

# O ESTADO DE DIREITO GARANTISTA

Rodrigo Fernando Novelli<sup>1</sup>

Recebido em: 02 dez. 2015

Aceito em: 10 dez. 2015

**Resumo:** O presente artigo pretende abordar os conceitos operacionais das categorias estado, direito e garantismo e ao final proporcionar uma conclusão se o Estado brasileiro pode ser ou não considerado como um Estado garantista. Para tanto, utilizou-se do método indutivo na investigação, no tratamento de dados e no relatório, utilizando a técnica da pesquisa bibliográfica e do referente.

**Palavras-chave:** Estado. Direito. Garantismo.

## THE RULE OF LAW GARANTISM

**Abstract:** This article aims to address the operational concepts of status categories, right and garantismo and ultimately provide a conclusion that the Brazilian government may or may not be considered commotion one garantista State. To this end, we used the inductive method in research, data processing and reporting, using the technique of literature and the referent.

**Keywords:** State. Ritht. Garantism.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a importância da caracterização do Estado Brasileiro como um Estado garantista. Em especial a análise da proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Neste norte é importante conceituarmos o que vem a ser um estado com os seus elementos, e assim traçar uma correspondência com o Brasil. A conceituação do Direito e do que vem a ser a teoria do garantismo também se faz necessário para a elaboração de uma conclusão.

Nas fases de investigação, tratamento de dados e relatório utilizou-se o método indutivo e as técnicas do referente e da pesquisa bibliográfica.

## 2 O ESTADO DE DIREITO

Para iniciar esta parte do estudo, importante retratar o que significa, as categorias Estado e Direito.

Sobre a categoria Estado pode-se afirmar que é inerente da natureza humana a vida em

---

<sup>1</sup> Rodrigo Fernando Novelli: Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Advogado Criminalista, Professor de Graduação nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Regional de Blumenau – FURB e Morgado Concursos.

---

sociedade. Desde os primórdios os seres humanos buscavam a proteção, o afeto e a própria subsistência, em ambientes coletivos, originando aí uma sociedade.

Como Estado pode-se entender que se trata de uma criação da própria sociedade, que busca através da unificação o desenvolvimento do homem, regulamentar a vida social buscando a proteção do interesse público. (Silva Júnior, 2009, p. 1)

A união das pessoas em sociedade na realidade é uma busca por segurança, seja essa pessoal, seja patrimonial inclusive. Todo nós sentimos mais protegidos quando estamos próximos de nossos pares.

Contudo para a caracterização de um Estado chamado de moderno Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2004, p. 24/25) apresentam três distinções entre o Estado medieval e o Estado chamado moderno.

A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e a sociedade civil, que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O Estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal. Mais tarde, em fins de 1600, o rei francês afirmava “L’etat c’est moi”, no sentido de que ele detinha o poder absoluto, mas também de que ele se identificava completamente no Estado.

O Estado Moderno também é caracterizado por três elementos constitutivos, quais sejam o povo o território e a soberania.

Sobre os elementos constitutivos do Estado destaca-se o posicionamento de Clovis Bevilacqua que assim os apresenta:

a) O agrupamento humano, que é a mesma sociedade, o povo, ou a nação, segundo consideramos o agregado social como um sistema de forças, econômicas, intelectuais e Moraes, abstraindo do aparelho político-jurídico; o complexo de indivíduos entre si vinculados pela tradição, usos, costumes, tendências, aspirações comuns; ou esse conjunto de indivíduos, constituindo uma unidade por suas condições históricas e por sua organização política.

A idéia de sociedade é sociológica; a de povo, etiológica; e a nação é histórico-política. Não aprofundarei essas distinções, acompanhando argutos pensadores alemães; mas devo afirmar que não são meramente escolásticas. Além de corresponderem a realidade, assinalando modalidades ou expressões da vida coletiva, fornecem luzes para verdadeira teoria do Estado.

b) O território, assento geográfico do Estado. Para o povo é a pátria, a terra dos antepassados, o ambiente, onde lhe decorreu a vida, sorriu no berço aos afagos maternos, lutou, sofreu, e sente que é uma parte da sua alma. Para nação, é a sua residência inviolável e sagrada, o teatro onde se fixou, cresceu, desenvolveu e a que se prende indissolúvelmente.

c) O poder soberano é a força que, pelo direito e a política, equilibra, unifica, disciplina e dirige as outras forças sociais e os indivíduos. Propriedade fundamental do Estado, a soberania o distingue de outras corporações quaisquer. (BEVILACQUA, p. 8)

---

Verifica-se assim que o Estado necessita de alguns elementos estruturais, sem os quais não teríamos uma sociedade. Necessariamente para a formação de um Estado Moderno haverá um povo organizado, dentro de um limite territorial próprio, onde exercerão a mais ampla soberania.

Outra categoria que se precisa conceituar é o que se pode entender como Direito.

É comum no Direito, haver para cada ponto estudado ou conceito apresentado, uma teoria, ou, no mínimo, um questionamento contrário. Neste ponto, o próprio conceito do Direito não é unívoco.

No estudo da categoria “direito” se vê que sua origem está num vocábulo do latim: *directum* ou *rectum*, que significa “reto” ou “aquilo que é conforme uma régua”.

O Direito detém a função primordial de regular a vida em sociedade, servindo com freio limitador de vontades, devendo agir, os governantes e os governados, nos estritos dizeres ou permissões da lei.

Ferrajoli afirma que o Direito está em crise e aponta três principais motivos. A crítica inicial é fundamentada na inexistência, ou ainda a ineficácia de controle de atos dos poderes públicos, o que é chamado pelo Autor de crise de legalidade. A segunda crítica esta pautada na inflação legislativa, onde o Direito acaba figurando como um jogo de poderes, servindo para legitimar interesses específicos. E por fim a terceira crítica, intitulada na crise do Estado Social, pois haveria um deslocamento da soberania, pois os interesses de integração mundial acabam por fragilizar o próprio direito.(FERRAJOLI, 1997, p. 89-91)

Diante desses argumentos, pode-se conceituar a categoria Direito como o exercício da soberania de um Estado onde os interesses da coletividade são tutelados na busca do bem comum, servindo ainda para legitimar a atividade do Poder público.

Com as premissas acima pode-se afirmar que o Brasil é um Estado de Direito, pois detém todos os elementos estruturantes do Estado Moderno, e também tem as suas relações determinadas através do Direito.

### **3 O QUE É GARANTISMO**

Ao tratar da Teoria do Garantismo é importante abordar a sua conceituação elaborada pelo Professor Luigi Ferrajoli, notadamente como herança do iluminismo, e baluarte da proteção das garantias do cidadão, em especial, a liberdade.

A tarefa poderia ser fácil, principalmente frente à leitura do livro intitulado Direito e Razão, onde Ferrajoli apresenta e explica essa teoria.

Em que pese a Teoria do Garantismo ter sido concebida sob o enfoque do direito penal, tentando limitar o poder punitivo estatal frente às garantias de liberdade dos indivíduos, não se pode falar que

---

hoje a teoria do garantismo esteja direcionada somente para o âmbito do direito penal.

Sobre a sua origem na cultura jurídica italiana, Ferrajoli (2008, p. 61) apresenta como sendo o ponto inicial de desenvolvimento desta teoria, a resposta havida contra a redução do sistema de garantias processuais que já se apresentava insuficiente:

Más concretamente, la expresión garantismo, en su sentido estricto de garantismo penal, surgió, em la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales.<sup>2</sup>

Contudo, Ferrajoli, na falta de um conceito próprio de Garantismo, traz três significados distintos.

De acordo com o primeiro significado:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.(FERRAJOLI, 2010, p. 785-786 )

Assim, o Garantismo é a segurança dos cidadãos que, em um Estado democrático de direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos.

Ressalte-se que o garantismo, diante deste primeiro significado, não teria como subsistir, caso não houvesse uma legislação central inflexível, ou pelo menos de uma maleabilidade reduzida, pois somente poder-se-ia tratar de garantias quando dispostas em um ordenamento superior, que não dependesse, ou pudesse sofrer, interpretações quando de sua aplicação e cumprimento.

Ao se analisar o segundo significado, este ocorre sob o enfoque da teoria do direito e crítica ao direito.

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidez) das

---

<sup>2</sup> Tradução: Mais especificamente, a expressão garantismo, no seu sentido estrito de garantismo penal, surgiu, na cultura jurídica italiana de esquerda na segunda metade dos anos setenta, como resposta teórica à legislação e à jurisdição de emergência, na época, reduzindo de várias formas o sistema já frágil de garantias processuais.

---

segundas.(FERRAJOLI, 2010, p. 786)

Esse significado tratado é na realidade uma visão crítica do ordenamento, que na teoria poderá ter conotação garantista, mas na prática poderia adotar força diversa.

Ainda, explicando o segundo significado de garantismo proposto por Ferrajoli, Sérgio Cademartori (2006, p. 106) apresenta que o garantismo detém indiscutivelmente contornos próprios, apesar de poder ser enquadrável no positivismo. A diferença entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes”, é denominada pelo próprio Ferrajoli como “juspositivismo dogmático”.

Pode-se entender como uma legislação válida sob o enfoque garantista, aquela que está em conformidade com o ordenamento superior, no nosso caso, em conformidade com a Constituição Federal, com o núcleo intangível do ordenamento.

Leis que não respeitam a legislação hierarquicamente superior, segundo o garantismo, padecem de validade.

Com relação à vigência de uma lei, esse conceito diz respeito à possibilidade de ser imposta, seja ao Estado, seja aos cidadãos. Somente uma lei vigente, aquela que pode e deve ser cumprida pode prevalecer no mundo jurídico no modelo garantista.

Por fim, no que tange ao segundo significado proposto por Ferrajoli, mais especificamente da eficácia, em que pese uma lei ser válida, e vigente, não é pressuposto de justiça se esta não detiver eficácia. Pode-se aqui conceituar eficácia como sendo a lei que cumpre a função para a qual foi criada, seja pela sua própria força punitiva, seja pela aplicação pelos Poderes.

Para o terceiro significado de garantismo, Ferrajoli (2008, p. 787) traz a base, frente à filosofia do direito e crítica da política:

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Diferentemente dos significados antes abordados, o terceiro e último não traz uma visão interna da teoria, mas sim, obrigatoriamente externa. Continua a teoria em seu tom crítico, contudo sob outro aspecto de visualização.

Essa crítica externa, ou seja, não analisada sob o ponto de vista normativo, ou do conflito entre normas, apresenta-se como uma crítica filosófica laica pautada na finalidade da teoria garantista.

Uma vez apresentados os significados elaborados acima, pode-se compor um quarto e único conceito da teoria do garantismo como uma política onde prevalece a mínima intervenção do Estado

---

no sistema normativo, pautado na validade da norma e na sua efetividade – de forma distinta e também, entre si – atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma.

Serve então a teoria do garantismo como um freio ideológico para a atuação indiscriminada do estado na liberdade do cidadão, e de outros direitos fundamentais, devendo e podendo limitar direitos somente como última forma de defesa da sociedade. É cediço que o Direito em nosso país é positivista, traduzido em nosso ordenamento jurídico através de leis e princípios reguladores da vida em sociedade.

Com essa abordagem dos princípios constitucionais e da teoria do garantismo, pode-se observar a importância que esses dois temas jurídicos possuem para o ordenamento jurídico, sobretudo, no âmbito do direito constitucional.

Os princípios constitucionais e o garantismo constituem instrumentos importantes principalmente ao magistrado, permitindo-lhe tutelar não somente a formalidade, mas o conteúdo constitucional, como leciona Alexandre Morais da Rosa (2012, p. 1):

Dito de outro modo, no paradigma *garantista* o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida *oxigenação constitucional*.

Por outro norte, a conjugação dos princípios constitucionais com o garantismo encontra salutar importância quando se trata dos direitos fundamentais individuais do cidadão que limitam o poder punitivo do Estado, já que são nesses direitos que a teoria do garantismo se apoia e onde estão os mais importantes princípios constitucionais, tal qual, o direito ao acesso à informação.

Os princípios constitucionais também servem de apoio ao garantismo. Como exemplo podem ser citados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, considerados por Ferrajoli como garantias relativas ao processo.

Por todos os ângulos que se analise a teoria do garantismo, constata-se que os princípios constitucionais servem, sobretudo, de suporte à teoria garantista, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais do cidadão.

#### **4 O ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO SERIA GARANTISTA**

Verifica-se acima, mais precisamente no tópico anterior que Ferrajoli apresenta dois elementos para afirmar a existência de um Estado de Direito, o primeiro como sendo através do princípio da legalidade e o outro como sendo o Estado como garantidor dos direitos fundamentais.

Pois bem, o primeiro elemento está devidamente cumprido pois o princípio da legalidade está previsto no artigo 1º do Código Penal, e para que não haja qualquer dúvida da sua existência em nosso

---

ordenamento, ainda figura como um direito fundamental, neste sentido expresso no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal.

Imperioso ressaltar que o princípio da legalidade não serve somente ao direito penal, mas a todo o Direito, figura como um limitador ao poder estatal, deve sempre este ser subserviente ao império da legalidade.

A legalidade apontada por Ferrajoli, não significa unicamente que toda e qualquer limitação deve ser originário de uma lei (apontando aqui a chamada legalidade em sentido lato), ou seja, não basta que o Estado imponha algo através de uma lei que passe por todos os trâmites previstos legalmente.

Pelo contrário, é preciso mais. Essa lei também tem que ter a chamada legalidade em sentido estrito, ou seja, que essa norma esteja em amplo acordo com as demais normas e em especial com as de superior hierarquia, a partir do qual poderemos afirmar que essa lei terá legitimidade.(FERRAJOLI, 2010, p. 791)

De outro norte, Ferrajoli ainda apresenta que há, para a caracterização de um Estado de Direito garantista, a proteção especial dos direitos fundamentais como um dever público.

Ferrajoli (2011, p. 9) propõe uma definição formal do que vem a ser direitos fundamentais:

São “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (de não lesão) vinculada a um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto de sua idoneidade a ser titular de situações jurídica e/ou autor dos atos que estão em exercício.

No Brasil pode-se afirmar também que há a previsão legal de proteção aos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no título II da Constituição Federal, onde nos artigos 5º ao artigo 17 apresentam-se os direitos invioláveis dos indivíduos.

O próprio Ferrajoli (2012, p. 232-233) reconhece que a Constituição brasileira tem especial importância no estudo de proteção aos direitos fundamentais, como bem observa:

De todas estas cartas, a Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 – composta por 250 artigos (muitos dos quais formados por inúmeros incisos e parágrafos) e por 97 normas transitórias, reformada em 1994 e, depois, alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 -, é indubitavelmente a mais avançada. As suas novidades são muitas e todas de grande relevância: um amplo catálogo de direitos sociais, entre os quais os direitos de última geração, como aquele “a um ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225), e de direitos dos trabalhadores, inclusive contra a despedida “sem justa causa” e um direito a um “salário mínimo fixada em lei” (art. 7, I e IV); a rigidez absoluta de uma série de princípios declarados imodificáveis por nenhuma maioria, como a forma federativa do Estado, a separação dos poderes e os direitos fundamentais e as suas garantias (art. 60 §4º)...

Diante destes argumentos, é possível afirmar que o Estado de Direito brasileiro é garantista, seja pela sua estruturação normativa ser através de uma Constituição forte, e ainda garante de uma

---

forma ampla a proteção aos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, seja ainda pela imposição legal expressa de que qualquer restrição a liberdade devem reverência sempre a lei.(CADERMATORI, 2006, p. 226-229)

A partir da premissa proposta por Ferrajoli de que deve, e tem total consonância com o Estado de Direito, em especial o Brasil, fica ainda uma outra pergunta no ar: seria a Constituição brasileira uma Constituição principialista ou garantista?

Inicialmente precisar-se-ia conceituar as duas formas de constitucionalismo.

Ferrajoli (2012, p. 18) apresenta como constitucionalismo principialista como uma Constituição onde os direitos fundamentais como valores a serem perseguidos pela sociedade, ou ainda como princípios estruturalmente diversos das regras pois estes teriam uma normatividade mais fragilizada, deixando de lado a subsunção e figurando necessário agora a ponderação legislativa e judicial.

Pode-se afirmar que um dos principais expoentes na defesa do constitucionalismo principialista é Robert Alexy em especial no ensaio Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade.(COPETTI NETO, 2012, p. 157)

Para sustentar sua teoria Alexy destaca ideais contidas no caso Lüth<sup>3</sup> que servem para demonstrar a defesa do constitucionalismo principialista.

O primeiro argumento especifica que os direitos fundamentais incorporam uma ordem objetiva de valores e que tal ordem objetiva de valores – ou princípios – são aplicados a todas as áreas do direito, não somente à defesa do cidadão contra o estado.

O segundo argumento diz respeito ao efeito dessa aplicação, na medida em que os direitos fundamentais se irradiam sobre todo o sistema jurídico, assumindo o patamar de onipresença. Por fim, a terceira idéia estabelece o caráter conflitual de tais direitos, pois segundo Alexy, essa é a grande lição paradigmática do caso Lüth: a necessidade de balanceamento de interesses. Portanto, ele afirma, valores e princípios tendem, intrinsecamente, à colisão e, desse modo, uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. (COPETTI NETO, 2012, p. 158-159)

Verifica-se que o ponto chave do constitucionalismo principialista é a ponderação de princípios, e mais, Alexy (2011, p. 91-103) apresenta ainda que as regras teriam predominância em relação aos princípios, uma vez que aos princípios poderiam ocorrer uma ponderação, contudo em relação às regras (uma vez que o seu desrespeito lhe acarretaria uma sanção) as mesmas deveriam ser cumpridas.

Os que defendem o constitucionalismo garantista tecem críticas ao constitucionalismo principialista diante do fato de que a ponderação poderia legitimar o ativismo judicial, ou como propõe Lenio Streck (2012, p. 64) o pan-principiologismo.

Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante

---

<sup>3</sup> Caso Lüth ocorreu em 1958, quando a Corte Constitucional reformou uma decisão do Tribunal de Hamburgo onde era questionado o direito ou não de Lüth boicotar os filmes de Veit Harlan, autor do filme nazista e antisemita “Jud Suss”. COPETTI NETO, Alfredo. **Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas.** p. 157

---

circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve a “escolha direta.”

Importante anotar no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um “princípio” (sic). Com efeito, se, na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz a formação de uma regra - que será aplicada no caso de subsunção -, os tribunais brasileiros passaram a utilizar esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. (STRECK, 2012 p. 74)

O constitucionalismo principialista pode gerar graves desrespeitos ao próprio direito, como também lesionar a própria democracia, uma vez que o poder legiferante passaria a estar nas mãos de magistrados que não foram eleitos democraticamente para esta função.

Já como o constitucionalismo garantista parte do pressuposto de que o direito necessita de uma normatividade forte, e ainda que alguns princípios não sejam, mas em especial os princípios elencados como direitos fundamentais devam ser tratados como regras, não tratando como meros valores a serem perseguidos, mas sim devidamente respeitados e cumpridos.(FERRAJOLI, 2012, p. 18)

Para esta segunda caracterização, o constitucionalismo poderá se definido como um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito que prevêem – para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável – a submissão (inclusive) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos procedimentos (ao quem e ao como), mas também materiais, relativas aos conteúdos das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir), cuja violação gera antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão.(FERRAJOLI, 2012, p. 18)

O constitucionalismo garantista busca a efetivação da democracia através e pelo próprio direito, ao contrário do que prega o constitucionalismo principialista, onde haveria uma separação dicotômica entre o que se entende-se como direito e democracia.(COPETTI NETO, 2012, p. 164)

Ferrajoli (2008, p. 792) apresenta aqui que alguns direitos, em especial os direitos fundamentais, ainda que corporificados através de princípios, configuram direitos inalienáveis e irrenunciáveis, e, diante de um pacto constitucional sobre a convivência civil, nem tudo pode ser decidido por maioria. Alguns direitos nenhuma maioria poderá decidir pela supressão (e não decidir a proteção) direitos fundamentais de uma parcela da população, ainda que de um único cidadão.

E mais, Ferrajoli (2012, p. 247) ainda critica o constitucionalismo principialista, pois entende que o sistema da ponderação autorizaria uma ampliação do poder judiciário através do ativismo judicial, enquanto que o constitucionalismo garantista buscaria o contrário.

Tais divergências certamente não podem ser reparadas pela interpretação e pela argumentação jurídicas. No modelo normativo por mim teorizado, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias nas quais elas se manifestam não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação – e, por isso, à política –, no que diz respeito às lacunas e ao anulamento das normas inválidas; e à jurisdição constitucional,

---

no que diz respeito às antinomias. Certamente, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais. Mas é ilusório supor que eles possam colmatar aquelas que denominei “lacunas estruturais” e suprir a necessária *interpositio legis*. Eles podem, no máximo, evidenciar as lacunas: os juízes constitucionais cientificam o Parlamento, como previsto no art. 103, §2, da Constituição brasileira; e os juízes e tribunais, determinando, no caso concreto submetido a sua apreciação, uma forma qualquer de satisfação ou reparação (FERRAJOLI, 2014, p 8-9).

Outro ponto que diferencia o constitucionalismo principialista do constitucionalismo garantista é que este último não apresenta uma distinção entre regras e princípios, sustentando ainda que essa diferenciação pode levar a um enfraquecimento normativo da constituição.

Ferrajoli afirma que não haveria uma diferença entre regras e princípios, em especial quando estamos diante de direitos fundamentais.

A diferença entre a maior parte dos princípios e as regras é, portanto, ao meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo. A formulação de muitas normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, na forma dos princípios não é apenas um fato de ênfase retórica, mas tem uma indubitosa relevância política: em primeiro lugar porque os princípios enunciam expressamente, e por isso solenemente, os valores ético-políticos por eles proclamados, em relação aos quais as regras são, por sua vez, “opacas”, em segundo lugar, e sobretudo, porque eles, quando enunciam direitos servem para explicitar a titularidade das normas constitucionais que conferem direitos às pessoas ou os cidadãos, e por isso a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos de soberania popular. Mas, a parte o estilo, qualquer princípio que enuncia um direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correlatas, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente. Precisamente porque os direitos fundamentais são universais (*omnium*), eles consistem em normas, ainda que sempre interpretadas como regras, às quais correspondem deveres absolutos (*erga omnes*), igualmente consistentes em regras. (FERRAJOLI, 2012, p. 41)

Diante dos argumentos apresentados pode-se afirmar que princípios não podem ser confundidos com valores e Ferrajoli apresenta que não há uma diferenciação entre regras e princípios, sendo que sempre atrás de uma regra há um princípio que acaba legitimando essa regra, e como uma importante restrição ao constitucionalismo principialista, a sua utilização acaba por enfraquecer o direito, dando azo à propagação daquilo que se convencionou chamar como panpricipiologismo. (STRECK, 2012 p. 71)

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos afirmar que o sistema garantista só tem aplicabilidade em um Estado de direito, pois em um sistema absolutista as garantias são suprimidas frente ao totalitarismo.

Podemos assim considerar que, tendo em vista os presentes argumentos, que o Estado brasileiro é garantista, e mais, que no Brasil deve ser aplicado o constitucionalismo garantista.

Desta feita, a sobrevalorização dos princípios não pode resultar paradoxalmente no

---

esvaziamento do seu conteúdo deôntico; impõe-se-lhe que os mesmos sejam tratados como garantias a serem aplicadas como regras impositivas, e não como simples valores sociais que devem ser aplicados (ou não) mediante técnicas subjetivas de ponderação.

Assim a pergunta que fundamentou o nosso trabalho deve ser respondida que o Estado de Direito brasileiro é garantista, pois protege os direitos fundamentais do cidadão, devendo ainda tratar os princípios como normas cogentes, acessíveis e aplicáveis a todos.

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEVILAQUA, Clovis. **Conceito de Estado**. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/USUARIO/Meus%20documentos/Downloads/65257-86309-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2014.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista**. 2 ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em 05/08/2014>. Acesso em: 05 de junho de 2014.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (coord.) **Garantismo, Hermenêutica e o (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e dos Bens Fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Princípios Ambientais, Direitos Fundamentais, Propriedade e Abuso de Direito: por uma leitura a partir do Garantismo Jurídico (Ferrajoli)**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26661-26663-1-PB.htm>> Acesso em: 10/10/2012.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. O conceito de Estado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n.

---

68, set 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6742&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6742&revista_caderno=9)>. Acesso em 09 de agosto de 2014

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre. Editora Liv.