

A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori*

Sergio Cademartori**

Sumário: Introdução; 1. A perspectiva de Norberto Bobbio; 2. A perspectiva de Luigi Ferrajoli; 2.1. Estado de direito liberal e Estado de direito social; 2.2. Garantismo e democracia substancial; Considerações finais; Referências.

Resumo: Este ensaio trata da relação entre os temas Estado de direito e democracia em Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli. A natureza desta relação diz respeito ao alcance do conceito de democracia e produz conseqüências teóricas importantes. Norberto Bobbio considera que é preciso não confundir Estado de direito e democracia, embora um juízo sobre a segunda deva levar em conta a existência ou não do primeiro. Já no caso de Luigi Ferrajoli, que trabalha a partir das idéias de Bobbio, ocorre uma ampliação do conceito de Estado de direito passando a vincular todos os poderes à tutela substancial de direitos: o Estado de direito não surge só historicamente antes do Estado democrático, mas que, mais do que isto, este Estado é “axiologicamente” anterior ao Estado democrático.

Palavras-chave: Estado de direito; Democracia formal; Democracia substancial; Garantismo.

Abstract: This essay deals with the relation enters the democracy and subjects Rule of law in Norberto Bobbio and Luigi Ferrajoli. The nature of this relation says respect to the reach of the democracy concept and produces theoretical consequences important. Norberto Bobbio considers that she is necessary not to confuse Rule of law and democracy, even so a judgment on second must take in account the existence or not of the first one. Already in the case of Luigi Ferrajoli, who works from the ideas of Bobbio, a magnifying of the concept of Rule of law occurs starting to tie all to be able them with the substantial guardianship of rights: the Rule of law does not only appear in history before the democratic State, but that, more than what this, this State is “axiologicamente” previous to the democratic State.

Keywords: Rule of law; Formal democracy; Substantial democracy; “Garantismo”.

Introdução

Historicamente a idéia de Estado, no Ocidente, desenvolveu-se em duas etapas: em primeiro lugar surge a idéia de Estado de direito, como estrutura de limitação

* Doutora em Direito do Estado e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC; Professora do Curso de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica e da graduação em Direito da UNIVALI.

** Doutor em Direito Pela UFSC; Professor do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC.

do poder absoluto ou desenfreado, e, posteriormente, do Estado que além de ser de direito é democrático.¹

A conceituação de Estado de direito, por Norberto Bobbio – considerando tratar-se de um conceito amplo e genérico com variadas ascendências na história do pensamento político – é construída de modo instrumental, tributária de um de seus principais objetos de estudo: os problemas da democracia. Da contraposição entre a natureza da relação deste Estado com o Estado democrático – neste e em outros autores (como em Luigi Ferrajoli) – pode-se inferir o conceito de democracia com que trabalha Bobbio, bem como as conseqüências teóricas de tal opção.

1 A perspectiva de Norberto Bobbio

Este autor parte da premissa de que é preciso não confundir Estado de direito e democracia, embora um juízo sobre a segunda deva levar em conta a existência ou não do primeiro. O Estado de direito define qual o melhor **modo** de governo, o das leis ou o dos homens. Já a democracia se questiona sobre qual a melhor **forma** de governo. O “critério de avaliação e de escolha”, na esteira de Aristóteles, é o número de governantes: se for um, temos a monarquia; se forem poucos, a aristocracia e se forem muitos, a democracia. Por outro lado, a cada uma das três formas opõe-se uma forma má: a monarquia pode transformar-se em tirania; a aristocracia na oligarquia e a democracia na oclocracia (ou governo da ralé), o que leva à conclusão de que “para formular um juízo sobre a melhor forma de governo é preciso considerar não só quais e quantos são os governantes, mas também qual é o seu modo de governar”, isto é, como os governantes governam.²

O Estado de direito considera que o **governo da lei** compreende duas situações com significados diferentes, embora implicadas reciprocamente, cada uma com seus defensores. O **primado da lei** como instrumento principal de dominação, prerrogativa máxima do poder soberano opõe Hobbes, Rousseau e Hegel aos “fatores do governo da lei”. Um governo poderá exercer o poder “segundo leis preestabelecidas” (governo **sub lege**) e/ou o governo poderá exercê-lo “mediante leis, ou melhor, através da emanação (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas” (governo **per leges**).³

¹ BOBBIO, N. A Crise da democracia e a lição dos clássicos. *Arquivos do Ministério Público*. Ano 40, nº 170, out-dez. 1987. Brasília: Fundação Petrônio Portella, p. 33.

² BOBBIO, N. Governo dos homens ou governo das leis. *In*: _____. **O Futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986a. p. 151. Cf. também, do mesmo autor, **A Teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Ed. UnB, 1980.

³ BOBBIO, 1986a, p. 156-7.

Em outra obra, “Liberalismo e democracia”, Bobbio pondera que é preciso levar em conta duas situações para definir Estado de direito dentro do âmbito da doutrina liberal do Estado. Primeiramente, trata-se da velha doutrina da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, de um Estado em que as normas gerais, isto é, as leis fundamentais ou constitucionais, regulam o exercício dos poderes públicos “salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder”.⁴ Em segundo lugar, é preciso considerar o impacto trazido a este conceito pela constitucionalização dos direitos naturais.

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio ‘invioláveis’ (esse adjetivo se encontra no art. 2º da constituição italiana).⁵

A partir de tais considerações é possível distinguir três tipos de Estado de direito: em **sentido fraco**, em **sentido fraquíssimo** e em **sentido forte**. No primeiro caso, trata-se do Estado não-despótico, dirigido pelas leis. Já o Estado de direito em sentido fraquíssimo considera que as noções de Estado e de direito estão isentas de “toda força qualificadora”, como é o caso do Estado kelseniano, em que todos são Estados de Direito desde que resolvidos em seu ordenamento jurídico.⁶

Um Estado de direito em sentido forte, finalmente, designa os Estados constituídos por todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder, a saber:

1) o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo; ou, mais exatamente, do governo, a quem cabe o Poder Executivo, por parte do parlamento, a quem cabe em última instância o Poder Legislativo e a orientação política; 2) o eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis; 3) uma relativa autonomia do governo local em todas as suas formas e em seus graus com respeito ao governo central; 4) uma magistratura independente do poder político.⁷

⁴ BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 18.

⁵ *Ibidem*, 1988, p. 18-9.

⁶ *Ibidem*, 1988, p. 19.

⁷ *Ibidem*, 1988, p. 18.

Considerando-se uma definição kelseniana de direito (o conjunto de normas que regulam o uso da força) o Estado de direito é uma entidade cuja força está sendo constantemente regulada e limitada, e em que o poder coercitivo deixa de ser exercido “caso por caso”, de acordo com a vontade do soberano, e passa a ser regulado por normas gerais e abstratas que “estabelecem **quem** está autorizado a exercer a força, **quando**, [...] **como** [...] e **em que medida**, o que significa que deve haver uma certa proporção, estabelecida de uma vez por todas, entre a culpa e o castigo”.⁸

A partir desta definição é possível distinguir, nos Estados de direito, a força legítima da ilegítima e a legal da ilegal, e constatar que a força é, tradicionalmente, o meio mais eficaz para a resolução dos conflitos sociais. Não basta regular o seu uso para eliminá-la.⁹ Exatamente por essa razão é que um dos maiores problemas de toda convivência civil envolve a criação de instituições (Estado de direito e Estado democrático) em que a maior parte dos conflitos da sociedade podem ser resolvidos sem que seja preciso recorrer ao uso da força.

Destarte, tem-se que para Bobbio a natureza da relação Estado de direito e democracia (que emprega a força da persuasão) é, na atualidade, tão íntima, que o primeiro “celebra” o triunfo da democracia.

Para este autor, a única maneira de se compreender a democracia enquanto contraposta a outras formas autoritárias de governo, é aquela que a considera como “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*.”¹⁰ Para que a decisão seja considerada decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras que estabelecem quais os indivíduos autorizados a tomar as decisões que irão vincular todos os membros do grupo e quais os procedimentos.¹¹

Conseqüente com a sua definição formal de democracia, Bobbio enuncia seis **universais procedimentais** característicos de tal forma de governo:

⁸ *Ibidem*, 1987, p. 33.

⁹ *Ibidem*, 1987, p. 33.

¹⁰ *Ibidem*, 1986b, p. 18-9.

¹¹ Bobbio acrescenta três condições para a existência da democracia. A primeira diz respeito aos sujeitos que irão tomar as decisões coletivas: “um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de integrantes do grupo.” É preciso um juízo comparativo com base nas circunstâncias históricas para saber o número necessário daqueles que têm direito ao voto, a fim de considerar um regime democrático ou não. A segunda condição relaciona-se às modalidades de decisão. Neste caso a regra fundamental é a da maioria. Finalmente, pela terceira condição as alternativas postas aos chamados a decidir deverão ser reais e os mesmos devem ser colocados em posição de escolher entre uma ou outra. Como corolário, têm-se que o Estado liberal é um pressuposto histórico e jurídico do Estado Democrático, já que deverão ser garantidos aos chamados a decidir os direitos de liberdade (de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião etc.) (*Ibidem*, 1986b, p. 19-20).

1) todos os cidadãos que tenham alcançado a maioria etária sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, devem gozar de direitos políticos, isto é, cada um deles deve gozar do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por ele; 2) o voto de todos os cidadãos deve ter igual peso; 3) todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem ser livres para poder votar segundo sua própria opinião formada, ao máximo possível, livremente, isto é, em uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si; 4) devem ser livres também no sentido em que devem ser colocados em condições de escolher entre diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programas distintos e alternativos; 5) seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que será considerado eleito o candidato ou será considerada válida a decisão que obtiver o maior número de votos; 6) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se tornar por sua vez maioria em igualdade de condições.¹²

Assim, esclarece que essas regras estabelecem não **o que** se deve decidir (conteúdos), mas apenas **quem** (competências) e **como** se deve decidir (procedimentos).¹³

Admite ainda que a regra da maioria não necessariamente define o governo democrático, pois pode haver regimes autocráticos que eventualmente a lancem mão, ao passo que nem todas as decisões tomadas numa democracia exijam o cumprimento da condição majoritária.¹⁴ Por via de consequência, o que é importante para ele num regime democrático é a universalidade do sufrágio, ou seja, o princípio da maioria aplicado a votações conduzidas com o sufrágio universal.¹⁵

Resumindo, a democracia é “um conjunto de regras [...] para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue” sendo “o bom governo democrático” aquele que respeita rigorosamente as regras, donde se conclui, “tranqüilamente, que a democracia é o governo das leis por excelência”.¹⁶

2 A perspectiva de Luigi Ferrajoli

Interessante paralelo pode ser traçado entre o pensamento de Norberto Bobbio e o de Luigi Ferrajoli quanto ao tema em questão. Bobbio não vincula de modo

¹² BOBBIO, N. **Teoria geral da política**: a filosofia política e a lição dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 426-7.

¹³ *Ibidem*, 2000, p. 426.

¹⁴ *Ibidem*, 2000, p. 429.

¹⁵ *Ibidem*, 2000, p. 435.

¹⁶ *Ibidem*, 1986a, p. 170-1.

rígido democracia e Estado de direito, razão pela qual os casos em que os poderes públicos se negam a implementar o Estado social de direito não podem ser considerados como situações em que a democracia esteja sendo violada. Ferrajoli, por outro lado, tecendo suas considerações sobre o tema a partir das idéias de Bobbio, considera que o Estado de direito não surge somente historicamente antes do Estado democrático, mas que, mais do que isto, é “axiologicamente” anterior a este,¹⁷ o que nos leva a entender sua concepção de Estado de direito:

A expressão Estado de direito

[...] designa não simplesmente um ‘estado legal’ ou ‘regulado pela lei’, e sim um modelo de estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público – legislativo, judicial e administrativo – está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam suas formas de exercício e cuja observância se encontra submetida ao controle de legitimidade por parte de juizes separados do mesmo e independentes (o Tribunal Constitucional para as leis, os juizes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para as decisões com este caráter); b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do Estado ao serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em suas Constituições dos deveres públicos correspondentes, isto é, das proibições de lesionar os direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos direitos sociais, assim como dos correlatos direitos dos cidadãos de ativar a tutela judicial. [...] a primeira destas duas condições representa a fonte de legitimação formal de cada poder; a segunda, sua fonte de legitimação substancial.¹⁸

Estas duas fontes de legitimação correspondem a dois modelos de legalidade: legalidade em sentido amplo (mera legalidade), segundo a qual a lei é condicionante, e legalidade em sentido estrito (legalidade estrita), por força da qual a lei se encontra condicionada.

¹⁷ FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**. Tradução de Perfecto A. Ibañez *et alii*. Madrid: Trotta, 1995, p. 858.

¹⁸ “1) Por eso designa no simplemente un ‘estado legal’ o ‘regulado por la ley’, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público – legislativo, judicial y administrativo – está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos derechos de los ciudadanos de activar la tutela judicial... la primera de estas dos condiciones representa la fuente de legitimación formal de cada poder; la segunda, su fuente de legitimación sustancial.” (FERRAJOLI, 1995, p. 856-7).

Então, as fontes de legitimação de todos os poderes do Estado são duas: a **legitimação formal**, assegurada pelo princípio de legalidade e sujeição do juiz à lei; e a **legitimação substancial**, recebida pela função judicial através de sua capacidade de tutelar os direitos fundamentais. Advirta-se que a segunda fonte jamais poderá ser satisfeita na ausência da primeira.¹⁹

Casos há em que a falta de articulações legais na atribuição de direitos, dada a sujeição do juiz à lei, pode enfraquecer e tornar incerta a legitimidade formal. Mas se não existir nenhum apoio legal – como muitas vezes ocorre com os direitos sociais – não cabe outra saída, em sua opinião, do que a denegação de justiça. Justifica a sua posição alegando que a tutela dos direitos por parte dos juizes, na medida em que não tem como apoiar-se numa legislação precisa e unívoca, contradiz a sua sujeição à lei, tornando-se assim impossível.²⁰ Por isso diz Ferrajoli que é hoje tempo de uma renovada ciência da legislação: “Somente um relançamento do papel da lei, sustentado por uma renovada e atualizada ciência da legislação, pode restaurar uma legalidade garantista, ancorando-a solidamente na tutela dos direitos fundamentais.”²¹

Essa distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial encontra correlato na distinção entre **democracia política** e **Estado de direito**. As condições formais de validade indicam as regras sobre **quem** pode e **como** se deve decidir; estas referem-se às formas de governo (democrático, monárquico, oligárquico, burocrático). De seu turno, as condições substanciais de validade determinam a estrutura de poder: elas dizem sobre **o que** se pode ou não decidir; da sua natureza depende o caráter **de direito** (ou absoluto, totalitário, autoritário, ou mais ou menos de direito) do sistema jurídico.

As primeiras determinam competências e procedimentos (p. ex. sufrágio universal, *quorum* de maioria para votação de leis etc.) para a tomada de decisões vinculantes para toda a comunidade; as segundas são as que garantem os direitos fundamentais, estabelecendo proibições de suprimir ou limitar as liberdades fora dos casos taxativamente previstos em lei, bem como estabelecendo obrigações de remover os obstáculos que impeçam as desigualdades sociais (ou seja, dar condições de educação, saúde etc., enfim, a concretização dos direitos sociais).

Aos **direitos de liberdade** (ou “direitos de”) correspondem **garantias negativas** (ou proibições de fazer) ou limites ao poder normativo infraconstitucional; aos **direitos sociais** (ou “direitos a”) correspondem **garantias positivas** consistentes em prestações individuais ou sociais. O garantismo consiste na tutela de todos esses

¹⁹ *Ibidem*, 1995, p. 918.

²⁰ *Ibidem*, 1995, p. 919-20.

²¹ “Sólo un relanzamiento del papel de la ley, sostenido por una renovada y actualizada ciencia de la legislación, puede restaurar y en muchos casos instaurar una legalidad garantista, anclándola sólidamente en la tutela de los derechos fundamentales.” (FERRAJOLI, 1995, p. 920).

direitos fundamentais, que representam os alicerces da existência do Estado e do direito, que os justificam, e que propiciam a base substancial da democracia.

Nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou tão sequer de um só cidadão. Neste aspecto, o Estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos, visando à garantia dos direitos fundamentais, contrapõe-se ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir – ou consentir que se decida – que um homem morra ou seja privado de sua liberdade, de seu direito de pensar, escrever ou associar-se ou não a outros.

A esses direitos fundamentais correspondem obrigações do Estado de tutelá-los. Essas obrigações conformam as **garantias do cidadão**, instituídas contra os poderes e as maiorias, sendo contra a utilidade geral.²²

Por isso, a lesão dos direitos fundamentais por parte dos poderes justifica não apenas a resistência, mas até mesmo a guerra civil.²³ Isso porque, com a constitucionalização (positivação) dos chamados **direitos naturais**, vê-se o súdito transformado em cidadão, como consequência dos limites impostos ao poder. Este Estado caracterizado por limitações de conteúdo em seu poder normativo é o que passa a denominar-se Estado de direito.

2.1 Estado de direito liberal e Estado de direito social

O pensamento liberal concebeu o Estado de direito limitado tão-somente por proibições, correspondentes às garantias do indivíduo de não ser privado dos bens pré-políticos ou naturais (vida, liberdade, propriedade). Com efeito, as **garantias liberais** ou **negativas** consistem em deveres públicos negativos de não fazer – deixar viver e deixar fazer –, as quais têm por conteúdo prestações negativas.

Esses direitos se caracterizam por serem **invioláveis**, **indisponíveis** e **inalienáveis**, o que os torna diferentes de qualquer outro tipo de direitos,

²² Neste sentido, cf. DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. Traducción de M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984, p. 286-288 e 383-388, em que se sustenta o caráter anti-utilitarista dos direitos fundamentais. Se por “utilidade” entendermos a utilidade geral: “el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos”; com efeito, “ningún sentido tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resultan inconvenientes”. (DWORKIN, 1984, p. 288).

²³ Cf. BOBBIO, 1986b, p. 20: “[...] as normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo”.

principalmente do direito de propriedade, já que este é, obviamente, alienável.²⁴

Mas as constituições deste século passam a reconhecer, ao lado desses **direitos de liberdade** (os quais são faculdades) ou **direitos de**, como já referido, outros direitos: à subsistência, à moradia, à saúde, à educação etc., que consistem em **expectativas** (ou **direitos a**), aos quais correspondem **obrigações** do Estado. Quando as constituições incorporarem apenas as proibições em garantia dos direitos de liberdade, tem-se caracterizado um **Estado de direito liberal**; quando incorporarem também obrigações correspondentes aos direitos sociais, estaremos perante um **Estado de direito social**.

Destarte, muda a base de legitimação do Estado: enquanto o Estado de direito liberal deve apenas **não piorar** as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve também **melhorá-las**. Essa diferença decorre da diferente natureza dos bens a serem preservados. Enquanto o Estado liberal de direito tem por fito preservar as condições **naturais** ou pré-políticas de existência (vida, liberdades, imunidade perante o poder e, hoje, a não-nocividade do ar, da água e dos recursos naturais), as garantias sociais ou positivas baseadas em obrigações do Estado permitem pretender ou adquirir condições **sociais** de vida: subsistência, saúde, educação, trabalho, moradia etc).²⁵

Obviamente, os dois tipos de garantias e os modelos de Estado correspondentes não são excludentes, como se tem afirmado com base em contraposições indevidas entre liberdades individuais e justiça social²⁶; sendo que tampouco se implicam

²⁴ Segundo Ferrajoli, a confusão entre propriedade e liberdade constitui o fundamento teórico das doutrinas liberal-conservadoras de Nozick, Friedman e outros apologistas americanos da propriedade e da liberdade de mercado. Cf. COMANDUCCI, P. **Contrattualismo, Utilitarismo, Garanzie**. Turim: Giappichelli, 1984. (id, nota 11 ao cap. 13).

²⁵ Importante notar que as preocupações de Ferrajoli quanto ao modelo prescritivo de Estado Social de Direito foram antecipadas entre nós por Cesar Pasold, quem, propondo um modelo para o Estado contemporâneo, postula: “Esta Função Social que o Estado Contemporâneo deve ter e cumprir somente se viabilizará caso, entre outros requisitos, os dois básicos que seguem, forem cumpridos: 1º – prioridade para a realização de valores fundamentais do Homem (com a coerente atuação em favor do Meio Ambiente, Saúde, Educação, Trabalho, Liberdade, Igualdade); 2º – ambiente político-jurídico de constante Legitimidade, portanto, com prática permanente das medidas clássicas de Legitimidade dos detentores de Poder governamental e das ações estatais (isto é, eleições diretas, secretas, universais e periódicas; plebiscitos; referendos).” Cf. PASOLD, C. L. **Função social do estado contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: OAB/SC; Diploma Legal, 2003, p. 87.

²⁶ Alerta Ferrajoli que entre os sustentadores desta tese da incompatibilidade entre os dois tipos de garantias e em geral do Estado de direito e Estado social, pode citar-se N. Luhmann, “Il Welfare State come problema politico e teorico”. In: E. Fano *et alii*, **Trasformazioni e crisi del Welfare State**. Bari, De Donato, 1983, p. 349-59. Vejam-se também os escritos de Luhmann criticados por ZOLO, Danilo. In: Autopoiesis: un paradigma conservatore. In: **Compiessità e Democrazia**. Torino, Giappichelli, 1986, pp. 283-285. (Cf. FERRAJOLI, 1995, nota 16 ao capitolo 13).

reciprocamente, como quer um certo marxismo que é baseado num nexu indissolúvel entre igualdade perfeita e liberdade plena.

2.2 Garantismo e democracia substancial

A regra no Estado liberal de direito é: **nem sobre tudo se pode decidir**; nem sequer por maioria. Observe-se que os direitos fundamentais de liberdade são intocáveis por força de dispositivos inseridos nas diversas constituições. Já a regra do Estado social de direito tem como enunciado básico: **nem sobre tudo se pode deixar de decidir**; nem sequer por maioria. E o caso em que a regra constitucional impede não somente que os direitos sociais sejam atingidos pelo legislador ordinário, mas também impõe a obrigação de promovê-los.

Por isso, o garantismo redefine o conceito de democracia: é chamada de **democracia substancial** ou **social** o **Estado de direito** munido de garantias específicas, tanto liberais quanto sociais; sendo que a **democracia formal** ou **política** será o **Estado político representativo**, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade.

Dada a centralidade da categoria **direitos fundamentais** para alicerçar tanto o conceito de Estado de direito quanto o de democracia, é necessário debruçar-se sobre as digressões que Ferrajoli faz a respeito deles.

Ferrajoli classifica os direitos fundamentais em quatro categorias, fundadas na divisão entre direitos de personalidade e direitos de cidadania, bem como a distinção entre direitos primários (ou substanciais) e direitos secundários (instrumentais ou de autonomia), a cujas categorias correspondem cada uma das dimensões da democracia: a) **direitos humanos**, direitos primários que correspondem a todas as pessoas (vida, integridade, liberdades pessoais, direitos à saúde e educação etc.); b) **direitos públicos**, os quais são os direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos (dependendo de cada constituição, o direito ao trabalho, residência, assistência pública etc.); c) **direitos civis**, direitos secundários adscritos a todas as pessoas com capacidade de fato (poder negocial, liberdade de iniciativa empresarial, direito de postular em juízo etc.) e d) os **direitos políticos**, direitos secundários reservados unicamente aos cidadãos com capacidade de fato (votar e ser votado)²⁷

Assim, a partir dessa tipologia, Ferrajoli enuncia quatro dimensões da democracia constitucional:

[...] por um lado, a **democracia formal**, gerada pelos direitos secundários ou de autonomia e articulada nas duas formas, referidas ao 'quem' e ao 'como' da decisão,

²⁷ FERRAJOLI, L. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Traducción de P. A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001, p. 22-3.

da **democracia civil** e da **democracia política**, fundadas, uma sobre os direitos civis, e a outra, sobre os direitos políticos; por outro lado, a **democracia substancial**, determinada pelos direitos primários ou substanciais e articulada nas duas dimensões, relativas ao “quê” das decisões, da **democracia liberal** (ou **liberal-democracia**) e da **democracia social** (ou **social-democracia**), baseadas uma nos direitos de liberdade, e a outra nos direitos sociais.²⁸

Arguto leitor de Ferrajoli, Michelangelo Bovero²⁹ propõe-se a discutir a concepção de democracia daquele, agregando, com isso, valiosos argumentos tanto para reforçar as reflexões deste último sobre os dois conceitos-chave, quanto para denunciar certas inconsistências na articulação teórica entre eles.

De início, Bovero diz que tentará medir a distância entre o seu conceito de democracia e o de Luigi Ferrajoli, advertindo que substancialmente ela é nula.³⁰

A diferença reside no uso formal de certas noções.

Ora, o ponto de vista da teoria jurídica é similar ao da teoria política. Uma preocupa-se de modo privilegiado com a norma, outra com o poder. Mas, como diz Bobbio, são as duas faces da mesma moeda.³¹

Para Michelangelo Bovero, Ferrajoli dá um significado mais complexo à palavra democracia. Na perspectiva da teoria política a democracia atinge naturalmente as formas de governo. Aqui, o problema é o das decisões coletivas e suas espécies alternativas. O que Ferrajoli chama de **democracia política**, para Bovero é **democracia simplesmente**.³²

A partir daí Bovero diz que irá elaborar uma **gramática da democracia**. Assim, como uma teoria ela terá uma dimensão prescritiva e outra normativa. Menciona a grandiosa empresa teórica à qual há anos Ferrajoli tem se dedicado. O uso do termo por Ferrajoli cumpre uma **função normativa**, pois com esse uso ele pretende designar um valor limite e regulador (ou um conjunto de valores).³³

²⁸ “[...] por un lado, la **democracia formal**, generada por los derechos secundarios o de autonomía y articulada en las dos formas, referidas al “quién” y al “cómo” de la decisión, de la **democracia civil** y de la **democracia política**, fundadas, una sobre los derechos civiles, y la otra sobre los derechos políticos; por otro lado, la **democracia substancial**, determinada por los derechos primarios o substanciales y articuladas en dos dimensiones, relativas al “qué” de las decisiones, de la **democracia liberal** (o **liberal-democracia**) y de la **democracia social** (o **social-democracia**), basadas una en los derechos de libertad, la otra en los derechos sociales.” (FERRAJOLI, 2001, p. 339-40).

²⁹ Cf. BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. Traducción de L. Córdova y P. Salazar. **Isonomía**. nº 16. abril 2002, p. 21-38.

³⁰ *Ibidem*, 2002, p. 21.

³¹ *Ibidem*, 2002, p. 21.

³² *Ibidem*, 2002, p. 22.

³³ *Ibidem*, 2002, p. 24.

Como se viu anteriormente, Ferrajoli identifica quatro dimensões para a democracia: liberal, social, política e civil.³⁴

Quanto a essas conhecidíssimas duplas de opostos, que diferenciam a **democracia formal** da **democracia substancial** e a **liberal** da **social**, Bovero entende que são inadequadas na medida que essas qualidades não podem ser atribuídas ao seu conceito de democracia.

Para Bovero, estes qualificativos servem para designar o **Estado constitucional de direito**, uma noção que ele convida a que não seja sobreposta à de democracia. Assim a democracia designa um dos aspectos do Estado constitucional de direito, quando ele for democrático (pode não sê-lo). Se o Estado constitucional de direito for democrático ele irá conter as regras formais do jogo democrático. Quando Ferrajoli aplica os adjetivos (liberal, social, político e civil) tanto ao Estado constitucional de direito, quanto às democracias parece que sugere que essas duas noções (Estado constitucional de direito e democracia), são equivalentes. Assim, ele aceita a fórmula democracia constitucional de Ferrajoli, mas restringe o seu significado a uma forma histórica da democracia (obviamente “política”) instituída e também limitada por uma constituição rígida, quando ela for uma constituição democrática.

Diz Bovero:

[...] o único atributo pertinente a natureza da democracia como tal é ‘formal’. A democracia é formal por definição: consiste em uma série de regras para decidir, e por esta razão também tem sido designada, para distingui-la de outras noções espúrias como ‘procedimental’ (esta qualificação é reductiva, porque as regras formais da democracia tem a ver com os procedimentos e as competências, o ‘como’ e o ‘quem’ da decisão coletiva). Uma decisão política é democrática com base na sua forma e não no seu conteúdo. Agora, com isso eu não quis dizer que uma decisão democrática possa assumir qualquer conteúdo.³⁵

Quando uma constituição determina o limite sobre o que pode ser decidido, nada se pode saber sobre o tipo de poder de decisão desse Estado. O que é decidível pode ser decidido tanto de forma democrática quanto de forma autocrática. De

³⁴ Cf. FERRAJOLI, 2001, p. 287 ss.

³⁵ “[...] el único adjetivo pertinente a la naturaleza de la democracia como tal es ‘formal’: la democracia es formal por definición: consiste en una serie de reglas para decidir, y por esta razón también ha sido designada, para distinguirla de otras nociones o concepciones espurias, como ‘procedimental’ (pero esta calificación es reductiva, porque las reglas formales de la democracia tienen que ver con los procedimientos y las competencias, el ‘cómo’ y el ‘quién’ de la decisión colectiva). Una decisión política puede reconocerse como decisión democrática con base en su forma, no a su contenido.” (BOVERO, 2002, p. 31).

fato, cada poder de decisão coletiva é mais ou menos limitado (“só o poder de um deus seria ilimitado”). A democracia constitucional é limitada.

Por isso Ferrajoli tem razão quando diz que na ‘democracia constitucional’ o poder de decisão coletiva encontra limites e vínculos de substância, aqueles que circunscrevem a esfera do decidível [...] a democracia constitucional não é a onipotência da maioria [...] Se por exemplo, uma lei viola um direito civil ou um direito social (estabelecido como fundamental na Constituição) esta lei é ilegítima em seu conteúdo (ou em sua substância, como diz Ferrajoli).³⁶

Como se vê, a concepção de Bovero, conquanto enfatize os aspectos formais-procedimentais da democracia, está substancialmente de acordo com a posição de Ferrajoli, sendo seu desiderato o de esclarecer os limites entre os conceitos de democracia e Estado de direito. De fato, pergunta-se se pode ser possível determinar se uma forma democrática de governo pode existir sem um Estado constitucional de direito.³⁷

Em obra recente,³⁸ em réplica às críticas que Bovero e outros autores dirigiram à sua concepção não-politista e não majoritária de democracia³⁹, Ferrajoli pondera que: a) hoje não é mais possível falar-se em democracia sem referir-se ao constitucionalismo, ou seja, não se pode ignorar os vínculos e limites constitucionais impostos nas democracias às decisões majoritárias; e b) esses limites e vínculos são democráticos, pois consistem em direitos fundamentais, que são direitos de todos e de cada um (portanto referentes à democracia), em cuja ausência a própria democracia pode ser atropelada.⁴⁰

A própria concepção bobbiana de democracia, como conjunto de procedimentos formais, pode ser posta em xeque, a partir da análise dos procedimentais universais anteriormente referidos, principalmente a sexta regra, que, como se recorda, diz

³⁶ “Justamente por esto, Luigi Ferrajoli tiene razón cuando sostiene que en la ‘democracia constitucional’ el poder de decisión colectiva encuentra límites y vínculos de sustancia, propiamente aquellos que ‘circunscriben’ la esfera de lo decidible: los órganos del poder democrático, en un Estado constitucional de derecho, no son omnipotentes; la democracia (constitucional) no es la omnipotencia de la mayoría (y ni siquiera de la totalidad, eventualmente unánime, de los ciudadanos y/o de sus representantes). Si, por ejemplo, una ley viola un derecho civil o un derecho social establecido en la constitución como fundamental, esta ley es ciertamente ilegítima en su contenido, o como dice Ferrajoli en su ‘sustancia’. (BOVERO, 2002, p. 32).

³⁷ BOVERO, 2002, p. 37.

³⁸ FERRAJOLI, L. **Garantismo**: debate sobre el derecho y la democracia. Tradução de A. Greppi. Madrid: Trotta, 2006, p. 99 ss.

³⁹ Cf. CARBONELL, M; SALAZAR, P. (orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

⁴⁰ FERRAJOLI, 2006, p. 99-100.

respeito a um limite **substancial** para as maiorias, isto é, impedir que as minorias possam vir a ser futuras maiorias.⁴¹

Considerações finais

A expansão da democracia dá-se hoje, após a conquista do sufrágio universal, em sua extensão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes – democráticos e burocráticos, públicos e privados – para a tutela substancial dos direitos vitais, elaborando sempre novas técnicas de garantias.

Conceito brilhantemente explorado por Norberto Bobbio, a cadeia de reflexões a respeito da democracia é retomada por Ferrajoli desvendando-lhe ricas e novas dimensões ao extrair-lhe derivações que lançam novas luzes sobre ela.

Democracia social e Estado social de direito formam um todo único no projeto garantista: ao mesmo tempo deve corresponder a um **Estado liberal mínimo** (pela minimização das restrições das liberdades aos cidadãos) e **Estado social máximo** (pela maximização das expectativas sociais dos cidadãos e correlatos deveres de satisfazê-las por parte do estado).

Com efeito, o Estado de direito, na concepção garantista de Ferrajoli, é um artifício político-institucional criado para a defesa dos direitos fundamentais das pessoas, tanto aqueles de liberdade quanto os mais recentes voltados à reafirmação da dignidade humana.

O fato é que no século XX ocorre a ampliação dos direitos fundamentais através da incorporação, por parte das constituições, dos direitos sociais ao mesmo tempo em que permanecem os já tradicionais direitos de liberdade. Uma tal incorporação faz com que surja ao lado do **Estado de direito liberal**, o **Estado de direito social**, de acordo com a proteção ou não de tais direitos.

O Estado de direito social – que se caracteriza por exigir do poder público não a mera abstenção e sim a sua intervenção no implemento das garantias propostas nas declarações de direitos fundamentais – ainda não se realizou plenamente e muito menos foi teorizado, o que se deve, no plano teórico, ao isolamento do pensamento liberal em relação aos direitos sociais – maturados no campo socialista – e do pensamento socialista em relação às categorias garantistas do Estado de direito – elaboradas no campo liberal. Já no plano prático, este Estado precisa enfrentar a resistência dos aparatos burocráticos e sérias dificuldades objetivas. Primeiramente, o custo, para o Estado, da implementação dos direitos sociais. Embora não seja maior que o do Estado social burocrático ou paternalista, é bem mais elevado que a exigência das garantias liberais, que consistem em prestações negativas e

⁴¹ *Ibidem*, 2006, p. 104-5.

que, “por si sós não custam nada”.⁴² A segunda dificuldade decorre do modo como são tuteladas umas e outras situações: nas garantias liberais as situações podem ser chamadas de ativas, já que podem ser acionadas ou tuteladas pelo exercício pacífico de seus titulares, enquanto que nas garantias sociais constituem situações passivas, as quais requerem a atividade de outros indivíduos. Finalmente, existe a dificuldade que surge quando da violação de ambas as garantias: a violação das garantias liberais leva à existência de normas vigentes, mas inválidas, isto é, as **antinomias**, enquanto que a violação das garantias sociais comporta uma carência de normas ou **lacunas**.⁴³ Se o primeiro caso pode ser resolvido com a anulação ou a reforma da norma inválida, a solução do segundo caso leva a uma atividade normativa “não sempre facilmente coercível ou subrogável”.⁴⁴

Ainda de acordo com Ferrajoli, o projeto “garantista” leva a uma redefinição do conceito de democracia – diferenciada formal e substancialmente – e também à fusão da democracia substancial com o Estado de direito.⁴⁵ Assim, visto como um conjunto formado pela soma de garantias liberais mais as garantias sociais, o Estado de direito pode ser configurado “como um sistema de meta-regras com respeito às próprias regras da democracia política”.⁴⁶ Isto é, a regra da democracia política, segundo a qual se deve decidir por maioria indireta ou direta dos cidadãos, fica subordinada ao Estado de direito.

Precisamente, se a regra do estado liberal de direito é que nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria, a regra do estado social de direito é que nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria; sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o estado não pode deixar de decidir, inclusive ainda que não interessem à maioria.⁴⁷

Assim posta a relação entre Estado de direito e democracia, o passo seguinte será considerar dois tipos de democracia: a substancial ou social (Estado de direito

⁴² “de por sí no cuestan nada” (FERRAJOLI, 1995, p. 863).

⁴³ Para Ferrajoli, normas vigentes são aquelas produzidas de modo formalmente correto, enquanto que as normas válidas são aquelas vigentes que responde positivamente a um juízo de adequação em relação aos conteúdos previstos em norma superior (FERRAJOLI, 1995, p. 871 e sgts. e CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millenium, 2006, p. 91 e sgts.).

⁴⁴ “no siempre fácilmente coercible o subrogable” (FERRAJOLI, 1995, p. 865).

⁴⁵ FERRAJOLI, 1995, p. 866.

⁴⁶ “como un sistema de meta-reglas respecto de las reglas mismas de la democracia política” (FERRAJOLI, 1995, p. 864).

⁴⁷ “Precisamente, si la regla del estado liberal de derecho es que no sobre todo se puede decidir, ni siquiera por mayoría, la regla del estado social de derecho es que no sobre todo se puede dejar de decidir, ni siquiera por mayoría; sobre cuestiones de supervivencia y de subsistencia, por ejemplo, el estado no puede dejar de decidir, incluso aunque no interesen a la mayoría.” (FERRAJOLI, 1995, p. 864).

dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais) e a formal ou política (Estado político representativo, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade).

Enquanto a democracia formal refere-se ao Estado político representativo, que tem no princípio da maioria a fonte da legalidade, a democracia substancial ou social nada mais é do que o Estado de direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais quanto sociais.

São modelos independentes entre si, como são independentes os sistemas de garantias constitucionais inerentes: de um lado, as regras que asseguram a mera legalidade, ou seja, a vontade da maioria; de outra, as que garantem a estrita legalidade, a matéria a ser decidida.

As normas formais da democracia política definem **quem** decide e **como** decide (a maioria e por maioria), ao passo que as normas da democracia substancial estabelecem os temas sobre os que se pode e principalmente sobre os que não se pode decidir (os direitos fundamentais são o exemplo mais conspícuo).

Ao estabelecer esferas de indecidibilidade no Estado de direito, os esquemas substanciais de estrita legalidade são entendidos por Ferrajoli como axiologicamente mais importantes do que as normas da democracia formal ou política (mera legalidade): “É [...] claro, no plano axiológico, que a democracia substancial incorpora valores mais importantes, e por conseguinte prévios, em relação à formal.”⁴⁸

Em resumo, o princípio da democracia formal ou política “relativo ao **quem** decide”, subordina-se aos princípios da democracia substancial relativos “ao **quê não é lícito** decidir e ao **quê é lícito deixar de decidir**.”⁴⁹

Como corolário temos que, para o “garantismo”, a expansão da democracia deverá dar-se não somente pela multiplicação de seus espaços de atuação, abrangendo também espaços não políticos, onde ficam formalmente democratizados o **quem** e o **como** das decisões. Esta ampliação deverá abranger também “a extensão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes – democráticos e burocráticos, públicos e privados – para a tutela substancial de direitos vitais sempre novos e, ao mesmo tempo, mediante a elaboração de novas técnicas garantistas aptas a assegurar uma maior efetividade.”⁵⁰

⁴⁸ “Es [...] claro, en el plano axiológico, que la democracia sustancial incorpora valores más importantes, y por consiguiente previos, en relación con la formal.” (FERRAJOLI, 1995, p. 865).

⁴⁹ “[...] relativo al **quién** decide [...] a **qué no es lícito** decidir y a **qué es lícito dejar de decidir**.” (FERRAJOLI, 1995, p. 865).

⁵⁰ “[...] la extensión de los vínculos estructurales y funcionales impuestos a todos los poderes – democráticos y burocráticos, públicos y privados – para la tutela sustancial de derechos vitales siempre nuevos y, a la vez, mediante la elaboración de nuevas técnicas garantistas aptas para asegurar una mayor efectividad. (FERRAJOLI, 1995, p. 865).

Assim, para além das eventuais continuidades e descontinuidades da reflexão teórica voltada aos dois conceitos aqui sucintamente referidos – democracia e Estado de direito –, o debate a respeito deles continua atual e inacabado, sendo um dos seus principais aspectos (se não o principal) materializá-los nos diversos países e lugares sociais onde eles ainda lutam pela sua implementação.

Referências

BOBBIO, N. A Crise da democracia e a lição dos clássicos. **Arquivos do Ministério Público**. Ano 40, nº 170, out-dez, 1987. Brasília: Fundação Petrônio Portella, p. 29-43.

_____. **A Teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. Título original: La Teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico. Brasília: Ed. UnB, 1980, 178p.

_____. Governo dos homens ou governo das leis. In: _____. **O Futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. Título original: Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco. São Paulo: Paz e Terra, 1986^a, p.151-171.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de M. A. Nogueira. Título original: Liberalismo e democrazia. São Paulo: Brasiliense, 1988, 100p.

_____. O Futuro da democracia. In: _____. **O Futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. Título original: Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco. São Paulo: Paz e Terra, 1986b, p, 17- 40.

_____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e a lição dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela B. Versiani. Título original: Teoria Generale Della Política. Rio de Janeiro: Campus, 2000, 717p.

BOVERO, M. Democracia y derechos fundamentales. Traducción de L. Córdova y P. Salazar. **Isonomía**. nº 16. abril 2002, p. 21-38.

CADEMARTORI, S. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. Campinas: Millennium, 2006, 250 p.

CARBONELL, M; SALAZAR, P. (orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005, 541p.

COMANDUCCI, P. **Contratualismo, utilitarismo, garanzie**. Torino: Giapicchelli, 1984.

DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. Traducción de M. Guastavino. Título original: Taking rights seriously. Barcelona: Ariel, 1984, 508p.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**. Traducción de Perfecto A. Ibañez *et alii*. Título original: Diritto e ragione. Madrid: Trotta, 1995, 991p.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Traducción de P. A. Ibañez. Título original: Diritti fondamentali. Madrid: Trotta, 2001, 391p.

_____. **Garantismo**: debate sobre el derecho y la democracia. Tradução de A. Greppi. Madrid: Trotta, 2006, 132p.

PASOLD, C. L. **Função social do estado contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: OAB/SC; Diploma Legal, 2003, 125p.