



ANÁLISE DE CONTRIBUIÇÕES E CONTRADIÇÕES DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA AO CONSTITUCIONALISMO

Isadora Ribeiro Correa¹
Luiz Fernando Kazmierczak²
Edinilson Donisete Machado³

RESUMO: Esta pesquisa localiza-se entre os direitos constitucional e penal. O objetivo é refletir sobre perspectivas teóricas das correntes neoconstitucionalista e garantista para responder ao problema: quais as aproximações e incongruências entre essas teorias? O método de abordagem é o dedutivo, conjugado ao estudo descritivo e comparativo dos conceitos através de análise bibliográfica. Resultou-se que, apesar das aproximações, o garantismo discorda de preceitos neoconstitucionalistas, e pontos fortes deste são interpretados como meios de enfraquecimento da normatividade constitucional no garantismo. Concluiu-se que o garantismo pode ser considerado uma crítica ao neoconstitucionalismo, quando se opõe aos seus procedimentos e propõe um constitucionalismo garantista.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; Garantismo; Constitucionalismo garantista; Constituição; Direitos fundamentais.

ANALYSIS OF CONTRIBUTIONS AND CONTRADICTIONS OF GARANTIST EPISTEMOLOGY TO CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT: This research is located between constitutional and criminal law. The objective is to reflect on theoretical perspectives of the neoconstitutionalist and garantist currents to answer the problem: what are the approximations and inconsistencies between these theories? The method of approach is the deductive, combined with the descriptive and comparative

¹ Mestranda no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), com Área de Concentração em “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”. Bolsista de Pós-graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: correa.isadoraribeiro@gmail.com. Endereço: Av. Manoel Ribas, 711, Centro, Jacarezinho/PR - CEP 86400-000. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1311-5336>.

² Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na graduação e no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica. Professor bolsista ERASMUS+ no ano de 2022 na Universidad de Murcia/Espanha. E-mail: lfkaz@uenp.edu.br. Endereço: Av. Manoel Ribas, 711, Centro, Jacarezinho/PR - CEP 86400-000. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0653-6255>.

³ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Professor titular na Universidade Estadual Norte do Paraná (UENP), na graduação e no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica, e no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). E-mail: edinilson.machado@uenp.edu.br. Endereço: Av. Manoel Ribas, 711, Centro, Jacarezinho/PR - CEP 86400-000. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-4303-7041>.



study of the concepts through bibliographic analysis. It turned out that, despite the approximations, the garantism disagrees with neoconstitutionalist precepts, and its strengths are interpreted as resources of weakening constitutional normativity in garantism. It was concluded that garantism can be considered a critique of neoconstitutionalism, when it opposes its procedures and proposes a garantist constitutionalism.

KEYWORDS: Neoconstitucionalismo; Garantismo; Garantist constitucionalismo; Constitution; Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito das discussões jurídicas sobre direito constitucional, o tema constitucionalismo – ou neoconstitucionalismo – é amplamente debatido e teorizado. No direito penal, a Teoria do Garantismo também é extensamente mencionada, debatida e confrontada. Nesse ínterim, a presente pesquisa localiza-se na intersecção entre direito constitucional e penal, e é pautada em discussões contemporâneas sobre constitucionalismo.

A idealização deste artigo se deu a partir de discussões aventadas na disciplina de Teorias da Constituição, ministrada em nosso Programa de Pós-Graduação. Neste espaço, buscamos aliar nosso referencial teórico de pesquisa – a Teoria Geral do Garantismo – às discussões sobre constitucionalismo, calhando numa discussão sobre dois assuntos muito caros ao desenvolvimento de estudos no eixo da Ciência Jurídica.

Esta pesquisa possui caráter descritivo e busca encontrar coerências – e eventuais incoerências – entre o constitucionalismo e a epistemologia garantista, com a finalidade de refletir sobre algumas questões teóricas a partir da perspectiva de um constitucionalismo garantista. Ao final, pretendemos responder ao seguinte problema: quais as aproximações e incongruências entre o constitucionalismo e a epistemologia garantista?

A hipótese a ser confirmada ou falseada preza por saber se o constitucionalismo contemporâneo é totalmente coerente à principiologia da Teoria Geral do Garantismo, quando aplicada ao direito constitucional, visto que ambos são dotados de reverências ao plano dos direitos fundamentais.

Possuímos, então, como objetivo geral, gerar reflexões a partir da conjugação de perspectivas teóricas das correntes supracitadas. Para tanto, passaremos pela exposição das contribuições que a epistemologia garantista pode doar ao constitucionalismo; buscaremos compreender como os significados do garantismo podem ser interpretados na perspectiva constitucionalista; alcançaremos o estudo do que seria o constitucionalismo garantista sob a ótica de Luigi Ferrajoli, precursor da Teoria Geral do Garantismo; e, finalmente, poderemos compreender quais as aproximações entre constitucionalismo e garantismo.

O método científico de abordagem da temática é o dedutivo, a partir do qual intencionamos realizar um estudo descritivo das teorias e conceitos envolvidos. Para dimensionar a abrangência dos conceitos e buscar coerência entre eles, utilizamos o procedimento comparativo. Ao longo de toda a pesquisa, nos utilizamos de análise bibliográfica.

2. CONSTITUCIONALISMO E TEORIA GERAL DO GARANTISMO





Considerando que a presente pesquisa exige a compreensão da interpretação que se deu aos conceitos, neste capítulo pretendemos demonstrá-los e demonstrar seus sentidos, os quais constituem ponto de partida imprescindível ao estudo.

O conceito de *constitucionalismo* é compreendido, aqui, em seu sentido contemporâneo, ponto em que as discussões sobre direito constitucional abarcam questões como os “direitos humanos, o neoconstitucionalismo, o ativismo judicial do juiz constitucional e mesmo do juiz ordinário em matéria constitucional [...], a globalização do direito constitucional, etc.” (CUNHA, 2018, p. 123). Parte dos teóricos tem se referido a *neoconstitucionalismo*: nesta altura, o novo constitucionalismo põe em xeque o positivismo como instrumento de legitimação do arbítrio estatal.

Sem que se recorra a extensas reminiscências históricas, mas prezando pelo aspecto didático para que se possa captar a essência do constitucionalismo contemporâneo, de acordo com Sabbatine, Machado e Paião, três marcos devem ser lembrados: o histórico, que remete ao pós Segunda Guerra Mundial; o filosófico, que remete ao pós-positivismo; e o teórico, que possui como algumas de suas características: “a força normativa da Constituição; a construção de uma nova hermenêutica constitucional; a ampliação da jurisdição constitucional; os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana no centro da tutela jurídica” (SABBATINE; MACHADO; PAIÃO, 2021, p. 416).

Josep Aguiló Regla pontua que o constitucionalismo, de forma abreviada, pode ser caracterizado por dois aspectos. O primeiro consiste em posicionar o reconhecimento de direitos frente à legitimidade de um sistema jurídico político, de forma que a garantia desses direitos tenha a função de justificar os atos políticos e jurídicos no ordenamento em questão. O segundo aspecto consiste na possibilidade deste ordenamento valer-se do sistema constitucional, em detrimento da lei ordinária, como garantia da função abordada no primeiro ponto (REGLA, 2003, p. 290).

Em outras palavras, a Constituição deve ser utilizada como instrumento político-jurídico para que os atos governamentais possam servir ao reconhecimento e à garantia de direitos do povo sujeito ao ordenamento.

Regla afirma que, por ocasião destas características, a Constituição fruto de ideais constitucionalistas não pode ser considerada uma simples função do governo, enquanto poder político vigente, cuja intenção é fazer com que a dominação política se perpetue. Isso porque o sentido central de idealismos do Estado de Direito, Estado liberal, Estado democrático e Estado social é o de erradicar certos males advindos da dominação política, quais sejam, autoritarismo, arbitrariedade e exclusões social e política (REGLA, p. 2003, p. 290-291). Já que esses idealismos são componentes do constitucionalismo, não há coerência em se apropriar de uma Constituição de ideais constitucionalistas como meio de ir à contramão de erradicar a dominação política.

Para Luigi Ferrajoli, entre todos os conceitos de Constituição e constitucionalismo, uma característica reiterada em muitos deles é a “submissão dos poderes públicos a uma série de normas superiores que, nas atuais constituições, sancionam direitos fundamentais”. Desta forma, o desdobramento do constitucionalismo como sistema jurídico delinea limites e vincula os poderes estatais, ao elaborar e determinar a execução de leis infra e constitucionais. E o seu desdobramento na teoria do direito preza pela coerência de conteúdo das leis aos princípios constitucionais de justiça como requisito de validade, para além da preocupação com as formas e procedimentos de elaboração legislativa (FERRAJOLI, 2011, p. 95-96).



Por fim, podemos considerar que a essência do constitucionalismo é a manutenção do ordenamento, prezando pela garantia de direitos fundamentais e redução do positivismo, de forma que a interpretação legislativa considere, principalmente, o caráter moral e valorativo da Constituição (SABBATINE; MACHADO; PAIÃO, 2021, p. 416).

Superado o entendimento do conceito *constitucionalismo*, adentraremos brevemente à epistemologia garantista, já encaminhando a pesquisa à demonstração das contribuições desta epistemologia ao constitucionalismo.

2.1 Epistemologia garantista: diálogos com o constitucionalismo

Inicialmente, destaque-se que a epistemologia garantista serve como sistema para identificar desvios penais de maneira a assegurar, simultaneamente, “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”, quando comparado a outros modelos de direito penal já realizados e/ou teorizados (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Todavia, pode ser aplicada

[...] a todos os ramos do direito, pois não se perfaz ornamento exclusivo ao direito ou processo penal. Porém, em todos os ramos que for aplicado, o garantismo terá como base as premissas de que deve haver crítica ao direito positivo e às ideologias políticas e jurídicas que permeiam o ordenamento. (CORREA, 2021, p. 51)

Neste ponto, podemos identificar entre o constitucionalismo e a epistemologia garantista o objetivo comum de combater a arbitrariedade do Estado contra particulares, quando esta é exercida através de fissuras na própria lei. E, a partir desta minimização de hábitos discricionários nas práticas jurídicas, ambas as teorias intencionam promover convenções que garantam a confiabilidade de decisões jurisdicionais.

A epistemologia garantista possui como elementos constitutivos a definição legislativa e a comprovação jurisdicional do desvio de conduta a ser punido, elementos estes que representam um conjunto de garantias penais e processuais que servem de fundamento ao sistema punitivo.

A definição legislativa – nomeada *convencionalismo penal* – advém do princípio da legalidade estrita, que visa poder caracterizar quais condutas são passíveis de punição na esfera penal. Sendo assim, este princípio exige que haja a condição formal e a legal para que seja deflagrada uma punição (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Segundo a condição formal, o desvio punível é a conduta indicada pela lei “como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*⁴”. Esta é equivalente à reserva legal e à submissão do juiz à lei, o que significa dizer que o juízo não deve agir de forma subjetiva quanto à imoralidade da conduta praticada, mas apenas aplicar a pena de acordo com o disposto em lei (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

⁴ Em tradução livre, “não pena e nem há crime sem lei”.

Quanto à condição legal, esta preza que a conduta definida na lei deve se referir a comportamentos objetivos, e não “a figuras subjetivas de *status* ou de autor”, segundo Ferrajoli, de acordo com a máxima “*nulla poena sine crimine et sine culpa*”⁵. Esta condição garante absoluto caráter de reserva legal e exclusividade da lei para orientação do juízo, fazendo com que referências empíricas e fáticas sejam imprescindíveis para definir as condições de aplicação ou não aplicação da lei penal (FERRAJOLI, 2002, p. 30-31).

Ferrajoli denomina como o princípio da mera legalidade a reserva legal, de forma que este se dirige ao juízo, prescrevendo a aplicação das leis literalmente como foram elaboradas; e como princípio da estrita legalidade, uma diretriz ao legislador, este segundo dizendo respeito à necessidade de “taxatividade e a precisão empírica das formulações legais” (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

A partir desses aspectos, Ferrajoli conclui que se obtêm “dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal”, quais sejam, a garantia de uma liberdade intangível aos cidadãos e a igualdade dos mesmos perante a justiça e a lei (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Neste primeiro elemento da epistemologia garantista, podemos auferir que a principiologia visa proteger direitos fundamentais, como a liberdade individual, através da legalidade estrita, da anterioridade da lei, da reserva legal, entre outros, coadunando na proteção implícita da dignidade da pessoa humana, na ótica do constitucionalismo, o que atinge a esfera de proteção a direitos fundamentais.

Já o elemento que se refere à comprovação jurisdicional – nomeado *cognitivismo processual* – é a condição de efetividade da definição legislativa, porém, segundo Ferrajoli, este segundo elemento é frequentemente descuidado. O *cognitivismo processual* afeta as motivações dos pronunciamentos judiciais, ou seja, as razões de fato e de direito que motivam a decisão judicial (FERRAJOLI, 2002, p. 31-32).

O princípio da estrita jurisdicionariedade acompanha este requisito, exigindo que as hipóteses de acusação sejam verificadas ou refutadas e que os procedimentos para o fazer possibilitem a comprovação empírica dos fatos. Segundo a epistemologia em questão, isso fará com que seja regulado o desvio punível pelo sistema penal, e não constituído pelo juízo. Acrescenta Ferrajoli que “para que estes mesmos princípios sejam satisfeitos é necessário, além disso, que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter ‘constitutivo’ e tenham caráter ‘recognitivo’ das normas e ‘cognitivo’ dos fatos por elas regulados” (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

Após expostos esses elementos, temos que o pressuposto da pena é que o fato aventado em sede judicial seja uma ação ou omissão descrita em lei e levantada pela hipótese de acusação, e seja dotado da possibilidade de confrontação judicial, segundo a premissa *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*⁶. O segundo elemento indica que deve haver controle empírico sobre o fato investigado e, para tanto, deve-se submeter as hipóteses acusatórias à confirmação ou refutação, para que uma possível condenação ou absolvição judicial resulte de provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*⁷. Desta forma, “compreende-se que o requisito da estrita jurisdicionariedade pressupõe logicamente o da

⁵ Em tradução livre, “não há pena sem crime e sem culpa”.

⁶ Em tradução livre, “não há pena e não há culpa sem processo”.

⁷ Em tradução livre, “não há processo sem provas”.



estrita legalidade, na falta do qual se dá a ‘jurisdicionariedade simples ou em sentido amplo’” (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

Neste segundo elemento, ainda ressaltando princípios que visam garantir direitos fundamentais a partir do constitucionalismo, mas referenciando mais questões processuais, destaque-se princípios como devido processo legal, contraditório e ampla defesa, juiz natural, presunção de inocência, entre outros.

Por fim, destaque-se que a função desses elementos se dirige à busca de dois resultados “ético-políticos da cultura penal” garantista, segundo Ferrajoli, quais sejam

Primeiramente, o valor da *certeza* na determinação do desvio punível, confiada não a avaliações extemporâneas e contingentes *post factum*, mas exclusivamente à taxativa formulação legal e judicial de pressupostos típicos gerais e abstratos. Com efeito, aí onde estes são definidos de maneira precisa pela lei e aplicados em juízo resulta exatamente determinada, em proposições suscetíveis de comprovação como verdadeira, a categoria dos pressupostos típicos concretos indicados por aqueles. Em segundo lugar, a *separação entre direito e moral* e, por outro lado, entre direito e natureza. Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu. Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correccional. (FERRAJOLI, 2002, p. 33)

Esses resultados repercutem na discussão sobre constitucionalismo. O primeiro resultado guarda coerência no sentido de buscar a certeza legal e judicial no âmbito do processo, com a finalidade de tutelar o povo, ao qual se aplica a lei, contra arbitrariedades e decisões inesperadas.

O segundo resultado, no sentido de desvincular decisões de direito do que se entende por moral ou amoral, não guarda coerência com o constitucionalismo⁸. Na perspectiva garantista, o delito fica criado por aquela convenção jurídica e isso é o que deve bastar para criminalizar condutas. Por mais que certas leis enunciem a regulamentação de práticas consideradas morais ou vedação/criminalização de práticas consideradas amorais por determinado povo e em certa época, essa *inspiração* na moral deve ser deixada para trás após realizada a legislação, não devendo adentrar a esfera processual.

Sendo assim, no processo penal garantista, no momento da constatação de uma conduta criminal, o principal juízo que se deve fazer desta conduta é o que enuncia a legislação. Não fosse assim, em tese, um sistema jurídico ou penal oposto ao garantismo perseguiria arbitrariamente *indivíduos delinquentes/amorais*, e não *condutas de delinquência/amorais*, segundo a Teoria Geral do Garantismo.

⁸ Ver 3.2.



Porém, Ferrajoli considera que, ao serem incorporados princípios de caráter ético-político às constituições, com o fenômeno do constitucionalismo – a exemplo, igualdade, dignidade da pessoa humana e garantia de direitos fundamentais –, desaparece a separação entre direito e moral – ou entre validade e justiça. Esta separação, segundo ele, seria o principal traço distintivo do positivismo jurídico (FERRAJOLI, 2011, p. 96).

É comum no âmbito processual a emissão de decisões de direito pautadas em princípios constitucionais, quando a lei escrita e expressa (infra ou constitucional) não prevê uma situação específica. Diante desse fenômeno, é possível que Ferrajoli – e outros estudiosos – considere haver confusão entre direito e moral.

Desta forma, dois cenários de benefícios e prejuízos opostos ficam incorporados ao ordenamento jurídico. O primeiro é a possibilidade de aventar princípios em teses de defesa/acusação – em detrimento de leis, mas não necessariamente – para buscar a decisão judicial pretendida, contemplando de uma forma mais abrangente a pretensão da parte; o que pode ser considerado benéfico no sentido de conquista de direitos e alcance das normas constitucionais.

O segundo cenário é a insegurança jurídica que decisões judiciais pautadas na interpretação discricionária e ampla de princípios pode levar à esfera processual, o que, dependendo da recorrência e intensidade, pode calhar na arbitrariedade judicial tão combatida pelo garantismo e pelo constitucionalismo.

Luiz Fernando Kazmierczak pontua que, o que diferencia o garantismo das demais correntes penais teóricas é o fato de se contrapor ao abolicionismo, enquanto teoria que defende que a pena cumpre, sim, uma função preventiva na sociedade e “por entender que o sistema penal nas sociedades modernas será sempre necessário, não representando apenas uma etapa a ser superado por outros modelos de solução de conflitos” (KAZMIERCZAK, 2010, p. 97).

Neste sentido, a prevenção de delitos deixa de cumprir a função de defesa social apenas e passa a integrar uma forma de proteger o autor do delito, prevenindo a reação vingativa da sociedade através de punições exacerbadas. Sendo assim, neste modelo garantista de sistema penal, “a pena continua guardando um grau de racionalidade e funcionalidade, que deve ser mantido a partir de uma reformulação da atuação do sistema penal” (KAZMIERCZAK, 2010, 97).

Na ponderação sobre a reconfiguração de sistemas penais, o garantismo propõe uma drástica despenalização de delitos de menor ofensividade, ao passo que busca o desencarceramento da maioria dos delitos (KAZMIERCZAK, 2010, 98-99), para que se preserve a esfera de liberdade dos penalizados e a dignidade humana dos encarcerados, restando o cárcere aos crimes mais gravosos e contra bens jurídicos fundamentais.

Ao debater sobre garantismo contraposto aos abolicionismos, Gustavo Noronha de Ávila analisa que o garantismo busca racionalizar o poder punitivo, já que seus axiomas/princípios visam apenas ao direito penal minimalista (ÁVILA, 2016, p. 547). Sobre a teoria de Ferrajoli, afirma que

Existe, portanto, uma relação não só entre o Direito Penal mínimo e o garantismo, como também entre o direito penal mínimo, efetividade e legitimação do sistema penal. No âmbito de proteção penal, devem ser



tutelados apenas os bens primários e os direitos fundamentais, de forma a assegurar a eficácia da jurisdição frente às formas cada vez mais poderosas e ameaçadoras da criminalidade organizada. (ÁVILA, 2016, p. 547)

Visto a utopia que teoriza o garantismo, cuja impossibilidade de atingir sua plenitude é admitida pelo próprio Ferrajoli, Ávila ensina que, ao tratar-se o garantismo de um modelo de limitação ao direito penal, é preciso buscar a medida dos graus de garantismo dos ordenamentos jurídicos, ao invés da mera taxaço entre garantista ou antigarantista (ÁVILA, 2016, p. 548).

Disso depreendemos que, apesar do garantismo não visar o total desaparecimento da prisão enquanto instituição, isso não significa que considere que a atuação do direito penal deva ser deixada ao arbítrio do braço do Estado. Pelo contrário, se em sua teoria a pena possui uma função social de prevenção, essa se dirige tanto às potenciais vítimas de delitos quanto aos potenciais cometedores. Por este motivo surge a proposição de um modelo como limite: é sabido que o problema penal está longe de ser resolvido, todavia, não é por isso que deve ser abandonado a mandos e desmandos.

3. O GARANTISMO ATRAVÉS DO CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Após situar o interlocutor sobre a abrangência da epistemologia garantista, Ferrajoli ensina que é possível exprimir três significados diversos, porém conexos, do conceito formal de *garantismo*. Estes significados podem ser extraídos também para que se compreenda como se realizaria um constitucionalismo garantista.

O primeiro é como *modelo normativo de direito*, nos planos epistemológico – como sistema de poder mínimo –, político – como técnica de tutela visando minimizar violência e maximizar liberdade – e jurídico – como sistema que vincula a atividade de punir do Estado em defesa dos direitos individuais do povo (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

O garantismo como modelo normativo de direito guarda coerência ao constitucionalismo visto que, para este, a Constituição deve representar limites ao ordenamento jurídico, de forma explícita em suas normas e de forma implícita em seus princípios. Perfaz, então, um limite à epistemologia jurídica, no geral, e às decisões políticas, jurídicas e jurídico-políticas, já que serve a Constituição como parâmetro de ação que vincula todo o poder público.

O segundo, como *teoria jurídica* das categorias validade e efetividade, distintas entre si e determinantes à existência e vigor das normas jurídicas. Isso equivale a dizer que este significado exprime do garantismo a separação entre o *ser* e o *dever ser*, além de questionar a divergência de ordenamentos jurídicos que possuem modelos normativos garantistas, mas, em contraponto, práticas antigarantistas. Forma-se então a discussão sobre a antinomia entre validade e não efetividade de modelos normativos garantistas, e efetividade e invalidade das práticas antigarantistas (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Nesta esfera teórica, que questiona validade e efetividade de normas, adentramos à discussão sobre divergências entre norma jurídica e realidade. Interessante ressaltar que “Ferrajoli esclarece que a teoria garantista desenvolvida por ele é simultaneamente normativa



e realista, pois, enquanto autoriza a revelação da validade ou invalidade do ordenamento jurídico, revela também o grau de efetividade e não efetividade das normas”. Assim, o garantismo exige que os aplicadores do direito sejam críticos em relação à lei, além de não recomendar a mera reprodução acrítica de dispositivos legislativos, mas, por outro lado, não permitir o império de convicções subjetivas e desvinculadas do que está legislado penal e constitucionalmente (CORREA, 2021, p. 50).

Já o terceiro significado caracteriza o garantismo como *filosofia política*, exigindo a justificativa, por parte do Estado aplicador do direito, baseada na identificação dos bens e interesses que visa proteger como a finalidade da tutela (FERRAJOLI, 2002, p. 685). Ou seja, deve-se buscar enxergar e racionalizar as questões políticas envolvidas na questão penal, acima da discussão meramente jurídica (CORREA, 2021, p. 50).

Neste último, recorreremos novamente ao primeiro significado do garantismo, como modelo normativo de direito. Assim como neste outro, o significado filosófico político de um modelo normativo de direito garantista representaria a necessidade de racionalização de contendas judiciais considerando as contendas políticas nelas inseridas. Enxergar desta forma o direito e considerar os atos jurídicos como atitude política faz com que discussões judicializadas transcendam a mera esfera do direito e possam levar seus efeitos para a vivência em sociedade como um todo.

Ferrajoli explica que, a partir da união das características citadas, obtêm-se os elementos da Teoria Geral do Garantismo, que são os seguintes:

[...] o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. (FERRAJOLI, 2002, p. 686)

Ainda, explica que, aos outros setores do ordenamento jurídico que usufruírem da Teoria Geral do Garantismo, é possível adaptar a referência aos direitos fundamentais tutelados por aquele ramo, outras técnicas, critérios de legitimação, modelos de justiça e legalidade, mantendo analogias com a Teoria Geral apresentada em sua obra e que se trata, originalmente, de sistemas penais. Sendo assim, os demais setores adquirem instrumentos de análise científica e de crítica a antinomias e lacunas jurídicas, teóricas e políticas que o ordenamento vier a apresentar (FERRAJOLI, 2002, p. 686).

Neste sentido, ao tratar sobre a democracia e judicialização de questões políticas, Fernando de Brito Alves e Edinilson Donisete Machado acentuam que não pode haver excessos na autonomia judicial, visto que atitudes assim podem causar a exteriorização de vontades individuais do juízo. Mas, no mesmo sentido, criticam os excessos à adesão a princípios constitucionais num grau que anule a autonomia judicial enunciada pelo ordenamento jurídico brasileiro via Constituição e necessária à realização da vontade política legislada (ALVES; MACHADO, 2016, p. 18).



Ou seja, no mesmo tom que Ferrajoli, criticam a mera reprodução de códigos e leis sem postura crítica do juízo, todavia não reverenciam a arbitrariedade expressa em decisões baseadas em subjetividades.

Noutra perspectiva, Jairo Néia Lima aborda sobre a necessidade de superação da neutralidade judicial – como legado epistemológico do positivismo – no constitucionalismo contemporâneo para que possam ser concretizados os direitos fundamentais. Aduz que é importante a diferenciação entre neutralidade e imparcialidade.

A neutralidade que recebeu forte influência da epistemologia positivista, como demonstrado acima, está relacionada com a abstenção ideológica por parte do julgador, a desconsideração com o direito a ser protegido. A imparcialidade, por outro lado, configura-se como um legado garantista da Modernidade relacionado com a atividade jurisdicional a fim de que não houvesse subordinação do Poder Judiciário em relação aos demais poderes. (LIMA, 2011, p. 23-24)

A pesquisa supra referida reputa a gravidade da postura neutra do juiz no caso judicializado, pois considera que, desta forma, o julgador fica impedido de atuar em prol de direitos fundamentais de maneira efetiva e, conseqüentemente, as minorias sociais restam desfavorecidas. Sendo assim, afirma que ficam comprometidos os direitos e garantias constitucionais se a prática forense for neutra, o que impediria a participação ativa dos operadores do direito na concretização material dessas garantias (LIMA, 2011, p. 24)

Este ponto de vista contempla a imparcialidade judicial como *legado garantista*, considerando que isso corresponderia à independência do judiciário em relação às outras esferas do poder público, resistindo a questões e apelos políticos. Porém, condena a neutralidade que, em sua conclusão, corresponderia ao não envolvimento do juiz com a causa ou sua abstenção em tutelar os direitos reivindicados. A seu ver, esta última é derivada do positivismo.

De forma a afirmar visões neoconstitucionalistas, Lima considera que os operadores do direito devem se posicionar em prol do que trazem as constituições e suas normas, a corroborar um ativismo judicial que busque a efetivação de direitos fundamentais, que seriam a principal arma do judiciário para “enfrentar os abusos, desmandos, arbitrariedades e corrupção que mancham e destroem a estrutura política brasileira” (2011, p. 25).

3.2 O constitucionalismo garantista conforme Luigi Ferrajoli

Inicialmente, cumpre destacar que Ferrajoli considera que o neoconstitucionalismo, através da transmissão da solução de conflitos entre direitos à ponderação do juiz – inevitavelmente discricionária – acaba por enfraquecer a normatividade das constituições, como fonte de legitimação de toda jurisdição de um Estado (FERRAJOLI, 2011, p. 103).

Por este motivo, defende que o constitucionalismo rígido, existente em sua proposta de constitucionalismo garantista – mas não apenas nela – “limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário, em conformidade com o princípio da separação de poderes e com a



natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição” (FERRAJOLI, 2011, p. 103).

Em sua visão de constitucionalismo, compreende que este pode ser concebido de maneiras opostas: uma seria a superação do positivismo – visão neoconstitucionalista – e a outra, o completamento dele. Ferrajoli sustenta que o constitucionalismo que ele próprio nomeia garantista seria a concepção juspositivista do constitucionalismo (FERRAJOLI, 2011, p. 96), o que passaremos a compreender adiante.

Nesta visão de superação do positivismo, Ferrajoli contextualiza que os principais teóricos neoconstitucionalistas e alguns de seus críticos consideram que a incorporação de princípios ético-políticos a constituições – como já mencionado supra – apaga o principal ponto do positivismo, que seria a separação entre direito e moral, pois isso equivaleria à superação ou, até mesmo, negação do positivismo (FERRAJOLI, 2011, p. 96-97).

Outro traço do neoconstitucionalismo seria a consideração de que as normas constitucionais são princípios passíveis de ponderações perante o caso concreto, visto seus conflitos, mas não regras passíveis de observância e aplicação jurídica. Ao final, para Ferrajoli, isto seria dizer que o direito consiste nas práticas interpretativas e argumentativas dos juízes e que, nesta ótica, há uma nítida opção jusnaturalista (FERRAJOLI, 2011, p. 98).

De forma análoga, o constitucionalismo como uma complementação ao positivismo seria o que Ferrajoli entende por constitucionalismo garantista. Em sua concepção, o constitucionalismo rígido representa mais um reforço que uma superação do positivismo jurídico, já que as escolhas deste constitucionalismo, como os direitos fundamentais e demais normas, alargam o raio de incidência do positivismo e orientam os rumos judiciais do direito positivo (FERRAJOLI, 2011, p. 99-100).

Isto equivaleria a obter o completamento conjugado do positivismo e do Estado de Direito, pois de acordo com o primeiro, fica positivado o ser e o dever ser constitucional; e conforme o segundo, devido à submissão dos poderes ao direito e ao controle de constitucionalidade. A legalidade, então, é condicionante das normas infraconstitucionais e fica condicionada ao império das normas constitucionais (FERRAJOLI, 2011, p. 100).

Neste ângulo,

O clássico e recorrente contraste entre *razão* e *vontade*, entre *lei da razão* e *lei da vontade*, entre *direito natural* e *direito positivo*, correspondentes ao clássico e igualmente recorrente dilema e contraste entre o *governo das leis* e o *governo dos homens*, mesmo nas formas democráticas da onipotência da maioria, foi assim resolvido pelas atuais Constituições rígidas através da positivação da *lei da razão* na forma dos princípios e dos direitos fundamentais neles estipulados, como limites e vínculos à *lei da vontade*, ou seja, à *lei da maioria*, expressa pela vontade de maiorias eventuais.

Mas precisamente por isto – ao contrário do que entendem Dworkin, Alexy e Atienza, para quem as Constituições haveriam incorporado a moral no direito e, portanto, deveria se tratar de uma conexão entre direito e moral – continua a valer, contra aquela enésima e insidiosa versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, o princípio juspositivista da separação entre direito e moral, uma vez que este princípio não quer dizer,



de todo modo, que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma “pretensão de justiça”. (FERRAJOLI, 2011, p. 100)

Ferrajoli afirma que essas teses são *sem sentido*, pois considera que mesmo as mais injustas normas são produto da subjetividade do legislador, que as considerou justas, exprimindo, portanto, um conteúdo moral. Corrobora que as constituições e as leis infraconstitucionais incorporam valores, estes vinculados à lei maior de um Estado. Portanto, seria insustentável dizer que o constitucionalismo promoveria conexão entre direito e moral pelo fato das constituições serem incorporadas por valores (FERRAJOLI, 2011, p. 100-101).

Neste sentido, Ferrajoli traz ao nosso conhecimento que o constitucionalismo garantista rejeita a confusão entre direito e moral, mesmo que as normas constitucionais inseridas num contexto positivista pareçam – ou sejam consideradas – estáticas. Ele seria, então, o exercício de um ponto de vista crítico e autônomo em relação ao direito (FERRAJOLI, 2011, p. 102).

De maneira complementar, representa a distinção e divergência entre os planos da justiça e da validade, ao mesmo tempo que este juspositivismo evidencia o caráter normativo das constituições e reconhece a existência de outras divergências, como validade/vigência e vigência/eficácia, afirmando que a interpretação e argumentação jurídica não são capazes de sanar essas divergências nos ecos da legislação (FERRAJOLI, 2011, p. 102).

Afirma que o constitucionalismo garantista, como modelo normativo, não confia aos juízes o ativismo interpretativo quando se necessita preencher lacunas ou resolver antinomias. Ao contrário do neoconstitucionalismo, subjeta decisões apenas à jurisdição constitucional, à legislação e, em decorrência dela, à política. A partir deste ponto de vista, os juízes submetem apenas sua interpretação à Constituição, mas seria ilusório pensar que podem preencher as lacunas do direito. Além disso, confirma que, diante do conflito de normas, pode-se resolver através de produção legislativa ou, após interpretado, pode ser anulado na via jurisdicional. A *produção* de normas por parte do juiz, através da interpretação, é vista por Ferrajoli como invasão de competência, o que causaria a perda da legitimidade do judiciário perante os demais poderes (FERRAJOLI, 2011, p. 102-103).

Após a assimilação disso tudo, podemos concluir que o constitucionalismo a partir da epistemologia garantista, rejeita preceitos de correntes constitucionalistas contemporâneas, como o objetivo de superar o positivismo jurídico, o ativismo judicial de juízes constitucionais ou não, a incorporação da moral a decisões jurídicas, e nega que o juízo possa sanar conflitos de problemas antagônicos como justiça/validade, validade/vigência e vigência/eficácia, através da interpretação ou criatividade.

Ainda, alguns aspectos considerados pontos fortes do constitucionalismo contemporâneo – a exemplo da construção de uma nova hermenêutica e do uso do ativismo judicial para reforçar as constituições – são interpretados pelo constitucionalismo garantista como meios de enfraquecimento da normatividade constitucional.

Desta maneira, a corrente apresentada poderia ser considerada uma crítica ao neoconstitucionalismo, à medida que se opõe aos procedimentos por ele propostos e propõe maneiras de reforçar, no juízo garantista, a força normativa das constituições através do positivismo, como forma de legitimação política do Estado enquanto criador, interpretador, executor e reformador do ordenamento jurídico.



No mesmo momento que julgamos a imprescindibilidade de que se tenha meios no ordenamento de assegurar a efetivação de direitos fundamentais, através da principiologia inserida nas constituições, o estudo dessas correntes teóricas nos fizeram refletir sobre qual a medida de discricionariedade e margem interpretativa necessária para que decisões judiciais não representem malefícios aos direitos dos pacientes do sistema, nem formas de exercer arbitrariedade.

Além disso, também pudemos refletir sobre a medida que se faz necessário uma Constituição forte em normas, valores e princípios, tendo em vista que a letra constitucional é o limite de todo ordenamento jurídico, podendo figurar como meio de recurso a direitos devidos pelo Estado ao povo, mas não conquistados através da infraconstitucionalidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desta pesquisa, nos preocupamos em trazer à luz as possíveis contribuições do garantismo de Luigi Ferrajoli ao constitucionalismo contemporâneo e buscamos compreender e elucidar como os significados do garantismo podem servir ao constitucionalismo. Atingimos, então, o estudo que o teórico do garantismo considera constitucionalismo garantista para, por fim, podermos fazer transparecer quais são as coerências entre constitucionalismo e garantismo.

A partir desses estudos comparativos, podemos afirmar que atingimos mais pontos de interrogação no que tange ao modelo ideal de garantias que deve conter um constitucionalismo do que respostas efetivas, já que nosso intuito maior foi o de refletir sobre os temas e encontrar coerências entre as correntes, em detrimento de responder prontamente a alguma questão.

Além de todo o ponderado, consideramos que, quanto mais discutido/difundido um tema jurídico, mais difícil encerrá-lo com respostas objetivas e duradouras. Mas, ao final deste estudo, esperamos que, acima de conceituações e teorizações jurídicas, o direito possa se prestar, em todas as contendas extra e judiciais, a fortalecer o sistema jurídico-político na finalidade de garantir e efetivar os direitos de seu povo, como caracterizou Regla o constitucionalismo.

Em outras palavras, concordamos que, independente da corrente teórica que o orientar, o ordenamento constitucional possa ser instrumento de emancipação do povo, através da garantia de seus direitos e imposição efetiva de seus deveres sociais, políticos e jurídicos, enquanto representados pelo soberano.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; MACHADO, Edinilson Donisete. Democracia e judicialização da política – problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 3, p.13-46, dez. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Pub_v.11_n.03.02.pdf>. Acesso em 15 abr. 2021.





ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. **Revista Jurídica Cesumar**, maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 543-561. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4410>>. Acesso em 15 abr. 2021.

CORREA, Isadora Ribeiro. **Autoritarismo no sistema penal brasileiro** – releitura garantista. – Orientador Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak – Jacarezinho-PR, 2021. Disponível em: <<https://biblioteca.uenp.edu.br/>>. Acesso em 15 abr. 2021.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria geral do Estado e ciência política**. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. – Trad. André Karam Trindade. In: **Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst.** – Curitiba, PR: ABDConst., 2011. p. 95-113. Disponível em: <<https://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2021.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. – Trad. Luiz Flávio Gomes et. al. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. – Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. 175 p.

LIMA, Jairo Néia. A concretização ativa dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo por meio da superação do legado epistemológico-positivista da neutralidade. In: **Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst.** – Curitiba, PR: ABDConst., 2011. p. 11-36. Disponível em: <<https://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2021.

REGLA, Josep Aguiló. Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante-ES, n. 26, 2003, p. 289-317. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10062>>. Acesso em 15 abr. 2021.

SABBATINE, Marilda; MACHADO, Edinilson Donisete; PAIÃO, Olivie. Agenda 2030 suas perspectivas e a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho-PR, n. 35, 2021, p. 411-429. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2004>>. Acesso em 15 abr. 2021.