

Uma análise do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli

An analysis of Luigi Ferrajoli's legal guarantee

Maurício Avila Prazak*

Marcelo Negri Soares**

Júlia Ribeiro de Resende***

Resumo

O presente estudo utiliza-se do método dedutivo e apresenta como tema analisar e ao mesmo tempo revisitar e refletir sobre a obra do Jurista Luigi Ferrajoli e sua teoria do Garantismo Jurídico. São múltiplas as obras deste estudioso e sua máxima se perpetua com a publicação de *Diritto e ragione* que finda por assumir importância expressiva no ordenamento jurídico contemporâneo. Assim sendo, procura-se revisitar as reflexões iniciais na década de 90 com as múltiplas questões teóricas e filosófico-político. Trata-se, sinteticamente, de retornar as idéias iluministas que serviram de norteadoras para os escritos de Ferrajoli e que sempre primou pelo respeito ao ser humano, a dignidade humana e que a Lei possa ser aplicada sempre pautada nos valores humanos.

Palavras-chave: Garantismo. Direito. Ordenação. Humanismo.

Abstract

The present study uses the deductive method and presents as the theme to analyze and at the same time revisit and reflect on the work of the Jurist Luigi Ferrajoli and his theory of Legal Guarantee. There are multiple works of this scholar and his maxim is perpetuated with the publication of *Diritto and ragione* that ends up assuming significant importance in the contemporary legal system. Therefore, we seek to revisit the initial reflections in the 1990s with the multiple theoretical and philosophical-political questions. It is, synthetically, to return the Enlightenment ideas that served as guidelines for Ferrajoli's writings and which has always excelled by respect for the human being, human dignity and that the Law can always be applied based on human values.

Keywords: Guarantee. Law. Ordination. Humanism.

* Doutor pela Faculdade Autônoma de Direito; Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Escola Paulista de Direito (EPD), Brasil; Email: mauricio.prazak@ibrei.org

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Pós-doutor Uninove/SP; Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Faculdade Nacional de Direito), Professor do Programa de Ciências Jurídicas - Mestrado e Doutorado da Unicesumar (Maringá-PR), Pesquisador FAPESP, ICETI e NEXT SETI. Rio de Janeiro – RJ – Brasil. Email: negri@negrisoares.com.br.

*** Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito, Pós-Graduanda em Direito Notarial e Registral, Pós-Graduanda em Direito Civil e Empresarial, Advogada.; Email: julia.ribeiro_97@hotmail.com

Introdução

Ao se reportar aos limites da justiça punitiva, somos conduzidos ao arcabouço teórico de Luigi Ferrajoli que construiu seu legado com base nos princípios do Iluminismo.

Em sua obra *‘Diritto e ragione: teoria del garantismo penale’* reconstrói-se a união entre utilitarismo e contratualismo que coaduna com o discurso político dos iluministas. Presentemente, é imprescindível se compreender a respeito de que essencialmente consistem e com quais finalidades são estabelecidos os princípios constitucionais, como também o exame das funções que lhes são atribuídas ou que deles se espera nos modernos sistemas constitucionais.

A partir deste desiderato, partir-se-á da imprescindível conceituação do que sejam princípios, tanto em sua acepção genérica como no âmbito jurídico, e, mais exatamente, no campo do Direito Constitucional, no qual os mesmos detém estreita relação com as bases valorativas do ordenamento jurídico e, mais especificamente, com os direitos fundamentais.

Para que um Estado possa vir a ser reconhecido tal como Estado Constitucional de Direitos Humanos, se faz necessário refletir sobre o papel real e efetivo dos Direitos Humanos, sobretudo quanto à busca da plenitude da dignidade humana. Pontual, pois, na ausência de normas disciplinares de convivência social a vida, a liberdade, a integridade humana estariam sob o jugo da sanção penal pública, da lei dos mais fortes.

O arcabouço teórico ferrajoliano que em sua obra *Principia iuris* atinge a máxima expressão, traduz na realidade uma defesa pelo Estado de direito e por uma democracia constitucional real e autêntica. O termo garantias para este autor se encontra no âmago tanto da reflexão jurídica quanto dos projetos políticos. O garantismo para Ferrajoli é um modelo normativo de Direito que se vincula ao sistema penal como limite as autoridades punitivas e como garantia de liberdade.

Com isso, o presente artigo tem como objetivo indagar: O que é o garantismo jurídico? De que forma aplicamos o garantismo? Quais são os elementos que fazem parte do garantismo?

O modelo de poder limitado, que abarca o pensamento iluminador em comum, é um paradigma formal, que pode, portanto, ser estendido, por um lado, a todos os poderes, e não apenas ao poder criminoso; e, por outro lado, na garantia de todos os direitos, não apenas o direito à liberdade.

O garantismo se torna o ponto de partida para que múltiplas análises sejam desenvolvidas com relação a todo cabedal de problemas que envolvem questões relativas a pena, ao delito, bem como ao processo penal. Sempre permeado por ideais morais os quais deveriam, *a priori*, servir de referência para o Direito das nações civilizadas.

Amor, respeito, esperança, altruísmo, integridade, fraternidade, igualdade. Princípios humanistas, práticas e comportamentos que deveriam pautar o contexto sócio-histórico. Valores humanos não são passíveis de serem obtidos de um texto, nem fornecidos por qualquer companhia, eles não podem ser presenteados por amigos, nem obtidos num mercado. Eles são uma atitude natural que provém do coração. Valores humanos são inatos junto com o nascimento.

O jurista Luigi Ferrajoli e suas obras

O autor italiano Luigi Ferrajoli nasceu em Florença, no ano de 1940. No ano de 1969 obtém sua graduação em Filosofia do Direito com o trabalho *Teoría axiomatizada del derecho. Parte general*. Já entre os anos de 1970 e 2003, se tornou Docente da *Universitat degli Studi di Camerino*, no papel de Professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito, e onde, entre outros cargos, torna-se diretor do Instituto de Estudos Histórico-Jurídicos, Filosóficos e Políticos. A partir de 2003 lecionou na Universidade de Roma Tre, da qual atualmente é professor emérito de Filosofia do Direito.

Tão conceituado educador e autor, consagra-se no mundo acadêmico ao publicar múltiplas obras em uma única editora, a *Principia iuris*, sendo as principais:

Teoría del derecho y de la democracia (vols. I y II, 2ª edición en 2016; vol. III, 2011);

Derechos y garantías. La ley del más débil (8ª edición en 2016); *La democracia a través de los derechos*.

El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político (2014);

Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional (2ª edición en 2011);

Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (10ª edición en 2011);

Democracia y garantismo (2ª edición en 2010);

Los fundamentos de los derechos fundamentales (4ª edición en 2009);

Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia (2ª edición en 2009);

Razones jurídicas del pacifismo (2004),

En colaboración con Mauro Barberis, Los derechos y sus garantías (2016)

y, con Juan Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación* (2012).

Para tanto, este artigo ora em desenvolvimento apropria-se, como caminho epistemológico, das contribuições do garantismo jurídico, de Luigi Ferrajoli.

O Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli

O Garantismo se consubstancia em um modelo normativo de Direito e como sistema de limites as autoridades punitivas, como garantia do direito de liberdade. O Garantismo é um modelo normativo que pode ser estendido à garantia dos Direitos Fundamentais. O Estado de Direito no entendimento de Ferrajoli (1995, p. 851) se inspira “no pensamento de Bobbio - é composto pelo governo *per leges* e governo *sub lege*, o que configura sua legitimação formal e legitimação substancial”.

Com relação ao Direito Penal, Ferrajoli (1995, p. 856) dispõe que o “Estado de Direito designa ambas as coisas: o poder judicial de descobrir e castigar os delitos é, em efeito, *sub lege*” ao passo que “o poder legislativo de defini-los se exercita *per leges*; e o poder legislativo se exercita *per leges* enquanto, por sua vez, está *sub lege*”, quer dizer, “está prescrita por lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal”.

Uma primeira definição de garantismo advém dos estudos de Ferrajoli (2006, p. 785) e designa “un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidad propio del estado de derecho” e que:

[...] en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

Uma segunda compreensão do ‘garantismo’ faz emergir uma presunção jurídica que valida e ao mesmo tempo efetiva a norma e que de acordo com Ferrajoli (2010, p. 786) sugere a deferência das mesmas e afirma que “en una segunda acepción, *garantismo*» designa una teoría jurídica de la «validez» y de la «efectividad» como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas” e acresce que:

En este sentido, la palabra *garantismo* expresa una aproximación teórica que mantiene separados el «ser» y el «deber ser» en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente *garantistas*) y prácticas operativas (tendencialmente *anti-garantistas*), interpretándola mediante la antinomia -dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica- que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

Como refere Pereira e Fischer (2018, p. 20) “o garantismo designa uma teoria jurídica de validade e efetividade como categorias distintas não somente entre si, mas também acerca da existência e vigência das normas”. Isso quer dizer que, no campo da validade, o juiz não está forçado a concretizar a aplicação de leis inválidas da doutrina normativa, isto é, aquelas normas incompatíveis com o sistema constitucional mesmo que ainda vigentes.

Não obstante, Ferrajoli (2012, p. 41) explica que “‘validade’ (e ‘invalidade’) são conceitos teóricos formais” os quais “designam a conformidade e a coerência (e desconformidade ou incoerência) de uma norma em relação às normas sobre sua produção, quaisquer que sejam o ordenamento e o nível normativo de referência”. No âmbito teórico desenvolvido por Ferrajoli torna-se possível referir que o termo ‘vigência’ refere à forma da norma ao passo que ‘validade’ está interligado à matéria expressa pela mesma, a saber, o sentido que a matéria propõe.

O terceiro posicionamento do garantismo Pereira e Fischer (2018, p. 26) afirma estar relacionada à “justificação da política criminal, onde estado e direito devem estar intimamente ligados aos bens jurídicos tutelados, cujos interesses de tutelas visem à garantia de proteção dos direitos fundamentais”.

A expressão ‘garantismo’ na acepção de Ippolito (2011, p. 34-36) se trata de um “neologismo oriundo do século XIX, que se radicou na linguagem filosófico-jurídica italiana após o período de segunda guerra mundial”. O autor adenda que o “garantismo está associado, também, com a tutela constitucional das liberdades fundamentais e, contemporaneamente, se configura como um componente essencial do constitucionalismo moderno”.

A doutrina filosófica-política defendida por Cademartori (1999, p. 55) possibilita “a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, impondo ao Estado a carga de sua justificação externa”, a saber, “um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência”. Nesse contexto, Ferrajoli defende o que ele nomeia de ponto de vista externo e revela a relevância puramente democrática do dever ser do Direito.

Ao se explanar acerca do termo ‘garantia’, Ferrajoli (2008, p. 60) versa sobre “una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” e acresce que esse ponto de vista vasto da compreensão do termo ‘garantias’ “é recente, visto que o entendimento jurídico de ‘garantía’ era costumeiramente associado à noção de cumprimento de obrigações e defesas dos direitos patrimoniais”.

Ainda no viés filosófico-político, Ferrajoli refere acerca do debate acerca de sua compreensibilidade sobre Estado-fim ou Estado instrumento e para tanto, Bortoli (s/d, p.5999) refere que Ferrajoli “parafraseia a expressão autopoiese utilizada por Niklas Luhmann para designar o caráter autorreferencial que este associa aos sistemas políticos”.

Assim sendo, Ferrajoli (1995, p. 857) refere que serão auto-poiéticas as doutrinas políticas que “fundamentan los sistemas políticos sobre sí mismos, justificando el derecho y el Estado como bienes o valores intrínsecos” e ao mesmo tempo “heteropoiéticas as doutrinas políticas” que por outro lado “los fundan sobre finalidades sociales, justificando las instituciones políticas y jurídicas sólo como males necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos”.

Acerca da empregabilidade da auto ou hetero-referenciabilidade, Bortoli (s/d. p. 6000) afirma que o “Garantismo se caracteriza como uma doutrina da fundamentação externa do Estado nos Direitos vitais dos cidadãos”. Esta designação “é fruto da análise argumentativa que Ferrajoli desenvolve sobre o contratualismo clássico, reinterpretando-o de modo a ressaltar a artificialidade do Estado e do Direito” tanto quanto “sua existência vinculada à serventia de ambos para as pessoas, e acresce uma “releitura do autor italiano que a respeito do Estado afirma”:

Conforme Ferrajoli, Derecho y Razón, (1995, p. 883), “Es de por sí un desvalor, es decir, un mal menor sometido como tal a la carga de la justificación externa y a posteriori. Lo que quiere decir que sus poderes no se conciben como “justos” sólo según quien los detente, sino sobre todo según el por qué, el cuándo y el cómo sean o no a su vez ejercidos. No es, en suma, la fuente o la forma de las” realiza é colossal e merece ser excessivamente aclamado – sem dúvida um dos maiores ensaios jurídicos contra a ditadura e a favor do indivíduo.

De acordo com Streck (2012, p. 79), ainda que haja criticidade por parte de Ferrajoli com relação à empregabilidade da ponderação, o mesmo “admite uma espécie de ‘fatalidade discricionária’, isto é, para ele existem três espaços fisiológicos e insuprimíveis de discricionariedade judiciária”, conforme elenca o quadro abaixo.

Quadro 1 – Espaços fisiológicos e insuprimíveis de discricionariedade judiciária de acordo com Ferrajoli

a) o **poder de qualificação judiciária**, que corresponde aos espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal;

b) o **poder de verificação factual ou de valoração das provas**, que corresponde aos espaços de ponderação dos indícios e dos elementos probatórios;

c) o **poder equitativo de conotação dos fatos verificados**, que corresponde aos espaços de compreensão e ponderação dos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal do crime.

Fonte: Streck (2012).

Esses três espaços na acepção de Streck (2012, p. 79) “podem vir a ser reduzidos, reconhecendo, então, a importância de uma teoria da argumentação que serviria para orientar, racionalmente, a motivação das decisões tomadas” e, dessa forma, “diminuindo a (insuprimível) discricionariedade”. Em decorrência disso, Streck (2012, p. 79) pontua ter havido uma aparente aproximação de Ferrajoli de “judicialistas como Pietro Sanchís, ao acreditar nas possibilidades de argumentação racional e um conseqüente absolutismo moral (embora afaste a moral a seu modo)”.

Importante ressaltar que, de acordo com Ippolito (2011, p. 36), a propagação “da doutrina jurídico política desenhada com o termo ‘garantismo’ se liga – como é sabido – à atividade científica, cultural e civil de Luigi Ferrajoli, autor da obra ‘Direito e Razão: teoria do garantismo penal’”. Obra esta que Ferrajoli (2002, p. 57) afirma desenvolver o garantismo, quer

seja enquanto sistema de garantia idôneo com fins a dirimir a violência em âmbito social, bem como uma obra crítica para o engrandecimento “da teoria do direito pelo fato de possuir três importantes dimensões: a) modelo normativo de direito; b) teoria jurídica; e, c) filosofia política”.

De acordo com os estudos de Almeida (2013, p. 148), as garantias preconizadas por Ferrajoli se dividem “em penais e processuais”, conforme exposto no quadro abaixo.

Quadro 2 – Garantias preconizadas por Ferrajoli

GARANTIAS PENAIS
<i>nulla poena sine crimine (A1)</i> - denominada como princípio da retributividade;
<i>nullum crimen sine lege (A2)</i> - intitulada como princípio da legalidade em sentido lato ou estrito;
<i>nulla 10ex (poenalis) sine necessitate (A3)</i> - chamada de princípio da necessidade ou economia do direito penal;
<i>nulla necessita sine injuria (A4)</i> - traduzida pelo princípio da lesividade ou ofensividade do ato;
<i>Nulla injúria sine actione (A5)</i> – que corresponde à materialidade ou exterioridade da ação;
<i>nulla actio sine culpa (A6)</i> - que indica o princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal.
GARANTIAS PROCESSUAIS
<i>nulla culpa sine iudicio (A7)</i> - que reveste o princípio da

<i>nullum iudicium sine accusatione (A8)</i> - que denota o princípio acusatório ou da separação do juiz e acusação;
<i>nulla accusatio sine probatione (A9)</i> - que consiste no princípio ônus da prova ou da verificação
<i>nulla probatio sine defensione (A10)</i> - que enuncia o princípio do contraditório, também conhecido como da defesa ou da falseabilidade.

Fonte: Almeida (2013).

Salutar ressaltar que o garantismo advém como instrumento benéfico ao indivíduo quando os olhos do julgador não estão vendados com analogias e preconceitos, quando estão livres para sopesar de fato o caso em si e procura sempre se aproximar da plena justiça. Assim como defini Luigi Ferrajoli (2002, p. 682), “a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações [...]”.

Presentemente, a sociedade se encontra fragilizada em decorrência dos tantos casos de corrupções, violência, abandono e escândalos são propagados dia após dia através da mídia. A atenção com fins a evitar a insegurança jurídica é fundamental tendo em vista que, apesar de se tratar de direito subjetivo, faz-se necessário uma base para que possa ocorrer o pensamento crítico e talvez a inovação jurídica.

A total aceitação de determinada lei ausente de pretenso questionamento pode incidir em situações arbitrárias, chegando ao ponto de ferir direitos fundamentais, neste sentido Ferrajoli (2010, p. 57) defende que:

O direito é uma construção humana e pode elaborar ele mesmo condições e critérios de justificação das decisões por ele admitidas como válidas. Precisamente, o direito é um universo linguístico *artificial* que pode permitir, graças à estipulação e à observância de técnicas apropriadas de formulação e de aplicação das leis aos fatos julgados, a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio.

A nomeada ‘popularização’ da teoria do garantismo em âmbito penal dirimiu sua aplicabilidade em outras áreas. Sucintamente, como elucida Ippolito (2011, p.40) o garantismo se apresenta como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, que “analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais”.

A saber, “trata-se de uma teoria aplicável em diversos ramos do direito, pelo fato de ter se constituído como uma teoria geral, que é inerente a um Estado Constitucional de Direito”. (SANTANA, 2019, p. 63). Nas palavras de Abellan (2005, p. 21), fica exposto que a teoria geral do garantismo permite a compreensão de um modelo constitucional que se transforma em fomentador de debates sobre os direitos fundamentais, pois, para o autor, “cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo ese ‘algo’ que se tutela son derechos o bienes individuales”.

No tocante aos direitos fundamentais, Ferrajoli (2008, p. 61) refere que o garantismo jurídico afirma serem “aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuídos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar”. Ainda de acordo com o emérito professor Ferrajoli (2018, p. 27-28):

A história do constitucionalismo está atrelada à realidade de luta por direitos e pela ampliação progressiva das garantias, sendo assim notase que nenhum direito nasce do processo meramente passivo de concessão estatal, na medida em que são pautados – conceitual e historicamente – em um contexto de movimentos revolucionários e mobilizações sociais e políticas inerentes às grandes revoluções e reivindicações populares.

O paradigma garantista, ao valorar a totalidade de limites e vínculos atribuídos a todos os poderes, institui a Constituição como ponto central no Estado Democrático de Direito. Igualmente se apresenta como elemento jurídico em progresso e que apresenta como meta complementar o positivismo jurídico regula-se por um “constitucionalismo forte, que busca a vinculação e limitação dos poderes públicos e privados, com base nos direitos fundamentais”. (COPETTI NETO; FISCHER, 2013, p. 411).

Assim, Ferrajoli (2011, p. 100) alude que “para o paradigma constitucional garantista, a presença de uma Constituição rígida”:

[...] não é então uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Representa, por isso, um completamento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito.

Explanar acerca da rigidez constitucional para Ferrajoli (2008, p. 29) está atrelado ao reconhecimento de que as constituições são regras acima das constituições, através da provisão. Por outro lado, de procedimentos especiais para sua reforma. Para, além disso, Silva (2012) afirma que “possibilita o controle de constitucionalidade das leis por meio da atuação das cortes constitucionais”.

Outra propriedade que denota o princípio crítico do Garantismo com relação ao positivismo jurídico dogmático segundo Bortoli (s/d, p. 5989-5990) “é a tarefa incumbida ao jurista garantista de denunciar as antinomias e lacunas do ordenamento mediante juízos de invalidade das normas inferiores e de ineficácia das superiores”, pois:

[...] para o Garantismo a coerência e plenitude do ordenamento não são propriedades do Direito vigente, mas ideais limites do Direito válido que não refletem o ser do Direito, mas o dever ser das normas inferiores em sua relação com as superiores. E o Direito vigente se caracteriza como incompleto e incoerente devido às violações de fato das proibições impostas ao legislador.

Em síntese, é possível reportar a partir dos estudos de Ferrajoli (1995, p. 851-853) “as características da Teoria Geral do Garantismo”, a saber:

- a) o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito;
- b) a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior;
- c) a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade;
- d) a autonomia e a precedência do primeiro e certo grau irredutível de ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele.

Atualmente, existem alguns fatores que indicam um retrocesso da esfera pública no sentido antidemocrático do sistema de poderes, como, por exemplo: assimetria que envolve o caráter global da economia (com a presença de poderes selvagens); o caráter cultural imposto pela ideologia neoliberal que vem prevalecendo sobre o direito diante do processo de globalização e da desregulação de mercado; e a despilitização da sociedade. Tal cenário encontra-se potencializado diante da nova demanda de direitos transnacionais cada vez mais presentes na sociedade contemporânea.

Contribuições dos elementos da teoria garantista

Incorporado ao âmbito ora apresentado acerca da teoria do garantismo jurídico em vinculação às três dimensões: a) modelo normativo de direito; b) teoria jurídica; e, c) filosofia política, ratifica-se que a teoria geral do garantismo se ampara, fundamentalmente, em elementos essenciais, que epistemologicamente podem ser divididos, conforme o quadro abaixo apresenta.

Quadro 3- Elementos essenciais da teoria geral do garantismo

a) separação entre Direito e Moral, como pressuposto epistemológico;
b) separação entre o “ser” e o “dever ser”;
c) limites aos poderes, públicos e privados, ao Estado de Direito;
d) diferenciação entre validade e vigência, através do reconhecimento dos direitos fundamentais;
e) diferenciação entre legitimação externa (sentido ético-político) e interna (sentido

estritamente jurídico);
f) distinção entre democracia formal e substancial;
g) (im)possibilidade de legitimação da norma, com base na constatação de validade/invalidade do direito;
h) relevância dos direitos fundamentais;
i) definição de garantias primárias e secundárias;
j) função da ciência jurídica

Fonte: Ferrajoli (2014).

No entendimento de Ferrajoli (2009, p. 31-32), a autossuficiência “entre direito e moral possui dois significados distintos”:

- 1) **Primeiro** - trata-se de uma tese assertiva do tipo teórico, sustentando que a distinção entre direito e moral deve prevalecer sobre a dimensão jusnaturalista, pois a moral sustenta o direito e, como consequência, o direito é derivação da moral.
- 2) **Segundo** - trata-se de uma tese normativa que, ao defender a separação entre direito e moral em sentido estrito, exclui, ao mesmo tempo, a pretensão de que as normas são justas só pelo fato de serem jurídicas e, também, a pretensão de que a moral, justamente por ser apenas moral, deva modelar o direito.

Outrossim, Ferrajoli (2009, p. 25) afirma que a cisão entre direito e moral não carece ser compreendida como “a negação que não existe relação entre o direito e a moral, na medida que isto, além de ilusório, é insustentável, pois qualquer sistema jurídico expressa, ao menos, a moral dos legisladores” e pontua que “a tese que sustenta a neutralidade é, segundo a ótica do garantismo, a teoria do paleopositivismo”.

O ato de apartar entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ se constitui em um axioma para o incremento do garantismo, uma vez que se trata de uma teoria cuja meta é sopesar os meios de potencializar a irrefutabilidade dos direitos e, assim sendo, complexifica a previsão normativa com a realidade.

A limitação dos poderes no entendimento de Ferrajoli (2014a, p. 58) se trata de “uma concepção defendida pelo garantismo jurídico, pelo fato de buscar evitar a construção de um poder selvagem, absoluto, que respeite não somente os direitos da maioria, mas também os direitos dos mais débeis”. Apreende-se que “a luta do garantismo é contra o arbítrio e a consequente imunização de uns em detrimentos da invisibilidade de outros”.

Ainda de acordo com Ferrajoli (2009, p. 29-31), “o modelo teórico-formal é somente um paradigma formal, pois não discute a validade/invalidade de normas jurídicas constitucionais, somente a vigência” e explica que “o paradigma garantista é pautado na compreensão das constituições democráticas”.

Com isso, o autor “insta salientar que a validade das normas infraconstitucionais se refere à adequação destas normas ao conteúdo substancial das normas hierarquicamente superiores”. Em sua obra *Derecho y Razón*, Ferrajoli (1995, p. 13), designará, portanto, democracia substancial ou social como “al ‘estado de derecho’ dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al ‘estado político representativo’, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad”.

Dessa forma advém “o paradigma da democracia constitucional pautando-se no sentido da Constituição, de caráter rígido e na constitucionalização dos direitos fundamentais, como limite e, ao mesmo tempo, vínculo a todos os poderes”. (FERRAJOLI, 2008, p. 28-29).

Em seus estudos, Ferrajoli (1995, p. 580) “defende a tese da obrigação do jurista emitir juízos de valor sobre as leis”. Entretanto, ressalva que:

[...] ao assumir tal postura não está negando a separação entre Direito e moral e entre juízos de validade e juízos de justiça, mas reafirmando a tarefa do jurista – não só cívica e política, mas, acima de tudo científica de valorar a validade ou invalidade das normas conforme parâmetros de validade tanto formais quanto substanciais estabelecidos pelas normas de hierarquia superior.

Como reporta Bartoli (s/d, p. 5997), será exatamente sobre “a questão dos juízos emitidos a respeito da vigência e validade de uma norma que se apresentam duas aporias teóricas do Garantismo: a valoratividade e a discricionariedade dos juízos de validade” e acresce que, para a identificação acerca da vigência ou não de uma determinada normatização, se faz necessário “realizar um juízo de fato, tendo por parâmetro os âmbitos da vigência espacial, pessoal, material, temporal, competência e procedimento” que finda, na seguinte propositura elaborada por Serrano (1999, p. 51):

- a) **Juicio de vigencia** - es aquel construido por un intérprete autorizado de la ley que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad.
- b) **Juicio de validez** - es aquel construido por un intérprete autorizado del derecho, en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se há comprobado como verdadera) se adecua además en su contenido a las

determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamento, con independencia de que estas determinaciones sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces.

Com o passar dos anos, a figura da Constituição resguarda a cautela à dignidade humana e reuni gradualmente outros valores e outras aspirações mais amplas do que as iniciais. Adota o papel de garantia dos interesses sociais e de limitação do poder econômico até adquirir, atualmente, um caráter programático e democrático direcionado para a consolidação dos valores por ela exprimidos, consistindo num fundamento do Estado brasileiro.

Conclusão

No transcorrer das últimas décadas, os estudos, pesquisas e pensamento do renomado jurista Luigi Ferrajoli proporcionou debates e reflexões de suma relevância para que o garantismo se estruturasse como a teoria mais expressiva e de suma importância no campo do Direito Penal. Uma teoria apta a explicar sobre as transformações condizentes ao paradigma que estabelece os estados constitucionais de direito.

Ao longo deste artigo, a pretensão foi de oportunizar ao público leitor compreender a essencialidade da obra de Ferrajoli uma vez que se trata de uma teoria que não repercutiu tanto no Brasil. Pretensão de que a partir do arcabouço teórico ora desenvolvido o Garantismo se solidifique.

O modelo garantista de Ferrajoli atinge sua expressão máxima ao transcorrerem 20 anos da escrita de sua teoria, exatamente com a publicação de *Principia iuris* e cuja leitura conduz o leitor ao entendimento que permeia as atuais democracias constitucionais. Assim sendo, torna-se possível ressaltar não somente a competência da obra como a teoria como um todo que Ferrajoli desenvolveu e cujas raízes conduz a *Diritto e ragione* bem como examinar a maneira como se processou sua construção.

Torna-se possível observar que o Garantismo propicia, concomitantemente, transformações paradigmáticas no Direito, na jurisdição e na Democracia, ora posto que as leis para serem legitimadas não dependem da simples avaliação dos procedimentos formais. Porém, igualmente, das normas substanciais acerca da sua compreensão. Ou seja, os princípios e direitos fundamentais oriundos da Carta Magna.

Com o aparecer do Garantismo, torna-se possível visualizar a interconexão entre o juiz e a lei e perceber que inexistente a ligação com o texto legislativo uma vez que se confere ao julgador o papel de desestimar as leis inválidas, quer seja por meio do manejo de constitucionalidade ou através da releitura da norma constitucional.

Importante destacar que doravante a evidente estimação do reconhecimento anunciado do princípio para a afirmativa do ideal, esse recente movimento de sua positivação na ordem constitucional não é precursor na origem da obrigatoriedade da proteção da dignidade, uma vez que essa necessidade já era manifesta, ainda que tacitamente, nos movimentos anteriores, de maneira especial a partir do constitucionalismo do século XVIII.

Apesar da dignidade ter um conteúdo moral, pode-se notar que a preocupação do legislador constituinte foi mais de natureza material, isto é, a de propiciar às pessoas condições para uma vida digna, sobretudo no que diz respeito ao fato econômico. Em contrapartida, a

expressão dignidade da pessoa detém a finalidade de reprová-las como a tortura, dentre outras humilhações habituais no dia-a-dia do doutrinamento jurídico.

Referências

ABELLÁN, M. G. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell; UGARTE, Pedro Salazar (Coord.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Espanha: Trotta, 2005, p. 21-40.

ALMEIDA, D. de S.. A teoria do garantismo penal em questão. O olhar anti-inquisitorial da axiologia de Luigi Ferrajoli. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 7, ano 2, Lisboa, 2013.

BORTOLI, A. Garantismo Jurídico, Estado Constitucional de Direito e Administração Pública. S/d. **Publica Dierito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/adriano_de_bortoli.pdf>. Acesso em: 24 abril 2020.

CADEMARTORI, S. **Estado de Direito e Legitimidade** – uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALDAS, A. Constituição e garantismo jurídico: uma proposta de refundação do contrato social. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 35, p. 135-142, 2001. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1813/1509>> acesso em: 19 abril 2020.

CARBONELL, M.; SALAZAR, P. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

COPETTI NETO, A.; FISCHER, R. S. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 409-421, jul./dez. 2013.

FERRAJOLI, L. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Tradução de Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2018.

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST, 9, 2011, Curitiba. **Anais eletrônicos...** Curitiba, PR: ABDConst., 2011, p. 95-113.

FERRAJOLI, L. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRAJOLI, L. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, L. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Tradução de Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, L. **Garantismo**: debate sobre el derecho y la democracia. Madrid, Trotta, 2006.

FERRAJOLI, L. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução de Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014a.

FERRAJOLI, Li; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. (Org.). **Garantismo**, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: **um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (Orgs.) **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4 ed.. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 61-95.

IPPOLITO, D. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. **As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SANTANA, J. V. P. A Proteção dos Direitos Transnacionais no Constitucionalismo tardio por meio do Garantismo Jurídico. **Rev. Fac. Dir.**, Uberlândia, MG, v. 47, n. 1, p. 269-292, jan./jun. 2019.

SERRANO, J. L. **Validez y vigencia** – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Madrid: Trotta, 1999.

SILVA, S. G. C. L. D. Direitos fundamentais, Garantismo e Direito do Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 3, p. 274-292, jul./set. 2012.

STRECK, L. L.. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.