

O garantismo de Luigi Ferrajoli¹

Luigi Ferrajoli's garantism

Dario Ippolito²

Università di Roma, Itália
dario.ippolito@uniroma3.it

Tradução: Hermes Zaneti Júnior³

Resumo

Nos últimos dois séculos, à palavra garantismo foram associados vários significados, vez por outra ligados às exigências de segurança social, de tutela constitucional das liberdades fundamentais, de limitação do poder punitivo do Estado. O garantismo penal, germinado na cultura jurídica do Iluminismo, encontrou a sua maior expressão teórica na reflexão de Luigi Ferrajoli, o qual nos últimos 20 anos articulou e expandiu o paradigma garantista, correlacionando-o às diversas dimensões da democracia constitucional.

Palavras-chave: garantismo, constitucionalismo, Ferrajoli.

Abstract

In the last two centuries, several meanings have been associated with the word “guarantism”, linking it with the demand for welfare, constitutional guardianship of fundamental freedoms and z limitation of the state’s punitive power. Penal “guarantism”, forged in the legal culture of the Enlightenment, has found its major theoretical expression in Luigi Ferrajoli’s reflection, who over the last 20 years has articulated and expanded the “guarantist” paradigm, putting it in relation with the various dimensions of constitutional democracy.

Key words: guarantism, constitutionalism, Ferrajoli.

¹ Versão ampliada e revisada do artigo “Garantismo. Un accostamento all’opera di Luigi Ferrajoli” publicado originalmente em 2008 na *L’Acropoli rivista bimestrale diretta de Giuseppe Galasso*, IX(1). Disponível em: <http://www.lacropoli.it/articolo.php?nid=187>.

² Università di Roma. Facoltà di Giurisprudenza. Via Ostiense 161, 00154, Roma, Itália.

³ Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Federal do Espírito Santo. Email: zaneti.ez@terra.com.br.

A palavra “garantismo” – hoje de uso corrente nas principais línguas neolatinas – é um neologismo do século XIX (época prolífica de *ismos* políticos: liberalismo, constitucionalismo, comunismo...). O significado com o qual se afirmou originariamente no léxico político francês é muito distante daquele atualmente prevalente. Se abirmos o *Dictionnaire de la langue française* de Émile Littré, editado em quatro tomos por Hachette entre 1873 e 1874, encontraremos a seguinte definição de *garantisme*: “Dans le langage de l'école fourieriste ou sociétaire, système de féodalité industrielle qui doit suivre notre anarchie et précéder l'association définitive”.

O leitor que insatisfeito pela lacônica obscuridade da informação escolhesse procurar outras fontes lexicográficas permaneceria desiludido: o respeitado *Dictionnaire nationale* de Louis-Nicolas Bescherelle, do qual a quarta edição data de 1856, não contempla nem mesmo o verbete, e igualmente pobre se revela o *Dictionnaire classique* de Henri Bescherelle, malgrado se autocrédite, no frontispício de 1880, como “le plus exact e le plus complet de tous les ouvrages de ce genre”. Tais omissões são significativas: evidentemente, a palavra *garantisme* – na França do século XIX – não pertencia à linguagem comum.

Em efeito, como atesta Littré, se trata de uma palavra “de escola”, criada e codificada no seu uso semântico em um âmbito filosófico-político determinando: o filão de pensamento inaugurado por Charles Fourier (1772-1837) e alimentado pelos seus pouco conhecidos discípulos. Colocado (e desacreditado) por Marx e Engels na categoria dos imaginativos proferidos pelo socialismo utópico, Fourier cunha e emprega o termo *garantisme* para designar um estado da evolução civil prodromico à realização do ideal supremo de uma perfeita e harmônica sociedade comunitária. Objetivo intermediário e transitório do seu projeto político – sinteticamente ilustrado na obra *Le nouveau monde industriel et sociétaire* de 1829 –, o garantismo é entendido por Fourier como um sistema de segurança social que procura salvaguardar os sujeitos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais (partindo daqueles conexos à subsistência) através de um plano de reformas que diz respeito tanto à esfera pública quanto à privada.

É em um horizonte de tal amplitude que se desenvolve, na publicística de aspiração fourieriana, a reflexão sobre o garantismo social, de que são testemunhas – além dos artigos da revista *La Phalange* (1836-1849) dirigida por Victor Considerant – obras políticas e sociológicas como *De quelques heureux effets du garantisme [...], envisagés au double point de vue commercial et social*, publicada anonimamente em 1838; *Du droit de vivre, de*

la propriété e du garantisme de Paul de Jouvencel, editada em 1847; *Révolution sociale* (1848) de Fontarive, que se ocupa entre outras coisas – como preanuncia o subtítulo – das “*Institutions de garantisme*”; e os *Principes de sociologie* (1867) de François Barrier, nos quais se encontra desenvolvido um articulado discurso sobre “garantismo agrícola”, sobre “garantismo industrial”, sobre “garantismo doméstico”, etc., que alguns anos depois aparece nas colunas do *Grand Dictionnaire universel du XIX siècle* (1872) de Pierre Larousse.

Os exemplos poderiam multiplicar-se (respinhando entre os textos dos tardios seguidores do fourierismo) até o começo do séc. XX, quando já a circulação da palavra “garantismo” havia superado os limites da escola. Estendendo a sondagem às décadas sucessivas, não se revelam significativos deslizes semânticos: persiste – na era do Welfare State – a inicial referência à exigência da segurança social.

Diferente (e totalmente independente da lição de Fourier) é o significado com o qual o termo “garantismo” entrou em uso na língua italiana. Estabelecer quando (e à obra de quem), não é fácil. No monumental *Dizionario* de Tommaseo e Bellini, em oito tomos, surgido entre 1861 e 1879, de “garantir” se passa a “garanza”. Do lema não existe traço nem mesmo nos vocabulários italianos das primeiras décadas do séc. XX. Todavia, como sabemos graças a Perfecto Andrés Ibañez (Andrés Ibañez, 2005, p. 59), já em 1925, Guido De Ruggiero, na sua magistral *Storia del liberalismo in Europa*, fala do “assim chamado garantismo”: expressão que por si própria implica outras ocorrências da palavra. Em busca de descobri-las, podemos levar em consideração este primeiro emprego encontrado por Andrés Ibañez, notando que De Ruggiero entende por garantismo a concepção “da liberdade política [...] como liberdade do indivíduo do Estado e frente ao Estado” (De Ruggiero, 1984, p. 63), ou seja, a “concepção das garantias da liberdade” (De Ruggiero, 1984, p. 57) que começa a tomar forma com Montesquieu, em torno da análise da constituição inglesa e da correlativa teorização sobre as técnicas de limitação dos poderes públicos face à tutela dos indivíduos. “A liberdade, – escreve De Ruggiero – que é retratada como direito inato pelos racionalistas abstratos, se revela, à observação sagaz, dependente de muitas circunstâncias” (De Ruggiero, 1984, p. 57): é uma delicada construção social que necessita de contrapesos jurídicos e de equilíbrios institucionais. A experiência constitucional inglesa, desta perspectiva, transforma o paradigma dos “princípios do garantismo” (De Ruggiero, 1984, p. 65).

Como denominação centralizada sobre as garantias constitucionais das liberdades fundamentais, o termo

“garantismo” se radica na linguagem filosófico-jurídica italiana do segundo pós-guerra. Nos anos sessenta, Giovanni Sartori tenta até mesmo promover a adoção do termo no léxico do constitucionalismo inglês (Sartori, 1962) (sem sucesso, ao quanto parece). Na reflexão filosófico-histórica de outro ilustre expoente da ciência política italiana, Nicola Matteucci, o garantismo se configura como um componente essencial do constitucionalismo moderno (antimajoritário e individualístico). No verbete *Constitutionalismo* do *Dicionário de política* (1976) – por ele próprio escrito, conjuntamente com Norberto Bobbio – Matteucci escreve:

O garantismo, que tem o seu principal teórico em Benjamin Constant, acentua ao máximo, em polêmica com Rousseau e com a interpretação jacobina da vontade geral, a exigência de tutelar, no plano constitucional, os direitos fundamentais do indivíduo, quer dizer, a liberdade pessoal, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, enfim, a inviolabilidade da propriedade privada (Matteucci, 2004, p. 205).

Obviamente, uma vez que seu uso se tornou habitual, o termo “garantismo” aparece nos principais dicionários. Em 1970, o *Grande dizionario della lingua italiana* de Salvatore Battaglia lhe atribui dois significados estreitamente ligados. Garantismo é, em primeiro lugar, o “caráter próprio das constituições democrático-liberais mais evoluídas, consistente no fato que essas estabelecem instrumentos jurídicos sempre mais seguros e eficientes (como o controle de constitucionalidade das leis ordinárias) com a finalidade de assegurar a observância das normas e dos ordenamentos por parte do poder político (governo e parlamento)”. Em segundo lugar, é a “doutrina político-constitucional que propõe uma sempre mais ampla elaboração e introdução de tais instrumentos”. Poder-se-ia parafrasear: (i) garantismo como dimensão específica do constitucionalismo rígido, (ii) garantismo como teoria normativa do constitucionalismo rígido.

Até aqui não impressiona o fato que não tenha sido atestada no Battaglia a acepção de uso hoje mais comum do termo “garantismo”, isto é, aquela que ancora o seu campo de denotação nos cânones de legitimidade da justiça penal. Trata-se, de fato, de uma curvatura semântica produzida sucessivamente no tempo, quando, em relação à legislação emergencial com a qual a política italiana tentou enfrentar o terrorismo, na segunda metade dos anos setenta, a cultura jurídica, de orienta-

ção progressista, reafirmou com força o primado dos direitos individuais de imunidade e de liberdade diante dos poderes punitivos do Estado. Garantismo se torna, então, o nome da teoria liberal do direito penal, ou seja, do paradigma normativo – de matriz iluminista – do “direito penal mínimo”.

A difusão internacional da doutrina jurídico-política desenhada com o termo “garantismo” se liga – como é sabido – à atividade científica, cultural e civil de Luigi Ferrajoli, que, com *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* (1989)⁴, suscitou um vasto e durável debate, influenciando profundamente a cultura juspenalista ibérica e sul-americana. Nesta obra – que já pode ser incluída entre os clássicos da história do pensamento jurídico – o garantismo se apresenta como uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrárias, ou seja, como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos.

A elaboração teórica de Ferrajoli remete explicitamente à reflexão iluminista sobre o fundamento, os escopos e os limites da “justiça punitiva”; a razões vistas, portanto, se falou a respeito de “neo-iluminismo penal” (Ripoli, 1993). Com efeito, em *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, renova-se o fecundo casamento entre utilitarismo e contratualismo típico do discurso político dos iluministas. Um discurso que, a partir do reconhecimento do caráter intangível da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos, privilegiava uma concepção do Estado antitética em relação àquela acreditada pela tradição: sobre a deontologia da obediência, que prescrevia os deveres dos súditos nos limites do soberano se impunha a teorização do dever do soberano de respeitar e proteger os direitos do sujeito. Consequentemente, a ideia de *potestas legibus soluta* era afastada e – contrariamente – se desenhava a consciência de que para tutelar os indivíduos era necessário regular, limitar e controlar o exercício do poder. Nesta perspectiva que se inscrevem as teorias da soberania da lei, da divisão dos poderes e da representação política, através da qual se perfila o modelo de Estado preconizado pelos iluministas: *in nuce* – poderemos dizer com uma expressão anacrônica – o paradigma do Estado de Direito.

Emerge então, neste cenário ideológico, a centralidade do problema penal, ou seja, a suma problemática do poder de punir: poder “terrível” (Montesquieu, 1996,

⁴ Uma importante discussão sobre este livro foi recolhida em Gianformaggio (1993).

p. 311), como o define Montesquieu, contudo, necessário. Necessário porque, na falta de normas disciplinantes da convivência social reforçadas pela sanção penal pública, a vida, a integridade e a liberdade das pessoas restariam expostas à violência privada, no vigor da lei do mais forte. Terrível porque tal poder, mesmo que justificado com fundamento na salvaguarda daqueles direitos, invade a esfera de imunidade por esses constituída, estabelecendo as condições para a sua privação. À luz desta dúplice consciência teórica, dramaticamente advertida pelos iluministas, o sistema penal se mostra como o lugar da primeira qualificação política da ordem civil, porque se encontram de imediato as relações entre autoridade e indivíduo e os conflitos entre força e direito/os. O desenho de um paradigma estatal caracterizado pela subordinação dos poderes públicos à lei, em função da tutela dos sujeitos, descobre, assim, na qualificação dos delitos, na definição das penas, na organização dos juízos, um banco de prova crucial e decisivo (Cattaneo, 1974; Tarello, 1997, p. 383-483).

Contra o sistema punitivo do antigo regime, confessional nas proibições, feroz nas punições, abusivo nas imputações, arbitrário nas decisões, Beccaria, Voltaire, Filangieri (para citar os mais ilustres expoentes do iluminismo jurídico) se batem por uma reforma da justiça penal finalizada a retirar “ao inocente todo medo, ao infrator toda esperança, e aos juízes todo arbítrio” (Filangieri, 2003, p. 119). Codificação legislativa do direito penal, humanização e racionalização do sistema das penas, secularização e liberalização dos delitos, demolição dos institutos do processo inquisitório e introdução das garantias fundamentais do imputado: são estes os objetivos dos iluministas (Ippolito, 2008, p. 157-221). São estas as suas respostas às questões nas quais se articula o problema penal: quando proibir? como punir? como julgar?

Em *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Ferrajoli desenvolve um diálogo fictício com esta tradição cultural, redescobrimo-a na sua plena significação garantista. Basta voltar o olhar aos capítulos da obra dedicados ao processo penal para ponderar o valor da lição do iluminismo, que em oposição ao processo do passado, baseado na prisão preventiva, no segredo e na forma escrita da instrução probatória, na posição de inferioridade da defesa em relação à acusação, na união dos órgãos requerentes e judicantes, concebe um modelo processual antitético por natureza e conotação fundamental: estruturado sobre a presunção de inocência e a liberdade pessoal do imputado, sobre a publicidade e a oralidade do rito, sobre a paridade e o contraditório entre as partes, sobre a imparcialidade do

juiz e sua atuação como terceiro não interessado (*terzieta*), sobre a colegialidade do órgão julgador.

O “neo-iluminismo penal” de Ferrajoli insere este conjunto de garantias processuais em um complexo paradigma normativo voltado à proteção dos indivíduos mercê da regulação do poder punitivo do Estado. Regulação que passa através de um sistema de limites e vínculos, impostos tanto à legislação penal quanto à jurisdição penal, com o objetivo de restringir a primeira à tutela dos direitos e de reduzir a segunda a uma atividade tendencialmente cognitiva.

O caráter distintivo das decisões jurisdicionais em relação a todas outras espécies de decisões jurídicas (legislativas, administrativas ou negociais) está, de fato, na sua dimensão teórica, bem como, normativa. A jurisdição tem como objeto da sua atividade fatos empíricos e normas jurídicas, os quais verifica e nos quais a conexão forma o pressuposto do ato jurídico no qual se explica a sua dimensão normativa e sancionatória. Isto significa que o legítimo exercício do poder judiciário, à diferença dos outros poderes (baseados sobre o consenso ou sobre o interesse), encontra fundamento exclusivamente na “verdade judicial”: aquela jurídica, que exige a sujeição do juiz à lei, e aquela fatural, que exige a formalização de um adequado método cognitivo.

O enquadramento da jurisdição penal como saber-poder e a ancoragem da lei penal na defesa dos direitos descendem de um conjunto de garantias substanciais e processuais que a teoria do garantismo penal põe como parâmetros de justificação do poder de punir. As garantias penais substanciais são critérios normativos e limitativos da previsão legal dos delitos: o princípio da taxatividade, os princípios da materialidade e da ofensividade dos comportamentos puníveis, e o princípio da culpabilidade. As garantias processuais regulam a intervenção punitiva estatal na fase crucial da decisão judicial (*accertamento giudiziario*), formando com as primeiras um sistema fortemente coeso, voltado para a salvaguarda da liberdade e para a minimização do arbítrio punitivo (Ferrajoli, 1989, 1998).

A coluna mestra do paradigma garantista do direito penal, sobre a qual se rege o inteiro arranjo da jurisdição como atividade cognitivo-normativa e não valorativo-potestativa, é constituído pelo princípio da taxatividade ou da estrita legalidade. No campo penal, o princípio da legalidade equivale à prescrição da reserva de lei: *nullum crimen et nulla poena sine lege*. A jurisdição, com base neste princípio, é limitada ao *ius dicere*, isto é, à afirmação da lei, à subsunção dos fatos estabelecidos às normas legislativas. O princípio da taxatividade exige um reforço da legalidade penal em relação à denotação

normativa dos delitos, com o fim de assegurar a certeza do direito e conjuntamente a liberdade e a igualdade jurídica. Enquanto o princípio da legalidade (de *mera* legalidade) é uma norma voltada aos juízes aos quais ordena a aplicação da lei, o princípio da taxatividade (de *estrita* legalidade) é uma norma voltada ao legislador para quem prescreve o uso de termos dotados de extensão determinada na formulação legal dos tipos (suportes fáticos) criminais. Para a linguagem penal, com base nesta regra metalegislativa, deve ser portanto imprimida uma univocidade semântica.

Os princípios da ofensividade, da materialidade e da responsabilidade pessoal definem as condições necessárias para justificar as proibições penais, identificando os elementos constitutivos do delito no evento, na ação e na culpa. O princípio da ofensividade prescreve a delimitação do campo do proibível somente às ações nas quais o efeito consiste em um dano a terceiros. Com base nisto, a lei não pode qualificar como delito um comportamento não lesivo de direitos de outros, porque na tutela dos direitos reside de fato a finalidade do direito penal. Os atos moralmente reprováveis de qualquer sujeito não são, portanto, penalmente relevantes se não quando ofendem a esfera jurídica de outros sujeitos. É claro que um similar princípio normativo tanto restringe a autoridade punitiva do Estado, quanto expande a liberdade dos indivíduos, limitados somente pela recíproca compatibilidade. O princípio da materialidade é estreitamente coligado ao precedente na determinação da classe dos comportamentos suscetíveis de proibições legítimas, afirmando que somente as ações externas estão em grau de produzir danos a terceiros e que, portanto, não pode dar-se ofensividade sem exterioridade. Trata-se, evidentemente, de um princípio de laicidade jurídica que subtrai ao disciplinamento penal a intimidade da pessoa, levantando uma barreira em defesa da liberdade individual de consciência e de pensamento contra as pretensões potestativas do Estado, para as quais a afirmação pode dizer respeito somente aos comportamentos materiais e não às identidades subjetivas. O princípio da responsabilidade pessoal identifica na culpabilidade o elemento subjetivo necessário à qualificação jurídica de uma ação ofensiva como delito, excluindo do horizonte do direito penal a responsabilidade ou objetiva ou sem culpa.

O conjunto das garantias vale para vincular as proibições legais apenas aos comportamentos empíricos danosos, exatamente determinados, atribuíveis à culpabilidade de um sujeito. Em particular, todas juntas convergem para interditar ao legislador penal a produção de normas constitutivas de estatutos criminais, isto

é, de normas que, ao contrário de regular comportamentos dos destinatários instituindo vedações de ações, criam situações de desvio em referência a condições subjetivas. Os princípios da taxatividade e da materialidade valem para assegurar as condições de verificabilidade ou falsidade em abstrato das hipóteses de delito, sem as quais a jurisdição penal perde o seu caráter cognitivo e degenera em poder arbitrário. Suportes fáticos criminais que não consistam em ações ou que são indeterminados sobre o plano extensional não são, de fato, nem verificáveis, nem falsificáveis, e, portanto, rendem vãs as garantias processuais, consignando à discricionariedade potestativa do juiz o êxito do processo e a sorte do acusado.

Ao contrário, na presença de hipóteses de delito verificáveis ou falsificáveis em abstrato, o processo penal pode consistir na sua verificação ou falsificação em concreto, dando lugar a um juízo fundado sobre o estabelecimento da verdade processual. Tal determinação, dizendo respeito aos fatos do passado, baseia a sua atendibilidade no respeito a um procedimento heurístico de tipo indutivo, por provas e contraprovas. As garantias processuais exigidas pelo garantismo penal como condições da correta verificação do fato denotado como delito na hipótese acusatória consistem de fato em regras jurídicas que correspondem aos critérios epistêmicos do raciocínio indutivo. A presunção da inocência equivale à presunção de falsidade de uma tese não provada; o ônus da prova sob responsabilidade da acusação é o ônus de produzir confirmações empíricas da hipótese acusatória idôneas para sufragar a sua aceitação como verdade; o contraditório com paridade das partes antagonistas representa a colocação à prova da hipótese de acusação através da sua exposição às confutações e às contraprovas produzidas pela defesa; atuação como terceiro (*terzietà*) e a independência do juiz, a oralidade e a publicidade do procedimento, o dever de motivação das sentenças e o direito ao recurso são as regras que asseguram a correção do juízo e a possibilidade de um controle sobre esse. No seu complexo, estas garantias compõem o modelo cognitivo do processo penal orientado à procura da verdade e tendem, portanto, a proteger o inocente de punições injustas (Ferrajoli, 1989, 2006a, 2006b).

A redução da jurisdição à sua função intrínseca de declaração das violações da lei, através da cognição do fato e do reconhecimento do direito, é também a condição da sua legitimidade, em que o único fundamento reside na verdade das decisões judiciais, assegurada pelas garantias penais (como condições de verificabilidade ou falsidade) e das garantias processuais (como

regras de verificação e falsificação). Deste específico fundamento de legitimidade, de todo distinto daquele consensual expresso no circuito institucional de representação política, deriva a necessidade da independência dos órgãos jurisdicionais dedicados às funções de governo. O paradigma garantista, tendendo a neutralizar o arbítrio potestativo dos juizes, sujeitado *somente* à lei, edifica a jurisdição como instituição de garantia, estranha à lógica democrático-majoritária do poder político, mas igualmente e profundamente democrática, enquanto finalizada à proteção dos *direitos de todos*. Neste sentido, e não como expressão da vontade geral, a justiça é administrada em nome do povo, isto é, no interesse de cada um dos singulares indivíduos que empiricamente constituem o povo (Ferrajoli, 1997).

Além da mais completa e sistemática concepção do garantismo como filosofia da justiça penal, a Ferrajoli se deve a maior contribuição analítica para a definição de garantismo como teoria do Estado democrático-constitucional, em relação ao qual o direito penal se apresenta como uma específica declinação; historicamente mais antiga (mas, mesmo assim, recente), juridicamente mais enraizada (mas, contudo, sempre frágil), culturalmente mais compartilhada (mas, contudo, ainda minoritária). Na sua apreensão global da teoria do Estado, o garantismo tematiza a mutação de paradigma juspolítico liberada, na configuração do ordenamento jurídico e na estrutura da democracia, na evolução do *Estado legislativo de direito* para o *Estado constitucional de direito*: dois modelos distintos de organização política, tendentes, em medidas diversas, à realização do antigo ideal do “governo das leis”, ou seja, à constituição de uma forma estatal na qual os poderes públicos são regulados e limitados pelo direito em função da tutela dos indivíduos.

O Estado legislativo de direito representa a primeira aproximação desta meta política. O seu nascimento coincide, de fato, com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito existente/válido. Com base nisto, é *direito* tudo e somente o conjunto de normas produzidas pelos órgãos competentes em conformidade às normas sobre a sua produção. O Estado adquire assim o monopólio da produção jurídica, pondo fim à época do direito jurisprudencial, caracterizada pela centralidade da doutrina e da jurisdição como fontes do direito e pela prevalência de um critério de individuação das normas jurídicas de tipo substancialista, voltado à concepção ético-cognitivista pela qual “*veritas non auctoritas facit legem*”. Mesmo que tal princípio jusnaturalístico possa aparecer intuitivamente mais justo e mais racional do que o pos-

tulado juspositivista “*auctoritas non veritas facit legem*”, somente este último, ou seja, o princípio da legalidade no Estado de direito, está em condições de assegurar, juntamente com a soberania da lei, aquela precondição da liberdade e da igualdade que é a certeza do direito, onde o critério da intrínseca racionalidade e da justiça tende a se resolver, como mostra a experiência jurídica pré-moderna, no caos normativo e no arbítrio potestativo, não seria o *ius* dedutível da *iustitia*, nem a *iustitia* predicável de *veritas*.

O Estado de legal, todavia, não constitui a completa institucionalização do paradigma ideal do Estado de direito, no qual o ordenamento jurídico impõe aos poderes públicos o escopo de salvaguardar os direitos subjetivos. A sua incompletude em relação a um símile modelo estatal consiste no fato que o caráter meramente formal do princípio de legalidade não vincula a lei a nenhum fim determinado e não lhe circunscreve em nenhuma maneira o raio de intervenção. A lei, que condiciona os atos jurídicos a essa subordinados, sujeitando os poderes jurisdicionais, administrativos, executivos e de autonomia privada dos quais os atos são o exercício, não sofre condicionamento algum: o poder do qual esta decorre, portanto, resta um poder absoluto, de cuja vontade discricionária imperativa vão depender a existência e a tutela dos direitos subjetivos. O Estado legislativo de direito, portanto, pode ser definido como um *Estado legal* mais que um Estado de direito em sentido estrito, enquanto formaliza um sistema de governo *per leges*, mas não *sub lege* (Ferrajoli, 2002).

A sujeição de todos os poderes ao direito (poder legislativo compreendido) se cumpre somente com a passagem ao Estado constitucional de direito (ou Estado de direito em senso estrito) caracterizado pelo ordenamento jurídico da constituição rígida. A rigidez e a superioridade hierárquica das normas constitucionais, asseguradas pela predisposição de um procedimento agravado de revisão constitucional e, sobretudo, a instituição do controle jurisdicional de constitucionalidade, condicionam a lei à coerência com os significados das normas de grau supraordenado, introduzindo um princípio de legalidade substancial que integra às formas de produção legislativa. Esta dúplici dimensão da legalidade cria uma dissociação entre existência e validade das normas de lei, vindo esta última a depender não mais somente, como a primeira (com a qual o Estado legal coincidia), da observância das normas formais sobre a criação do direito, mas também da adequação dos conteúdos normativos das leis aos conteúdos normativos da constituição. Assim, a positivação dos princípios e valores de papel supraordenando à lei, e, especificamente,

dos direitos fundamentais, estabelece, internamente no ordenamento, um dever ser constitucional que reconduz *sub lege* também o poder legislativo.

Para completar o Estado de direito, mercê da expansão do princípio da legalidade e da juridicização da *summa potestas* (ainda *legibus soluta* no Estado legal), corresponde uma mutação na natureza da democracia, que cessa de identificar-se com somente a dimensão política do sufrágio universal, da representatividade e do princípio da maioria, isto é, com as modalidades, os procedimentos e os sujeitos das decisões, e adquire uma dimensão constitucional de determinação jurídica do poder, relativa ao conteúdo das decisões políticas, submetidas à observância dos direitos fundamentais, os quais, com o princípio da igualdade, constituem os fundamentos axiológicos positivos da democracia constitucional, ou seja, daquela forma de democracia que incorpora os princípios e os escopos do Estado de direito como elementos constitutivos do próprio ordenamento.

Os direitos fundamentais atribuídos pelas normas constitucionais (às pessoas e/ou aos cidadãos e/ou aos sujeitos capazes de agir), e, em particular, os direitos de liberdade, consistentes em expectativas jurídicas negativas (de não lesão), e os direitos sociais, consistentes em expectativas jurídicas positivas (a prestações), são subtraídos, em virtude da sua posição no vértice da hierarquia das fontes, à disponibilidade (não somente dos seus titulares, mas também) do poder político, em relação ao qual se impõem como outros tantos limites e vínculos, para os quais a violação e a não observância se manifestam como antinomias e como lacunas do ser legislativo do direito em relação ao seu dever constitucional. É, portanto, evidente que, dado o caráter nomodinâmico do ordenamento jurídico, o grau de efetividade dos princípios e dos direitos estipulados a nível constitucional depende, em larga medida, das correlativas garantias e da sua atitude para constranger os poderes públicos à observância dos direitos.

A perspectiva teórica do garantismo ferrajoliano – que em *Principia iuris* alcança a máxima expressão (Ferrajoli, 2007)⁵ – é uma concepção do Estado de direito e da democracia constitucional que, levando os direitos a sério, põe no centro da reflexão jurídica e dos projetos políticos o tema das garantias, isto é, daquelas técnicas normativas finalizadas à salvaguarda dos direitos subjetivos e consistentes em deveres positivos (a comissões) ou negativos (a omissões) correspondentes respectiva-

mente às expectativas jurídicas positivas ou negativas, as quais, se não satisfeitas ou violadas, legitimam a expectativa de reparação, à qual (por sua vez) corresponde um dever jurisdicional de reparação, que representa uma garantia de segundo grau em relação àquelas de primeiro grau integradas pelos deveres e pelas vedações correlativas aos direitos.

Invertendo a tradicional concepção imperativa do direito, que afirma a inexistência jurídica de direitos subjetivos privados de garantias, a teoria do garantismo, no reconhecimento do caráter normativo e supraordenado dos direitos constitucionais, postula o nexo de implicação deontica entre direitos e garantias. Estas, quando não são previstas, devem ser introduzidas porque os direitos, que as exigem, tanto existem quanto são estabelecidos.

O garantismo, portanto, se configura 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 (Ferrajoli, 1993, 1999a, 1999b, 2001, 2006c⁶): para as quais a vitalidade e o desenvolvimento dependem – como nos ensina Luigi Ferrajoli – do empenho civil de cada um de nós, enquanto juristas, enquanto estudiosos e, sobretudo, enquanto cidadãos.

Referências

- ANDRÉS IBAÑEZ, P. 2005. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: M. CARBONELL; P. SALAZAR (org.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta.
- CARBONELL, M.; SALAZAR, P. 2005. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, Trotta, 542 p.
- CATTANEO, M. 1974. *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*. Ferrara, Editrice Universitaria.
- DE RUGGIERO, G. 1984 [1925]. *Storia del liberalismo in Europa*. Roma-Bari, Laterza, 458 p.
- FERRAJOLI, L. 1989. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza, 1024 p.
- FERRAJOLI, L. 1993. Il diritto come sistema di garanzie. *Ragion pratica*, 1:143-161.
- FERRAJOLI, L. 1997. Giurisdizione e democrazia. *Democrazia e diritto*, 1:284-304.
- FERRAJOLI, L. 1998. Garantismo e diritto penale. *Dei delitti e delle pene*, 3:107-123.
- FERRAJOLI, L. 1999. Garanzie. *Parolechiave*, 19:15-32.
- FERRAJOLI, L. 1999b. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 180 p.
- FERRAJOLI, L. 2001. *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*. Roma-Bari, Laterza, 377 p.

⁵ Sobre isso vejam-se os artigos recolhidos em *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (2008, p. 31).

⁶ Em resposta aos artigos recolhidos em Carbonell e Salazar (2005).

- FERRAJOLI, L. 2002. Lo Stato di diritto tra passato e futuro. In: P. COSTA; D. ZOLO (org.), *Lo Stato di diritto: Storia, teoria, critica*. Milano, Feltrinelli, p. 349-386.
- FERRAJOLI, L. 2006. *Derecho penal mínimo y otros ensayos*. Mexico, CEDH.
- FERRAJOLI, L. 2006b. *Garantismo penal*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 94 p.
- FERRAJOLI, L. 2006c. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 132 p.
- FERRAJOLI, L. 2007. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari, Laterza, 3 vols.
- FILANGIERI, G. 2003. *La Scienza della legislazione (1780-1791)*. Napoli, Grimaldi.
- GIANFORMAGGIO, L. (org.). 1993. *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino Giappichelli, 520 p.
- IPPOLITO, D. 2008. *Mario Pagano: il pensiero giuspolitico di un illuminista*. Torino, Giappichelli, 320 p.
- MATTEUCCI, N. 2004 [1976]. Costituzionalismo. In: N. BOBBIO; N. MATTEUCCI, *Dizionario di politica*. Torino, UTET.
- MONTESQUIEU, C.-L. de S. de. 1996 [1748]. *Lo Spirito delle leggi*. Milano, Rizzoli.
- RIPOLI, M. 1993. Diritto e morale: il neoilluminismo penale di Luigi Ferrajoli. In: L. GIANFORMAGGIO (org.), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino, Giappichelli, p. 158-170.
- SARTORI, G. 1962. Constitutionalism: a preliminary discussion. *The American Political Science Review*, 4:853-864.
<http://dx.doi.org/10.2307/1952788>
- TARELLO, G. 1997 [1976]. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione*. Bologna, Il Mulino, 644 p.

Submetido em: 22/01/2011

Aceito em: 01/04/2011