



O VIÉS CRÍTICO E PROJETIVO DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Williem da Silva Barreto Júnior¹

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori²

Sérgio Urquhart de Cademartori³

Resumo: O constitucionalismo garantista, de Luigi Ferrajoli, é teoria jurídico-normativa e filosofia política que postula, sob os auspícios do Estado Constitucional, a substancialização da democracia. Ao colocar-se como alternativa ao paradigma do Estado Legal, de cunho formalista, pretende impor limites de vínculos e conteúdos à totalidade dos poderes constituídos, mediante a supraordenação dos direitos fundamentais e o fortalecimento do Poder Judiciário enquanto guardião das Constituições rígidas e autoaplicáveis. A abordagem ferrajoliana, por ser inovadora, possivelmente impacta nos estudos do Direito, da democracia e do estatuto epistemológico da ciência jurídica, cuja extensão dos efeitos o presente artigo pretende analisar. Na pesquisa, empregou-se o método hipotético-dedutivo, pois, a partir do problema, buscou-se confirmar ou falsear as seguintes hipóteses: a) o constitucionalismo garantista é, ou não, teoricamente robusto a ponto de promover mudanças nas teorias do Direito e da democracia; e b) o constitucionalismo garantista possui, ou não, envergadura teórica suficiente para alterar o estatuto epistemológico da ciência jurídica. Para ambas as hipóteses, as conclusões foram positivas.

Palavras-chave: Constitucionalismo garantista; Teoria do Direito; Teoria da democracia; Epistemologia jurídica; Luigi Ferrajoli.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade La Salle/RS. Bolsista da CAPES. Mestre em Direito pelo Centro Universitário FG/BA.

² Doutora e Mestre em Direito pela UFSC. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle/RS.

³ Doutor e Mestre em Direito pela UFSC.





THE CRITICAL AND PROJECTIVE BIAS OF GARANTIST CONSTITUTIONALISM

Abstract: Garantist constitutionalism, by Luigi Ferrajoli, is a legal-normative theory and political philosophy that postulates, under the auspices of the Constitutional Rule of Law, the substantiation of democracy. By placing itself as an alternative to the Legal Rule of Law paradigm, of a formalist nature, it intends to impose limits of links and contents to the totality of constituted powers, through the supraordination of fundamental rights and the strengthening of the Judiciary as guardian of the rigid and self-applicable Constitutions. The Ferrajolian approach, as it is innovative, possibly has an impact on Law studies, democracy and the epistemological status of legal science, whose effects this article intends to analyze. In the research, the hypothetical-deductive method was used, as, based on the problem, we sought to confirm or falsify the following hypotheses: a) garantist constitutionalism is, or is not, theoretically robust to the point of promoting changes in legal theories and democracy; and b) garantist constitutionalism has, or does not have, sufficient theoretical scope to change the epistemological status of legal science. For both hypotheses, the conclusions were positive.

Keywords: Garantist Constitutionalism; Theory of Law; Democracy theory; Legal epistemology; Luigi Ferrajoli.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O paradigma do Estado Legal de Direito é sinônimo de império da lei, onipotência do poder político e Democracia Formal. A combinação de tais elementos, vinculados ao ideário do primeiro positivismo jurídico, revelou-se historicamente destrutiva, por subsidiar iniciativas majoritárias causadoras de endêmicas crises





institucionais e de catástrofes humanitárias sem precedentes, como as observadas na primeira metade do Século XX.

O constitucionalismo garantista, em vista disso, se propõe a realizar uma leitura do Direito, da democracia e do estatuto epistemológico da ciência jurídica, à luz do paradigma do Estado Constitucional, cujas origens remontam ao pós-Segunda Guerra. Nesta quadra histórica, as perspectivas político-jurídicas transformam-se, dada a necessidade de reformulação do Estado Liberal clássico.

Afeito ao Estado Constitucional, o garantismo constitui teoria jurídico-normativa e filosofia política centrada na supraordenação dos direitos fundamentais e garantias correlatas. Com efeito, tendo em vista os seus pressupostos científicos, o constitucionalismo garantista pode impactar em pesquisas nos campos das teorias do Direito e da democracia, além de fixar novas balizas epistemológicas para os estudos da ciência jurídica.

O presente artigo é composto por duas seções. Na primeira, pretende-se investigar se o constitucionalismo garantista é capaz de promover alterações nas dinâmicas científicas das teorias do Direito e da democracia, sobretudo quanto à separação entre existência e validade normativa e à imposição de limites e vínculos substanciais à totalidade dos poderes.

No segundo momento, busca-se identificar se o constitucionalismo garantista impacta teoricamente no estatuto epistêmico da ciência jurídica, com ênfase nas disciplinas jurídicas positivas dogmáticas e na filosofia política. Para a consecução da pesquisa emprega-se o método hipotético-dedutivo⁴ e, como subsídio técnico, a revisão de bibliografia.

2. O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA E OS SEUS IMPACTOS NAS TEORIAS DO DIREITO E DA DEMOCRACIA

⁴ Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, pois, a partir do problema, busca-se confirmar ou falsear as seguintes hipóteses: a) o constitucionalismo garantista é, ou não, teoricamente robusto a ponto de promover mudanças nas teorias do Direito e da democracia; e b) o constitucionalismo garantista possui, ou não, envergadura teórica suficiente para alterar o estatuto epistemológico da ciência jurídica.





A especificidade do constitucionalismo garantista⁵ - aqui tratado como sinônimo de Estado Constitucional -, no plano da teoria do Direito, situa-se na ambivalência das normas substanciais relativas à produção das leis, que são prescritas pelas Constituições contemporâneas. Tais normas são os direitos fundamentais⁶, cuja titularidade é exercida por indivíduos na sua condição de pessoas, cidadãos ou detentores de capacidade de fato (Ibañez, 2008, p. 68).

A dupla natureza das normas substanciais é a primeira novidade teórica trazida pelo constitucionalismo garantista, dela se extraindo duas expressivas diferenças em relação ao paradigma do Estado Legal de Direito⁷. Inicialmente, ante a positivação dos direitos fundamentais como normas imunes aos desígnios do legislador ordinário, o Estado Constitucional inverte a clássica interrelação entre instâncias políticas e indivíduos, condicionando a atividade daquelas à garantia dos direitos destes. Consequentemente, limita-se o espectro de atuação do Poder Legislativo (Bovero, 2008, pp. 233-240).

Em segundo ponto, vislumbra-se a incorporação, na dinâmica interna do Estado Constitucional, do direito ilegítimo, instituto incompatível com a estrutura do Estado Legislativo. Constata-se ilegitimidade comissiva quando a atuação do Legislativo resulta em regras jurídicas violadoras das proibições constitucionais, e omissiva, sempre que o legislador se mantém silente quanto à produção de leis cuja existência é imposta pelo constituinte. Nesse sentido, a validade normativa transforma-se, passando a reclamar observância não apenas das normas procedimentais, mas também das substanciais (Ferrajoli, 2011a, pp. 860-861).

⁵ Vertente teórica estruturada pelo jurista Luigi Ferrajoli. Em fins dos anos 1980, nos capítulos finais da obra clássica, *Derecho y Razón*, são apresentados os pressupostos para uma teoria geral do Direito garantista. Posteriormente, com a edição da trilogia *Principia iuris*, o jusfilósofo italiano expande a sua abordagem no âmbito das teorias do Direito e da democracia e passa a trabalhar com o conceito de constitucionalismo garantista (Ferrajoli, 2009); (Ferrajoli, 2011a); (Ferrajoli, 2013).

⁶ Segundo Ferrajoli, os direitos fundamentais constituem, sob a vigência do Estado Constitucional, fragmentos da soberania popular, que é exercida pelos indivíduos enquanto seus titulares (Barreto Júnior; Cademartori 2021a).

⁷ O Estado Legal/Legislativo de Direito surge após as revoluções liberais do século XVIII. Neste contexto pós-revolucionário, as estruturas de poder, até então atreladas ao sistema estamental inerente ao absolutismo prevalente nos primórdios do Estado Moderno⁷, incorporam uma lógica impessoal de dominação (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 2004).





O Estado Legal possui desníveis legislativos. Entretanto, há, em relação ao Estado Constitucional, claras e relevantes distinções entre a lei e as prescrições jurídicas *lato sensu*⁸. A primeira diferença encontra-se na temática regulamentada pela lei *stricto sensu*, pois apenas esta concorre para a composição de outros atos linguísticos preceptivos. Assim, somente a lei contribui para a gestação de referidos atos, estatuidando a compatibilidade formal das normas e ajustando a sua coerência com os significados por ela estabelecidos (Ferrajoli, 2014, pp. 76-77).

A segunda diferença decorre do fato de a invalidade formal e material do ato preceptivo ser possivelmente saneado mediante denúncia no prazo legalmente estipulado, conforme sucede no caso da convalidação de ato administrativo. Tal não ocorre com a lei, pois o seu vício, de caráter insanável, reclama denúncia junto a órgão jurisdicional. Tem-se aí uma especificidade do paradigma do Estado Constitucional, que rejeita o aproveitamento de normas inválidas e submete-as a controle de constitucionalidade⁹ pelo Poder Judiciário (Barreto Júnior, 2022, p. 56).

A terceira diferença refere-se à existência, no Estado Constitucional, de normas por meio das quais as leis são reguladas, ou prescrições constitucionais sobre a sua produção, investidas de maior ou menor nível de rigidez, que se destinam a submeter todos os poderes ao Direito. No Estado Legal, recorde-se, inexistente limitação de autoridade política¹⁰.

Com efeito, os dois formatos de constitucionalismo diferem também nesse âmbito, pois no Estado Constitucional são estipuladas restrições substanciais à totalidade das fontes normativas, de modo a materializar-se o ato constituinte segundo

⁸ Leis *stricto sensu* são disposições gerais e abstratas emanadas do Poder Legislativo, cuja inserção no mundo jurídico exige a observância de formalidades constitucionalmente previstas. Há, por outro lado, prescrições normativas *lato sensu*, que não podem inovar a ordem jurídica e funcionam apenas como veículos de regulamentação legal, a exemplo dos decretos, das resoluções e das portarias (Mendes; Branco, 2020).

⁹ O controle de constitucionalidade, ou *judicial review*, é fenômeno típico do Estado Constitucional, na medida em que legitima o Judiciário a impor limites à totalidade dos poderes constituídos, a bem de se preservar a efetividade das Constituições rígidas. Trata-se, portanto, de recurso utilizado para impugnar leis e atos normativos que violem disposições constitucionais, apresentando-se, contemporaneamente, sob duas formas: a difusa e a concentrada (Sarlet; Marioni; Mitidiero, 2019).

¹⁰ No período de vigência do Estado Legal, compreendido entre o final do século XVIII e o término da Segunda Guerra Mundial, os parlamentos detinham total autonomia para deliberar sobre questões legais, cabendo ao Poder Judiciário, ao menos nas estruturas normativas de origem francesa, aplicar as leis conforme redigidas, ou seja: o exercício hermenêutico dos tribunais era praticamente desprezível (Redondo, 2011, pp. 245 e ss.).



os termos de um pacto de convivência no qual resultam claramente estabelecidos limites à potestade estatal. Assim, o corpo político institucional não pode decidir sobre matérias subtraídas do alcance deliberativo da sua autoridade, sob o risco de tais resoluções serem anuladas pelo Judiciário.

Outra revolução do constitucionalismo garantista, no contexto do Estado Constitucional, refere-se à substancialidade da democracia, cujos efeitos projetam-se não apenas para a esfera dos critérios de validade das leis, mas também para o campo dos limites e vínculos de conteúdo pertinentes aos poderes. Ao imporem limitações à autoridade estatal, as Constituições rígidas vinculam materialmente o poder político, distinguindo as esferas do decidível e do indecidível¹¹.

No contexto do Estado Legal de Direito, as Constituições eram cartas de direitos, meramente programáticas, pois os direitos fundamentais não gozavam de aplicabilidade imediata. Assim, é possível afirmar que, enquanto vigente o liberalismo clássico, as leis, elaboradas livremente pelos Parlamentos, consistiam em resoluções supremas, insusceptíveis de anulação, salvo se por iniciativa do próprio Legislativo.

Em razão das balizas substanciais que lhe são próprias, o constitucionalismo garantista, além de aperfeiçoar o regime democrático, contribui para o reforço do conceito de soberania popular¹² nele implícito (Ferrajoli, 2022, p. 252). Nesse sentido, os direitos fundamentais integram a base da igualdade, superpondo-se ao majoritarismo e evitando a sua desenfreada e desproporcional manifestação¹³.

Os direitos fundamentais, no Estado Constitucional, incorporam três peculiaridades estruturais, em oposição ao paradigma do Estado Legal. Em primeiro lugar, os sujeitos titulares dos direitos fundamentais também o são relativamente às

¹¹ A esfera do indecidível é um conceito ferrajoliano que abrange matérias sobre as quais não cabe disposição por parte das maiorias, agora limitadas em suas prerrogativas de natureza representativa (Cademartori; Ferri, 2012).

¹² A mudança paradigmática que fomenta a Democracia Substancial é a premissa segundo a qual o povo é titular da soberania e não a nação, o que qualifica o conceito de cidadania e, por conseguinte, propicia a paulatina expansão do direito de sufrágio (Ferrajoli, 2012a).

¹³ É importante ressaltar que, no Estado Constitucional, a regra majoritária constitui apenas um dos elementos dos regimes democráticos, cujas principais características são a universalidade e a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais. Caso tais peculiaridades não sejam observadas, tem-se apenas o que Ferrajoli (2011) define como autocracias eletivas, a exemplo, na atualidade, da Hungria, Turquia e Rússia.





normas que os superpõem ao poder político enquanto eles condicionantes de legitimidade para o seu exercício (Ferrajoli, 2014, p. 80).

Inferir que os direitos fundamentais, por serem universais, equivalem às suas normas enunciadoras, significa afirmar que a parte substancial das Constituições resta imputada, no espectro técnico-jurídico do termo, a todos e a cada um, ou ao povo inteiro e a cada pessoa individualmente. Os direitos fundamentais e, por conseguinte, as normas constitucionais nas quais consistem, precisamente por serem prerrogativas de todos e de cada um, não são suprimíveis nem limitáveis pela maioria (Barreto Júnior, 2022, p. 59).

A possibilidade de relativização dos direitos fundamentais pela maioria está na contramão da lógica do Estado Constitucional, tendo em vista que a democracia, segundo premissas fixadas pelo constitucionalismo garantista, deve resguardar o direito de as minorias conviverem, no âmbito social, sem ser esmagadas pelas ideologias e costumes dominantes (Ferrajoli, 2014)¹⁴.

A segunda peculiaridade estrutural dos direitos fundamentais associa-se ao complemento da noção da soberania popular, comparativamente à sua concepção no contexto da Democracia Formal (Vianello, 2008, p. 457). A constitucionalização dos direitos fundamentais, ao supraordená-los à condição de normas supremas à totalidade das fontes normativas, concede ao conjunto de indivíduos e a cada um, posição de superioridade em relação às matrizes de poderes públicos e privados.

Assim, a própria democracia política resulta integrada e reforçada, por se materializar na atribuição a todos e a cada um, não somente dos direitos políticos relativos ao sufrágio, mas também de inúmeros contrapoderes, como os direitos de liberdade e sociais, ou seja, os postulados jurídicos supremos aos quais as potestades constituídas restam subordinadas.

A terceira questão refere-se aos pressupostos axiológicos e democráticos do Direito e às instâncias políticas cujo tratamento é conferido pelas normas

¹⁴ Exemplo clássico do esmagamento de minorias por majorias pode ser encontrado em um dos momentos mais lamentáveis da história da humanidade, vivenciado durante o regime nazista. Nesse cenário, Adolf Hitler foi alçado à condição de líder supremo da nação alemã e, em nome de uma pretensa lei de superioridade racial, exterminou milhões de indivíduos, sob o pretexto de assegurar a predominância ariana no Planeta.





constitucionais. A tradição jurídica e filosófica remonta, em seus primórdios, a uma vinculação do ordenamento a noções metafísicas de ordem jusnaturalista¹⁵, a exemplo dos direitos naturais associados a valores morais tendencialmente absolutos (Ferrajoli, 2014, p. 81).

O constitucionalismo garantista rejeita essas enigmáticas matrizes ideológicas. As Constituições, que no Estado Constitucional são rígidas e autoaplicáveis¹⁶, assentam os pilares positivos e axiológicos do ordenamento jurídico, conectando-os com as garantias dos direitos fundamentais, que constituem leis cuja função é proteger os mais fracos em contraponto à lei do mais forte¹⁷, típica das sociedades “primitivas” (Ferrajoli, 1999, p. 54).

Desse modo, o constitucionalismo garantista completa o paradigma do positivismo¹⁸ e reforça a dinâmica de secularização do Direito e dos organismos políticos. Contrariamente ao cenário próprio do Estado Legal, a razão de ser do Estado Constitucional possui alicerce integralmente fixado no Direito positivo; assim, a realização de um pacto constituinte historicamente determinado certamente representa expressiva inovação estrutural no campo da democracia (Trindade, 2011, p. 25).

A revolução do constitucionalismo garantista, no âmbito do Estado Constitucional, não reside na incorporação do instituto do dever jurídico, já que isso é comum a todos os ordenamentos. A novidade encontra-se em o novo paradigma

¹⁵ Convém ressaltar algumas das formas de exteriorização do jusnaturalismo no curso da história: a cosmológica, típica de períodos precedentes à Idade Média, que entende viável a extração de conteúdo jurídico da natureza; a teológica, que considera Deus fonte jurídica primária; e a racionalista, que ascende após a revolução científica ocorrida na Europa e se pauta na produção de conteúdo jurídico a partir de leis morais inatas ao ser humano (Barreto Júnior; Cademartori; Gomes, 2022).

¹⁶ As Constituições pós-Segunda Guerra, seguindo a tendência de imposição de limites à onipotência legislativa típica do Estado Liberal, incorporam um núcleo normativo supraordenado à totalidade dos poderes, cuja proteção cabe ao Judiciário. Nessa quadra histórica, supera-se a natureza programática das velhas Cartas de Direitos, de modo que as prescrições constitucionais passam a ser imediatamente aplicáveis (Canotilho; Moreira, 1991).

¹⁷ Este conceito remonta ao estado de natureza, retratado pelos filósofos políticos contratualistas como o momento histórico anterior à passagem do homem para o estado civil (Barreto Júnior; Cademartori, 2021).

¹⁸ Neste particular, Ferrajoli (2014) rejeita o que ele chama de paleopositivismo, predominante, no cenário europeu, entre o fim do século XVIII e meados do século XX. O constitucionalismo garantista se apresenta, então, como uma versão crítica do positivismo, cuja fluidez interativa entre direitos e garantias assegura o aperfeiçoamento do sistema democrático, mediante crítica externa, através da qual, os valores éticos e políticos socialmente estimados são incorporados aos ordenamentos, tornando-se, assim, normas jurídicas.



constitucional haver desvelado o eixo axiológico do artifício jurídico-institucional, através da estipulação do dever-ser da produção legislativa (Barreto Júnior, 2022, p. 59).

Apenas por meio do condicionamento da sua existência à garantia dos direitos fundamentais, o Estado Constitucional justifica-se como ferramenta para a consecução dos desígnios sociais que lhe são próprios¹⁹. Com efeito, o constitucionalismo garantista afirma-se em função das garantias dos direitos fundamentais, daí extraída a ideia de a legitimidade da democracia repousar na saudável relação entre meios institucionais e fins sociais, e na consequente supremacia dos direitos fundamentais face aos poderes políticos.

3. O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA E AS NOVAS BALIZAS EPISTEMOLÓGICAS DA CIÊNCIA DO DIREITO

O constitucionalismo garantista também impacta no estudo da ciência jurídica, pois a esfera do indecidível, no âmbito das Constituições rígidas, equivale a um não decidível de natureza deontica. Todavia, embora deonticamente não se admita a violação dos direitos de liberdade e a não satisfação dos direitos sociais, tal pode suceder na prática (Ferrajoli, 2014, p. 83).

Assim, o constitucionalismo garantista persegue a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais e, por conseguinte, das suas garantias. Diz-se máxima, pois não existe factibilidade na ideia de inexistência de violação de direitos fundamentais, pois, na *praxis*, sempre haverá margem para a ocorrência de antinomias e lacunas legais, conceitos adiante desenvolvidos. Logo, quanto mais saudável é uma democracia, maior o seu nível de observância aos preceitos constitucionais supraordenados.

Nesse cenário, é crível o surgimento de violações constitucionais comissivas, que resultam em antinomias, bem como omissivas, que originam lacunas (Ferrajoli, 2012, p. 19). Observa-se então, nos dois casos, um virtual dissenso deontico entre o

¹⁹ Para o garantismo, o Estado de Direito só se faz legítimo ao agir *sub lege* e *per lege*, ou seja, quando observa as prescrições constitucionais acerca do seu funcionamento. Daí, então, a ideia de que muitos regimes supostamente democráticos, embora se orientem pela regra majoritária, constituam meras autocracias eletivas, a exemplo, na atualidade, de países como a Turquia, a Hungria e a Polônia (Cademartori, 2006).





dever ser constitucional e o ser legislativo do Direito, no qual repousa a mais expressiva incongruência do Estado Constitucional: a emergência do Direito ilegítimo.

A qualificação dessa espécie de Direito deriva da guinada paradigmática provocada pelo constitucionalismo garantista no estudo da ciência jurídica, que passa a incorporar um viés crítico e projetivo voltado para o seu próprio objeto (Barreto Júnior, 2022, p. 60). Assim, vislumbra-se atividade crítica na direção das antinomias e projetiva em relação às lacunas, cuja eliminação/saneamento revela-se veículo de aprimoramento do sistema.

Citada função dúplice da ciência jurídica - crítica e projetiva -, para além da trivial natureza descritiva, sofreu e ainda sofre, segundo Ferrajoli, com a indiferença de boa parte dos jurisconsultos positivistas²⁰. No entanto, é necessário afirmar que a postura meramente descritivista fomenta indesejável confusão entre vigência e validade normativa²¹, ante a busca sempre frustrada por uma suposta não valoração da ciência do Direito.

O desacerto da abordagem descritivista relaciona-se à mecânica equivalência entre o caráter formal da ciência jurídica e a sua condição avalorativa, porque sendo formal, enquanto conceito metateórico atrelado à teoria do Direito, não se traduz automaticamente em avalorativo ou descritivo. A teoria do Direito é evidentemente formal, mas somente até a sua axiomatização ser concretizada (Ferrajoli, 2014, p. 84).

Para Ferrajoli, a teoria do Direito é uma sintaxe do universo linguístico no qual se insere o Direito positivo e nada aduz acerca dos conteúdos concretos dos ordenamentos, ou seja, sobre o que o Direito dispõe ou é justo que disponha, limitando-

²⁰ Para Ferrajoli, muitos teóricos ainda se encontram atrelados à corrente do pensamento por ele definida como paleopositivismo, que compreende desde o exegetismo francês até o positivismo normativista kelseniano. Tais modelos são afeitos ao modelo do Estado Legal, de caráter iminentemente formalista, e restam teoricamente superados (Carbonell, 2008).

²¹ No Estado Legal de Direito, observa-se a confusão entre os conceitos de vigência e validade normativa. Assim, bastava à norma ser editada, pelo Poder Legislativo, em observância ao regramento formal, para ser considerada válida. O constitucionalismo garantista, por outro lado, estabelece clara diferenciação entre os conceitos anteriormente citados, tendo em vista a substancialização da democracia, com consequente imposição de limites e vínculos substanciais a todos os poderes. Em tal cenário, são vigentes as normas concebidas em atendimento às formalidades exigidas para a sua consecução, e válidas somente aquelas cujo conteúdo se amolda às prescrições constitucionais. Pode uma norma, portanto, ser vigente, mas não válida, o que deve ocasionar a decretação da sua inconstitucionalidade (Barreto Júnior, 2022).





se a fixar conceitos e teses capazes de analisar a estrutura de qualquer fenômeno jurídico (Ferrajoli, 2012, p. 21).

Se porventura a teoria jurídica constituísse mecanismo apenas descritivo do objeto empírico do ordenamento, não seria possível formalizá-la. Ela então se confundiria com a dogmática jurídica, pois: a) as construções teóricas são o reflexo de opções não necessariamente verdadeiras ou falsas; e b) se a teoria fosse meramente descritiva, seria implausível obter a coerência e a plenitude²² das suas teses em relação ao Direito positivo (Ferrajoli, 2022).

O caráter não puramente descritivo, valorativo e prescritivo, infundido pela teoria às disciplinas jurídicas, é estritamente jurídico, enquanto os juízos éticos e políticos competem à filosofia política. Nesse sentido, na esfera da metaciência jurídica, Ferrajoli estabelece distinção entre não valoração externa e não valoração interna.

A não valoração externa, elemento que está fora da estrutura do Direito, constitui diretriz característica da investigação e do discurso científico do jurista. Corresponde, portanto, à imparcialidade e à inexistência de condicionantes ideológicas ou políticas, ou à *praxis* deontológica de neutralidade e objetividade exigida do cientista quando realiza a sua pesquisa²³. A não valoração interna, por outro lado, relaciona-se à possível influência de questões morais na estruturação da tese científica²⁴, conduta vedada ao cientista do Direito por razões epistêmicas (Barreto Júnior, 2022, p. 61).

Na divergência entre graus normativos, interna ao Direito, se insere importante característica distintiva do constitucionalismo garantista: a submissão da lei aos princípios éticos e políticos insculpidos ao ordenamento, que, ao serem positivados, abandonam o *status* de matrizes de legitimação política ou externa, transmudando-se em

²² O paradigma constitucional garantista pode ser descrito com base em quatro postulados: a) o princípio da legalidade; b) o princípio da plenitude deontológica; c) o princípio da jurisdicionalidade; e d) o princípio da acionabilidade. Esses elementos descrevem o Estado Constitucional a partir de regramentos disciplinadores da produção jurídica, cuja violação enseja o surgimento de um Direito ilegítimo (Barreto Júnior; Cademartori, 2021a).

²³ É importante reforçar que a ideia de neutralidade absoluta do cientista, especialmente no plano das ciências humanas e sociais, afigura-se hipótese ideal, pois os seres humanos são naturalmente levados a enxergar os fatos sob uma ótica compatível com a sua formação moral e ideológica. Assim, recomenda-se o máximo afastamento possível do objeto de pesquisa, a fim de que os resultados da investigação não venham a ser “contaminados” decisivamente.

²⁴ Aqui é crível observar a natureza claramente positivista do constitucionalismo garantista. Ferrajoli (2014), ao estruturar a sua teoria do Direito, busca estabelecer evidente separação entre o Direito e a moral, embora reconheça a possibilidade de atrelamento contingencial de tais institutos.





fontes de legitimação jurídica ou interna, na linha da clássica tese positivista da separação entre Direito e moral (Ferrajoli, 2011a, p. 16).

Assim, o constitucionalismo garantista opera três expressivas mudanças no estatuto epistemológico da ciência jurídica: a) na natureza da teoria do Direito; b) no papel das disciplinas jurídicas positivas; e c) nas relações entre a teoria e as disciplinas positivas, que em conjunto conformam a ciência jurídica.

A primeira das três repercussões anteriormente citadas incide sobre o estatuto metateórico da teoria do Direito, em relação ao qual as matérias jurídicas positivas, a filosofia política e a sociologia do Direito empregam diversas outras compreensões empíricas ou semânticas (Ferrajoli, 2014, p. 86).

Assim, enquanto a teoria do Direito se debruça sobre as estruturas normativas desde o seu interior, tratando dos seus postulados na busca das maiores coerência e completude normativa possível, a sociologia do Direito o analisa desde fora, lançando sobre os fatos jurídicos um olhar empírico externo.

Para Ferrajoli, no paradigma constitucional a coerência e a plenitude, logicamente imbricadas à teoria do Direito e às disciplinas jurídicas positivas, não podem constituir atributos imanentes ao Direito objeto da teoria. Tal sucede em razão de este Direito compor sistema integrado em múltiplos níveis, sendo cada um deles normativo em relação aos inferiores.

Assim, a lógica é elemento característico dos discursos sobre o Direito (teoria), devendo sê-lo também do discurso sobre o Direito positivo (*práxis*), em relação ao qual exerce função não descritiva, mas prescritiva, ao criticar permanentemente o sistema na busca do seu aperfeiçoamento (Trindade, 2011, p. 16).

A segunda guinada epistemológica alude ao catálogo normativo para o qual o Estado Constitucional demanda, no âmbito do Direito positivo, ampliação. Internamente ao paradigma constitucional, os princípios são analíticos e descritivos do arcabouço teórico e, também, elementos normativos que impõem, ao Direito, coerência e plenitude em relação às Constituições (Ferrajoli, 2011a, p. 26). De modo geral, o constitucionalismo garantista persegue uma ciência jurídica não integralmente cognoscitiva, mas crítica e projetiva em relação à virtual presença de antinomias e





lacunas, na perspectiva de uma teoria e de uma dogmática jurídica não limitada a conceituar o Direito.

A terceira implicação epistemológica do constitucionalismo garantista atinge a seara pragmática da ciência jurídica e, mais especificamente, as conexões entre a teoria do Direito e as disciplinas jurídicas positivas. O Estado Legal, no qual conceitualmente se confundem existência e validade normativas, fomenta dinâmica meramente descritiva e avaliativa no tratamento do Direito positivo. Nesse contexto, o já conhecido papel conservador da ciência jurídica, não permeada por pontos de vista críticos, confere legitimidade exclusivamente política ao ordenamento (Ferrajoli, 2014, p. 88).

O Estado Constitucional, contudo, ao criticar o Direito inválido, interfere na atitude dos juristas face ao seu objeto de investigação, direcionando-a no sentido da defesa do projeto constitucional. Com efeito, o constitucionalismo garantista redimensiona os nexos biunívocos entre Direito e política e entre ciência jurídica, filosofia política e sociologia do Direito, desconsiderados pelo Estado Legal (Ferrajoli, 2014, p. 89).

O constitucionalismo garantista reclama, portanto, maior rigor metodológico em relação aos marcos epistêmicos precedentes, por ressaltar que a política exige reflexão da ciência jurídica acerca dos novos modais de garantias decorrentes da ampliação do catálogo de direitos. Ademais, a ciência jurídica, sob o prisma garantista, apresenta à política as técnicas de garantias idôneas para afastar o Direito ilegítimo, limitando poderes possivelmente selvagens – pois ilimitados –, sejam eles públicos ou privados (Ferrajoli, 2011).

Em resumo, o constitucionalismo garantista redimensiona diferenças metodológicas entre as múltiplas formas de aproximação com o estudo do Direito, nos seguintes âmbitos: a) junto ao Direito em si, que, enquanto artificialidade, deve ser elaborado em termos precisos e segundo as formas logicamente mais rigorosas; b) no campo das disciplinas jurídicas positivas e dogmáticas, para que sejam elaboradas com base na interpretação sistemática e na análise da linguagem legal e constitucional; e c) no plano da filosofia política, pois fomenta a crítica externa do Direito e a sua projeção e transformação sob uma perspectiva de aprimoramento do sistema constitucional.





4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A peculiaridade do constitucionalismo garantista, no âmbito da teoria do Direito, reside na ambivalência das normas constitucionais que tutelam a produção das leis. O caráter dúplice destas prescrições normativas substanciais constitui a primeira novidade teórica introduzida pelo Estado Constitucional, dele extraindo-se duas relevantes diferenças em relação ao paradigma do Estado Legal de Direito.

A primeira consiste em o Estado Constitucional inverter a tradicional interrelação entre os poderes políticos e os indivíduos, tendo em vista a positivação dos direitos fundamentais como normas supraordenadas aos desígnios do legislador ordinário. Em segundo momento, nota-se o reconhecimento do Direito ilegítimo, elemento desacorde com a lógica estrutural do Estado Legislativo. Nesse contexto, a validade normativa transmuda-se, passando a exigir observância não apenas das normas procedimentais, mas também das substanciais.

Os constitucionalismos liberal e constitucional divergem também, pois, no Estado Constitucional, os membros do corpo político não estão autorizados a apreciar questões subtraídas ao alcance da sua autoridade. Assim, no paradigma constitucional observa-se o processo de substancialização da democracia, responsável pela imposição de limites e vínculos de conteúdo aos poderes e pela complexificação do conceito de soberania popular.

Com efeito, o constitucionalismo garantista complementa o paradigma do Estado Legal ao fomentar a secularização do Direito e dos organismos políticos, desvelando o eixo axiológico do artifício jurídico-institucional, através da estipulação do dever ser da produção legislativa.

O constitucionalismo garantista repercute ainda nos estudos da ciência jurídica, posto que a esfera do indecível, nas Constituições autoaplicáveis, corresponde a um não decidível de matriz deôntico-normativa. Contudo, embora deonticamente não se conceba a violação dos direitos de liberdade e a não satisfação dos direitos sociais, isso pode ocorrer na prática. Em tal cenário, é natural surgirem antinomias e lacunas e, por conseguinte, o Direito ilegítimo, cuja qualificação decorre da transformação





paradigmática provocada constitucionalismo garantista, que incorpora um viés crítico e projetivo voltado para o seu próprio objeto.

Ferrajoli ressalta que a postura científica meramente descritivista endossa uma problemática confusão entre existência e validade normativa, tendo em vista a procura sempre infrutífera por uma pretensa avaloratividade da ciência do Direito. O equívoco da abordagem descritivista repousa na automática equivalência entre a natureza formal da ciência jurídica e o seu cunho não valorativo, pois formal, enquanto conceito metateórico atrelado à teoria do Direito, não se traduzindo automaticamente em avalorativo ou descritivo.

A natureza não integralmente descritiva, valorativa e prescritiva, imposta pela teoria às matérias jurídicas, é especificamente jurídica, enquanto o tratamento dos valores éticos e políticos é atribuição da filosofia política. Sob tal perspectiva, o constitucionalismo garantista agrega densidade metodológica em relação aos marcos epistêmicos precedentes, por sustentar que a política exige reflexão da ciência jurídica acerca dos novos modais de garantias decorrentes da ampliação do catálogo de direitos.

Em suma, o constitucionalismo garantista reconfigura diferenças metodológicas entre as diversas formas de aproximação com o estudo do Direito. Desse modo atua no campo das disciplinas jurídicas positivas e dogmáticas, para que estas sejam elaboradas com base na análise da linguagem legal e constitucional, e no plano da filosofia política, ao fomentar a crítica externa do Direito e a sua projeção e transformação na busca pelo aprimoramento do sistema constitucional.

Confirmam-se, portanto, as hipóteses aventadas na pesquisa, pois o constitucionalismo garantista representa ponto teórico de inflexão para os estudos do Direito e da democracia, além de estabelecer balizas epistêmicas mais complexas, no âmbito da ciência jurídica, em relação aos paradigmas jurídicos a ele antecedentes.

REFERÊNCIAS

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva. **Crítica garantista ao Estado Constitucional de Direito e o Constitucionalismo Global**. Curitiba: Juruá, 2022.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Do jusnaturalismo racionalista ao pós-positivismo: ecos da nova





hermenêutica jurídica. In **Anais do XI encontro internacional do CONPEDI**, Santiago, Chile, 2022.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio. Os contratualistas e a formação do Estado Moderno. In **Revista Vertentes do Direito**, Palmas, v. 8, n. 02, jul./dez. 2021.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio. Repensando a democracia: uma crítica garantista à atual configuração do Estado de Direito. In **Revista Direito em Debate**, Ijuí, n. 56, jul/dez 2021a.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**, volume 1. Brasília: UNB, 2004.

BOVERO, Michelangelo. Derechos, deberes, garantías. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008.

CADEMARTORI, Sérgio; FERRI, Caroline. A teoria do garantismo jurídico e a soberania popular: o aparente paradoxo das decisões contramajoritárias. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 4, Jan/jun, 2012.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Millenium, 2ª ed., 2006.

CANOTILHO, Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales. In CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **A construção da democracia**. Teoria do garantismo constitucional. Florianópolis: Emais editora, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoria del garantismo penal. Madri: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. la ley del más débil. Medri: Trotta, 1999.





FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. La democrazia costituzionale. In: **Revus [Online]**, n. 18, 2012a.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho e de la democracia 1. Madrid: Trotta, 2011a.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho e de la democracia 2. Madrid: Trotta, 2013.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoria critica de la jurisdicción. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020.

REDONDO, Maria Cristina. El paradigma constitucionalista de la autoridade jurídica. Alicante: **Doxa**, n. 34, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus ativismo**: in difesa d'una teoria garantista della decisione giudiziale. Tesi di dottorato. Università degli studi Roma tre. Roma: 2011.

VIANELLO, Lorenzo Córdova. Constitucionalismo democrático y orden global. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008.

