz com que a simples existência formal de direitos fundamentais não seja suficiente para efetivação dos direitos existentes e consagrados nos textos supremos.

Nesse novo contexto, principalmente após a segunda grande guerra mundial, de reclames acerca da ausência de efetivação dos direitos constitucionalmente reconhecidos e positivados nesses textos faz surgir movimentos de contestação, criando outras correntes ideológicas na tentativa de efetivação de direitos. A constituição assume nesse momento o papel de ser a garantia dos direitos expressados ou não de maneira positivada[12]. No Brasil essa tentativa de cumprimento de direitos ganhou contornos muito mais acentuados do que nos países da Europa, pois, no caso brasileiro, a dependência do Estado seja por conta do assistencialismo ou, até mesmo, pela

hipertrofia do Poder Judiciário, faz com que esse fenômeno seja mais necessário e crescente.

A posição mais acentuada do Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, representado na importância do controle difuso de constitucionalidade, constitui, como defende Rogério Bento, na função contra-majoritária de defesa da superioridade constitucional, valorizando a prática democrática de coerência na proteção dos direitos humanos supra-estatais[13].

Ausência de cumprimento de direitos consagrados na Constituição, resultado de uma preocupação formal com positivação de direitos, teve como consequência uma decadência ao acesso de direitos básicos por parte do cidadão. Com esse cenário de existência de um direito, mas sem efetividade real, surge a necessidade de conferir um caráter material aos direitos, até então apenas positivados.

Assim, de que maneira esse novo constitucionalismo, vinculado a democracia, realizará a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, especialmente na ordem do Direito Processual Penal?

O questionamento reside no alto grau de inefetividade do texto constitucional denominado de “baixa constitucionalidade[14]” que afasta a força principiologia da constituição aos fatos trazidos para o judiciário.

2.0 O constitucionalismo: Constituição e Estado, legitimidade pela regra da maioria.

A questão da efetividade dos direitos é um tema bastante recorrente no direito contemporâneo. Para André Ramos Tavares, o constitucionalismo possui quatro vertentes para a sua concepção. A primeira consistiu em limitar o poder arbitrário, a segunda concepção foi imposição da existência de cartas constitucionais escritas; a terceira teve como finalidade a de indicar os propósitos das constituições nas sociedades e, por fim, a última concepção foi a de vincular a evolução histórico-constitucional de um determinado Estado[15].

O constitucionalismo foi uma conquista e um legado do passado, sendo para Ferrajoli, o legado mais importante do nosso século, pois foi um programa para o futuro em dois sentidos: no primeiro momento, no sentido de que os direitos fundamentais incorporados pelas constituições devem ser garantidos e efetivados concretamente pelo Estado; e em outro sentido, justifica o autor para a importância do constitucionalismo, pois representaria o dever de respeito dos direitos fundamentais em face de todas as esferas de poder, seja público, privado ou em âmbito internacional[16].

Esse modelo jurídico teve como ideia a consolidação de um extenso catálogo de direitos, em textos constitucionais, com status de direitos fundamentais[17], gozando de força normativa. Além desse quadro complexo de direitos fundamentais, o ideal de democracia também representou uma característica marcante do constitucionalismo. Esse positivismo jurídico, segundo Écio Oto Ramos Duarte, expressou, no constitucionalismo do início do século, uma forte separação conceitual entre direito e

moral, rechaçando o critério material de validade normativa são os principais fundamentos da teoria positivista[18], desenvolvida nesse momento histórico por Herbert Hart[19].

A representação apenas formal dos direitos fundamentais teve uma importância substancial na consolidação das democracias nos Estados modernos. Pois, com a presença, ainda que em caráter formal, de direitos nas constituições impõe ao poder estatal um limite, permitindo certo controle nesse exercício.

Para a consolidação dos direitos fundamentais, levando em consideração os anseios da sociedade, o Estado adotou a regra democrática como forma de legitimação do poder e, conseqüentemente, a possibilidade de introdução, via democrática, de direitos nos textos constitucionais.

Assim, nessa primeira etapa do constitucionalismo, a concepção de democracia era a chamada democracia majoritária ou plebiscitária[20], pois era representada pela regra da maioria, fundamentada na soberania popular. Da premissa da soberania popular, efetivada via maioria, é vista por Ferrajoli como a desqualificação das regras e dos limites, pois é presente a idéia de que o consenso da maioria legitima qualquer abuso[21].

O próprio Rousseau invoca o perigo da ilusão do povo (maioria) na discussão da vontade geral, pois “se conclui que é sempre reta a vontade geral e tende sempre à pública utilidade; mas não se segue que tenham sempre a mesma inteireza as deliberações do povo[22]”. Continua o filósofo no sentido de que “sempre se quer o bem, mas nem sempre se vê: nunca se corrompe o povo, mas iludem-no muitas vezes, e eis então quando ele quer o mal[23]”.

Visualizar a democracia como sendo um dever de obediência às decisões coletivas tomadas com base nas regras do jogo, através de acordos preestabelecidos, traduzindo uma racionalidade. O principal sinônimo de racionalidade é aquela que permite solucionar os conflitos que surgem, em cada situação, sem recorrer à violência recíproca[24]. A existência e legitimidade do Estado Constitucional, sendo o ente dotado de poder para solucionar os conflitos, em nome da maioria, foi um dos fundamentos para o surgimento dos Estados Nazistas e Fascistas que eram assentados em uma democracia de caráter formal[25].

Portanto, após a segunda guerra, como dito, o pensamento jurídico, principalmente os voltados para a questão de legitimidade do Direito, foram voltados para a necessidade de proteção eficaz dos direitos humanos e positivação dos direitos fundamentais.

O critério da regra majoritária é um método de tomada de decisão legítima do ponto de vista da vontade do povo, porém a noção de democracia é mais ampla. O poder majoritário precisa ser limitado, ou seja, a esfera de decisão da maioria é juridicamente limitada pela Constituição.

2.1 Garantismo e constitucionalismo.

O nexu entre garantismo e constitucionalismo, identificado no estado constitucional de direito, é a única ordem constitucional possível para a realização do projeto garantista. Isso porque é a positivação do *dever ser* constitucional que impõe ao próprio direito positivo a sua efetivação[26].

A ideologia do garantismo necessita do constitucionalismo para haver a realização do seu programa, todavia a reciprocidade é patete. O próprio constitucionalismo se alimenta do projeto garantista para condicionar a legitimidade do exercício do poder, em face do cumprimento de certas exigências morais que se aglutinam nos direitos fundamentais[27].

Ademais, para a efetivação do modelo ideal é preciso defender o modelo da estrita legalidade penal e processual penal. Esse modelo foi elaborado pela tradição liberal contra as violações da qual é objeto das atuais tendências legislativas, fundamentada em um modelo de legalidade penal preventiva e inquisitorial[28].

Desta concepção de ligação do constitucionalismo com a ideologia do garantismo surge a mudança do foco de parâmetro de validade da lei penal. Essa transformação consistiu na alteração do paradigma que antes era somente a lei penal para depender, nesse novo contexto, da coerência constitucional, justificada essa coerência nos direitos fundamentais. Diz Ferrajoli:

En efecto, también en el derecho positivo las actuales constituciones rígidas han introducido una dimensión sustancial, en virtud de La cual validez de las normas legales está condicionada por La coherencia de sus significados o contenidos con los principios constitucionales[29].

Outra premissa do garantismo é a separação entre direito e moral. A distinção reside na autonomia das esferas do direito e da moral. Ou seja, o direito não deve ser nunca utilizado como instrumento de coação moral. Nem, portanto, a moral deve ser pautada pelo o direito. Justamente nessa racionalidade que se desenvolve o paradigma garantista no constitucionalismo moderno[30].

Portanto, o novo modelo de legalidade garantista tem como finalidades a de minimizar o poder subjetivo do controlador dos instrumentos legais e aparatos e a de maximizar o poder objetivo do sistema político inerente as novas funções.

3.0 A Democracia Constitucional: Da dimensão formal e substancial da democracia.

Em resposta a democracia da maioria dominante e ainda presente nos dias atuais como forma de legitimação dos Estados Constitucionais, detendo a característica de soberania popular, representada pelos interesses da maioria, não se mostrou suficientemente capaz

de resolver os problemas por ele mesmo criados. Esse problema impulsionou a reflexão de outra fonte de legitimação.

Essa outra forma de legitimação para a tomada de decisões, fundamentada em um conjunto de limites impostos pela constituição a todo o poder, é que Ferrajoli chamou de *democracia constitucional*[\[31\]](#). O sistema de garantias concebe a democracia como sistema frágil e complexo, pautado na separação e equilíbrio entre os poderes, bem como de garantias dos direitos fundamentais, através de técnicas de controle e de reparação contra suas violações[\[32\]](#).

A mudança do paradigma da democracia da maioria para uma democracia constitucional ocorreu justamente com a verificação de como o direito foi utilizado durante as ditaduras nazistas e fascistas, sendo impulsionada pela força da maioria, única fonte de legitimação do poder. Por conta disso é que o ponto de partida da democracia constitucional consiste no fator de legitimação do poder não poderá residir somente no caráter popular, sob pena de violação aos direitos fundamentais[\[33\]](#).

O estabelecimento do elo entre a regra da maioria e o Estado[\[34\]](#) como forma de verificação da legitimidade na tomada de decisões. Isso representa apenas a dimensão formal da democracia. Ferrajoli faz uma crítica na dimensão apenas formalística para a democracia, pois, segundo o autor, não será apenas com o respeito das formas e dos procedimentos que serão legitimados as decisões do Estado[\[35\]](#). Por conta disso é que na democracia constitucional além da dimensão formal da democracia, existe a sua dimensão substancial.

A dimensão substancial da democracia constitucional representa o conteúdo das decisões, fundamentada na garantia e nos métodos de proteção dos direitos fundamentais[\[36\]](#). Portanto, a democracia defendida pelo Ferrajoli inclui juntamente com a dimensão formal a concepção substancial, referente ao conteúdo ou a própria substância das decisões, como modelo de legitimação do poder do Estado e, ainda, forma de proteção das minorias[\[37\]](#).

A preocupação reside não somente em estabelecer previamente as regras do jogo, ou seja, não basta entender a democracia como sendo o respeito às regras do jogo[\[38\]](#), mas sim discutir, também, o caráter substancial dessas regras na formação das decisões.

O objetivo precípua da democracia constitucional é encontrar sustentáculo em um modelo de garantias, limites e vínculos aos poderes da maioria por obra das Constituições Nacionais, sempre com a função de proteger os direitos fundamentais[\[39\]](#).

Assim o objetivo da democracia constitucional ou funcional é a de impor, através das constituições, um sistema de garantias dos direitos fundamentais contra qualquer ato de poder que venha a limitar ou suprimir tais direitos, mesmo sob a “legitimação” dos interesses da maioria. Por esse motivo é indispensável situar os contornos dos direitos fundamentais.

A força contra-majoritária dos direitos fundamentais, representado pelo conjunto de garantias asseguradas universalmente e igualmente aos indivíduos, constitui na declaração da exclusiva tutela dos frágeis[\[40\]](#). A noção de proteção integral mediante

os direitos fundamentais efetiva-se sempre que exista uma relação de desequilíbrio entre detentor do poder e o indivíduo.

Assim, na relação do Direito Penal, por exemplo, a proteção ao mais fraco se concretiza na tutela da vítima. Já no âmbito do Direito Processual Penal o mais fraco, o débil da relação dialética do processo, sempre será o réu. O significado dessa proteção, sedimentado na democracia substancial, é a maximização das garantias como instrumento de defesa pessoal contra manifestações da “vontade popular” – maioria – de punições emblemáticas com a máxima repressão[41].

A legitimação do *jus puniedi* reside na própria constituição e não na vontade da maioria. No conflito entre segurança e liberdade ou defesa social e direito do imputado existe a supremacia da constituição para evitar uma preponderância dos fins sobre os direitos fundamentais. Portanto, a punição somente se torna legítima na medida em que as garantias incorporadas na constituição são respeitadas e cumpridas, pois essa dialética do processo é uma construção do Estado constitucional[42].

4.0 Os Direitos Fundamentais: A presença constante nos textos constitucionais.

A confirmação política de enfrentamento das barbáries cometidas pelos regimes autoritários, aliado a adoção da democracia, representou um forte movimento de consolidação de textos constitucionais com um caráter de rigidez mais acentuado, em nome da efetivação da ideologia política.

A idéia de supremacia constitucional, para Luis Roberto Barroso tem seu fundamento associado a dois pilares da ciência constitucional: a distinção entre poder constituinte e poder constituído e, entre, constituições rígidas e flexíveis[43]. A noção de distinção entre os poderes constituintes e constituídos reside no fator de que a esfera de decisão[44]dos poderes constituídos é limitada pelos direitos fundamentais, originalmente positivados pelo poder constituinte. Em outro lado, a rigidez constitucional está intimamente ligada ao processo legislativo especial de alteração dos textos constitucionais, contrariamente as constituições flexíveis cuja alteração ocorre via processo legislativo ordinário. Nesse ponto é que Ferrajoli afirma que as Constituições[45], através da constitucionalização rígida dos direitos fundamentais, não podem sofrer alterações nesses direitos mesmo em uma convenção majoritária[46].

A natural rigidez dos direitos fundamentais e, portanto, das normas constitucionais correspondentes precisamente porque são direitos de todos e de cada um, não podem ser suprimidos nem reduzidos pela maioria. Por isso Ferrajoli expressa que “la constitución es patrimonio de todos e de cada uno, razón por la cual ninguna mayoría puede materle mano sino con um golpe de Estado y uma ruptura ilegítima del pacto de convivencia[47]”.

Portanto, a supremacia da constituição é um importante princípio de Direito Constitucional que aperfeiçoa a proteção e, por conseguinte, cria uma possibilidade da efetivação dos direitos fundamentais por limitar a esfera de decisão do poder da maioria em face das minorias.

Após trazer a regra da supremacia da constituição como forma de limitação ao poder do Estado nas decisões referentes aos direitos fundamentais é preciso elaborar um conceito para os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem um caráter dimensional em sua conceituação. Existem as definições no sentido material e no sentido formal ou estrutural. A definição no sentido formal ou estrutural consiste em dizer que os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos[48] que correspondem universalmente a todos os seres humanos em quanto dotados de status[49] de pessoal, de cidadãos ou pessoa com capacidade de ação[50].

Para Ferrajoli, que propõe uma definição estrutural, os direitos fundamentais, ainda estando estipulados positivamente sancionados pela lei e constituições nas atuais democracias, prescinde da circunstância de fato de que tais direitos se encontrem formulados em cartas constitucionais ou leis fundamentais[51]. Assim, os direitos fundamentais devem está posicionados em textos constitucionais, dotadas de supremacia, para imposição em face do poder estatal. Assim, Ferrajoli compreende os direitos fundamentais, *in verbis*:

Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de < derechos fundamentales>: son <derechos fundamentales> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos em cuanto dotados del status de personas , de ciudadanos o personas com capacidad de obrar; entendiendo por <derechos subjetivo> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeto por uma norma jurídica; y por status la condición de um sujeto, prevista asimismo por uma norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas[52].

Ainda nesse sentido, mas em uma visão jus-material, a concepção de Alexy se sustenta na noção de que os direitos fundamentais são vinculados a sua forma de positivação, segundo a qual são todas as disposições intituladas “direitos fundamentais, independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido[53]”. Tais direitos constitucionalmente positivados têm um caráter de princípios e, conseqüentemente, princípios como mandados de otimização[54]. A esta noção dos direitos fundamentais se fundamenta na importância de ser um mandado de proibição para a discricionariedade do legislador[55], legitimando a ordem constitucional vigente.

De outra maneira, a visão material para os direitos fundamentais consiste em afirmar que esses direitos são apenas aqueles direitos que constituem os fundamentos do próprio Estado. Essa definição de Carl Schmitt, trazido por Alexy, onde os fundamentos do Estado fazem parte de um grupo de direitos, vinculando os direitos fundamentais a uma determinada concepção de Estado, reconhecidos e protegidos pela constituição, representando uma concepção material dos direitos fundamentais[56].

A relação entre direitos fundamentais e processo penal perpassa na noção de qual escolha política de exercício da violência legal. Assim, toda a disciplina da coerção

pessoal é função de uma opção política entre a razão do Estado e a razão do individual[57].

5.0 A existência do Processo Penal Simbólico: violação dos direitos fundamentais.

Com a presença do Estado Democrático de Direito, baseado na disciplina legal, o monopólio da força é estatizado com o fim de minimizar a violência entre os indivíduos. Assim, o uso da violência simbólica é exercido através da violência legal, ou seja, toda e qualquer ato de força do Estado precisa, necessariamente, da autorização legal prévia, sob pena de afastamento da democracia. Para Ferrajoli a violência das penas somente se legitima quando e na medida que seja capaz de prevenir violências maiores produzidas pelos delitos e por reações aos delitos que se cometem fora do âmbito legal[58].

É nesse contexto da força legal que o instrumento do direito mais utilizado, como forma repressiva são o Direito Penal e o seu Processo Penal. O critério da força legal, segundo Ferrajoli está na possibilidade de oferecer um critério de legitimação e justificação da violência penal e, conseqüentemente, um critério de deslegitimação da violência legal supérflua[59].

Para legitimar e justificar a violência legal existe dois modelos oposto de legalidade: a primeira própria do Estado Democrático de Direito e constitucionalizado nos textos políticos é chamado de estrita legalidade; Todavia, em Estados de Direito pautados apenas na formalidade dos textos a justificação do uso da violência legal é denominado de mera legalidade[60].

A estrita legalidade consiste em uma técnica legislativa idônea para disciplinar e limitar mais rigidamente a violência institucional e, em geral, o exercício dos poderes coercitivos, através da determinação normativa de seus pressupostos[61]. Ferrajoli conceitua o princípio da estrita legalidade como forma ideal de legislação penal e processual penal, *in verbis*:

El principio de estricta legalidad puede ser redefinido como una norma meta-legal que condiciona la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos sustanciales correspondientes AL conjunto de garantías penales y procesales[62].

Por sua vez, a mera legalidade é a técnica legislativa que consiste na autorização legal de poderes violentos não vinculados rigidamente pela lei.

Assim, a violência legal supérflua consiste no uso, em excesso do Direito Penal, com criminalizações de condutas com baixo ou nenhum conteúdo lesivo, bem como a utilização de instrumentos de coação pessoal, através do Processo Penal, antes mesmo de uma definição da responsabilidade penal do indivíduo, como forma de antecipação de pena, representando a desnecessidade do uso da violência simbólica.

Desta forma, constantemente se vive o fenômeno do processo penal simbólico que é visto por Fauzi Hassan Choukr como “o emprego simbólico do direito e processo penal como técnica de dominação e reprodução do poder[63]. Assim, a utilização desse processo penal simbólico como forma de dominação há uma clara invasão na seara dos direitos fundamentais[64]. Outra característica das legislações de emergência é a constante utilização de figuras legais elásticas e não taxativas que possibilitam um amplo espaço para arbitrariedade, bem como do abuso crescente das custódias cautelares como forma de antecipação de pena[65].

A manifestação desse Direito e Processo Penal simbólico como instrumento de combate a determinadas classes são considerados hierarquicamente inferiores aos demais cidadãos, ou melhor, verdadeiros inimigos do Estado. Essa filosofia de combate aos inimigos teve como fundamento a doutrina de Günter Jakobs e Cancio Meliá, no livro *Derecho penal del enemigo*[66], descrevendo uma postura do Estado contra uma determinada classe de indivíduos, ditas criminosas, que são denominadas Inimigos. Esses criminosos são inimigos da sociedade. Para os autores, o inimigo não é pessoa, é um indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa, ou seja, o inimigo é uma não pessoa e como tal, não é sujeito processual, logo, não poderá aproveitar-se dos direitos processuais inerentes aos cidadãos[67].

Diante disso, tais inimigos não poderiam ser abrangidos por nenhuma garantia individual, ou seja, para os inimigos apenas os rigores da lei penal, sem qualquer garantia penal ou processual, representando uma política de repressão dos Estados de extrema direita[68]. As ideologias políticas desses Estados são fundadas em grande apelo popular, sendo legitimados pela vontade e interesses da maioria[69].

Para Ferrajoli, existe uma divergência entre o direito e a realidade, ou seja, entre a normatividade do direito e sua efetividade no mundo do real[70]. A questão reside precisamente na normatividade do direito com respeito às condutas reguladas, incluindo o funcionamento real das instituições e de seus aparatos de poder[71].

O processo penal tem um funcionamento real que, em muitos momentos, se afasta da normatividade legal, sendo utilizado como instrumento autoritário de defesa social, como visto na doutrina portuguesa:

É patente que o problema político do processo penal se sintetiza nisto: ou se trata dum instrumento autoritário a usar para fins de <desinfecção social>, através da eliminação dos elementos anti-sociais na base de um critério enformador de defesa social já denunciado por Carrara; ou de um meio de que o Estado se serve em homenagem a um critério de justiça retributiva para determinar a culpa de um argüido e, portanto, para garantir para além do domínio da culpa, o espaço da liberdade[72].

É justamente nesse ponto que os direitos fundamentais, na democracia constitucional, são considerados a *leyes del más débil*[73], pois exercem as garantias na proteção e efetividade dos direitos fundamentais, em face do poder de violência simbólico.

Portanto, nessa escolha política, referente qual modelo de processo penal deverá optar, é que os direitos fundamentais são decisivos em direcionar no caminho da proteção das liberdades, afastando qualquer flerte com o autoritarismo, aliando a noção de democracia. Nos Estados autoritários a legitimidade é exercida pelo poder. Desta forma, o poder limita o exercício da jurisdição, exemplo recente na história brasileira. Todavia, nos Estados democráticos é a jurisdição que limita o poder. Assim, é o caso contemporâneo brasileiro onde qualquer exercício de poder precisa ser amparado na legalidade, sendo possível o controle prévio e posterior da jurisdição.

6.0 A efetividade dos direitos fundamentais: *la ley del más débil*.

Da afirmação que os direitos fundamentais estabelecem imposições positivas e negativas ao Estado, no sentido das obrigações de agir, através de prestações positivas, de condições para o convívio social e, de outro lado, os aspectos negativos da proibição das violações dos direitos fundamentais é que reside a questão da efetividade desses.

Os princípios constitucionais decorrentes dos direitos fundamentais representam mandados de otimização em dois momentos. Em um primeiro sentido, servindo de orientação para o Legislador no instante da elaboração das leis penais e processuais de conferir uma legitimidade democrática substancial. Assim, não basta a lei respeitar o processo legislativo formal é preciso possuir também um caráter substancial de democracia nos textos penais e processuais penais. O segundo momento incide no ato de julgamento.

Nesse segundo instante, o magistrado criminal exerce um papel fundamental no cumprimento dos direitos fundamentais, pois no controle da supremacia constitucional, esse deverá afastar as leis contrárias à constituição. O positivismo do novo constitucionalismo não traduz mais aquele modelo de Kelsen, em que não caberia ao magistrado interpretar a aplicabilidade da lei, pois o juiz, nesse novo contexto, não está mais adstrito à lei. Portanto, estando essa lei em desacordo substancial com a constituição caberá ao magistrado a não aplicação desta, a despeito de ser uma lei com vigência plena[74]. Não se pode negar que as bases teóricas de Ferrajoli se desenvolveram no positivismo de Kelsen e Hart e na filosofia analítica de Bobbio a partir dos anos 50. Todavia, diferentemente da noção descritiva, sem conteúdo axiológico, fundamentado puramente no paradigma legalista, Ferrajoli reclama uma visão mais constitucional, lastreado em conteúdo axiológico, servindo como fonte legitimadora do direito[75].

O novo poder constitucional não estabelece apenas limites à competência do Estado no exercício da violência legal, mas também representa um complexo de normas materiais que condicionam a atuação do Estado na obtenção dos fins e objetivos[76]. Portanto, o juiz constitucional em contato permanente com os valores da carta magna deve ser capaz de aplicar a hermenêutica de maximização dos efeitos dos direitos fundamentais no sentido de afastar leis ou decisões que contrariem o quanto disposto nela[77]. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro permite que todos os órgãos judicantes sejam juízes constitucionais. A fiscalização incidental ou difusa de leis ou atos normativos possibilita o cumprimento imediato dos princípios constitucionais no caso concreto, diminuído sensivelmente a distância entre os indivíduos e a constituição.

No ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 que vedava a progressão de regime para os condenados por esses crimes ou equiparados na medida em que o cumprimento da pena se dava em regime integralmente fechado por conflitar com o princípio constitucional da individualização da pena, art. 5º, inciso XLVI, da CRFB. O Supremo expressou que qualquer restrição a direitos fundamentais precisa possuir uma fonte de legitimação constitucional.

Portanto, cabe ao magistrado interpretar se aquela restrição ao direito fundamental, no caso sob análise, possui legitimidade constitucional para ser aplicada, pois se não existir ou extrapolar os limites constitucionais deverá ser afastada sob o fundamento da inconstitucionalidade. Desta forma, preleciona Lenio Streck:

No Brasil qualquer juiz de direito de primeira instância pode deixar de aplicar uma lei, se entendê-la inconstitucional. Note-se: o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei; apenas deixa de aplicá-la, isto porque somente na forma do art. 97 da CF é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade[78].

La ley del más débil, por si só, desempenha a proteção e efetividade plena das garantias dos indivíduos, seja no instante da edição de leis ou na aplicação, em face dos poderes do Estado. No modelo da teoria do garantismo penal[79] os axiomas do processo penal democrático representam princípios nos quais o Estado deve respeitar. Assim, a estrita jurisdição, o sistema acusatório, o ônus da prova para acusação e o contraditório são sempre a afirmação de como as “*leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría em su ausencia*”[80].

Enfim, é preciso maximizar as regras dos direitos fundamentais, através da função garantista do direito e do processo penal, pois pouco importa que a constituição estipule a previsão de instrumentos de proteção, a exemplo do *habeas corpus*, se na mesma legislação existam ainda poderes discricionários ao exercício do poder institucional[81]. Essa contradição entre a constituição e o real exercício de poder representa um sistema de garantias vazias.

7.0 Considerações finais: a proteção e efetividade dos direitos fundamentais como tutela da democracia.

A consagração dos direitos fundamentais foi uma importante conquista das sociedades pós-guerra, pois iniciou um processo gradual de consolidação da democracia. A ausência de legitimidade democrática no exercício do poder representou uma marca dos Estados autoritários, muito embora repousassem em grande apelo popular. A democracia constitucional, via do novo constitucionalismo, tenta maximizar as garantias constitucionais sempre que for necessário à proteção dos direitos fundamentais ou da própria democracia.

Ademais, a regra da maioria é mitigada em certo grau, em virtude dos direitos fundamentais, por representar uma forma de exercício de poder irracional. O fato de

existir uma vontade geral não traduz, necessariamente, em possibilidade de suprimir ou reduzir o âmbito de efetividade desses direitos.

Os direitos fundamentais será a lei do mais débil, ou seja, sempre que um indivíduo estiver em uma situação de desigualdade perante o Estado ou instrumento de poder serão os direitos fundamentais a garantia contra o arbítrio. Então, seja no direito penal, processual penal, direito do consumidor, direito do trabalho ou em qualquer situação jurídica caberá aos direitos fundamentais o limite ao exercício de poder do Estado ou da lei do mais forte.

O processo penal democrático representa o respeito às regras do jogo, estabelecidas em um parâmetro formal e substancial, sem a prevalência de um poder um sobre o outro. É preciso levar a cabo todos os direitos fundamentais, pois combater as ameaças destes é o preço que a democracia deve pagar.

8.0 Referências:

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: esayos escogidos**. Editorial Trotta: Madrid, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2ª ed. São Paulo: Max limonad, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: a teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Derechos humanos y constitucionalismo**. Marcial Pons: Barcelona, 2005.

_____. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. **Garantismo: uma discussão sobre derecho y democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Nº 15. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 5ª. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JAKOBS. Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAURÍCIO, Artur; PINHEIRO, Rui. **A constituição e o processo penal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2007

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

POZZOLO, Susanne. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Martin Claret., Capítulo III.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constituição e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en El derecho penal**. Buenos Aires: grupo editorial Ibañez, 2006.

ZIPPELINS, R. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1971.

[1] *Magna Carta Libertatum* de 1215.

[2] FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. N° 15. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 87.

[3] **Derechos humanos y constitucionalismo**. Barcelona: Marcial Pons, 2005, pág. 15.

[4] FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008, pág. 27.

[5] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constituição e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, pág. 13.

[6] ZIPPELINS, R. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1971, pág. 93.

[7] Também denominado, por Juan Fernando Segovia, de *Constitucionalismo Garantista*, pois é a consagração de direitos individuais mínimos que, por estarem presentes na Lei maior (Constituição), acabam ganhando status de proteção máxima.

[8] O positivismo jurídico representou uma forma de consolidação dos Estados Modernos em virtude da forte e única vinculação da existência de direitos sob a possibilidade de promulgação dos órgãos estatais.

[9] Para Ferrajoli existem duas formas de respeito por parte do Estado aos direitos fundamentais positivados: a garantia primária e a garantia secundária.

[10] STRECK, Lenio Luiz. *Op Cit*, pág. 101.

[11] A complexidade da sociedade será considerada a sociedade do risco, denominada assim por Ulrich Beck, que consiste na produção de incertezas, trazendo consigo uma nova relação social entre os indivíduos e, por via de consequência, perante o próprio Estado.

[12] NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 67.

[13] NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Op. Cit.* pág. 66.

[14] STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.* Pág. 381.

[15] **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 3.

[16] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, pág. 35.

[17] POZZOLO, Susanne. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, pág. 79.

[18] *Idem.* pág. 31.

[19] HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 5ª. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

[20] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, pág. 25.

[21] *Idem.*, pág. 25.

[22] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Martin Claret., Capítulo III, pág. 41.

[23] *Idem. Op. Cit.*

[24] BOBBIO, Noberto., pág. 384.

[25] FERRAJOLI, LUIGI. *Op. Cit.*, pág. 77.

[26] FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, pág. 16.

- [27] *Idem. Op. Cit.* pág. 16.
- [28] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág. 90.
- [29] *Idem. Op. Cit.* pág. 16.
- [30] *Idem. Op. Cit.* pág. 17.
- [31] *Idem.* pág. 27.
- [32] *Idem.*, pág. 27.
- [33] *Idem.*, pág. 28.
- [34] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2ª ed. São Paulo: Max limonad, 2000, pág. 108.
- [35] *Op. Cit.*, pág. 78.
- [36] *Idem.*, pág. 79.
- [37] Também chamado por Celso Campilongo como função contra-majoritária, por representar uma esfera de proteção às minorias, em face do poder da maioria.
- [38] *Op. Cit.*, pág. 33.
- [39] *Idem.*, pág. 82.
- [40] FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.* 42.
- [41] *Idem*, pág. 196.
- [42] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág. 197.
- [43] *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, 162.
- [44] BARROSO, Luis Roberto. *Op., Cit.* pág. 32.
- [45] Sistema de regras, substanciais e formais, que tem como destinatários os próprios titulares do poder. *Idem.* pág. 32.
- [46] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág 84.
- [47] *Idem.* 84.
- [48] Entende-se por direito subjetivo como qualquer expectativa positiva de prestação ou negativa (de não sofrer lesões) adestradas a um sujeito por normas jurídicas. *Op., Cit.* 37.

[49] Por sua vez, status é compreendido como a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos de exercícios destas. Idem. 37.

[50] Definição de Luigi Ferrajoli. Idem. 37.

[51] Idem. 37.

[52] **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 3. ed. Editorial Trotta: Madrid, 2007, pág. 19.

[53] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 66.

[54] ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios, 2004, 13.

[55] Idem. 30.

[56] Idem. pág. 66.

[57] MAURÍCIO, Artur; PINHEIRO, Rui. **A constituição e o processo penal**. Lisboa: Coimbra Editora, 2007, pág. 12.

[58] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág. 92.

[59] Idem. *Op. Cit.* pág. 175.

[60] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág. 95.

[61] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág. 92.

[62] Idem. *Op. Cit.* pág. 92.

[63] **Processo penal de emergência**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.

[64] Idem. pág. 46.

[65] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág. 96.

[66] JAKOBS. Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág. 25.

[67] Idem. pág. 35.

[68] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en El derecho penal**. Buenos Aires: grupo editorial Ibañez, 2006, pág. 37.

[69] Idem. pág. 68.

[70] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág. 14.

[71] *Idem.* pág. 14

[72] MAURÍCIO, Artur; PINHEIRO, Rui. *Op. Cit.* pág. 16.

[73] *Op. Cit.* pág 43.

[74] *Op., Cit.* pág 22.

[75] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* Pág. 12.

[76] CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos.** In: El neocostitucionalismo en su laberinto. Editorial Trotta: Madrid, 2007, pág. 9.

[77] CARBONELL, Miguel. *Op. Cit.* pág 10.

[78] STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.* pág. 456.

[79] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: a teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 79.

[80] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág. 54.

[81] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* pág. 103.