

GARANTISMO E ORDENAMENTO INTERNACIONAL: UM ESTUDO SOBRE O PÓS-POSITISMO FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

GUARANTEE AND INTERNATIONAL ORDINANCE: A STUDY ON POST-POSITISM IN FRONT OF HUMAN RIGHTS

**Italo Farias Braga*

***Nestor Eduardo Araruna Santiago*

RESUMO: O garantismo aparece no pós-segunda guerra como uma teoria geral do direito que se pretendia pós-positivista. Assim, o objetivo deste trabalho foi analisar como uma teoria pretensamente positivista enfrentava a coadunação do ordenamento interno e externo com a previsão de um ordenamento internacional. Assim, em primeiro plano foi verificada a base de fundamentação do garantismo, configurada a partir de um paradigma liberal de limitação estatal e da previsão de valores axiológicos prévios. Em seguida analisou-se a concepção de direitos humanos e de direitos fundamentais sob a perspectiva formal e material. Verificou-se ainda a compatibilidade do sistema garantista com uma previsibilidade de ordenamento internacional de modo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se utiliza em diversos julgados do termo garantismo como fundamentação. Por fim, tem-se que a previsão garantista impõe a vinculação aos valores axiológicos, de modo que até mesmo o legislador é envolto em um dever de respeito aos preceitos prévios, fazendo com que os sistemas internacionais e o direito interno se complementem numa escala de maior proteção e efetividade dos direitos humanos, advindos de uma ideia imaterializada de direitos naturais aos quais cumprem um positivismo mitigado.

Palavras Chave: Garantismo. Sistema interamericano de direitos humanos. Direitos fundamentais. Positivismo.

ABSTRACT: Garantism appears in the post-war era as a general theory of law that pretended post-positivist. Thus, the objective of this research was to analyze as a supposedly positivist theory from a coordination of the internal order with the prediction of an international ordering. In the foreground was verified a foundation of the guaranty, based on a liberal paradigm of state verification and the praxis of previous axiological values. Was analyzed human aspects and fundamental rights from a formal and material perspective. It was verify a compatibility with the system guaranteed with a predictability of international ordering so that the Inter-American Court of Human Rights could use as a reasoning. Finally, the session guarantees that it imposes a link to axiological values, so that it done in an event respecting previous precepts, making the members of the system conform to the complement of greater protection and effectiveness of the human rights.

* Doutorando em direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Bolsista de pesquisa FUNCAP. E-mail: italofbraga@gmail.com.

** Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela UFMG, com estágio Pós-doutoral pela Universidade do Minho. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Advogado criminalista. E-mail: nestorsantiago@unifor.br

Keywords: Garantismo. Inter-American system of human rights. Fundamental rights. Positivism.

1 INTRODUÇÃO

Com a crise do positivismo kelseniano, no pós-segunda guerra, surgiram diversos modelos neoconstitucionais. A crítica ao positivismo clássico e a imposição de um padrão de direitos humanos tornou-se paradigma ao qual o direito contemporâneo olvida.

Nesse sentido, diversos pensadores buscaram repensar o direito positivo, colocando padrões axiológicos prévios, de modo que alguns até deixaram de lado a necessidade absoluta da segurança legislativa. Por outro, correntes mais afeitas ao positivismo mantiveram circulação na academia, inclusive com respaldo acadêmico em diversos livros e artigos de repercussão mundial.

Dentre os textos pós-positivistas, tem-se a construção do Garantismo Jurídico, formulado por Luigi Ferrajoli. Este autor contribuiu no período da redemocratização da Itália, de modo que desenvolveu uma teoria geral do direito baseada em um modelo filosófico e uma teoria de política que serviria para garantir a estabilidade jurídica num ambiente de abusos promovidos contra o Estado de Direito.

Ocorre que a ideia de uma limitação do Estado pela lei, em primeiro momento, parece inconsistente diante de previsibilidade de interferência de um supra-ordenamento constitucional. Nesse sentido resta a pergunta: há a compatibilidade da teoria garantista com a previsibilidade do sistema internacional e de um controle de convencionalidade?

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é verificar e revisitar a teoria do garantismo, de modo a compreender a compatibilidade ou não com a presença de um ordenamento jurídico internacional e com a noção de direitos axiológicos prévios. Isso é, discutir sobre como um modelo pretensamente positivista de direito pode assumir o ordenamento internacional e as normas de direitos humanos.

O trabalho tem por formatação o estudo doutrinário, em especial pela análise do livro *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, bem como das críticas e revisitações

teóricas realizadas pelos autores nacionais e internacionais sobre a teoria do italiano. Por fim, pretende-se comparar essa teoria do direito com aquela aplicada no ordenamento brasileiro.

2. O GARANTISMO JURÍDICO

A teoria do garantismo é formulação estruturante do pós-positivismo, formulada como uma teoria geral do direito que importa na validade das normas jurídicas e nos vetores de aplicação do direito. Portanto, é indispensável a verificação do arcabouço teórico do garantismo, dos paradigmas de aplicação, para que se possa falar em garantismo como teoria pós-positivista num sistema *neoconstitucional*.

No que pese o termo constitucionalismo ter acepção ampla, que remonta toda a série de doutrinas advindas do pós-segunda guerra, tem-se que o Garantismo apresenta-se como uma dessas teorias advinda dos “neconstitucionalismo(s)”, termo no plural apresentado por Miguel Carbonell, referente a este conjunto de teorias e estudos sobre o direito contemporâneo. (CARBONELL, 2009)¹. Assim, o presente estudo é delimitado no tempo com a compreensão dos troncos teóricos pós-segunda guerra que até hoje refletem no ordenamento jurídico.

Este trabalho, deve-se verificar ainda o garantismo, na órbita do direito interno e do direito internacional. Assim, as normas convencionais geram relevância no ordenamento interno e interesse jurídico que só se sustenta mediante uma formulação teórica robusta.

2.1 A teoria geral do garantismo jurídico

No que pese existir certa confusão entre garantismo como uma teoria exclusivamente voltada ao Direito Penal, tem-se que a concepção de garantismo é bem mais abrangente e complexa que um só ramo do direito. Luigi Ferrajoli (2014)², na obra *Direito e Razão*, trata do garantismo como teoria geral do direito e como uma filosofia analítica, de modo que em seus textos também albergam a área penal, sob a qual este pesquisador deu enfoque especial.

¹ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4 ed. Madrid: Editora Trotta, 2009.

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

O fato de estar descrito de Ferrajoli ter adentrado na discussão penal e processual penal não invalida ou diminui a concepção genérica do garantismo como teoria do direito. Na realidade, a veiculação das teorias do garantismo apenas corroboram a formulação geral da teoria, que também se aplica ao sistema penal, tendo especial relevância neste ramo jurídico em razão da tendência contramajoritária (IPPOLITO, 2011)³. Deste modo, representa teoria necessária ao embate de conceitos punitivista ou que ferem os preceitos básicos de liberdade humana.

Assim, a ideia de garantismo pertence ao tronco de teorias do direito que toma por base a legalidade e a proteção das liberdades individuais como paradigma de sustentação. Deste modo, o paradigma garantista insurge no âmbito pós-positivista como teoria do direito e diretriz de atuação do Estado.

Inicialmente, deve-se compreender o termo garantismo. Este possui origens nas principais línguas neolatinas. Nestas formulava a ideia de tutela e de salvaguarda aos desprotegidos. Entretanto, após o advento do *welfare state* a tutela dos mais fracos passou a ter aceção mais ampla, de modo a configurar matriz de proteção às liberdades individuais com base na constituição, considerando a existência de direitos sociais. (IPPOLITO, 2011)⁴.

Extraí-se da etiologia da palavra garantismo a ideia de proteção, garantia, efetivação, preservação e segurança dos indivíduos frente ao arbítrio estatal. Nesse sentido, o garantismo tem, desde sua origem, a formulação baseada na tutela e garantia dos mais frágeis. (AVILA, 2017)⁵.

Tem-se desde a origem do garantismo a formulação baseada na limitação à discricionariedade potestativa do magistrado. Deste modo, a conferência que se faz ao termo garantismo está vinculada às limitações do julgador e a submissão legal como parâmetro de julgamento e de tutela do ser humano. (TRINDADE, 2012)⁶.

³ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi ferrajouli. In: **Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, jan-ju.2011. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

⁴ Idem

⁵ AVILA, Jheison Torres. La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. **Rev. Derecho**, Barranquilla, n. 47, p. 138-166, June 2017. Disponível em <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972017000100138&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 Dez. 2017.

⁶ TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de luigi ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**.

Ferrajoli também confere à palavra constitucionalismo três sentidos. i) O primeiro sentido depreende a noção de "paleopositivismo", isto é, a conformação da positivação de princípios como garantias de um positivismo constitucional. ii) O sentido da expressão em garantias de validade e de vigência, de modo que as normas devem válidas e vigentes para ter eficácia contra o cidadão. iii) O garantismo representa um modo de filosofia política que engloba uma teoria da democracia, de modo a constituir um paradigma de "bom governo". (COSTA; VERAS NETO, 2016)⁷.

O conceito de garantismo advém então de um paradigma de uma teoria constitucionalista rígida de respeito às garantias individuais, sobre a qual repousa a concepção do respeito material às liberdades individuais, mediante mecanismos de efetivação e tutela destas liberdades. Portanto, uma teoria neopositivista, por retomar a concepção da importância da lei escrita, indicando que as liberdades estariam melhor albergadas com a indicação das normas, regras e princípios no texto constitucional e nos parâmetros legais. (IPOLLITO, 2011)⁸. Assim, garantismo seria uma meta teoria, visto que representaria aporte axiológico e epistemológico para a compreensão do direito. (TRINDADE, 2012)⁹.

Assim, garantismo estaria na concepção genérica de sistema de proteção constitucional de garantias voltados à tutela da liberdade. Deste modo, a teoria geral do garantismo envolve a compreensão de que a legalidade e a constitucionalidade limitam o Estado para evitar o arbítrio, enfrentando a lógica punitivo-intervencionista em todos os ramos do direito, positivando princípios como o devido processo legal, princípio da legalidade e demais critérios constitucionalmente exigíveis. (SERRETI, 2010)¹⁰.

v. 5, n. 1 (2012). Disponível em: <
<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156/98>>

⁷ COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. GARANTISMO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 61, n. 3, p. 165 – 187, dez. 2016. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46467/29839>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

⁸ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi ferrajouli. In: **Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, jan-ju.2011. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

⁹ TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de luigi ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 5, n. 1 (2012).

¹⁰ SERRETI, André Pedroli. A Teoria do Garantismo Penal e a Constituição da República: Um Estudo sobre a Legitimidade da Tutela Penal Estatal. **Revista jurídica da presidência**. V.12. n. 97. 2010. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/180/169> >

O fundamento do sistema garantista estaria, portanto, em uma concepção liberal de garantias das liberdades individuais cujo princípio seria uma axiologia humana de dignidade prévia. Esta dignidade só seria viável diante da sistemática de tutelas do Estado Social, o que adequa o garantismo às teorias contemporâneas de direito. Nesse sentido, formula-se na teoria garantista uma dupla face na qual em uma estaria o respeito às limitações constitucionais de atuação do Estado, noutra a postura ativa do Estado em fornecer os padrões mínimos de igualdade de dignidade. Sentido este que infere ao sistema garantista a formatação de melhor tutela dos direitos fundamentais (FREIRE, 2007)¹¹.

A compreensão do sistema garantista para Luigi Ferrajoli (2014)¹² é estabelecida mediante 3 (três) eixos estruturantes o primeiro descrito como a hierarquia normativa da Constituição. Tal padrão implica em um modelo de “estrita legalidade”, entendido como um modelo de legalidade escrita que toma por base o texto constitucional, supralegal e legal; o segundo eixo é baseado na noção crítica do direito e da realidade. A criticidade está na verificação da compatibilidade da norma material com o texto escrito. O terceiro paradigma está na estruturação do modelo de filosofia política, ou seja, o padrão de bom governo que tutele as finalidades do Estado com os limites das minorias respeitados. (FERRAJOLI, 2014)¹³.

Há interpretações das teorias de Ferrajoli, como a de Alexandre Moraes da Rosa, que definem quatro dimensões ou frentes. A primeira frente garantista está descrita na necessidade de verificação de compatibilidade material e formal da norma legal frente ao texto constitucional; a segunda frente assegura a verificação do sistema mediante a dimensão democrática, delimitada pela visão de respeito as decisões da maioria com as limitações aos primados axiológicos humanos que seriam direito de todos, inclusive das minorias; Já a terceira frente é a vinculação da função judicante, como adstrita à legalidade e a constitucionalidade. A quarta frente estaria na visão

¹¹ FREIRE, Antônio Manuel P. La coherencia de los derechos fundamentales en la teoría garantista. **Novos Estudos Jurídicos NEJ** - Vol. 12 - n. 1 - p. 09-25 / jan-jun 2007. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/449/391>> Acesso em> 04 abr. 2018.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹³ idem

crítica e racional do direito, pela qual as normas teratológicas, que atinjam modelos de vida e primados humanos sejam rejeitadas nos casos concretos. (ROSA, 2003)¹⁴.

A consequência da aplicação garantista como modelo geral de direito é a conformação de um paradigma à todos os ramos do direito, tais quais direito processual civil, processual penal, trabalhista, penal, civil entre outros. (DIDIER, 2011)¹⁵. Isso é, o primado garantista representa sobretudo o Estado de Direito, de modo a trazer concepções que a lei e o processo servem para limitar o Estado e conferir um padrão digno. Por outro, este estado de direito garantista recebe um acréscimo epistémico, que é o conceito democrático, tido tanto na vinculação das decisões majoritárias, como nos efeitos contramajoritários da aceitação da axiologia prévia.

A teoria geral do garantismo, portanto, com seus estruturantes tem caráter vinculativo ao Poder Público, o que traz à luz o positivismo. Entretanto, ao contrário do positivismo clássico, engessado numa submissão cega da legislação ao fato, o garantismo propõe a subsunção racional da norma ao fato. Norma aqui entendida como princípios que devem ser positivados e regras que devem ser aplicadas, sempre balizando pelo filtro da validade e da vigência normativa. (FERRAJOLI, 2014)¹⁶.

Nesse sentido, a teoria garantista destaca a ideia de uma norma central escrita e rígida que recepciona a positivação dos princípios e valores axiológicos exigíveis em uma sociedade. Assim, tal norma hierarquicamente superior as demais assumiria o caráter constitucional, de modo que este é o tocante basilar da formulação jurídica e da exigibilidade em sociedade aos cidadãos e como referência à atuação do Estado, seja no âmbito do legislativo, do executivo ou do judiciário. (ROSA, 2003)¹⁷.

Deste modo o garantismo descreve o pós-positivismo constitucionalizado, ou seja, assume-se que a Constituição Federal apresenta a referência positiva dos princípios e valores axiológicos inerentes à própria sociedade. Tais valores criam

¹⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico? Teoria Geral do Direito**. Florianópolis: Habitus, 2003.

¹⁵ DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista de Processo**. Vol. 36. n 198. Ago. Brasília: STJ, 2011. P.213-225. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/80945> > acesso em: 31 ago. 2016.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

¹⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico? Teoria Geral do Direito**. Florianópolis: Habitus, 2003.

sistemática de tutela do cidadão que só é possível se considerar a estabilidade jurídica. (TRINDADE, 2016)¹⁸.

Dentre os primados da dimensão democrática do Garantismo, está a formulação da distribuição de competências e funções do Estado. Portanto, assim a Constituição delimita as matérias que são de atribuição do executivo, do legislativo e do judiciário. Desta forma criam-se condições formais e condições substanciais de validade que alicerçam o objeto de duas formas diferentes de normas. Este modelo define aquilo que pode ser definido pelo Estado e quem deve decidir (FERRAJOLI, 2014)¹⁹.

Esta conformação determina a definição de compartição de funções. Assim, há a divisão estruturada e formal, de poderes. Deste modo as normas criadas devem moldadas conforme os parâmetros e os preceitos estabelecidos, quanto ao legislativo e impõe o respeito não decisionista quanto ao judiciário. Então, a teoria do garantismo no conceito democrático apresenta a dimensão substancial, definida pelas prerrogativas liberais agregadas as premissas do Estado Social. (CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2006)²⁰.

O decisionismo que se busca afastar é aquele delimitado como apresentação do solipsismo, ou seja, modelo filosófico em que o magistrado julga conforme suas convicções do que é certo e justo. Assim, o garantismo adequa os princípios impondo a positivação mínima e a garantia da estrita legalidade. Portanto, tem-se os princípios como normas de menor densidade jurídica. (STRECK; SALDANHA, 2013)²¹.

Assim, o garantismo é formulado com base na crítica ao *panprincipiologismo*, de modo que as garantias positivas o implicam elemento estrutural. Deste modo, o garantismo é, em suma, a teoria de garantia e proteção às

¹⁸TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo)constitucionalismo: as teorias de ferrajoli, prieto sanchís e garcía amado. **RVMD**, Brasília, V. 10, nº 2, p. 406-430, Jul-Dez, 2016. Disponível em: <

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

²⁰ CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 145-162, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15097/13752>>. Acesso em: 15 nov. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15097>.

²¹ STRECK, Lênio Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ativismo e Garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ativismo e Garantismo Processual**. (ORGs): DIDIER JR. Fredie et al. Salvador: Juspodium, 2013.

tutelas individuais, conforme uma axiologia prévia, pós-constitucionalista, a servir de tutela e efetivação dos direitos tidos por fundamentais. (OLIVEIRA, 2015)²².

Deste modo, deve-se verificar a compatibilidade de um sistema eminentemente constitucional e positivista com o sistema de prerrogativas de direitos humanos universalizável decorrente do ordenamento internacional.

3. DIREITOS NATURAIS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS – O PONTO DE CONVERGÊNCIA

Para compreender a correlação entre garantismo e direitos humanos é necessária uma discussão mais aprofundada de três conceitos. A noção de direitos naturais, direitos fundamentais e direitos humanos. Somente compreendendo as bases do que se consideram direitos humanos e o que se consideram direitos fundamentais é possível estabelecer o limiar positivista entre garantismo, lastreado em direitos fundamentais e direitos humanos pretensamente universais.

Por direitos naturais entende-se a categoria filosófica na qual o direito apresenta-se como a espontaneidade da natureza. Assim, os direitos estariam como uma ordem exurgente e imanente da qual a realidade na qual não pode ser afastada. (SOUZA FILHO, 2012)²³.

Já a conceituação de um direito tipo por fundamental é inculpada com aquela na qual há um parâmetro de posituação no texto constitucional. Por outro, o direito é tido por humano quando decorrente de tratados internacionais que reconhecem a existência de direitos axiologicamente prévios.

A diferenciação comum que se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais está assentada na ordem de quem positiva tais direitos. Se um direito é decorrente de um consenso internacional, pelo qual considera que os países signatários consideram aquilo como decorrente de um valor axiológico prévio, ou seja, fruto de um direito natural, se está diante de um direito humano. Por outro, se aquele direito

²² OLIVEIRA, Valmir Chaves de Oliveira. O pan-principiologismo no direito administrativo brasileiro, o caso da legalidade: o embate entre a lei e a segurança jurídica. XVI Revista do CEPEJ. 2015. Disponível em.< <https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22350>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

²³ SOUZA FILHO, O. D. E. **A ideologia do direito natural**. 3a edição. ed. Fortaleza: ABC, 2012.

assumido como indispensável é descrito diretamente no ordenamento constitucional, se está diante de um direito fundamental. (TOMAZ, 2016)²⁴.

Por outro, reduzir a análise dos direitos humanos e dos direitos fundamentais como decorrência do controle de convencionalidade ou de constitucionalidade, isto é, entender que os direitos seriam humanos ou fundamentais em decorrência exclusivamente da legislação positiva, sofre críticas na doutrina. Marcus Paulo Rycembel Boeira (2013)²⁵ estabelece que reduzir a visão de direitos humanos a uma concepção objetivista desconsidera a dignidade e a previsão axiológica inerente à condição humana.

Nesse sentido, entender como direitos internos e externos parece insuficiente para definir direitos humanos ou direitos fundamentais. O critério que torna adequada a compreensão de um direito como humano ou fundamental não é apenas a matriz constitucional, mas o critério axiológico, ou seja, a carga valorativa necessária para se admitir a fundamentalidade de um direito. (SARLET, 2015²⁶). Assim, a tutela constitucional positivada complementa a compreensão axiológica prévia, reduzindo a divergência entre os alicerces interpretativos do que seria um direito fundamental. (SILVA, 1998)²⁷.

Robert Alexy também nessa esteira de fundamentalidade do direito, estabelece que um direito deve ser entendido como fundamental a partir do momento em que sua indispensabilidade aflige as carências básicas do ser humano. Portanto, a não-satisfação de um direito tido por fundamental implicaria em morte, sofrimento grave ou afetaria núcleo essencial de autonomia, de modo que devem receber tutela especial, seja numa previsão normativa em tese, seja na aplicação concreta frente ao

²⁴ TOMAZ, R. E. Em busca de uma resposta jurídica aos direitos fundamentais. **Revista Perspectiva e Desenvolvimento**, Brasília, v. 04, n. 05, 2016. Disponível em: < <http://periodicos.unb.br/index.php/perspectivasdodesenvolvimento/article/view/16663>> Acesso em: 15 nov. 2016.

²⁵ BOEIRA, Marcus. P. R.. **Razão Prática e Direitos Fundamentais: uma perspectiva jurídica dos bens humanos**. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila e MAUÉS, Antonio Moreira. (Org.). *A Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos Humanos*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, v. 1, p. 177-205.

²⁶ SARLET, I. W. O Conceito De Direitos Fundamentais Na Constituição Federal De 1988. **Consultor Jurídico**, on-line, 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988> > Acesso em: 10 nov. 2016.

²⁷ SILVA, J. A. D. **A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia.**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, 1998.

caso. Destarte, direito fundamental seria aquele que representaria a autonomia humana e a condição basilar de dignidade. (ALEXY, 1999)²⁸.

Assim, a compreensão do garantismo como aplicador de direitos humanos depende da compreensão destes direitos como fundamentos axiológicos positivados numa sistemática pós-positivista. É com esse paradigma que se pretende verificar a compatibilidade do sistema positivista com o ordenamento internacional.

4. A TEORIA DO GARANTISMO FRENTE AO ORDENAMENTO INTERNACIONAL – A TEORIA DA CONVENCIONALIDADE GARANTISTA

A compatibilização objeto deste trabalho está delimitada em como seria possível compreender um sistema eminentemente positivista com um ordenamento jurídico internacional que pressupõe normas de direitos humanos. O sistema de direitos humanos aplicado no ordenamento interno pressupõe adequação ao sistema constitucional. Assim, a compatibilidade formal e material das normas de direitos humanos parece ser a base de análise e compreensão da aceitabilidade das normas externas ao direito interno.

É reconhecido na teoria de Luigi Ferrajoli que a democracia constitucional é formatada a partir das falhas e fracassos de sistemas inseguros do ponto institucional. Portanto, para o italiano, foi forçoso reconhecer que o pós-segunda guerra implicou na aceitação da existência de algum direito prévio ao ordenamento jurídico, algo que remontaria o direito natural (FERRAJOLI, 2008)²⁹.

Nesse sentido, mesmo diante da necessidade ou da compreensão que o aparato Constitucional vincula, não há como deixar de considerar a existência de algo prévio e superior. Isto é, existiam normas metalegais que vinculariam o poder público e até mesmo o legislador, de modo a fazê-los cumprir as assertivas de direitos humanos que seriam um consenso daquilo que se considera por direito natural. (NEVES, 2012³⁰).

²⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista Direito Administrativo**, n. 217, p. 55-66. Rio de Janeiro, jul/set 1999. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47413/45319> > Acesso em:10 nov. 2016.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2008.

³⁰ NEVES, Isadora Ferreira. Democracia, garantismo e direitos fundamentais: uma observação do papel da jurisdição no garantismo de Ferrajoli. **Direito e Democracia** v.13 n.1 p.109-123 jan./jun. 2012 Canoas.

Nesse sentido, fala-se em uma influência do sistema interamericano no controle constitucional e de uma influência dos sistemas nacionais na convencionalidade interamericana (HOFFMANN, 2019)³¹.

O garantismo então não é visto exclusivamente como um primado de cumprimento positivo da legislação. A teoria garantista é afirmada dentro de uma teoria política de bom governo, que assume a existência de fundamentos axiológicos, que toma por base a concepção liberal alinhada a perspectiva externa. (FERRAJOLI, 2014)³².

Portanto, considera-se no garantismo a colmatação de um fundamento contramajoritário e antiautoritária, que se funda nos princípios de não intervenção. Deste modo a base axiológica prévia do garantismo não tem como ser desvencilhada de uma concepção pretensamente universalista e valorativa. Contrário senso, a lógica do garantismo é alinhada ao pensamento internacionalista, fazendo considerar ainda que os direitos humanos e os primados axiológicos devem ser positivados nos textos constitucionais e no espectro convencional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) se utiliza da teoria do garantismo e faz menção expressa a este termo. Assim Cançado Trindade faz uso dos primados em seus votos a estabelecer padrão decisório pelo qual estabelece o respeito à legalidade e aos princípios estatuídos nas normas convencionais como adequados às palavras de Ferrajoli. Complementa ainda Cançado Trindade nestes votos a consideração que não basta a adequação formal, mas deve-se respeito á

Disponível em: < <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2636/1859> > acesso em: 04 jan. 2018

³¹ HOFFMANN, G. B. . A INFLUÊNCIA DO DIÁLOGO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NACIONAL PÓS INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. In: **VI JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**, 2019, Fortaleza. ANAIS DA VI JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. V.2, 2019, 2019.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

consubstanciação material das normas de direitos humanos para ser adequadas ao espectro garantista (STRECK e SALDANHA, 2013)³³.

Assim, tem-se que diante do garantismo existiria uma vinculação normativa propriamente dita das normas de direitos humanos, de modo que os precedentes da CorteIDH, ao qual exige o mínimo de proteção convencional como parâmetro de cumprimento dos Estados Membros. Deste modo, garantismo e direitos humanos não seriam apenas compatíveis, mas também complementares, cuja aplicação indica que os direitos humanos representariam valores axiológicos aplicáveis e exigíveis sobretudo de um aspecto de um mínimo material de validade e eficácia. (SANTIAGO, MARTINS, 2016)³⁴.

É possível extrair da verificação sistemática dos direitos humanos decorrente da perspectiva dogmático-positiva dos direitos fundamentais. Deste modo, os direitos humanos aplicam validade material e formal ao ordenamento jurídico, adequando-se ao respeito das garantias básicas e interesses dos quais o ser humano não pode olvidar. Assim, não se estaria mais diante de um direito meramente natural ou imanetista, mas da verificação segura da existência de direitos. (GRUBBA; CADEMARTORI, 2012³⁵).

Por outro, a exigência convencional e a concepção da existência de valores axiológicos prévios não implica no afastamento da legalidade ou da vinculação ao ordenamento jurídico interno. Tem-se na estrita legalidade como vetor da democracia, como uma teoria de bom governo ao qual é assumida em consonância com a aplicação do direito externo. (OLIVEIRA NETO, 2011)³⁶. Assim, a exigência da aplicação de

³³ STRECK, Lênio Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ativismo e Garantismo na Corte Interamericana de direitos humanos. Ativismo e Garantismo Processual**. (ORGs): DIDIER JR. Fredie et al. Salvador: Juspodium, 2013.

³⁴ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MARTINS, Eduardo Almeida. O Garantismo E Os Precedentes Da Corte Interamericana De Direitos Humanos: Efeito Vinculante Aos Estados Sob Sua Jurisdição. *Novos Estudos Jurídicos*. (online). Vol. 21, n2, mai-ago. 2016. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9096/5043>> Acesso em: 26 mar. 2018.

³⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 703-724, Dec. 2012. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200013&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000200013>.

³⁶ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2162/1763>> Acesso em: 09 Abr. 2018.

princípio como fundantes de direito estaria apenas nas omissões legislativas inconstitucionais, vez que do ponto de vista democrático, o legislativo também é submetido às normas constitucionais e ao ordenamento externo. (MACHADO, SANTANA JÚNIOR, 2009)³⁷; (SANTANA JÚNIOR, 2010)³⁸.

Assim, o garantismo insurge como uma teoria normativa do direito que se pretende democrática, mas também se apresenta como um formato moldado a assentar os direitos humanos num sistema harmônico de tutela do ser humano. Desta maneira os valores assumidos são aplicados de forma material e implica-se numa positividade mínima, que garante a segurança jurídica axiológica derivada do garantismo. (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2010)³⁹.

Então considera-se ainda que, ao ordenamento jurídico integrar a norma de direito externo, mediante seu sistema de compatibilização, esta norma é impositiva como direito interno aos cidadãos. Portanto, sob a perspectiva garantista, uma norma que integre o ordenamento mediante o sistema convencional é tão vinculante, mediante sua legalidade, quanto qualquer outra norma, desde que respeitados os primados de constitucionalidade e vinculação formal e material das normas.

5. CONCLUSÃO

O pós-segunda guerra implicou em um repensar do direito contemporâneo. Deste modo o positivismo clássico perdeu força e deu espaço ao surgimento de diversas teorias tidas por neoconstitucionais. Entretanto, o positivismo manteve frutos posteriores, constituindo-se no pós-positivismo constitucional, ao qual aplica a segurança jurídica constitucional como referência de teoria do direito.

Este trabalho, por sua vez, teve o objetivo de verificar a aplicação desta teoria pós-positivista com a existência de um ordenamento jurídico externo e com a

³⁷ MACHADO, Clara C.; SANTANA JÚNIOR, Djair dos santos. NEOCONSTITUCIONALISMO E CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO NO DIREITO PÓS-MODERNO. In: **anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo** – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. São Paulo, 2009. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2351.pdf>

³⁸ SANTANA JÚNIOR, Dejair dos Anjos. A Efetividade Dos Direitos Fundamentais E O Combate Às Omissões Legislativas Inconstitucionais. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – 25. v.23. n. 25. Disponível em: < <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/12367/8786>> Acesso em: 09 Abr. 2018.

³⁹ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de, STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun. 2010. Disponível em: < <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2128/1726>> Acesso em: 09 Abr. 2018.

previsibilidade de direitos humanos. Isto é, buscou-se a verificação da compatibilidade da teoria do garantismo com a aplicação dos direitos humanos e com a formatação de um ordenamento jurídico externo.

O garantismo apresentou-se como teoria geral do direito e como filosofia analítica que pressupunha a existência de valores axiológicos prévios. Assim, sob a perspectiva liberal, apresenta-se teoria na qual o Estado é limitado e que de forma democrática, em sua concepção substancial, ou seja, naquela cujos direitos das minorias são respeitados, tem-se uma formulação que positiva direitos fundamentais.

Direitos fundamentais, nessa concepção, não são vistos exclusivamente como direitos positivados na Constituição Federal. São direitos assumidos como de importância basilar, por refletir condição de dignidade, de modo que se tornam imperativos não apenas de cumprimento ao poder judiciário, mas também representam valores que devem ser assumidos pelo legislativo ou por quem mais esteja sob as rédeas do Estado.

Assim, direitos fundamentais e direitos humanos apresentam ponto em comum na positivação de direitos pretensamente universais, aos quais se extraem de uma pretensão de direito natural. Deste modo, a aplicação dos direitos fundamentais, sob a perspectiva constitucional e a aplicação dos direitos humanos, sob a perspectiva convencional, estariam cada uma a seu modo, corroborando com a consolidação de uma dignidade humana.

Nesse sentido a consolidação garantista de direitos não estaria em desarmonia com um direito externo. Contrário senso, verificou-se que a CorteIDH se utiliza da teoria do garantismo como paradigma de julgamento e que tem na imposição convencional também como um parâmetro de legalidade vinculante ao Estado e aos seus cidadãos.

Portanto a teoria do garantismo, ao se apresentar como um paradigma de bom governo, indica ainda que o próprio legislativo é vinculado à aplicação dos direitos fundamentais e aos direitos humanos. Por fim, tem-se que há a compatibilidade do sistema positivista com tais normas, vez que a legalidade aqui indicada implica na positivação dos princípios e valores aos quais se pressupõe para um ordenamento jurídico.