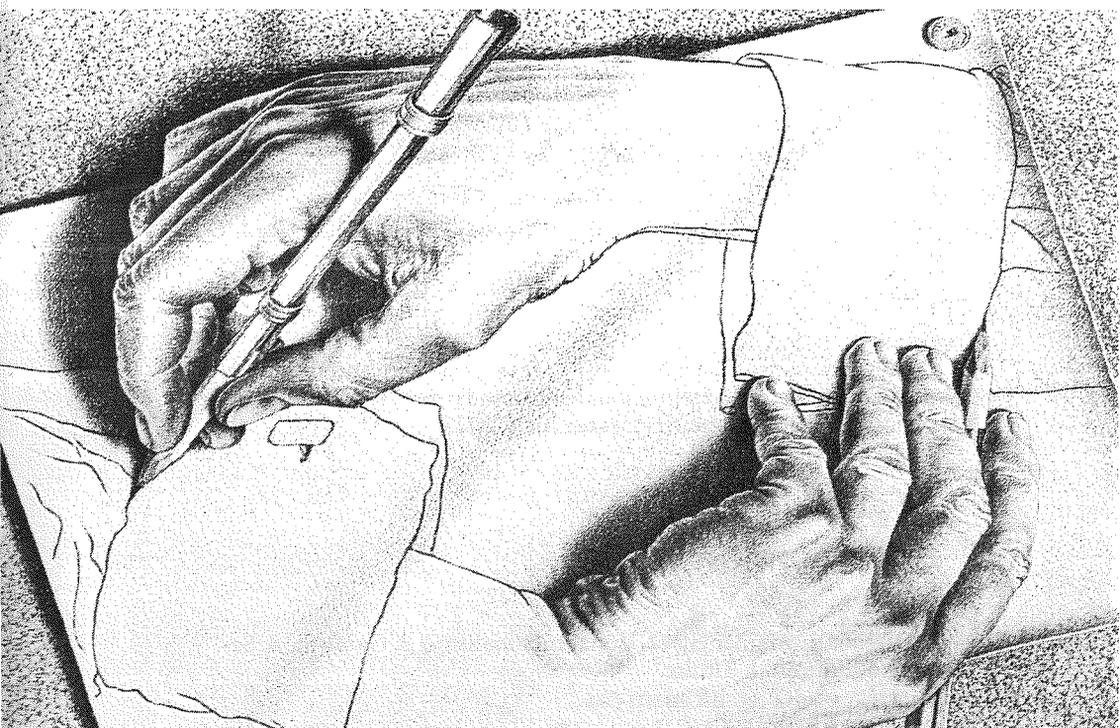


Diego de Paiva Vasconcelos

O QUE GARANTE(M) AS GARANTIAS?

A formação do conceito de garantias fundamentais
no constitucionalismo moderno

Prefácio do Ministro Reynaldo Fonseca do STJ
Epílogo do Prof. Raffaele De Giorgi



EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2023

392-7
V331q
Copyright © 2023 by Diego de Paiva Vasconcelos

Categoria: Sociologia do Direito

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livreria e Editora Lumen Juris Ltda.

Revisão: Claudia Braga
Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livreria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

V331q

Vasconcelos, Diego de Paiva

O que garante(m) as garantias? : a formação do conceito de garan-
tias fundamentais no constitucionalismo moderno / Diego de Paiva
Vasconcelos. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2023.

224 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-519-2241-5

1. Direitos fundamentais. 2. Constitucionalismo. 3. Garantia. 4. Se-
mântica. 5. Função. I. Título.

CDD 342.81085

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Luzzi CRB-7: 6927

SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA	
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
Nº	DATA
1240926	24/10/23

Prefácio

“O espaço público, para subsistir, nunca pode perder um permanente sentido inaugural.”

(Luís Alberto Warat)

Eu peço emprestado, inicialmente, da África do Sul, como espaço emblemático de uma das experiências mais exitosas de resgate dos direitos humanos no mundo, a expressão *sawobona*, para cumprimentar todos os leitores e leitoras desta obra muito instigante. Assim eu vos cumprimento com a palavra *sawobona*, que na língua zulu significa “eu te respeito, eu te valorizo, tu és importante para mim”.

Ao ler a tese de doutorado “O que garante (em) as garantias?: a formação do conceito de garantias fundamentais no constitucionalismo moderno”, consolidei a compreensão de que essa é uma obra que extrapola a esfera meramente individual, porque fruto de muitas e diferentes travessias, do autor e de outras pessoas e instituições, essas decisivas para a produção deste trabalho. Eu encontro em Riobaldo, personagem do genial Guimarães Rosa em “Grande Sertão: Veredas”, a explicação e o significado desta publicação. Permitam-me ler o que diz o nosso filósofo sertanejo: “Mire e veja: o mais importante e bonito do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas — mas que elas vão sempre mudando. Afinam e desafinam. Verdade maior”. Sim, meus queridos leitores e leitoras, este livro resultou de muitas histórias e seu autor tem a consciência de que a obra está em permanente construção: mudará, afinará e desafinará todas as vezes em que outras histórias individuais e coletivas em contextos históricos determinados assim o exigirem e desafiarem mentes sedentas de construir e reconstruir conhecimentos e novas experiências. É uma obra reflexiva, funcional, crítica e aberta a partir do marco teórico da Teoria da Sociedade de Niklas Luhmann e de Raffaele De Giorgi!

Nessa perspectiva, o professor Diego de Paiva Vasconcelos brinda a comunidade jurídica com importante contributo acadêmico destinado a pensar o constitucionalismo contemporâneo à luz de relevantes perspectivas dos

direitos fundamentais e das garantias constitucionais, preocupando-se, como Norberto Bobbio, com sua efetivação, e não somente com a mera declaração.

Aliás, as garantias fundamentais ou constitucionais foram concebidas nesta obra como expectativas normativas sobre expectativas normativas que tomam lugar em face da ameaça aos direitos, a fim de restabilizar e reforçar as próprias expectativas normativas.

Os direitos fundamentais não são meras declarações de valores, mas normas que oferecem resistência a fatos, a expectativas contrafáticas — também chamadas de experiências normativas ou, ainda, de expectativas de expectativas.

No Brasil, vale a pena registrar que o saudoso professor Paulo Bonavides foi responsável, a partir de atualizações ao seu “Curso de Direito Constitucional” posteriormente ao advento da Constituição de 1988, por espriar terminologia nas discussões constitucionalistas, concebendo a institucionalização dos direitos fundamentais por intermédio de três gerações sucessivas traduzíveis em processo cumulativo e qualitativo em prol de uma universalidade material e concreta; com isso, tornou-se corrente nos manuais de Direito Constitucional e incorporado à gramática constitucionalista.

No entanto, é também certo que a inspiração a esse sistema geracional de direitos decorreu de reflexão do Diretor da Unesco, o francês Karel Vasak, colaborador de expoentes do Direito Internacional, como René Cassin, ao refletir na década de 1970 sobre a luta de trinta anos relacionada à força normativa da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* aliada aos *Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos* e dos *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* que advieram em 1966. Além da aula inaugural dos cursos do *Instituto Internacional dos Direitos do Homem*, ocorrida no ano de 1979 em Estrasburgo, referida por Bonavides¹, a tríplice divisão dos direitos fundamentais encontrara divulgação, dois anos antes, em revista da Unesco de circulação limitada². Depois disso, recebeu achegas críticas por parte da doutrina internacionalista em decorrência de imprecisão tem-

1 VASAK, Karel. **For the Third Generation of Human Rights: the rights of solidarity.** Aula Inaugural da Décima Sessão de Estudo do Instituto Internacional de Direitos Humanos. Estrasburgo, julho de 1979.

2 VASAK, Karel. A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. **The Unesco Courier**, Paris, n. 10, 1997, p. 29-32.

poral e técnica da concepção do acolhimento e transformação de demandas individuais e coletivas em normas fundamentais.

De todo modo, no escólio de Bonavides, a sequência histórica da gradativa institucionalização dos direitos fundamentais reside na tríade: liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, a primeira geração consiste em direitos de liberdade, versados como civis e políticos, na prática da proteção dos direitos humanos. Logo, “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”³. Na esteira de um Estado Liberal, a função do Estado é não ingerir na esfera de exercício da liberdade individual, por exemplo, quanto à disposição da vida ou do patrimônio.

No que lhe concerne, o constitucionalismo social e o problema da normatividade dos direitos sociais deram origem à segunda geração, cujo foco é a realização da igualdade material e referenciam o Estado Social, tendo em conta que possuem um componente necessariamente prestacional por parte do Poder Público.

Por fim, teríamos no atual quadrante histórico a terceira geração de direitos fundamentais, centrada na noção de fraternidade ou de solidariedade. Seriam os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação. Por possuírem titularidade dispersa, difusa ou coletiva, a vinculatividade e a função do Estado são diversas, fugindo ao figurino das gerações anteriores.

Com o fenômeno político e econômico da globalização, boa parte da doutrina passa a formular por uma quarta e até uma quinta gerações de direitos fundamentais, sendo que aquela é vertida no direito à democracia, à informação e ao pluralismo, considerando uma dimensão máxima de universalidade.⁴

Na precisa objeção de Cançado Trindade, são apontadas as principais críticas à classificação geracional dos direitos, pois esse diz que “a fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra definitivamente desmistificada.”⁵

3 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

4 BONAVIDES, op. cit., p. 571.

5 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 390.

Nessa perspectiva, critica-se a mistificação dessas categorias jurídicas como obstáculo a sua efetivação, visto a imprecisão conceitual das gerações de direitos, do mesmo modo a eficácia vinculativa das diferentes gerações daria margem para a baixa efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, dependentes mais fortemente de provisões orçamentárias. A sucessão histórica apontada a partir da tríade revolucionária seria igualmente imprecisa, basta ver o desenvolvimento do Direito Internacional do Trabalho ou diversos outros organismos internacionais vocacionados à proteção internacional de direitos considerados de segunda geração. Em suma, a moderna dogmática dos direitos fundamentais propugna por uma visão unitária desse plexo de normas, evitando-se a atomização aludida pelo juiz da Corte Internacional de Justiça.

Seja como for, além da ubiquidade do conceito de gerações de direito nos manuais de Direito Constitucional, houve expressa acolhida, em alguma medida, do sistema geracional de direitos fundamentais. Por sua significatividade, refere-se à ementa do MS 22.164, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que, ao tratar de desapropriação-sanção com assento no art. 184 da Constituição, em caso envolvendo imóvel situado no pantanal mato-grossense submetido à reforma agrária, localizou-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na terceira geração referente aos direitos de fraternidade ou solidariedade.

Portanto, o caminho mais produtivo parece ser o reconhecimento da importância das classificações dos direitos fundamentais em gerações como produto de seu tempo, mesmo que já superada pela robusta teorização dos direitos fundamentais na literatura pátria e estrangeira nos últimos tempos.

Nesse escopo mais limitado, depreende-se melhor a realidade constitucional brasileira, pois, conforme Fachin e Machado Filho:

“[é] curioso observar que, enquanto para os críticos da teoria das gerações dos direitos as sucessivas gerações representavam um enfraquecimento da normatividade dos direitos humanos, na historiografia constitucional dos primeiros anos da nova constituição passava-se o contrário.”⁶

6 FACHIN, Luiz Edson; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Direito Comum da Humanidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias. (Org.). **30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 579.

Eis, portanto, o questionamento central:

As garantias são tomadas, comumente, como obrigações que corresponderiam a direitos. Cada direito imputado a um titular deveria, então, sempre corresponder a um rol de obrigados. Contudo, uma estrutura assim designada e desenhada não é passível de ser sequer observada na faticidade social. Em um tempo no qual o discurso humanista e antropocentrista convive com uma explosão da violência urbana e da intolerância política e religiosa parece também pertinente perguntar como funcionam as garantias do que efetivamente são capazes de nos proteger. E, ainda, ir além e perguntar: O que garante as garantias? Por detrás dessa pergunta, de caráter tautológico, esconde-se o paradoxo das garantias. Mas em que consiste esse paradoxo? Como é possível observá-lo e descrevê-lo?

Em verdade, e nos últimos quarenta anos — duas últimas décadas do século XX e duas primeiras do século XXI —, vivenciam-se transformações no contexto mundial a reverberar na economia, na política e na cultura. É um novo tempo histórico, designando a contemporaneidade, com expressões peculiares nos diferentes países e nações, a partir das suas inserções no sistema mundial. A Revolução Técnico-Científica fez emergir novos campos de conhecimento — informática, cibernética, microeletrônica, robótica, automação, nanotecnologia, inteligência artificial — a viabilizarem intensa e surpreendente tecnologização da vida.

Ancorado nas inovações tecnológicas, o sistema do capital assume novas formas de acumulação e valorização. É um novo momento do capitalismo em meio a um agravamento da questão social, a manifestar-se no desemprego estrutural e precarização do trabalho, crise energética e ambiental, fluidez e liquidez das relações sociais, desmanche de valores e crise ética, conexões virtuais permanentes, exacerbado individualismo, concentração crescente de riquezas e desigualdades, violências de toda ordem. De fato, a contemporaneidade é permeada por metamorfoses, paradoxos e dilemas. Um dos dilemas destes tempos são as violências que perpassam o contexto social, como expressão-síntese das questões contemporâneas, a desafiar as Ciências Sociais e Humanas, e, particularmente, as Ciências Jurídicas.

Esta obra diferencia-se das demais que tratam das Garantias Fundamentais pelo mergulho aprofundado que realiza no tema. Não se trata apenas de uma apresentação das principais características determinadas

pela legislação internacional, constitucional ou infraconstitucional (declaração de direitos), é realizada uma análise evolutiva de sua efetivação a partir das mudanças históricas.

Como nos ensinou o “Pai da História”, Heródoto, a compreensão do presente depende de pensar o passado. O mesmo vale para o estudo de institutos jurídicos: não se pode entender um instituto jurídico sem estudar o seu surgimento e as mudanças pelas quais ele passou com o tempo. Este trabalho proporciona, portanto, uma digressão histórica fundamental para a compreensão e reflexão crítica sobre a função das garantias (o que fazem e como fazem), sua representação semântica e os motivos pelos quais os direitos são representados como garantidos.

Torna-se, pois, pertinente a reflexão sobre a Teoria da Sociedade:

A Teoria da Sociedade torna possível olhar as garantias como uma construção do sistema jurídico, o que dispensa, desde o início, aquelas perguntas que parecem ter sido fundamentais para quem tem se ocupado até aqui do tema das garantias: O que são? Qual o fundamento? Qual a origem? Qual o destino? Quem são os provedores? Quem são os destinatários?

Todas essas perguntas e mesmo às mais abalizadas doutrinas tradicionais sobre o tema e suas respectivas conclusões são incapazes de se sustentar em uma abordagem sistêmica porque não podem indicar o que garante as garantias ou que há por trás das garantias. A resposta não está na origem ou nos fundamentos, mas em como se constituem garantias constitucionais, ou seja, em como se pode imaginar que o direito possa ser garantido e como funcionam essas garantias. No lugar das perguntas sobre a origem e os fundamentos das garantias, coloca-se outras três: (i) O que há por trás das garantias ou o que elas garantem?; (ii) O que garante as garantias?; e, (iii) O que as ameaça?.

Nessa linha de raciocínio, são examinados nos capítulos apresentados: a) os conceitos de garantias, garantismo, direitos fundamentais, direitos humanos e violação do direito; b) o trajeto histórico das garantias (formação semântica, seu uso no direito privado antigo e medieval, sociedades pré-modernas, direitos da modernidade); c) as origens da ideia de proteção do Direito (limitação de poder, direito de resistência, a crise da modernidade, a proteção de direitos, a declaração francesa, o problema do

futuro e o constitucionalismo); d) por fim, o que fazem as garantias? O que as garantias garantem? E o que garante as garantias fundamentais?

Nesse diapasão, três elementos *caracterizam a sociedade moderna: incerteza do futuro, contingência do presente e complexidade. A incerteza do futuro significa que o futuro depende das decisões tomadas no presente; e o presente é o tempo do não saber. Contingência, por sua vez, significa que a realidade é assim como é, mas que sempre poderia ser diferente. Complexidade significa que a sociedade moderna oferece infinitas possibilidades de agir e experimentar.*

E o sistema jurídico não possui quaisquer garantias externas e, tampouco, alguma que o proteja do risco de aprendizado, de modo que cumpra ao próprio Direito a proteção da normatividade. Com efeito, *a função das garantias é permitir que o direito seja violado sem que haja danos estruturais; é manter as expectativas normativas incapazes de aprendizado. Ao fazê-lo, as próprias garantias se expõem ao incremento do risco. O paradoxo se abre diante dos olhos de um observador atento. Abre-se, também, a ironia da sociedade moderna. O mecanismo cuja função é proteger a normatividade dos direitos fundamentais não tem qualquer garantia para si próprio. Cumprem às garantias a proteção das próprias expectativas.*

Prefaciando uma obra de completude ímpar sobre temática tão relevante para todos que atuam na Academia e no Sistema de Justiça, e feita por um professor estudioso e brilhante, faz-me sentir deveras honrado. Com a certeza de que será uma experiência engrandecedora e com a felicidade por realizar este prefácio, desejo a todos e todas uma excelente leitura!

Reynaldo Soares Da Fonseca

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão desde 1987, atualmente em colaboração técnica junto à Universidade de Brasília, em que ministra Processo Penal. Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos no Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de São Paulo. Estágio Doutoral na Universidade de Siena — Itália. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal pela Universidade de Brasília e em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Maranhão/Universidade Federal de Santa Catarina.