

A teoria do garantismo jurídico e a soberania popular: o aparente paradoxo das decisões contramajoritárias

The theory of juridical garantism and popular sovereignty: The apparent paradox of counter-majoritarian decisions

Caroline Ferri¹

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil
carolineferri@gmail.com

Sergio Cademartori²

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil
scademartori@uol.com.br

Resumo

O conceito de soberania é essencial na compreensão do pensamento político contemporâneo. Esta percepção se deve não somente às discussões sobre a secularização do Estado, mas também sobre o tema do poder político e de suas consequências. Se a ideia inicial de soberania tal qual preconizada por Bodin, dentre outros, se assenta em uma faceta jurídico-política e não religiosa, possuiria por atributos o caráter de ser perpétua e absoluta, não tendo, assim, nenhum poder a ela superior. Entretanto, a existência de decisões contramajoritárias coloca em xeque este conceito soberano. A teoria do garantismo jurídico tenta explicar esta relação como um aparente paradoxo, dado que, por respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como a dignidade humana, a liberdade e a igualdade, seria possível uma limitação do poder soberano estatal, sendo assim possível que decisões não corroboradas por uma maioria democrática sejam consideradas como portadoras do caráter de legitimidade.

Palavras-chave: soberania, garantismo jurídico, decisões contramajoritárias.

Abstract

The concept of sovereignty is essential to understand contemporary political thinking. This perception is due not only to the discussions on the secularization of the State, but

¹ Bacharela em Direito e em Filosofia. Doutoranda em Direito pela UFSC. Universidade Federal de Santa Catarina. Campus Universitário, Reitor João David Ferreira Lima, Trindade, 88040-970, Florianópolis, SC, Brasil.

² Professor do departamento de Direito da UFSC. Universidade Federal de Santa Catarina. Campus Universitário, Reitor João David Ferreira Lima, Trindade, 88040-970, Florianópolis, SC, Brasil.

also on the subject of political power and its consequences. If the initial idea of sovereignty as proposed by Bodin, among others, is based on a juridical-political facet, rather than on a religious one, it would have, as attributes, the character of being perpetual and absolute, not allowing, thus, any power superior to itself. However, the existence of counter-majoritarian decisions threatens this sovereign concept. The theory of juridical garantism attempts to explain this relation as an apparent paradox, since, because of its respect for the foundations of the Democratic Rule of Law, such as human dignity, liberty and equality, a limitation to the sovereign power of the State would be possible, making it thus possible that decisions not corroborated by a democratic majority be considered as having the character of legitimacy.

Key words: sovereignty, juridical garantism, counter-majoritarian decisions.

Introdução

A aceção do Estado moderno é em geral dada pela própria percepção de poder. E esta compreensão é pelo homem definida a partir da própria noção de temporaneidade. O conceito de limitação do poder também é percebido sob esta ótica. No Estado moderno, a ideia da existência de uma limitação ao poder de mando soberano assumiu vários significados, desde a representação de um desenvolvimento histórico da sociedade ocidental moderna até uma dissociação entre a igreja e o Estado, entre o sagrado e o mundano (Marramao, 1995).

Cabe, portanto, definir que o debate sobre a relação entre soberania e poder se coloca como fundamental para o pensamento político contemporâneo, dadas as consequências de caráter essencial que esta relação possui. Todavia, este texto tem uma pretensão menor: não intenta dar conta deste discurso que vem a envolver a questão democracia/soberania popular, mas apontar para alguns pontos mais introdutórios ao tema do Estado e da soberania, especificamente no que tange ao seu pressuposto limitador.

Pretende-se, a partir destes elementos, discutir a informação dada por algumas teorias de que haveria uma grande ruptura entre o pensamento medieval acerca da soberania e as teses propostas a partir de Bodin. Discute-se, a partir da leitura teórica deste autor, que é possível verificar, além de rupturas, uma certa continuidade na ideia de que o soberano se caracteriza pela não limitação e respeito às suas decisões. Para tanto, elencar-se-á, além da proposta de Bodin, a leitura de Hobbes, autor que evidencia a supremacia absoluta do poder soberano. Em contraponto, colocar-se-á o questionamento acerca do fato de que se o povo, nas democracias liberais contemporâneas, possui o poder soberano, como poderiam ser legitimadas decisões de caráter contramajoritário? A perspectiva a ser desen-

volvida é de que, por meio de uma teoria garantista do direito, a democracia constitucional possui, como um de seus elementos essenciais, a perspectiva de que nem sobre todas as coisas o poder soberano pode decidir.

O soberano medieval: um poder absoluto e ilimitado

Os debates acerca da noção de soberania remontam a períodos anteriores ao próprio Estado moderno. A despeito do questionamento acerca de uma origem histórico-conceitual do termo soberania, pode-se destacar como um elemento essencial desta gênese a perspectiva que veio a assumir no regime medieval. Embora inicialmente viesse a indicar a existência de uma função do soberano como um comissário de deus, ou seja, um dever de cumprir as leis em nome do divino, com a crescente difusão do cristianismo na Europa o atributo essencial da soberania passou a ser considerado como uma capacidade tanto de criação quanto de imposição de leis, estas associadas tanto para com o legislador divino quanto humano. Raquel Kritsch aponta que foi a partir desta noção que o conceito de soberania passou a ser associado ao Estado moderno nascente, de tal modo que, segundo Kritsch (2002, p. 31),

[...] quando essa “união” conceitual e prática passa a ter lugar, a história desses dois conceitos se entrelaça de tal modo que se torna difícil percebê-los como duas entidades teóricas e historicamente distintas, como dois movimentos temporais diferenciados que – numa quase fusão – se encontram por um certo período e em determinado lugar da história.

Nesta perspectiva, um dos pontos de destaque que se concede para a teoria de soberania proposta por Jean Bodin seria justamente a questão da seculari-

zação. Enquanto o conceito de soberania evidenciado no período medieval concedia uma espécie de legitimidade do soberano derivada da divindade (o comissário de deus), a modernidade acaba por promover uma certa separação entre a igreja e a política. Com isto, a nova soberania, secularizada, modifica a perspectiva do chamado direito divino dos reis, legitimada pela graça de deus, e se altera para teorias que ora deixam de tratar de uma suposta origem do poder soberano, ora definem esta originalidade como um certo direito natural dos homens.

Non se può dire la stessa cosa del potere politico moderno. Esso nasce [...] dalla graduale mutazione della concezione cristiano-medievale della sovranità: un'autorità di origine e natura esclusivamente divina, rispondente alle istanze teologiche della formula paolina *nulla potestas nisi a Deo* [...]. La nuova sovranità è invece quella di uno stato sostanzialmente secolarizzato, al di là della pur decisiva configurazione del *divine right of kings* dei monarchi del sedicesimo e diciassettesimo secolo, e si legittima quindi non soltanto su un'investitura *gratia Dei*, ma anche e soprattutto sul diritto naturale dei sudditi. La nuova sovranità, vista in prospettiva nella forma compiuta del *Leviatano* hobbesiano laicamente e razionalmente costituito a partire da un patto sociale, non è più fondata sulla *verità rivelata* delle Sacre Scritture, ma sul diritto naturale dei popoli (Terni, 1995, p. 7).

Nesse sentido, pode-se verificar que a característica do poder soberano nas perspectivas do medievo é justamente o fato de que a soberania se exerce sem nenhuma limitação, quer no aspecto divino, quer no aspecto humano. A diferença essencial que se mostrará nas perspectivas da soberania moderna está justamente no fato de que, embora a definição de soberano se dê em semelhante perspectiva, vão ser postos debates acerca da possível limitação do seu poder de mando. Se, por um lado, o poder soberano ainda é absoluto, essa verificação se dá não mais de uma forma indefinida, mas sempre com relação a um outro poder. Em suma, a soberania medieval é definida de uma forma completamente absoluta, enquanto que o soberano moderno sempre se define como um poder superior a qualquer outro poder, ou seja, trata-se de uma definição por comparação.

O soberano secularizado: um poder absoluto por comparação

Tem-se um debate acerca da existência de uma ruptura na percepção do conceito de soberania no séc.

XV. Por um lado, defende-se a ideia de uma continuidade na percepção conceitual de soberania no que tange aos conceitos medievais e às teses modernas, dado o fato de que juristas e filósofos daquele período colocavam questões acerca da origem das leis sob um fundamento humano. Nesse sentido não se poderia dizer da existência de uma ruptura conceitual de soberania na modernidade, mas a finalização de um processo já iniciado no medievo.

Por outro lado, defende-se que houve uma mudança significativa do conceito de soberania quando enunciado por Bodin, e que, dessa forma, não se poderia afirmar a existência de uma evolução da ideia de soberania, mas uma alteração de tamanha significatividade que trouxe alterações sensíveis para o conceito em questão.

La nuova sovranità è invece quella di uno stato sostanzialmente secolarizzato, al di là della pur decisiva configurazione del *divine right of kings* dei monarchi del sedicesimo e diciassettesimo secolo, e si legittima quindi non soltanto su un'investitura *gratia Dei*, ma anche e soprattutto sul diritto naturale dei sudditi (Terni, 1995, p. 7).

Remonta-se a Bodin o início de uma nova percepção de soberania, secularizada, que concede ao soberano o poder único de decidir as questões referentes ao Estado e sua organização. A soberania, nesta perspectiva moderna, não mais se define por meio de atributos religiosos, mas por uma faceta jurídico-política que concede ao indivíduo ou instituição portador da soberania a condição de ser superior a todas as demais instâncias de poder.

Nesse sentido é a afirmação de Goyard-Fabre (2002, p. 122) de que “o poder soberano de um rei o torna independente, de modo que, no domínio temporal, a exemplo do que é o Soberano Pontífice no domínio espiritual, ele é superior a todas as autoridades subordinadas”.

No texto, Bodin inicialmente vem a definir o Estado como um governo sobre várias famílias e das coisas que lhe são comuns com um poder soberano. Verifica-se, pois, que a própria noção de Estado assume como ponto essencial a ideia da soberania. Esta vem a ser definida pelo autor como “la puissance absolue de l'Etat, perpétuelle et supérieure aux loix” (Bodin, 2005, p. 266), o que permite afirmar ser a soberania algo ilimitado em um sentido temporal.

A soberania assume este caráter perpétuo em razão de não ser transferida para o detentor provisório do poder; o soberano é aquele que permanece sempre em posse deste. Também se constitui como um elemento absoluto porque, se transferida para algum detentor provisório, este acabaria por ordenar o príncipe, “il

pourroir l'étendre sur son Seigneur, et par là le Sujet commanderoit au Souverain" (Bodin, 2005, p. 267). A soberania, então, não pode ser dividida, pois, se assim fosse, "uma das partes subjugaria a outra e o caráter misto da autoridade, aniquilando a independência da capacidade de decisão que constitui sua essência, a arruinaria" (Goyard-Fabre, 2002, p. 144).

Bodin faz uma distinção entre aquele que recebe o poder soberano por toda a sua vida quando este lhe é dado simplesmente e entre aquele que o recebe por outorga por algum motivo qualquer.

If such absolute power is given him simply and unconditionally, and not in virtue of some office or commission, nor in the form of a revocable grant, the recipient certainly is, and should acknowledged to be, a sovereign. The people has renounced and alienated its sovereign power in order to invest him with it and put him in possession, and it thereby transfers to him all its powers, authority, and sovereign rights, just as does the man who gives to another possessory and proprietary rights over what he formerly owned. The civil law expresses this in the phrase "all power is conveyed to him and vested in him". But if the people give such power for the term of his natural life to anyone as its official or lieutenant, or only gives the exercise of such power, in such a case he is not a sovereign, but simply an officer, lieutenant, regent, governor, or agent, and as such has the exercise only of a power inhering in another. When a magistrate institutes a perpetual lieutenant, even if he abandons all his rights of jurisdiction and leaves their exercise entirely to his lieutenant, the authority to command and to judge nevertheless does not reside in the lieutenant, nor the action and force of the law derive from him (Bodin, s.d.).

Nesse sentido, a soberania é uma espécie de potência de comando. Diferente do comando próprio de um senhor ou mestre, que possuem um caráter privado, a soberania é essencialmente um comando de ordem pública.

A despeito de Bodin aceitar que a soberania resida no rei nas formas de governo monárquicas e no povo quando o governo é republicano, ela acaba por subsistir, essencialmente, nos governos hereditários, já que neles "[...] la puissance absolue réside toute entière dans la personne du Souverain" (Bodin, 2005, p. 279). Esta preferência pelas monarquias se deve à própria noção de poder absoluto da soberania, já que por esta característica o poder não repousa naqueles que o exercem por delegação, mas apenas quando o poder deriva das leis divinas e humanas (Bodin, 2005, p. 275).

Definir a soberania como de caráter perpétuo e absoluto indica, para Bodin, que o soberano não estaria

sujeito às suas próprias leis ou às de seus antecessores, respondendo por seus atos apenas a deus. Apesar de reconhecer a conveniência do soberano em cumprir seus juramentos e as leis, Bodin defende, por meio das características da soberania, que o governante é livre para agir e cumprir os ditames que julgar convenientes.

"Enfin de deux choses l'une; ou le Prince qui promet de se régler sur les Loix civiles n'est pas souverain, ou il est parjure, quand il y contrevient" (Bodin, 2005, p. 305). Para Bodin, os juristas que defendem a necessidade do príncipe observar as leis e costumes do país degradam a majestade soberana e metamorfoseiam uma monarquia, tanto numa aristocracia, quanto numa democracia (2005, p. 305-306).

O poder legislativo do monarca é importante para instruir o povo quanto ao que deve se conformar (Bodin, 2005, p. 312). Citando Marco Aurélio, Bodin afirma que "[...] les Magistrats décidoient du fort des particuliers, les Princes de celui des Magistrats, & Dieu se reservoit de prononcer sur le Gouvernement des princes" (Bodin, 2005, p. 313).

Nesse sentido também é a afirmação de que o soberano não estaria sujeito ao direito das gentes, pois "Le Prince est l'image de Dieu, l'ouvrage du Prince doit donc être modélé sur celui de Dieu-même, & la loi du Prince doit être mesuréesur celles de l'Eternel" (Bodin, 2005, p. 313).

Importante observar que, embora afirme a superioridade do soberano diante das leis, Bodin (2005, p. 314) não afirma a inexistência de limites ao monarca, pois ele está sujeito às leis de deus e da natureza, bem como a todos os tratados legítimos que porventura firmou. Ademais, "Les Souverains sont l'image de Dieu sur la terre" (Bodin, 2005, p. 425). Nesse sentido, pode-se verificar que a atribuição do caráter absoluto da soberania como um ditame acerca do poder ilimitado do soberano não significa a inexistência de uma relação com as perspectivas naturais e divinas.

A partir deste sentido pode-se verificar uma distinção entre a teoria da soberania proposta por Bodin e a elencada por Hobbes. Enquanto para Bodin o príncipe manda naturalmente nos súditos como o pai manda nos filhos, para Hobbes não é concebível que o governo da casa, calcado na ordem da natureza, seja o verdadeiro modelo do governo do Estado.

Em Hobbes pode-se demonstrar certa diferenciação desta relação existente em Bodin acerca do soberano e das leis de natureza. Esta alteração se deve, em certa medida, à forma como se dá o estabelecimento do soberano e do próprio Estado.

Os homens, desejosos de obter paz e evitar a guerra, acabam por estabelecer um contrato social (pac-

to) por meio do qual eles próprios se transformam em uma única pessoa, onde cada um cede a seu representante comum sua própria autoridade (Hobbes, 2004, p. 137). E a única forma de que este poder comum possa ser capaz de defender os homens, seja de ataques estrangeiros, seja de outros homens,

é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. [...] todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens [...] (Hobbes, 2004, p. 144).

A potência soberana, portanto, segundo Goyard-Fabre (2002, p. 155), resulta de um “cálculo teleológico de interesse pelo qual a razão [...] opõe-se à anarquia e à beligerância do estado de natureza”, sendo justamente esta multidão unificada que recebe o nome de Estado. Inclusive, Hobbes define que o estabelecimento deste pacto é a origem de Leviatã, o “*Deus Mortal*, ao qual devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa” (Hobbes, 2004, p. 144). Soberano, então, é aquele portador deste sujeito mortal, e súditos são todos os demais, ou seja, aqueles que lhe devem obediência por derivação do pacto.

A arte de governar diz respeito, não à criação do Estado, que obedece a uma dupla lógica, passional – o medo da morte, que leva os homens a pôr fim, por um pacto, ao estado de natureza no qual reina a guerra de todos contra todos – e jurídica – a transferência dos direitos de cada indivíduo contratante à pessoa do soberano – mas à sua conservação. Ela supõe portanto a existência de um soberano, isto é, de um monarca estabelecido na plenitude de seu direito. O governo é assim claramente delimitado em relação à instituição do poder (Goyard-Fabre, 2002, p. 35).

Interessa observar que o soberano pode cometer iniquidades e equívocos no uso de suas atribuições de representante. Entretanto, isto não acarreta sua perda de autoridade, pois este “não pode cometer injustiça nem injúria em sentido próprio” (Hobbes, 2004, p. 147). Esta afirmação se deve ao fato de que “cada súdito é autor de todos os atos praticados pelo soberano, de modo que a este nunca falta o direito seja ao que for, a não ser na medida em que ele próprio é súdito de Deus, e consequentemente obrigado a respeitar as leis de natureza” (Hobbes, 2004, p. 173).

Uma questão que se coloca diante da tese de soberania de Hobbes é justamente o embate entre leis divinas e ordens do soberano. Isto se verifica quando o soberano Leviatã emana um ordenamento que se mostra contrário a um ditame religioso. Por um lado, pelo pacto estabelecido entre os homens para a formação do Estado, a ordem do soberano deve ser cumprida. Por outro lado, existe a regra religiosa que exige a realização dos ditames da divindade.

Hobbes expõe que a dificuldade dos súbitos reside no fato de desconhecerem, quando recebem uma ordem divina, se esta é derivada do próprio deus ou de alguém que está a abusar disto para algum outro propósito (Hobbes, 2004, p. 411). A resposta do autor é dada pelo fato de que não poderia haver qualquer contradição entre as leis de Deus e as leis de um Estado cristão.

Esta impossibilidade de contradição se deve ao fato de que Hobbes define que as leis divinas correspondem a leis de natureza. Nesse sentido, o soberano seria o agente legítimo para interpretar e transformar estas leis em regras civis. “E portanto, vendo que o exame das doutrinas pertence ao pastor supremo, a pessoa em quem todos aqueles que não têm nenhuma revelação especial devem acreditar é (em todos os Estados) o pastor supremo, isto é, o soberano civil” (Hobbes, 2004, p. 413).

Dessa forma, haveria uma relação imediata entre o aspecto da divindade e a própria estrutura estatal, dado que “[a]s leis de Deus portanto nada mais são do que as leis de natureza, a principal das quais é que não devemos violar a nossa fé, isto é, uma ordem para obedecer aos nossos soberanos civis, que constituímos acima de nós por um pacto mútuo” (Hobbes, 2004, p. 412).

Esta relação entre as leis divinas e a soberano civil permite inferir que a tese de Hobbes “não se inclina nem para o negativismo ontológico nem para a retirada de Deus; desloca, muito especialmente em matéria de direito político, o ponto de aplicação da reflexão” (Goyard-Fabre, 2002, p. 155).

A definição do Leviatã como o senhor soberano de um Estado o transforma, em certa medida, em uma espécie de senhor divino. Esta divindade, entretanto, não assume caráter personalizado ou metafísico, mas uma perspectiva político-jurídica, conforme afirma Schmitt (1986, p. 85):

Pertanto il nuovo Dio è trascendente rispetto a tutti i singoli autori del patto, ed anche alla loro somma, anche se certamente questa trascendenza è tale solo in senso giuridico, non metafisico. La logica interna dello ‘Stato’, come prodotto artificiale istituito dagli uomini, non port alla persona, ma alla macchina.

Em suma, a despeito da teoria de Hobbes estabelecer uma definição de soberania vinculada a um aspecto racional e à própria descrição da natureza humana (as paixões que levam ao pacto), ainda persiste um certo aspecto não secularizado na teoria. Entretanto, pode-se afirmar que esta vinculação é minoritária, pois, a despeito do soberano ser considerado o pastor supremo e da necessidade dos súditos cumprirem as leis divinas, o soberano é o responsável por interpretar estas questões da lei de Deus.

Dessa análise observa-se que, se em Bodin existem, a despeito do caráter absoluto da soberania, limitações ao poder do soberano, Hobbes define o conceito de poder absoluto ao seu extremo, caracterizado pela ilimitação do poder supremo da soberania.

O soberano contemporâneo: uma nova percepção da soberania

A temática da soberania popular se relaciona com os debates acerca de uma certa crise do direito. Mostra-se como um tema recorrente o questionamento da democracia liberal contemporânea em razão de uma suposta ausência de conexão entre as vontades populares e aqueles que, em princípio, seriam os responsáveis pela manifestação jurídica destes desígnios. Ferrajoli (2001a) expressa esta crise a partir de três grandes manifestações. A primeira, uma crise de legalidade, cuja manifestação se dá pela ausência ou ineficácia dos controles sobre o poder público. A segunda, um descompasso entre a estrutura do Estado de direito e as funções do Estado em atender perspectivas de direitos fundamentais da população. Por fim, a crise do Estado nacional “que se manifesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo” (Ferrajoli, 2001a, p. 16).

Especialmente no que tange a esta última problematização, há uma tendência de definição do caráter legítimo de certos atos político-jurídicos quando estes acabam por se mostrarem correspondentes a uma perspectiva majoritária. Em certa medida, a legitimidade política que se insere no conceito de soberania popular é a de que um governo apenas pode ser dito legítimo quando assentado em uma vontade da maioria. Nesse sentido, a própria estrutura do Estado deve assumir tal afirmação. Dessa forma, os três poderes do Estado – legislativo, executivo e judiciário – deveriam seguir os ditames da vontade popular. Esta manifestação de vontade, no que tange ao poder judiciário, se evidencia na perspectiva que as decisões que este vier a tomar de-

veriam ser guiadas pela vontade soberana. Tem-se, dessa forma, uma espécie de seguimento das definições clássicas de soberania, pois a vontade do soberano se mostra absoluta. No caso da soberania popular, o povo, como soberano, poderia decidir o que quisesse, e nenhum governo seria legítimo se descumprisse este desejo.

A perspectiva garantista vai defender, por sua vez, que os fundamentos jurídicos que devem estar presentes num Estado democrático de direito são assentados, essencialmente, em valores referentes à dignidade humana, paz, liberdade e igualdade que devem estar presentes enquanto finalidades a serem buscadas pelo Estado, o que vem a permitir, nesse sentido, a existência de decisões dotadas de caráter contramajoritário que possuiriam um caráter de legitimidade, ainda que não assentadas em disposições de maioria (Cademartori, 2007).

Segundo a perspectiva majoritária da democracia, esta corresponderia à “omnipotencia de la mayoría, o bien de la soberanía popular” (Ferrajoli, 2008, p. 25). Esta definição, inicialmente, parece dar conta da própria ideia semântica de democracia (termo grego *kratos*, autoridade, e *demos*, povo). Entretanto, uma observação mais pormenorizada aponta para uma série de aporias derivadas da análise deste regime apenas segundo a perspectiva majoritária. Ferrajoli (2008, p. 25) assim resume estes elementos:

[...] la descalificación de las reglas y de los límites al poder ejecutivo que es expresión de la mayoría, y en consecuencia de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del propio parlamento; la idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles que forman la sustancia de aquello que constituye, por el contrario, lo que podemos denominar “democracia constitucional”.

Observa-se que esta definição de democracia calcada na supremacia da maioria leva em conta a perspectiva de que, se este regime se caracteriza pela governabilidade popular, o povo detém o poder absoluto de decisão dos rumos do Estado, quando os seus membros sobre estes pontos chegam a um acordo de maioria. Nesse sentido, toda manifestação judicial, por exemplo, deveria ser calcada na perspectiva de que não se pode decidir contrariamente àquilo que o povo, como portador do poder soberano, em sua maioria acordou.

A teoria garantista, ao propor uma nova forma de se tratar os direitos fundamentais, define que a democracia é mais do que um regime político no qual se verificam regras que definem acerca de como devem

ser tomadas decisões, mas um sistema onde essencialmente se definem os pressupostos acerca do que se pode decidir. Estes limites, dados pelos direitos fundamentais, constituem o fundamento daquilo que se chama democracia constitucional.

Nesse sentido, um paradigma garantista “no se limita a programar sólo las *formas* de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además programa sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios de justicia – igualdad, paz, tutela de los derechos fundamentales – inscritos en las constituciones” (Ferrajoli, 2008, p. 30-31).

Tem-se, dessa forma, que a teoria garantista pressupõe que, ao se tratar de uma definição de um regime democrático, além das questões procedimentais e estruturais que sua definição formal possui, deve-se levar em conta que ela representa, em certa medida, os “límites y vínculos sustanciales que en ella imponen al poder del pueblo los derechos constitucionalmente establecidos” (Ferrajoli, 2001b, p. 345).

Este critério de definição da democracia se torna essencial no sentido de serem verificados os elementos por meio dos quais se poderá definir uma forma de democracia que vai além dos aspectos estruturais, mas essencialmente vinculada com a estrutura que a Constituição define acerca dos direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de evidenciar a democracia a partir de sua vertente constitucionalista.

La democracia constitucional [...] es aquel régimen, o aquella forma de gobierno, en el que el poder de decisión colectiva, fundado sobre la atribución universal de los derechos políticos a todos los miembros adultos de la colectividad, encuentra vínculos de sustancia, y no solo de forma, para su propio ejercicio: estos vínculos coinciden precisamente con los derechos fundamentales, y principalmente con los derechos de libertad y con los derechos sociales (Bovero, 2001, p. 241-242).

Verifica-se, portanto, que a teoria geral do garantismo propõe uma limitação ao poder popular nos regimes democráticos. Embora inicialmente uma proposição paradoxal, dado que a essência da democracia

seria justamente a possibilidade de o povo, como portador absoluto do poder soberano, decidir amplamente os seus desígnios, assenta sua validade no fato de que a Constituição assume um papel essencial na salvaguarda de direitos. Nesse sentido, os direitos fundamentais³ ressaltados nas Constituições estariam não apenas garantindo a manutenção do poder popular, mas também o estariam limitando. Isto, que se mostra inicialmente como um paradoxo, pode ser dito como um dos elementos essenciais não somente da ideia democrática contemporânea, mas também da própria definição de soberania popular⁴.

Esta perspectiva que a teoria garantista assume ao responder pela possibilidade de que decisões contramajoritárias assumam um papel democrático se coloca em razão de que a relação entre a soberania popular e a democracia constitucional, para Ferrajoli, se apresenta em dois sentidos distintos: (a) um sentido negativo e (b) um sentido positivo.

O sentido negativo desta relação corresponde a uma perspectiva literal, ou seja, parte do pressuposto de análise do povo como um todo, onde a soberania reside absolutamente no seu aspecto popular. Trata-se, portanto, de uma espécie de princípio legitimatório da democracia política, pois o povo, como portador da soberania, pode decidir sobre qualquer elemento presente no regime democrático. Dessa forma, decisões de qualquer dos poderes do Estado – inclusive, portanto, o judiciário – apenas são tidas como legítimas se forem coadunadas com os desejos populares (Ferrajoli, 2007).

Entretanto, a esta perspectiva negativa deve ser somado um sentido positivo desta relação entre soberania e democracia. Este sentido, mais abrangente, intenta dar conta do fato de que as Constituições contemporâneas são dotadas de direitos fundamentais, estabelecidos sob a forma de princípios. Estes se constituem como limites não apenas de decisões dos poderes do Estado, mas essencialmente como forma de contenção das vontades do povo. Nas palavras de Ferrajoli (2007, p. 11):

La formula “la sovranità appartiene al popolo” vuole quindi dire, in questo secondo senso, che essa appartiene all’insieme dei suoi cittadini, cioè di tutte le persone di cui il popolo si compone: appartiene, in breve,

³ Ferrajoli (2001c, p. 5) assim define direitos fundamentais: “propongo una definizione, puramente formale o strutturale, i ‘diritti fondamentali’: sono ‘diritti fondamentali’ tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per ‘diritto soggettivo’ qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per ‘*status*’ la condizione di un soggetto prevista anch’essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolari di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio.”

⁴ Segundo Niklas Luhmann (1994), “[o] paradoxo não é nenhuma contradição e, por isso, tampouco a promessa de uma síntese da ‘dialética’ conduz mais longe. O paradoxo não afirma: jurídico *igual* a antijurídico, mas sim, jurídico *por causa* de antijurídico”.

a tutti e a ciascun cittadino, in quanto equivale alla somma di quei poteri e contro-poteri di tutti – i diritto politici, i diritto civili, i diritto di libertà e i diritto sociali – che sono i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Questi diritti, conseqüentemente, non sono soltanto dei limiti al suo concreto esercizio, ma ne sono altresì la sostanza democratica, dato che si riferiscono al popolo in un senso ben più concreto e pregnante della stessa rappresentanza politica, cioè a tutti e a ciascuno dei suoi membri in carne ed ossa.

Tem-se, portanto, uma estrutura fundamental na perspectiva da democracia política contemporânea. Significa, pois, que os debates que a envolvem devem, necessariamente, tratar desta suposta tensão entre os desígnios populares e um núcleo de direitos indisponíveis presentes na ordem constitucional.

A teoria geral do garantismo, quando aplicada para a esfera democrática, assume a perspectiva de que uma democracia corresponde não a um regime onde o povo pode, dada sua condição de portador da soberania, decidir sobre tudo e em qualquer medida, mas que existem limites significativos a este poder. Nesse sentido, o garantismo permite uma resposta positiva ao questionamento da legitimidade das decisões contramajoritárias, pois estas, se embasadas na defesa deste núcleo indisponível, possuem uma legitimidade que não lhes pode ser retirada pelo fato de serem contrárias a manifestações populares.

Considerações finais

A ideia da soberania como a máxima designação de poder esteve presente na história política dos Estados. Associada, em geral, a uma perspectiva absoluta, tem-se com Bodin uma análise jurídico-política do termo por meio da qual definiu o caráter absoluto da soberania não mais como algo não dotado de comparativos, mas como algo superior por comparação.

Nesse sentido, é interessante observar que Bodin, a quem se reputa como o autor que trouxe alterações significativas para a ideia de soberania do Estado, não possui uma ruptura de sua teoria com as perspectivas medievais, mas uma espécie de continuidade argumentativa na construção do seu conceito jurídico e político de soberania, pois continua a definir, de certa forma, limitações ao poder do soberano, não se desvinculando, dessa forma, das teses medievais acerca dos limites divinos do soberano.

Hobbes reforça esta continuidade sistemática porque estrutura a formação do Estado e do soberano a partir de um consentimento mútuo entre os homens,

que acaba por dar ao Leviatã (o Deus homem) a condição de detentor do poder de mando absoluto no Estado. Apesar do autor destacar certas interligações do Estado com a perspectiva divina, deixa claro que é o próprio soberano o responsável pela interpretação destas regras de cunho teológico. Nesse sentido, a afirmação clássica de que o poder é legítimo porque oriundo de Deus acaba por perder o seu sentido no contexto da teoria hobbesiana. Tem-se, nesse momento, a estruturação fundamental da soberania como um poder de mando de caráter absoluto, onde todas as manifestações, sejam do Estado ou de seus súditos, não podem ser contrárias a esta vontade.

A estrutura democrática contemporânea, por sua vez, assume o fato de que a secularização se encontra no elemento popular. O povo, como soberano, pode decidir sobre tudo. Não haveria limites a este poder. Se a tese de Bodin apresenta limitação para a esfera de decisão do soberano, a tese de Hobbes confere um poder absoluto a este. Já a perspectiva contemporânea da soberania impõe a análise de um paradoxo acerca do controle do soberano.

Seria possível legitimar decisões contrárias ao povo se estas forem estruturadas na busca da salvaguarda de direitos fundamentais? A teoria garantista vai proferir uma resposta afirmativa, ao definir que a democracia possui uma instância formal (onde se analisam as questões do povo como soberano, sua forma de escolha de representantes), e a democracia substancial, onde são expostos os limites para a decisão popular. Estes limites são definidos pela Constituição, por meio dos direitos fundamentais nela prescritos.

Dessa forma, pode-se vislumbrar um certo paradoxo: decisões ilegítimas por parte dos desejos populares se mostram legítimas quando defensoras de direitos fundamentais. Entretanto, este paradoxo pode ser dito aparente. Isto porque, ao se admitir uma versão material para a democracia, está-se considerando que os direitos fundamentais de uma ordem constitucional são barreiras não passíveis de transposição inclusive para a vontade popular. São limites acerca daquilo que se pode decidir.

Di qui la connotazione “sostanziale” impressa dai diritti fondamentali allo stato di diritto e alla democrazia costituzionale. Sono infatti per l'appunto “sostanziali”, cioè relative non alla “forma” (al *chi* e al *come*) ma alla “sostanza” o “contenuto” (al *che cosa*) delle decisioni (ossia al che cosa non è lecito decidere o non decidere), le norme che ascrivono – al di là e magari contro le contingenti volontà delle maggioranze – i diritti fondamentali: sai quelli di libertà che impongono divieti, sai quelli sociali che impongono obblighi al legislatore. Ne risulta smen-

tita la concezione corrente della democrazia quale sistema politico fondato su di una serie di regole che assicurano l'onnipotenza della maggioranza. Se le regole sulla rappresentanza e sul principio di maggioranza sono norme formali in ordine a ciò che dalla maggioranza è *decidibile*, i diritti fondamentali circoscrivono quella che possiamo chiamare la *sfera dell'indecidibile*: del *non decidibile che*, ossia del divieti corrispondenti ai diritti di libertà, e del *non decidibili che non*, ossia degli obblighi pubblici corrispondenti ai diritti sociali (Ferranoli, 2001c, p. 19).

Nesse sentido se faz importante a leitura da teoria geral do garantismo, pois esta, ao pressupor que a característica essencial dos Estados contemporâneos é a afirmação e defesa dos direitos fundamentais, assume um elemento material da democracia, permitindo, dessa forma, decisões de caráter contramajoritário. Dessa forma, a contradição entre as vontades da maioria popular e as decisões a estas contrárias, na perspectiva do garantismo, assume a condição de um aparente paradoxo, dada a condição de complementaridade que estes dois elementos assumem para o garantismo.

Referências

BODIN, J. 2005. *De la république, au Traité du gouvernement*. Chestnut Hill, Elibron Classics, 480 p.

BODIN, J. [s.d.]. *Six books on the Commonwealth*. Disponível em: www.constitution.org/bodin/bodin_.htm. Acesso em: 22/07/2011.

BOVERO, M. 2001. Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli: un acuerdo global y una discrepancia concreta. In: L. FERRAJOLI (coord.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, p. 215-242.

CADEMARTORI, S. 2007. *Estado de direito e liberdade: uma abordagem garantista*. 2ª ed., Campinas, Millennium, 249 p.

FERRAJOLI, L. 2001a. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2ª ed., Madrid, Trotta, 184 p.

FERRAJOLI, L. 2001b. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 391 p.

FERRAJOLI, L. 2001c. *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma, Editori Laterza, 371 p.

FERRAJOLI, L. 2008. *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 376 p.

FERRAJOLI, L. 2007. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. 2. *Teoria della democrazia*. Roma, Laterza, 713 p.

GOYARD-FABRE, S. 2002. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 526 p.

HOBBS, T. 2004. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo, Nova Cultural, 495 p.

KRITSCH, R. 2002. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo, Humanitas FFLCH/USP, 571 p.

LUHMANN, N. 1994. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. *Revista Sequência*, 28:15-29.

MARRAMAO, G. 1995. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo, UNESP, 347 p.

SCHMITT, C. 1986. *Scrittisu Thomas Hobbes*. Milano, Giuffrè Editore, 197 p.

TERNI, M. 1995. *La pianta della sovranità: teologia e politica tra medioevo ed età moderna*. Roma, Laterza, 206 p.

Submetido: 05/08/2011

Aceito: 14/05/2012