

## ***OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO CONTRATO SOCIAL: O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI<sup>1</sup>***

Elizângela Inocência Mattos<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente texto tem por objetivo analisar, a partir das clássicas teorias contratualistas, a concepção dos direitos fundamentais, a luz do texto de Ferrajoli e o apontamento da necessária garantia desses direitos em um Estado democrático. Para tanto, um panorama sucinto acerca dos direitos fundamentais se apresenta a partir da ideia do contrato social, que fomenta, por conseguinte, as ações dos indivíduos para que os direitos fundamentais sejam, sendo fundamentais, imprescindíveis para a vida e dignidade humana.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Garantismo; Contrato.

**Abstract:** This paper aims to analyze based on classical contractualist theories, the concept of fundamental rights, the light of the text and pointing Ferrajoli the necessary guarantee of those rights in a democratic state. For his, a succinct overview about fundamental rights presents itself from the Idea of social contract that promotes therefore the actions of individuals so that fundamental rights are being fundamental, essential for life and human dignity.

**Keywords:** Fundamental rights; Guaranteeism; Contract.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 11/03/2012 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 10/06/2012.

<sup>2</sup> Doutoranda em Filosofia pela Universidade Federal de São Carlos. Professora Assistente da Fundação Universidade Federal do Tocantins. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7750062710372317>. E-mail: [zanolea@bol.com.br](mailto:zanolea@bol.com.br).

## 1. Introdução

A responsabilidade em assegurar condições mínimas de sobrevivência, delegada a figura do soberano, remonta a tese de que é de sua alçada e, portanto do Estado, assegurar que os chamados direitos fundamentais alcancem a todos os indivíduos, ao remontar à formação do Estado. Contudo, tal garantia requer para tanto, efetiva participação de todos os envolvidos no intuito comum de zelar pela preservação da vida humana. O contratualismo moderno, ao pautar o advento do Estado, resultado do acordo entre os homens em nome da preservação da vida, compreende um aparato a ser considerado para se pensar em uma teoria dos direitos fundamentais que, por assim serem fundamentam o Estado e as ações por ele realizadas. Para tanto, faz-se necessária a previsão efetiva de garantia para atender a tais direitos. Assim, com o propósito em analisar o contratualismo e a previsão de garantias dos chamados direitos fundamentais, o presente texto propõe a partir do texto de Luigi Ferrajoli, uma leitura dos direitos fundamentais tendo como ponto comum a ótica moderna e a Constituição Federal, a fim de apreender a considerável perspectiva no que tange a garantia desses direitos, a partir de um enfoque crítico, que fomenta o presente debate sobre a efetiva realização destes direitos no Estado democrático, que prime em conseguir focar na necessária participação dos indivíduos que, sob uma perspectiva procedimental, podem fazer valer o direito de todos.

O texto de Luigi Ferrajoli que trata dos direitos fundamentais engendra uma obra que se caracteriza pela efetiva necessidade em se fazer valer, no Estado democrático, os direitos fundamentais. O rigor textual e o enfoque crítico do texto remetem o leitor para um caminho indubitável de reflexão diante dos impasses pelos quais a democracia por vezes se encontra.

De pronto, a consciência de cada um para o que se chama Estado democrático de direito é condição mínima para que não ocorram entraves entre a teoria, do que se chama um estado democrático e a prática, em especial, se tomamos um espaço de demasiada desigualdade entre todos. Se o texto parte dos chamados contratualistas para se fundamentar os direitos fundamentais, não obstante, é para justificar a herança que o estado democrático carrega dos acordos sociais que delegaram poder ao Estado de direito

e, por conseguinte, da necessidade em assegurar a todos os indivíduos seus direitos e condições mínimas de sobrevivência.

Ao apresentar a tese do garantismo, o texto de Ferrajoli situa-se fundamental para se discutir as perspectivas do estado democrático e os documentos oficiais que norteiam as ações para o bem comum, tal como a Constituição e a Declaração Universal para os Direitos Humanos. No entanto, o sistema garantista encontra um desafio para que seja considerado, pois se de um lado o Estado se responsabiliza por garantir os direitos fundamentais a todos, os mesmos não podem incorrer de uma imobilidade receptiva de recursos, delegando toda e qualquer responsabilidade ao poder estatal. Por isso,

O garantismo é um modelo ideal ao qual a realidade pode mais ou menos se aproximar. Como modelo representa uma meta que permanece tal mesmo quando não é alcançada, e não pode ser nunca, de todo, alcançada. Mas para constituir uma meta, o modelo deve ser definido em todos os aspectos. Somente se for bem definido poderá servir também de critério de valoração e de correção do direito existente. (Bobbio, p.9).

Assim o garantismo, ao constituir um modelo de direito, onde os chamados direitos naturais são positivados e assim considerados a partir de sua legitimidade, consideram-se a partir da vigência das leis, onde a lei constitucional prevalece.

No texto sobre os direitos fundamentais<sup>3</sup>, Ferrajoli toma uma definição teórica, que consegue abarcar a todos os indivíduos na sociedade em que vive.

Proponho uma definição teórica puramente formal ou estrutural, de “direitos fundamentais”: são “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. (Ferrajoli, 2011, p.09)

A capacidade de agir, atributo de todo e qualquer indivíduo, caracteriza condição imprescindível para pensar o direito fundamental e fazer valer o mesmo diante da norma e

---

<sup>3</sup> O texto de Luigi Ferrajoli abordado no presente texto, constitui a primeira de três partes de seus textos reunidos, sendo a primeira de nome: Direitos Fundamentais, a segunda, Por uma carta dos bens fundamentais e a terceira, Teoria dos Direitos Fundamentais, publicados em *Por uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadernartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

da figura do Estado democrático de direito. Alcançar a todos os indivíduos considera o importante papel de leis e documentos oficiais que fomentam os chamados fundamentos norteadores das vida em sociedade.

Para tratar da democracia constitucional, Ferrajoli se refere a quatro teses sobre os direitos fundamentais. A saber, a primeira, que difere direitos fundamentais e direitos patrimoniais. A segunda, de que os direitos fundamentais, ao tratar de interesses comuns, fomentam a igualdade jurídica. Em seguida, refere-se aos direitos oriundos das constituições estatais. E por último, da relação dos direitos fundamentais e de suas garantias. Assim, formulamos de pronto, diante desta última tese, uma questão que percorre a presente questão: diante de todo direito fundamental deveria haver sua equivalente garantia de exercício? Para tanto, o texto remete, em um primeiro momento, ao moderno contratualismo, mais precisamente da ótica de Locke e Rousseau, a fim de elucidar os direitos fundamentais para em seguida, apresentar uma reflexão sobre a efetiva garantia de tais direitos em uma sociedade democrática.

## **2. Dos contratos e dos direitos**

Ferrajoli, ao se referir ao paradigma da democracia constitucional, o toma como “filho da filosofia contratualista” (Ferrajoli, 2011, p. 28). Apontando para tanto um duplo sentido para sua afirmação: o primeiro sentido se refere ao fato de que as constituições são contratos sociais que visam permitir o convívio civil, de modo escrito e positivo e também no sentido de que a ideia de contrato constitui uma metáfora da democracia<sup>4</sup>. Partindo desse duplo sentido apontado pelo autor de *Direito e Razão*, podemos supor que as teorias contratualistas, sendo caracterizações do pacto entre os homens para o convívio e a paz entre todos, consideram em seu cerne a garantia, sem excessão, de seus direitos fundamentais. De onde insere a figura do Estado como figura responsável por assegurar tais direitos, em decorrência do pacto anteriormente estabelecido entre todos.

---

<sup>4</sup> C.f. Ferrajoli, Luigi. Por uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais. P. 28.

Contudo, a capacidade de agir de cada indivíduo, pode e deve fomentar a garantia de seus direitos, pois para tanto, a liberdade assegurada e os demais direitos, lhe permitem condições de sobrevivência e efetivo exercício de seu papel social. Locke, em *Dois Tratados Sobre o Governo*, no capítulo onde trata do poder paterno escreveu que:

(...) a *liberdade* do homem e a liberdade de agir conforme sua própria vontade *baseiam-se* no fato de ser ele possuidor de *razão*, que é capaz de instruí-lo sobre a lei pela qual ele se deverá governar e de fazer com que saiba até que ponto pode dar-se à liberdade de sua própria vontade. Deixá-lo em liberdade irrestrita antes que tenha a razão para guiá-lo não é garantir-lhe o privilégio de sua natureza, o de ser livre, mas sim atirá-lo entre os animais e abandoná-lo a um estado tão miserável e tão abaixo do de um homem quanto o deles. (Locke, p.438).

Dessa maneira, a consciência de si, após o indivíduo ser conduzido por seus pais ou mesmo, àqueles que o conduzem à consciência de sua capacidade de agir, permite a cada um intervir diante da não garantia de seus chamados direitos fundamentais. O que de pronto nos permite supor que delegar ao Estado e somente a ele a obrigação de tais garantias é presumir uma isenção de responsabilidade que é de cada sujeito de ação, de defesa dos próprios direitos. Eis o significado do pacto e, por conseguinte da democracia. No mesmo texto, ao tratar do início das sociedades políticas, Locke tomou a liberdade e a igualdade (direitos estes que, como veremos adiante, estão presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Constituição), comum a todos os homens. Assim,

Sendo todos os homens, como já foi dito, naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e *revestir-se dos elos da sociedade civil* é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte. (Idem, p.468).

Contudo, a partir do momento em que os direitos fundamentais passaram a ser tomados como assunto de importância, foram, aponta Ferrajoli, tomados como direitos

dos cidadãos. O que nos remete a uma ideia de que esses direitos se constituem a partir do papel social do indivíduo na sociedade em que vive, a partir de seus direitos e deveres.

No momento em que se decidiu levar a sério os direitos fundamentais, foi-lhes negada a universalidade, condicionando o seu inteiro catálogo à cidadania, independentemente do fato que quase todos, exceto os direitos políticos e alguns direitos sociais, são atribuídos pelo direito positivo – seja estatal ou internacional – não somente aos cidadãos, mas a todas as pessoas. (Ferrajoli, p. 31).

Na Constituição brasileira, ao ter como objetivo a ordem social compreende-se que: “Os direitos fundamentais são: à liberdade, à vida, ao trabalho e à propriedade. Tais direitos são naturais e transcendem à capacidade do Estado de criá-los. Este pode tão-somente regulá-los para que se harmonizem à ordem social justa.” (Martins, 2006, p.214).

A passagem acima nos assegura a tese de que herdamos a perspectiva contratualista para se pensar os direitos fundamentais e o efetivo papel do Estado em assegurar seu cumprimento e a ordem social.

Renunciar à própria liberdade é o mesmo que renunciar à qualidade de homem, aos direitos da Humanidade, inclusive aos seus deveres. Não há nenhuma compensação possível para quem quer que renuncie a tudo. Tal renúncia é incompatível com a natureza humana, e é arrebatá-la toda moralidade a suas ações, bem como subtrair toda liberdade à sua vontade. Enfim, não passa de vã e contraditória convenção estipular, de um lado, uma autoridade absoluta, e, de outro, uma obediência sem limites. (Rousseau, p.26).

A liberdade, assim, não poderia se ausentar da definição dos chamados direitos fundamentais, pois constitui um elemento, ou mesmo um princípio, a partir do qual todo ordenamento se edifica, a partir do cuidado com o bem comum e respeito ao que Rousseau nomeou acima de *natureza humana*.

### 3. Considerações

O texto de Ferrajoli, de riqueza inquestionável, remete o leitor para um cabedal de informações, a partir de um olhar crítico e histórico, da ideia de um modelo que possa

garantir os direitos fundamentais de todos os indivíduos dotados da capacidade de agir e, portanto, de cada indivíduo que constitui o Estado de direito.

Por isso, tal como escreveu Bobbio no prefácio à primeira edição italiana de *Direito e Razão*:

(...) mesmo o mais perfeito sistema garantista não pode encontrar em si mesmo a própria garantia, e exige a intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos na defesa dos direitos que ainda que normativamente declarados não são sempre efetivamente protegidos (Bobbio, p.13).

Desse modo, partindo do interesse comum em zelar pelo bom convívio e proteção da liberdade e garantia da igualdade entre todos, a capacidade de agir, ou mesmo o uso da razão, como apontado no texto do Locke, requer de todos efetiva participação na garantia dos direitos fundamentais que, assim sendo, não podem ser usurpados dos indivíduos que compõem uma sociedade democrática. Mais ainda, o modo garantista necessita ser definido em todos os seus fundamentos ou mesmo, edificarem-se a partir dos direitos dirigidos à todos os indivíduos, para então serem considerados diante da validade e de sua aplicação na sociedade democrática de direito. Contudo, tal sistema esbarra não na presumível participação dos indivíduos envolvidos, mas, antes, na ausência efetiva de uma atividade que privilegie a garantia dos direitos fundamentais para todos.

O garantismo, como importante condição de que os direitos fundamentais possam ser satisfeitos, pode legitimar e validar a liberdade, a preservação da vida e da dignidade humana de maneira a alcançar os indivíduos no estado democrático. Previamente, tal tese se justifica na democracia, no entanto, aponta Ferrajoli, que os parâmetros delegados pelas constituições, no que se refere à racionalidade e a justiça são desatendidas, gerando uma divergência elementar entre a norma e a legitimação.

Esta divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores corre o risco torná-la uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto. A orientação que, há poucos anos, vem sob o nome de 'garantismo', nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultando e alimentando, quase sempre em nome da

defesa do estado de direito e do ordenamento democrático. (Ferrajoli, 2006, p.785).

Assim, não podemos perder de vista a efetiva participação da constituição, bem como da declaração universal dos direitos humanos, na normatividade do estado democrático. Sem delongas, tais documentos não podem constituir somente teorizações de onde partem edificações práticas que por vezes ocultem na prática sua descrição, mas antes, constituintes importantes e norteadores de ações que em suma, possam garantir a todos seus direitos fundamentais.

O efetivo funcionamento do sistema deveria coincidir com o modelo constitucional a ele atrelado? Em um primeiro momento, positivamente quando o modelo norteia e fomenta a norma que orienta os indivíduos na democracia. No entanto, a resposta pode parecer negativa quando podemos ver direitos fundamentais desatendidos em um estado democrático. De onde a efetiva participação de grupo que defendam tais direitos se coaduna com o modelo constitucional antes tomado como norteador da edificação das efetivas normas. Assim, o aparato teórico deve abarcar a prática realizada em todas as suas dimensões, no intuito comum de zelar pelos direitos de todos. Mais ainda, as garantias prévias dos direitos, a partir da questão proposta, não poderia simplesmente constituir instrumento de validade sem, no entanto, sua presença efetiva no Estado, pois consistiria assim seu reconhecimento diante da resolução de um conflito, mas, deixado noutro ponto quando de sua efetiva participação no que Ferrajoli chamou de *práticas operacionais*<sup>5</sup>.

A breve referência no texto, de algumas das teorias contratualistas de onde se alicerçaram os chamados direitos fundamentais e, por conseguinte as formulações de um modelo garantista, permite-nos de pronto tomar o direito fundamental o ponto de partida para se pensar as constituições e sua efetiva participação nas ações do Estado. Por isso, a já apontada necessidade de se edificar claramente quais são os chamados direitos fundamentais e quais as efetivas conseqüências da não garantia dos mesmos. Assim, os direitos fundamentais apontados pelos autores contratualistas, fomentam as normas que

---

<sup>5</sup> Ao tratar dos três significados de garantismo, Ferrajoli trata da teoria do direito e crítica do direito, onde o segundo significado de garantismo toma validade e efetividade como categorias distintas. Onde “(...) a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas)...” C.f. Ferrajoli, *Direito e Razão*, p. 786.

edificam um estado democrático, de maneira que, o impasse ou mesmo, a separação entre a validade e o efetivo, ou mesmo, deste com a norma, deveria ser sanada a partir das garantias fundamentais de tais direitos. A norma necessita assim, estar em acordo, ou melhor, garantir os direitos fundamentais. A importância da Constituição está fundamentalmente em descrever os direitos fundamentais por onde se edificam as normas, o que de maneira elementar corrobora sua participação efetiva e não somente um documento norteador, mas o ponto de partida de onde se delegam os chamados direitos fundamentais que o estado de direito considera em sua prática. Por conseguinte, com a dinâmica a que a sociedade está inserida, a experiência oferece elementos para que se compreenda a seu tempo o que se denomina e se sustenta como direito fundamental. A tese aqui empreendida toma como os direitos fundamentais a partir da ótica dos contratualistas a fim de verem estes, tomados como elementares na Constituição.

O artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos do Homem toma a todos como livres e iguais em dignidade e direitos. A Constituição Federal do Brasil, de 1988, ao estabelecer seus princípios, por exemplo, considera, quando de sua instituição, em seu preâmbulo que, a partir dos representantes do povo, um Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (...)”. (Dotti, 2006, p.75).

A passagem acima assinala direitos fundamentais assegurados pelo documento, considerando a liberdade e a igualdade tal como previra a Declaração e por conseguinte, tal como descrevera os contratualistas quando descreveram o advento do estado civil. Tais direitos, respeitados em um estado, justificam o modelo democrático na organização de uma sociedade.

A elaboração de uma Constituição Nacional, caracterizada como o estatuto maior de um povo organizado sob a forma de Estado, fenômeno relativamente recente na história humana, decorre da necessidade política de estabelecimento daquelas diretrizes que, teoricamente, exteriorizem o perfil e projetem o futuro de uma Nação. (Martins, 2006, p. 177).

Como um estatuto de suma importância, a Constituição e seus atributos não devem ser desconsiderados nas ações dos indivíduos no Estado democrático, o que solucionaria o

impasse entre a efetividade e o caráter válido de seus preceitos. Para além de uma prática discursiva, onde são presentes e fortemente elencados, seus fundamentos considerados, conseguem fazer valer os direitos fundamentais, elementares no Estado. Assim a norma atinge o patamar de sua validade, em considerar plenamente o texto constitucional e a vontade de todos ou, o bem comum. O garantismo, dessa forma, firma-se por meio dos atributos e pauta-se pela Constituição para assim permear o conteúdo jurídico vigente em uma sociedade. Por isso o modelo garantista requer para ser efetivo, a imprescindível participação do texto da Constituição e dos direitos fundamentais por ela elencados. A mobilidade dos direitos fundamentais, em decorrência da presente necessidade e experiência do estado, configura como já citado, a dinâmica a que se sujeita a sociedade, podendo, no entanto, argumentar e edificar os direitos fundamentais em acordo com a sociedade, sem contudo, perder de vista os ditames e direitos elencados na Constituição Federal.

No âmbito penal, o impasse entre teoria e prática constitui-se quando da aplicação e fatos decorrentes desta, seus entraves e problemas da realidade punitiva, que parecem contradizer os direitos fundamentais elencados na Constituição, tal como a dignidade humana, se tomarmos como exemplo, um sistema carcerário onde o número de pessoas em uma cela ultrapassa sua capacidade, acarretando em situações desumanas de sobrevivência. Por isso a separação entre *ser e dever ser*, apontadas por Ferrajoli ao apresentar uma teoria do garantismo. A divergência, “entre normatividade e efetividade permite, precisamente, impostar análises dos fenômenos jurídicos, evitando a dúplici falácia, naturalista e normativa, da assunção dos fatos como valores ou, ao contrário, dos valores como fatos.” (Ferrajoli, 2006, p.789).

O garantismo como um modelo a ser constituído a partir, dos direitos fundamentais, elencados na Constituição e para tanto, considerar a experiência a fim de adequar a tais direitos novas acepções, o Estado democrático. De modo que, um Estado, considerado de direito, constitui-se *sinônimo de garantismo*<sup>6</sup>.

Ao tomar os direitos fundamentais a partir da ótica de Locke e Rousseau, o presente texto buscou elucidar o ideal moderno de constituição estatal, de onde pudemos

---

<sup>6</sup> C.f. Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, *op.cit.* p.790.

apreender a ideia e a necessidade em se preservar tais direitos, sob a óptica dos modernos e a partir de então, uma breve leitura da teoria garantista descrita por Luigi Ferrajoli que, constituindo um modelo extremamente pertinente ao estado democrático de direito, permite, à luz da Constituição Federal, lançar luz aos entraves ocorridos a partir do ser e do dever ser na democracia. A teoria do garantismo permite tomar elementos como a legitimidade e a efetividade, constituintes importantes de onde partem as concepções que busquem justificar o estado de direito e, portanto um estado que possa garantir os direitos fundamentais e a dignidade de cada indivíduo. O texto de Ferrajoli elucidada a questão de como um modelo fundado a partir dos direitos fundamentais, atrelado a Constituição pode efetivamente tornar a ser o que até então fora tomado como o dever ser. Se a dinâmica da sociedade é verdadeira e permanente, os direitos pautados na sobrevivência e dignidade humanas, podem se alargar, dado certamente ao aspecto não estático da sociedade e, portanto do estado que deve garantir tais direitos.

O modelo garantista se insere no desafio em sanar as dificuldades no que tange ao procedimento jurídico, ao tomar por certo em uma democracia os direitos fundamentais, aqui elencados a partir da constituição estatal, por parte dos autores contratualistas modernos. Mais ainda, tais direitos se configuram como alicerces por onde se inserem novos direitos, considerados a partir de dados empíricos do contexto social. No desafio de preservar a liberdade individual e a realização da justiça social, o modelo garantista constitui um elo importante para se considerar, refletir e propor soluções aos entraves encontrados no cotidiano social.

### **Referências bibliográficas**

DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira* (atualizado e com remissões ao Novo Código Civil). 3ª Ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Por Uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Z. Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARTINS, Yves Gandra da Silva. *O Estado de Direito e o Direito do Estado: outros escritos*. São Paulo: Lex editora, 2006.

ROUSSEAU, J.J. *O Contrato Social e Outros Escritos*. Tradução Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, (s.d.).