



GARANTISMO: UM MODELO NORMATIVO

GUARANTEE: A NORMATIVE MODEL

Maurício Ávila Prazak

Escola Paulista de Direito, São Paulo/SP, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-2505-1379> | <http://lattes.cnpq.br/3015754339985752>

Bruno Furtado Silveira

Escola Paulista de Direito, São Paulo/SP, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-8817-4010> | <http://lattes.cnpq.br/3733894117146889>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo traçar um panorama do garantismo, desde sua contextualização histórica até os pontos principais da teoria que tem grande influência na América Latina. Como problemática, o artigo visa verificar os significados do Garantismo na visão de Luigi Ferrajoli, bem como quais são as linhas gerais e os axiomas do garantismo penal. Por meio do método hipotético dedutivo, utilizou-se de doutrina, legislação e artigos científicos para concluir que na visão de Luigi Ferrajoli, o Garantismo penal é um modelo normativo do direito, que teve seu nascimento no direito penal, que acaba por limitar o poder autoritário e atua como garantia de defesa e liberdade, bem como dos direitos fundamentais, políticos e sociais.

Palavras-chave: Luigi Ferrajoli; Garantismo; Direitos Fundamentais; Constituição.

ABSTRACT: This article aims to trace an overview of guarantor, from its historical contextualization to the main points of the theory that has great influence in Latin America. As problematic, the article aims to verify the meanings of Garantismo in luigi Ferrajoli's view, as well as what are the general lines and axiomas of criminal guarantom. Through the hypothetical deductive method, doctrine, legislation and scientific articles were used to conclude that in Luigi Ferrajoli's view, penal guarantee is a normative model of law, which was born in criminal law, which ends up limiting authoritarian power and acts as a guarantee of defense and freedom, as well as fundamental, political and social rights.

Keywords: Luigi Ferrajoli; Garantism; Fundamental rights; Constitution.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema central o panorama do garantismo, desde sua contextualização histórica até os pontos principais da teoria que tem grande influência na América Latina. Para chegar ao resultado, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, sendo utilizada doutrina, legislação e jurisprudência para fundamentação teórica.

Como principais hipóteses, tem-se que o Garantismo, na visão de Luigi Ferrajoli, acabou se tornando um modelo normativo, o qual visa proteger os indivíduos do poder autoritário do Estado, bem como garantir as liberdades e demais direitos fundamentais, políticos e sociais; atuando na tramitação de inquéritos policiais que asseguram a imparcialidade judicial como é feito no juízo de garantias (Morais; Andrade, 2023; Kazmierczak; Costa; Binati, 2023).

Para tanto, o primeiro capítulo traz uma abordagem da contextualização história da Teoria Garantista, visando demonstrar o período turbulento em que a sociedade vivia. No

Recebido em: 27/09/2023

Aprovado em: 30/11/2023



segundo capítulo, busca-se relacionar o garantismo penal com os demais ramos do direito, finalizando o terceiro capítulo com a demonstração do garantismo como modelo normativo, o qual tem como objetivo a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA GARANTISTA

Na Itália, no período entre os anos de 1968 até o fim da década de 1980 foi um período de grande turbulência sócio-política que ficou conhecido como Anos de Chumbo (em italiano: *Anni di piomb*), e foi marcado por uma onda de ataques terroristas praticados por grupos radicais de esquerda e de direita. Foi um período marcado por fortes tensões sociais, que deixaram marcas muito vincadas na sociedade italiana – muitas delas visíveis hoje.

Nesse período, Giovanni Sartori, cientista político italiano, tentou promover a adoção do termo no léxico do constitucionalismo inglês (Sartori, 1962). Sobre o tema, Matteucci e Bobbio (2004, p. 205) escrevem que:

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 estampa, a liberdade religiosa, enfim, a inviolabilidade da propriedade privada.

Essa época foi marcada por uma onda de ataques terroristas praticados por grupos radicais de esquerda e de direita. Havia fortes tensões sociais, que deixaram marcas muito vincadas na sociedade italiana – muitas delas visíveis até hoje.

Um dos Grupos paramilitares de guerrilhas mais organizados e fortes era Brigadas Vermelhas (Brigate Rosse), em 1978 assumiu o sequestro de Aldo Moro, primeiro-ministro da Itália, e, após o manter por 55 dias em cativeiro, o assassinaram, no dia 16 de março de 1978.

Entre as possíveis origens da denominação Anos de Chumbo, alguns historiadores defendem pelo grande número de tiros disparados no período, enquanto que para outros, seria a influência do filme alemão, lançado em 1981 (*Die bleierne Zeit*), de Margarethe von Trotta, de cujo título em italiano é *Anni di piombo*.

Outro marco importante deste período foi o atentado da Piazza Fontana - uma grave ação terrorista que ocorreu no dia 12 de dezembro de 1969, no centro de Milão, quando, às 16h37min, uma bomba explodiu na sede do Banco Nacional da Agricultura na Piazza Fontana, provocando a morte de dezessete pessoas e ferindo outras oitenta e oito. Pela sua gravidade e importância política, esse acontecimento assumiu um papel histórico importante, sendo geralmente considerado como o primeiro ato produzido pela estratégia da tensão.



Ocorreram cinco atentados terroristas na tarde daquele dia, concentrados e articulados do primeiro ao último, em um período de tempo de somente 53 minutos, atingindo, ao mesmo tempo, as duas maiores cidades italianas, Roma e Milão.

Embora o caso ainda seja objeto de controvérsia, a responsabilidade pelos ataques tem sido atribuída a grupos de extrema direita, que visavam um endurecimento das políticas repressivas e autoritárias através da instauração de um clima de tensão no país. A violência vinha sob a forma de atentados, assassinatos e guerra de rua entre facções de militantes rivais.

Foi nesta época que Cesare Battisti, que pertencia ao grupo Proletários Armados pelo Comunismo ou PAC (em italiano Proletari Armati per il Comunismo), teria cometido os 4 homicídios que culminaram com sua condenação à prisão perpétua. O grupo tinha, pelo menos, 60 pessoas envolvidas. Eles afirmavam que “a classe trabalhadora era um grupo social politicamente não representado e explorado pelas classes dominantes”.

A resposta do Estado Italiano no combate à onda de terrorismo que tomou o País foi a edição de uma legislação emergencial, a imposição de um verdadeiro regime de força. Leis mais rigorosas e duras para enfrentamento da criminalidade - quase um terrorismo de Estado com grande aparato repressivo. Por exemplo havia previsão da possibilidade da prisão preventiva com duração de até dez anos.

Foram editadas leis duras que colidiam e limitavam os direitos fundamentais. Foi um período marcado por fortes tensões sociais, que deixaram marcas muito vincadas na sociedade italiana – muitas delas visíveis hoje.

Ippolito (2011), em seu artigo titulado O garantismo de Luigi Ferrajoli menciona que:

Como denominação centralizada sobre as garantias constitucionais das liberdades fundamentais, o termo “garantismo” se radica na linguagem filosófico-jurídica italiana do segundo pós-guerra.

Em oposição a este regime de força surge o movimento Magistratura Democrática, liderado pelo juiz Luigi Ferrajoli, que se rebelou contra este regime de força. Luigi Ferrajoli é um jus filósofo, juiz de direito italiano, que iniciou sua investigação no âmbito do direito penal para dar corpo, posteriormente, à teoria geral do garantismo. O livro que consagra sua teoria chama-se Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal, conhecido como bíblia do garantismo.

Miguel Carbonell (2005, p. 194) discorre que:

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones [...], sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes



privados pudean hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.¹

Ferrajoli resgatou princípios esquecidos do período iluminista (séculos XVIII e XIX): Igualdade, Fraternidade e Liberdade para elaborar a teoria do Garantismo Penal com Fundamento no Estado de Direito, na Constituição.

Assim, diante das abusividades cometidas pelo Estado italiano nos anos de chumbo, foi desenvolvida a teoria do Garantismo, que é um modelo normativo e base de diversas Constituições no mundo inteiro, conforme será analisado nos capítulos seguintes.

3 O GARANTISMO PENAL COMO FUNDAMENTO DOS DEMAIS RAMOS DO DIREITO

O garantismo é um modelo normativo que nasceu no direito penal, como sistema de limites à autoridade punitiva do Estado, como garantia de defesa e da liberdade. Inclusive, para Ferrajoli, o garantismo é um modelo normativo que pode ser extensivo à garantia de todos os direitos fundamentais.

Douglas Fischer (2009), em sua obra “O que é garantismo penal?” aborda que:

O garantismo penal não é simplesmente *legalismo*, pois a teoria está calcada numa visão teórica de um direito próprio de um Estado Social e Democrático. É dizer: ao tempo em que o investigado ou réu não pode ser mais visto como *um objeto* na instrução processual, e sim como um *sujeito de direitos* (referido aqui unicamente por esse prisma *inicial do garantismo*), a submissão do juiz à lei não mais é – como sempre foi pela visão *positivista tradicional e ilustrada* – à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acrítico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição (validade) vista como um todo.

Já Gascón Abellán (2005, p. 21) traz que:

Como *primera aproximación* que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por *parte de otros individuos y (sobre todo) por parte de poder estatal*; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas.

O garantismo penal, para Douglas Fischer (2009), em seu artigo, não é somente um marco teórico e também não visa proteger apenas os direitos fundamentais individuais, mas

¹ "a obrigação de proteger significa que o Estado deve tomar medidas para impedir que outros agentes ou sujeitos violem direitos sociais, incluindo mecanismos não apenas reativos a violações ..., mas também esquemas preventivos que impeçam os agentes privados de assumir o controle dos recursos necessários para a realização de um direito." (CARBONELL, SALAZAR, 2005. p. 194). (tradução nossa).



de toda a ordem jurídico constitucional, ou seja, dos demais direitos, como os coletivos e sociais. Ele defende que não se trata somente de direitos, mas também de deveres, de princípios e de valores, devendo-se fazer uma análise do sistema constitucional como um todo.

Ferrajoli (2010, p. 90-91) parte do pressuposto de que o poder de punir e julgar, por constituírem a mais violenta e direta interferência estatal sobre a vida das pessoas, precisam de rígida disciplina jurídica. Assim, o garantismo penal reproduz princípios jusnaturalistas, agregando diversos outros de forma derivada, todos limitadores de eventuais arbítrios.

Ferrajoli (2000, p. 103-104) sistematiza a Teoria do Garantismo Penal em 10 axiomas jurídicos (verdades incontestáveis, ou seja, postulados) no plano do dever ser. Assim, quanto mais metas alcançadas pelo Estado mais democrático ele será. Em suas palavras:

el modelo garantista [...] presenta las diez *condiciones, límites o prohibiciones* que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.

Trata-se de um verdadeiro meta modelo, “dever ser”, para muitos um Certificado 9001 da democracia, um modelo a ser alcançado. O garantismo visa defender não apenas o réu do Estado mas também a sociedade de eventual criminoso. Protege o réu da vingança privada com imputação da pena pelo Estado que detém o monopólio da punição.

Prado (2005, p. 149), traz o seguinte pensamento acerca do processo penal:

Os sistemas processuais classificam-se em inquisitório e acusatório. O sistema inquisitório, de maneira sucinta, refere-se à concentração, numa mesma pessoa, das três funções do processo penal (acusar, defender e julgar).

Base da teoria está no princípio da estrita legalidade, que pelo raciocínio desenvolvido por Ferrajoli, não é sinônimo de *mera legalidade*, ao exigir a lei como pressuposto necessário da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*). Exige-se além: todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Trata-se de condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes (FERRAJOLI, 2010).

Além da legalidade estrita, Ferrajoli menciona a necessidade de *estrita jurisdiccionariiedade* dirigida ao juiz e garante a verificação dos tipos penais concretos,



assegurando pressupostos para a correta incidência do ônus da prova a cargo da acusação e do direito de contestação por parte da defesa.

Assim, Ferrajoli, 2010, defende que o juiz somente pode declarar a veracidade do fato ou da prova se o fato comprovado corresponder ao *taxativamente* previsto na lei como crime. São, portanto, garantias totalmente conectadas.

Desta forma, o Sistema Garantista tem como ponto central que na previsão de crimes, cabe ao legislador indicar elementos que permitam a verificabilidade fática (não exclusivamente valorativas) por outro lado, é dever do juiz se pautar pelos ditames taxativamente indicados pela lei.

O uso de palavras equivocadas e de juízo de valor na descrição dos fatos imputados e na realização das provas representa, melhor, uma técnica de esvaziamento das garantias penais e processuais por parte dos juízes, não menos difundida do que a adotada analogamente pelo legislador na formulação das leis. (FERRAJOLI, 2010).

Douglas Fischer (2009) concorda de forma plena como uma primeira aproximação, a teoria garantista, da qual se fundamenta na obra de Luigi Ferrajoli “Direito e razão”, e que tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais que são estabelecidos na Constituição Federal.

el paradigma constitucional incluye asimismo, *según Ferrajoli*, los siguientes *grupos de derechos fundamentales*: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos civiles (o de autonomía privada), *derechos liberales (o de libertad) y derechos sociales*. (CARBONELL; SALAZAR; 2005, p. 384).

Desta forma, considera-se crime o que esteja indicado taxativamente em lei e o conteúdo da norma formado por pressupostos típicos dotados de significado preciso, pelo que será possível seu emprego e controle, de forma que o Ministério Público ou o juiz não terem o poder de alteração do significado das palavras.

Assim, não será considerado delito o que é socialmente reprovável ou censurável em determinada época, até porque os costumes e valores sofrem mutações. Isso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz somente à lei.

4 OS 10 AXIOMAS D A TEORIA GARANTISTA DE FERRAJOLI

Em sua obra, Ferrajoli desenvolve também dez axiomas, os quais serão abordados resumidamente no presente capítulo. O primeiro princípio abordado por ele é o da Legalidade: só existe pena, se existir crime; Só existe crime se existir lei.



O segundo princípio é o da Intervenção Mínima do Estado. Portanto, não existe pena se não existir necessidade e só há pena se houver lesão a bem jurídico. Lesão deve ser derivada de ação humana não pode punir pelo que o sujeito é – fato de existir não lesa bem jurídico, em oposição à teoria de Lombroso. Ação só existe se existir dolo ou culpa. Assim, há necessidade do ato de vontade –do elemento psicológico, em outras palavras, não existe responsabilidade penal objetiva.

Existem também os axiomas processuais: só existe culpa se houver devido processo legal, assim, só há culpa se houver julgamento; só deve existir julgamento se houver acusação. Verifica-se a importância do sistema acusatório em contradição ao sistema inquisitório.

Há necessidade de dois agentes: de acusação e o juiz de confirmação. Portanto, só existe pena se houver acusação; e acusação só com prova. Pena só pelo contraditório; ou seja, só existe prova se existir defesa, que Ferrajoli define como diálogo entre acusação e defesa para a construção da prova no processo.

Nas exatas palavras de Ferrajoli (2010):

El modelo garantista [...] representa las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal:

Según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.

Sendo assim, como conclusão dos dez axiomas abordados por Ferrajoli, tem-se que: só há pena se houver crime; só há crime se há lei prévia; lei deriva da necessidade; não há necessidade se não há lesão; só há lesão se houver ação humana; só há ação humana se houver dolo ou culpa; dolo e culpa devem ser demonstrados pelo devido processo legal (acusação separada do julgamento); tem que existir prova para acusação; prova é construída pelo contraditório; assim, pena deriva da defesa.

5 TEORIA GERAL DO GARANTISMO

Para Ferrajoli, 2010, o advento do Estado constitucional de direito no século XX, em oposição ao Estado legislativo de direito do século XIX, não significa uma superação do positivismo, mas o seu completamento. Inclusive, o autor critica e repudia o chamado pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.



Se, no Estado legislativo, o administrador está submetido à lei, o Estado constitucional consegue submeter o próprio legislador aos termos da Constituição. Mas a Constituição, para Ferrajoli, continua sendo direito positivo e ele não admite que o juiz constitucional maneje os princípios para decidir com base na moral.

Nesse sentido, Gilmar Mendes (1999) reconhece que:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental [...].

O constitucionalismo juspositivista ou garantista que sustenta “rejeita a tentação de voltar a confundir direito e moral, inclusive na forma do constitucionalismo ético”. (FERRAJOLI, 2010, p. 93).

Percebe-se que essa perspectiva assumida por Ferrajoli guarda profunda relação com sua posição na esfera penal. Com efeito, o direito penal é aquele mais aferrado ao positivismo jurídico: mesmo em tempos de neoconstitucionalismo, não se permite a ponderação ou a relativização de princípios como o da legalidade ou da tipicidade penal, nem das garantias processuais penais. Ferrajoli insiste na tese da separação entre direito e moral.

Lopes Junior (2007, p. 24) leciona:

[...] ainda que todos os sistemas sejam mistos, não existe um princípio fundamentalmente misto. O misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório.” Logo, tem de ser analisado qual princípio estrutura o sistema adotado, princípio dispositivo, o qual funda o sistema acusatório, ou, princípio inquisitivo, fundador de um sistema inquisitório.

Na esfera penal, não há possibilidade de o juiz decidir com base em perspectivas morais ou não deve haver espaço para tal, nem na hora de tipificar a conduta, nem no momento da apenação.

Lopes (2005, p. 24), ainda leciona sobre o garantismo e a possibilidade o juiz decidir:

Visando à consecução de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com a efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais, tal como a Constituição alvitra, a Teoria do Garantismo, no que tange ao âmbito penal,



incentiva um processo penal garantista, pois, baseando-se na obra de Ferrajoli, apenas um processo penal garantidor dos direitos do imputado e, conseqüentemente, limitador da discricionariedade do magistrado, pode conceder independência ao juiz e ao seu papel de controle da legalidade do poder.

Verifica-se que a teoria garantista do direito visa questionar os exercícios arbitrários de poder, bem como oferecer dispositivos jurídicos que garantam uma maior efetividade ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, Fischer (2009) aborda que:

Estabelecidos então novos marcos *teóricos* sociais, políticos e também jurídicos, a partir da metade da década de 1990 começaram a surgir manifestações doutrinárias mais enfáticas fazendo coro à necessidade de aplicação, também no Brasil, da *doutrina de garantias*. Em síntese inicial, não mais poderiam ser aplicáveis inúmeros dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais que se apresentassem completamente incompatíveis com as *garantias* fundamentais dos cidadãos e que estivessem estampadas numa Constituição democrática. Essa era a preocupação central, mas não a única, segundo cremos e interpretamos.

Ferrajoli atribui três significados à teoria do garantismo: Garantismo a função crítica do direito vigente em seu conjunto, sob o ponto de vista externo da justiça (filosofia política); a função crítica das leis vigentes, sob o ponto de vista interno da validade; o grau de observância da normas de determinado ordenamento jurídico, sob o ponto de vista externo da efetividade (sociologia do direito).

O modelo normativo de direito seria um modelo que se estrutura a partir do princípio da legalidade, que é a base do Estado de Direito. No aspecto jurídico, o de se criar um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado, sofrendo um certo limite nas atuações do Poder Estatal.

Cademartori (1999) remete que qualquer ordenamento, inclusive aqueles totalitários, poderiam ser entendido como “Estado de direito” se for analisado pela ótica do governo sub leges. Porém, podemos ver que pela ótica de um governo per leges:

...somente os Estados constitucionais, particularmente os de constituições rígidas, merecem esse epíteto, já que em seus níveis superiores incorporaram não só os procedimentos para a edição de normas de nível inferior, como também os limites substanciais para o exercício de qualquer poder.

Assim, o Estado deve respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem ser por ele ser efetivados. Trata-se de um verdadeiro limite à atuação estatal. O próprio Estado, que pela dogmática tradicional tem o poder pleno de criar o direito, sofre uma limitação garantista ao seu poder. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Constitucional de direito.



A Teoria Crítica do Direito, sob o ponto de vista interno da validade, aborda que o garantismo também pressupõe uma teoria que explique os problemas da validade e da efetividade. Para Ferrajoli, o sistema seria mais garantista quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico.

Sua teoria consiste em buscar aproximar validade da efetividade, muito embora parta do pressuposto de que são diferentes, visto que pode existir validade sem efetividade e, em um grau inferior de garantismo, efetividade sem validade.

Para ilustrar, pode-se verificar que certas práticas adotadas por policiais não são dotadas de validade, como no caso de uma confissão obtida por meios não permitidos pelo Estado, como a tortura.

Então, observando-se o sistema jurídico de modo tradicional, não-garantista, verifica-se que os graus de garantismo podem variar conforme o compasso (ou o descompasso) que vai existir entre a normatividade e a efetividade do direito.

Ferrajoli fala em graus de garantismo. Entretanto, o garantismo não pode ser medido apenas por um referencial, pois ele seria maior se observássemos apenas as normas estatais vigentes sobre os direitos sociais em um país como o Brasil.

Todavia, se o ponto de observação for o de sua aplicabilidade, o grau de garantismo é reduzido. Percebe-se, então, que o grau de garantismo depende do ponto de partida de observação do analisador.

É de suma importância fazer a menção de que o processo penal deve ser visto como garantia dos direitos e liberdades individuais, e Saboia (2018), leciona que o garantismo penal não busca:

[...] abolir a pena ou deixar os culpados impunes, tendo como objetivo o respeito à dignidade da pessoa humana, racionalizando a punição estatal.

Ferrajoli propõe modelo a ser alcançado, um meta modelo, e quer provocar o questionamento, a dúvida, a capacidade de poder perquirir, mesmo a partir do referencial estatal, acerca da validade das leis e de suas possibilidades de aplicação ao mundo empírico.

Com base nas definições, Cademartori, 1999, entende que o “pano de fundo teórico-Geral do garantismo” é constituído por quatro pedicados diferentes que podem ser imputados às normas, quais sejam eles: justiça, vigência, eficácia e validade.

Mesmo sendo reconhecidamente tipos ideais, há que se determinar a sua visão de validade e vigência como a possibilidade de verificação de um garantismo no direito. O garantismo seria, no entender de Ferrajoli, uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido. Essa



junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes.

Nesse sentido, Ingo Sarlet (2015), traz sobre a eficácia dos direitos fundamentais:

[...] a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado.

É como se a categoria dos direitos fundamentais fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito; em outras palavras, se uma norma é ou não válida.

O grau de observância das normas de determinado ordenamento jurídico, sob o ponto de vista externo da efetividade (sociologia do direito). Em outras palavras, o garantismo como uma busca de justificativa externa dos parâmetros garantistas adotados internamente pelos Estados. Partindo da vinculação dos poderes com os direitos fundamentais, identifica-se a simetria existente nas relações entre cidadãos e Estados e tudo mais que deriva desta relação.

Como Ferrajoli, (2010, p. 121), afirma em seu livro, a distinção entre o ser e dever-ser no direito, de cunho político, em relação ao mundo do ser e dever-ser do direito, próprios do âmbito interno de observação.

Ideia é ampliar o leque de possibilidades para a garantia efetiva de direitos, fazendo da norma estatal um ponto de partida para a observação de sua adequação ou não à realidade social.

Conclui-se, que a proposta de Ferrajoli consiste em resolver o paradoxo entre modelo normativo e prática operativa, a fim de minimizar a crise presente nos sistemas jurídicos da atualidade que embora consolidados por uma estrutura normativa constitucional, os direitos fundamentais são negligenciados em todos os níveis do poder estatal, revelando o que ele denomina, um Estado moderno em crise de governabilidade, em meio ao paradoxo instalado em seu ordenamento jurídico que abarca um "modelo normativo" garantista por excelência, mas que em sua "prática operativa" revela-se essencialmente antigarantista.

6 GARANTISMO NO BRASIL E SUA INFLUÊNCIA NO CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL

Para Ferrajoli, a Constituição Federal brasileira de 1988 é uma das mais avançadas do mundo, pois foi além de elevar os direitos sociais à característica de direitos constitucionais, ao prever garantias de efetivação desses direitos.



De fato, o legislador constituinte, de forma pioneira na história do constitucionalismo brasileiro, alçou os direitos sociais ao reverenciado status de direito fundamental, conferindo, ao menos em tese, maior atenção ao tema.

Isso porque, a Teoria Garantista, embora preveja um dever de abstenção do Estado sobre os direitos fundamentais dos indivíduos, também exige um posicionamento de atuação do Estado, a fim de garantir a efetivação de tais direitos.

Com efeito, a Constituição de 1988, estabelece nos artigos 6º e 196, um rol de direitos sociais e, por conseguinte, a responsabilidade do Poder Público, em todas as suas esferas administrativas, em gerir tais direitos, mediante adoção de políticas públicas sociais e econômicas necessárias para garantia de sua prestação efetiva.

A fim de exemplificar, fazer-se-á uma breve análise ao direito de saúde, eis que esse direito fundamental e social tem se destacado pelo atual cenário de pandemia, causada pelo COVID 19.

O direito à saúde não está previsto somente na Constituição Federal de 1988. Há regulamentação do Sistema Único de Saúde (SUS), previsto na lei federal nº 8.080/1990, sendo que determina que o Poder Público tem o dever de disponibilizar à população os serviços e ações indispensáveis ao tratamento médico de enfermos, em todos os níveis de complexidade.

O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, nos seguintes termos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, há decisões dos Tribunais pátrios, inclusive, em sede de antecipação de tutela. Deste modo, é evidente que os direitos fundamentais sociais reclamam um estudo à luz das políticas públicas de saúde a serem implementadas pelo Poder Público, partindo-se do ponto de vista da teoria do garantismo desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Veja-se os seguintes arestos:

Nas causas envolvendo o acesso à saúde dos cidadãos, por meio do Sistema Único de Saúde, os entes federados são solidariamente responsáveis. (...) 3. A verossimilhança do direito invocado está presente nos artigos 5º, caput, e 196, da CF, que asseguram o direito à vida e o direito à saúde como garantias fundamentais, sendo direito de todos e dever do Estado. 4. O receio de lesão consubstancia-se na possibilidade dos pacientes do SUS experimentarem prejuízo irreparável ou de difícil reparação, se tiverem que aguardar o tempo necessário para a decisão definitiva da lide. 5. Não se pode falar em impossibilidade de esgotar no todo ou em parte o objeto da ação em sede liminar, quando o que está em jogo é a vida (saúde) de uma pessoa. 6. Agravo



de instrumento conhecido e desprovido. Agravo regimental prejudicado. (TRF 4ª R. – AI 2003.04.01.041369-9 – SC – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – DJU 21.01.2004 – p. 625).

A saúde, como condição essencial à própria vida e dignidade humana, é direito fundamental social a ser assegurado pelo Estado a todos os cidadãos, por meio de políticas públicas que garantam a sua plena eficácia. 2. A atribuição conjunta, em regime de colaboração e cooperação de todos os entes federados para a prestação dos serviços à saúde, foi pauta de recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, que manteve a tese da responsabilidade solidária dos entes federativos frente aos aventados óbices administrativos ou orçamentários. (TJMG - Apelação Cível 1.0439.14.014770-3/002, Relator: Des.(a) Carlos Roberto de Faria, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/11/2016, publicação da súmula em 16/12/2016).

Portanto, é possível verificar a importância da Teoria desenvolvida por Luigi Ferrajoli no tocante aos direitos e garantias fundamentais, não somente como forma de prevenir os abusos do Estado, mas também como forma de fazer com o que Estado aja em favor dos indivíduos para efetivar os direitos e garantias fundamentais.

7 CONCLUSÃO

É cediço que o direito fundamental à saúde ainda se encontra marginalizado, estando o compromisso firmado pelo Constituinte em franca discrepância com a realidade e necessidade da maioria dos cidadãos que prescindem da assistência estatal. Assim, a realidade social brasileira, à luz do garantismo de Ferrajoli, está a merecer cuidado político/jurídico mais acentuado.

De fato, a matéria deve envolver uma análise econômica do direito, vez que o modelo político econômico deve ser compatível com os propósitos finalísticos da ordem constitucional, para que o condicionante econômico não retire a efetivação da garantia constitucional.

Finalmente, último aspecto que merece ser observado da teoria garantista, que vai além das garantias constitucionais de determinado Estado, está relacionado à ideia sustentada por Ferrajoli no sentido de que os direitos sociais vinculados à sustentação básica dos cidadãos, como a saúde, a educação, o trabalho, a moradia, devem ser considerados supraestatais – assim como todos os direitos fundamentais – de modo a impor-se um sistema de obrigações internacionais para a proteção desses direitos, especialmente em relação aos países mais pobres. Esta é uma das teses defendidas pelo autor no âmbito internacional – que incluem também a desvinculação dos direitos fundamentais da noção de cidadania, para reconhecê-los a todas as pessoas em todos os países, independentemente de sua nacionalidade.



Ideias como solidariedade dos povos, justiça social, eliminação das discriminações, integração dos povos, através de órgãos supranacionais, universalização dos direitos fundamentais, com a prevalência universal da dignidade do homem e eliminação de quaisquer formas de desumanização são direitos fundamentais para a concretização da teoria do garantismo em nível global.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ruy Barbedo. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: A questão relacional in **Revista da Escola de Direito da Universidade Católica de Pelotas**. N° 6. Jan-Dez 2005.

ATIENZA, Manuel. **Jurisdicción y argumentación**. Nacional Autónoma de México, 2005

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2.003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

CADEMARTORI, Sérgio U.; XAVIER, Marcelo Coral. Apontamentos iniciais acerca do garantismo. **Programa Especial de Treinamento do curso de Direito da UFSC na Internet**. Disponível em: <http://www.ccj.ufsc.br/~pet>.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005

FERRAJOLI, Luigi. Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista. **Giurisprudenza Costituzionale**, v. 55 , n. 3 , pp. 2771-2817, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; Prados, G. P., de la Vega, A. D. C., & Baccelli, L. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trotta, 2001.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2012.



GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

Gascón Abellán, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). **Le ragioni del garantismo**: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v. 3., n. 1, pp. 34-41, 2011. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinus.br/pdf/107.pdf>.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; COSTA, Leonardo Bocchi; BINATI, Ligia. O julgador como terceiro manipulado e o fortalecimento do sistema acusatório por meio do instituto do juiz de garantias. **Cuadernos de Educación y Desarrollo**, v. 15, n. 1, p. 27-37, 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARTÍ MÁRMOL, José Luis. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

MATTEUCCI, N. 2004 [1976]. Costituzionalismo. In: N. BOBBIO; N. MATTEUCCI, **Dizionario di politica**. Torino, UTET

MATTOS, Elizângela Inocêncio. **Os direitos fundamentais a partir do contrato social**: o garantismo de Luigi Ferrajoli. Lex Humana. Vol. 4, Nº 1 (2012).

Mendes, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha; ANDRADE, Mariana Dionísio de. Resolução n. 15/2021 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, as alterações na tramitação de inquéritos policiais e o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 24, n. 1, p. 167-194, 2023.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2003. p. 170. Apud ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo: una teoría crítica de la



jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 125

SABOIA, Jessica Ramos. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo STF. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 23, n. 2, mai./ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeira de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.