II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA E O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL

EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA Y EL PROBLEMA DEL ACTIVISMO JUDICIAL

Pedro da Silva Moreira [1]
Bruno Irion Coletto [2]

Resumo

O constitucionalismo garantista, na forma elaborada por LUIGI FERRAJOLI, apresenta-se como uma concepção do Direito avessa ao ativismo judicial. Nessa perspectiva, direitos fundamentais não são princípios e, portanto, não estão sujeitos à ponderação. Ao contrário, direitos fundamentais são regras e estão inseridos na "esfera do indecidível": sobre eles não há o que dispor, decidir ou ponderar. Com isso, FERRAJOLI pretende proteger a esfera dos direitos do poder do mais forte, ou seja, do arbítrio da maioria e dos interesses do mercado. O constitucionalismo garantista é, assim, um modelo teórico e um projeto político. Nosso objetivo consiste em demonstrar que essa é uma maneira ingênua de entender as relações entre direitos fundamentais e jurisdição. A decisão é inexorável. Não é possível conservar um âmbito alheio às contingências do poder político. Essa é uma ilusão que oculta as perguntas institucionais, autoritativas e procedimentais. Ao fazê-lo, o garantismo termina produzindo uma forma ainda mais problemática de ativismo judicial.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Garantismo, Ativismo judicial, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

El constitucionalismo garantista, tal y como elaborado por LUIGI FERRAJOLI, se presenta en cuanto una concepción del Derecho que rechaza el activismo judicial. En esa perspectiva, los derechos fundamentales no son principios y, por lo tanto, no se sujetan a la ponderación. Al contrario, los derechos fundamentales son reglas y forman parte de la "esfera de lo indecidible": respecto de ellos no se decide y tampoco se pondera. Con ello, FERRAJOLI intenta proteger la esfera de los derechos del poder del más fuerte, o sea, del arbitrio de las mayorías y de los intereses del mercado. El constitucionalismo garantista es, así pues, un modelo teórico y un proyecto político. Nuestro objetivo consiste en demostrar que esa es en realidad una manera ingenua de plantear las relaciones entre derechos fundamentales y jurisdicción. La decisión es inexorable. No es posible conservar un ámbito ajeno a las

[1] Doutorando em Filosofia do Direito pela Universidad Autónoma de Madrid, UAM, Espanha. Bolsista CAPES - Processo nº 1801/2015-05. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS.

[2] Mestre em Política pela The New School for Social Research, EUA. Mestre em Direito pela UFRGS. Professor de Direito Constitucional e de Filosofia do Direito na UniRitter, Porto Alegre. Advogado.

contingencias del poder político. Se trata de un engaño que oculta las preguntas institucionales, autoritativas y procedimentales. En consecuencia, el garantismo termina por producir una forma aún más grave de activismo judicial.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitucionalismo, Garantismo, Activismo judicial, Derechos fundamentales

I. Introdução

Parece-nos inegável a influência do garantismo de LUIGI FERRAJOLI na jusfilosofia do "mundo latino". No Brasil, em virtude da importância da obra *Direito e Razão*[1], trata-se de concepção inicialmente vinculada ao direito penal; porém, em nítida e crescente conexão com uma determinada forma de entender o fenômeno jurídico. Em outras palavras, o garantismo já não é (e talvez nunca tenha sido) uma singela concepção do direito penal moderno, racional e vinculado aos limites do poder punitivo do Estado. O garantismo se apresenta como uma filosofia jurídica adequada ao Estado Constitucional[2], tanto do ponto de vista descritivo, como do ponto de vista normativo: não só forneceria a descrição correta das relações entre *direitos fundamentais, legislação e jurisdição*, como também prescreveria uma maneira valiosa de desenhar as instituições democráticas e de compreender, particularmente, a atividade judicial.

E é exatamente o espaço da atividade judicial que nos interessa neste breve escrito. FERRAJOLI elabora um diagnóstico – a nosso juízo, apropriado – das consequências negativas da consolidação de uma concepção principialista do Direito (que, não raro, recebe a etiqueta de "neoconstitucionalismo"[3]). De acordo com nosso autor, o constitucionalismo garantista rechaça as três principais características do constitucionalismo principialista, que seriam: (1) a conexão entre Direito e Moral; (2) a distinção qualitativa entre princípios e regras; (3) a centralidade da ponderação na prática jurisdicional[4]. Segundo FERRAJOLI, algumas consequências nefastas resultariam da conjunção desses três elementos. Em resumo, ele sustenta que o principialismo implicaria certo regresso a uma cultura jurídica pré-moderna, dada a sua vinculação a algum grau de

---

[1] Neste trabalho, consultamos a edição em espanhol: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: *Teoría del garantismo penal*. Trad. P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero. Madri: Trotta, 1995. De qualquer modo, como fizemos menção à influência da obra em solo brasileiro, segue a referencia da edição em português: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ed. Trad. Ana Paula Z. Zica. F.H. Choukr, Juarez Tavares, L. F. Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Note-se que o subtítulo da obra ("teoria do garantismo penal") indica o seu recorte temático e metodológico.

[2] Ver, especialmente, FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*. Trad. P. A. Ibáñez. Madri: Trotta, 2014, pp. 09-13.

[3] Sobre o que se convencionou denominar "neoconstitucionalismo", é interessante consultar o exame analítico desenvolvido em COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". Trad. Miguel Carbonell. *Isonomía*, v. 16, 2002 (pp. 89-112).

[4] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista". *Doxa*, v. 34, 2011 (pp. 15-54), p. 28.

absolutismo moral e de cognitivismo ético, além de propiciar a dissolução da hierarquia de fontes, debilitando, por fim, a própria força normativa da Constituição[5].

De acordo com FERRAJOLI, o principialismo – cujos mais renomados expoentes são RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY – concederia à argumentação moral um papel excessivo na construção da decisão judicial, o que fomentaria uma jurisprudência particularmente inventiva[6]. O juiz principialista assumiria, então, uma função pouco restrita e minimamente deferente ao legislador e à própria Constituição. Ao supor que a ponderação de princípios lhe permite aproximar o direito positivo da "moral correta"[7], isto é, do ideal racional dos direitos humanos, o juiz principialista se transformaria em autêntico criador de novas regras jurídicas, em inevitável afronta à separação de poderes. Para FERRAJOLI, trata-se de um Direito essencialmente pré-moderno, pois intrinsecamente dependente do desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e, frise-se, tendencialmente avesso à autoridade da legislação[8]. Na visão de nosso autor, o principialismo inevitavelmente conduz ao ativismo judicial[9]. O constitucionalismo garantista seria, portanto, o antídoto, o modelo teórico que, preservando a centralidade dos direitos fundamentais, evitaria a imagem do juiz ativista.

Nosso objetivo é modesto e não pretende revisitar as teses de ALEXY e DWORKIN para constatar a correção dessas conclusões. Em nossa opinião, o diagnóstico é correto. Partimos aqui, portanto, da premissa compartilhada por FERRAJOLI de que o principialismo efetivamente implica ativismo e tende, de fato, a diluir a separação de poderes. Contudo, embora aceitemos tal premissa, acreditamos que o antídoto garantista não provoca o efeito esperado. Nossa tese é categórica: o garantismo é uma concepção do Direito que incrementa, em um sentido ainda mais grave que o principialismo, o ativismo judicial. Para demonstrá-la, recorreremos a uma metodologia singela: em um primeiro momento, descreveremos os principais ingredientes do constitucionalismo garantista; já em um segundo momento, apresentaremos um argumento não apenas cético,

---

[5] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", cit., p. 21.
[6] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", cit., p. 43.
[7] A ideia da "moral correta" é própria da concepção do Direito de ROBERT ALEXY e guarda correspondência com a noção de uma moral justificada, com a dimensão ideal do Direito. Ver ALEXY, Robert. "On the Concept and the Nature of Law", *Ratio Juris*, v. 21, n. 03, setembro de 2008 (pp. 281-299), pp. 292-296.
[8] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", cit., p. 52.
[9] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 129. Aqui, FERRAJOLI vincula o ativismo ao papel essencialmente criativo dos juízes, citando, para amparar a sua tese, o que Lenio STRECK costuma denominar "panprincipiologismo", isto é, certa tendência da jurisprudência brasileira a inventar – sem apoio no texto constitucional – cada vez mais princípios. Sobre esse ponto, ver STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 566.

mas crítico a essa forma de conceber o Direito no Estado Constitucional. A ideia é deixar claro que o garantismo é parte da enfermidade identificada pelo próprio FERRAJOLI, é parte da cultura que desvincula o juiz (especialmente o juiz do "mundo latino") de qualquer parâmetro formal, procedimental e autoritativo de decisão.

II. O constitucionalismo garantista: democracia, direitos fundamentais e a "esfera do indecidível"

O garantismo é, sem qualquer dúvida, uma concepção de constitucionalismo a serviço dos direitos fundamentais. Entretanto, segundo FERRAJOLI, direitos fundamentais não são princípios, ou seja, não são espécies normativas estruturalmente distintas das regras. Para o garantismo, quando uma Constituição incorpora um direito fundamental, ela também incorpora um conjunto de regras de garantia, que independem de qualquer ponderação: sua função é proibir lesões ou obrigar o cumprimento de prestações estatais[10]. Assim, nosso autor acredita contribuir para o fortalecimento do próprio ideal constitucionalista, na medida em que elabora um projeto teórico que impõe limites materiais e formais rígidos, capazes de restringir o exercício do poder político. Nessa perspectiva, o agir político – para que seja, inclusive, juridicamente válido – deve ser também um agir racional, submetido à normatividade constitucional. Para FERRAJOLI, o constitucionalismo garantista é uma espécie de "positivismo reforçado", uma vez que transforma em norma jurídica o dever-ser moral, o dever-ser da justiça[11].

Nesse sentido, FERRAJOLI traça uma distinção clara entre "lei da vontade" e "lei da razão". A primeira vincula-se estritamente ao poder, isto é, à maioria, o que a faz repousar primordialmente na figura do legislador. A segunda, por outro lado, é a razão constitucional, a dimensão na qual se encontram os direitos fundamentais. No interior do constitucionalismo garantista, essa distinção se dissolve, porque há uma relação de subordinação: a vontade (maioria) se submete à razão (Constituição).[12] Assim se desenha um *modelo de Direito*, que é o primeiro significado do garantismo[13]. Esse modelo

[10] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", cit., p. 21.
[11] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", cit., p. 24.
[12] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", cit., p. 25.
[13] Conforme veremos, o garantismo pode ser compreendido a partir de três perspectivas distintas, mas complementares. Esse projeto já se encontrava bem delineado na obra *Direito* e *Razão*. Nela, FERRAJOLI sublinha que haveria três acepções de garantismo: (1) um modelo normativo para o Direito; (2) uma teoria

contempla, portanto, a existência de uma Constituição rígida e de direitos fundamentais, cuja garantia e proteção competem ao Poder Judiciário. Aqui, FERRAJOLI utiliza dois elementos próprios da teoria do direito para indicar como se operacionaliza essa função de garantia. Se uma lei é promulgada em dissonância com um direito fundamental, ela produz uma *antinomia* e deve, por isso, ser declarada inválida. Ademais, se o legislador incorre em violação por omissão – quando, por exemplo, deixa de elaborar políticas públicas para a promoção dos direitos sociais –, o que se produz é uma *lacuna*, que também deve ser censurada pelo órgão judicial de garantia[14].

O garantismo possui, ainda, um segundo significado. Pode ser entendido como uma *teoria do Direito*. Nesse âmbito, FERRAJOLI sustenta que há uma diferença entre *vigência* e *validade*[15]. É possível que exista uma norma jurídica vigente, porém inválida. É o caso de uma lei que produza uma antinomia, ou seja, que contrarie o conteúdo de um direito fundamental. Essa norma poderia estar em vigor, mas não seria válida. É importante perceber que a noção de validade, na perspectiva garantista, não se exaure no componente formal ou procedimental do Direito, mas é também dependente do seu conteúdo. Para FERRAJOLI, uma norma jurídica que viola um direito fundamental é, portanto, inválida, independentemente de qualquer forma de pronunciamento autoritativo. Isso nos encaminha rapidamente ao terceiro e último significado do constitucionalismo garantista, isto é, a sua articulação como *teoria política*. A nosso juízo, esse é o principal aspecto da jusfilosofia garantista e, precisamente em razão disso, merece destacada atenção.

Trata-se da tese central do pensamento de FERRAJOLI: *a democracia através dos direitos.* Segundo nosso autor, a realização da democracia depende do respeito e da consolidação – em quatro níveis – dos direitos fundamentais: direitos políticos, direitos civis, direitos de liberdade e direitos sociais[16]. FERRAJOLI desenvolve, então, uma modificação no próprio conceito de democracia. Em contraposição ao que defende, por

---

do Direito e uma crítica do Direito; e, por fim, (3) uma filosofia do Direito, crítica da política. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: *Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 852-853.

[14] Sobre antinomias e lacunas, ver FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 20. Ver também, de modo mais detalhado, FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (v. I). Trad. P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel. Madri: Trotta, 2011, pp. 857-861.

[15] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., pp. 45-51.

[16] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", cit., pp. 25-26. Ver também FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 54.

exemplo, HANS KELSEN[17], para nosso autor a democracia não é somente procedimento, mas também substância. Nesse sentido, a pergunta sobre a democracia já não é apenas uma pergunta sobre *quem* (e *como*) decide, mas também uma questão acerca *do que* se decide, isto é, uma indagação relativa ao conteúdo da decisão[18]. Disso se infere a seguinte conclusão: uma lei que viola direitos fundamentais não é só juridicamente inválida, ela é também antidemocrática. A esfera dos direitos é, pois, o núcleo da razão política e da razão jurídica.

A intenção de FERRAJOLI é construir um edifício teórico robusto, no qual a esfera dos direitos fundamentais seja realmente indevassável, pois é isso que garante, ao fim e ao cabo, a verdadeira experiência democrática. Daí a introdução de mais um elemento conceitual na órbita dos direitos. Trata-se, em realidade, de algo próximo à noção de indisponibilidade do direito fundamental, uma ideia já bastante arraigada em nossa cultura jurídica[19]. De acordo com FERRAJOLI, os direitos fundamentais compõem a "esfera do indecidível"[20]: sobre eles não há o que dispor, não há o que decidir, não há, principalmente, o que ponderar ou restringir. Em palavras singelas, esses direitos – que constituem, vale reiterar, a condição da democracia – reclamam tão somente garantia, efetividade, aplicação. Tudo isso leva nosso autor a sustentar que o constitucionalismo garantista, como projeto político, constitui um modelo que prescreve a "máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais"[21]. Nesse modelo, a função precípua dos órgãos de poder, em especial dos órgãos jurisdicionais de garantia, consiste em preservar a "esfera do indecidível"[22].

---

[17] Ver, por exemplo, KELSEN, Hans. "Foundations of Democracy". *Ethics*, v. 66, n. 1, 1955 (pp. 01-101), pp. 06-14.

[18] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., pp. 34-35 e p. 43.

[19] Não se desconhece que a indisponibilidade é, por vezes, tratada como impossibilidade de renúncia, isto é, como algo que se confere ao indivíduo independentemente da sua vontade. Porém, no Brasil, a ideia é mais interessante se vinculada ao mantra de que os direitos fundamentais, porque indisponíveis (ou seja, em virtude de sua normatividade e obrigatoriedade perante os poderes públicos e também entre particulares), podem (e devem) ser imediatamente aplicados, sem a necessidade de concreção legislativa prévia. Essa é a leitura mais assentada do significado do art. 5º, §1º, da nossa Constituição. Sobre isso, ver MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 152.

[20] Ver, principalmente, FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 54. A rigor, a "esfera do indecidível" é composta por dois subgrupos: a "*esfera do indecidível que*", a contemplar os direitos de liberdade e de autonomia; e a "*esfera do indecidível que não*", ou seja, aquela que contempla o que não se pode deixar de decidir (direitos sociais).

[21] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 83 (tradução livre do espanhol).

[22] Por isso, os juízes garantistas estão vinculados tão somente à lei constitucionalmente válida, isto é, à lei que não vulnere a esfera dos direitos. Em geral, a censura às lacunas e antinomias dá-se por meio do controle de constitucionalidade ou, inclusive, mediante a inaplicação da lei, quando reputada vigente, mas inválida. Ver FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 59.

Não é por outro motivo que o garantismo é, segundo FERRAJOLI, "a lei do mais fraco"[23]. O fundamento político dessa concepção de constitucionalismo é, de modo muito claro, a necessidade de estabelecer limites rígidos não só à maioria, mas também aos "poderes selvagens" do mercado[24]. Na visão de nosso autor, o que efetivamente põe em risco as garantias fundamentais é a "ideologia neoliberal", que tem (particularmente, na Europa) provocado precarização do trabalho, diminuição nos gastos públicos com saúde e educação, privatizações, enfim, o desmantelamento do Estado de bem-estar[25]. FERRAJOLI identifica, em essência, a existência de cinco emergências globais: a democrática; a social e humanitária; a ambiental; a nuclear; e, por fim, a emergência criminal (máfia, corrupção, etc.)[26]. Para combatê-las, o que ele propõe é uma espécie de constitucionalismo garantista total[27]: no direito privado, em âmbito nacional e em escala mundial. Somente assim seria viável a promoção de um combate eficaz a esse conjunto de injustiças globais, mediante a consolidação de um sistema de garantias que *retire*, que *subtraia* da política (e do mercado) o poder de decisão sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais.

No início deste escrito, adiantamos que nosso autor condena, de modo veemente, o ativismo judicial[28]. A força do componente ideológico poderia dar a entender o contrário, ou seja, a necessidade de uma postura judicial politicamente engajada. Mas nosso autor é categórico: o paradigma garantista "exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado possível, vinculado à lei e à Constituição, segundo o princípio da separação de poderes"[29]. De modo curioso, FERRAJOLI possui um entendimento um tanto "formalista" da atividade judicial. Para ele, a legitimidade da decisão aumenta se ela resulta de uma aplicação mais cognoscitiva e menos discricionária do Direito, isto é, se é o produto de

---

[23] Ver FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 82.

[24] O mercado é apenas um dos "poderes selvagens" denunciados por FERRAJOLI e que demandam, por conseguinte, domesticação por meio de um sistema de garantias. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional.* Trad. P. Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 2011, p. 24 e p. 45.

[25] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 138.

[26] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., pp. 166-169. Dentro delas, o autor ressalta algumas questões mais concretas, como a fome, a sede, a falta de fármacos e, especialmente, a tragédia da imigração ilegal.

[27] Segundo FERRAJOLI, o futuro do Estado de Direito e da democracia depende da "progressiva expansão do paradigma constitucional aos ordenamentos supranacionais" (tradução livre do espanhol). Ver FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 22. Para uma apresentação mais refinada do que seria o "constitucionalismo global", ver FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*… (v. II), cit., pp. 531-544.

[28] Para ele, uma das características do garantismo é o "rechaço de todo ativismo e protagonismo judicial" (tradução livre do espanhol). FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 226.

[29] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", cit., p. 50 (tradução livre do espanhol).

mais subsunções e de menos ponderações. Nessa linha, o ideal regulador da função judicial é o cognitivismo, ou seja, a possibilidade de *conhecer* os significados previamente estabelecidos na norma incidente, seja ela uma lei ou mesmo um direito fundamental[30]. Ao conhecê-los, é dever do juiz aplicá-los.

Nosso autor é consciente de que a indeterminação da linguagem impede a realização plena desse ideal; porém, é precisamente por isso que se trata de um horizonte, de algo que o juiz deve simplesmente buscar. É nesse contexto que FERRAJOLI defende o rigor e a precisão na elaboração normativa, recomendando a eliminação de toda linguagem obscura e ambígua, no intuito de evitar a discricionariedade judicial[31]. Assim, pode-se afirmar que o modelo garantista é um "modelo de regras", inclusive em relação à esfera dos direitos fundamentais. É isso que permite ao juiz exercer a sua função de proteção, efetivação e garantia desses direitos. Na perspectiva garantista, o juiz não é um ponderador ou um ativista; ao contrário, a sua atribuição demanda tão somente a estrita *aplicação* do Direito. Na medida em que, segundo FERRAJOLI, direitos fundamentais não são princípios, mas regras; e regras inscritas no interior de uma esfera impenetrável e indisponível – a "esfera do indecidível" –, não cabe ao juiz dispor sobre eles, não cabe ao juiz efetuar qualquer tipo de concreção em seu alcance e conteúdo. Aqui, não há espaço para o ativismo. O juiz garantista é, naquilo que a acepção do termo já deixa explícito, simplesmente aquele que *garante*.

III. O disfarce do poder: a impossibilidade do "indecidível" e o papel cultural do constitucionalismo garantista

Conforme descrito acima, a arquitetura teórica do constitucionalismo garantista é composta, no plano institucional, de pelo menos três elementos: (1) uma Constituição rígida, hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional; (2) a incorporação de direitos fundamentais; (3) e a presença de órgãos jurisdicionais de garantia. Por sua vez, no plano teórico, tal arquitetura baseia-se na distinção entre *vigência* e *validade* e, além disso, na assimilação das *antinomias* e *lacunas* como forma de evidenciar, do ponto de vista técnico, a violação aos direitos fundamentais. Finalmente, os dois primeiros pilares

[30] Segundo nosso autor, a atividade judicial é (sob o viés do garantismo), "tendencialmente cognoscitiva". FERRAJOLI, Luigi. *Principia* Iuris…(v. II), cit., p. 75. Ver, ademais, FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 225.
[31] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 121.

do modelo garantista estão assentados em um plano político, cuja finalidade é proteger a "esfera do indecidível" do arbítrio das maiorias e da "natural vocação predatória" do capitalismo[32]. Nessa fotografia do garantismo de FERRAJOLI, o juiz ocupa uma posição restrita, porém basilar, vinculada à preservação do indecidível.

A primeira indagação relevante sobre o constitucionalismo garantista, tal como o expõe LUIGI FERRAJOLI, é a seguinte: *é possível consolidá-lo?* A resposta, em nossa opinião, é justificadamente negativa. JOSEP AGUILÓ tem razão quando sustenta que o constitucionalismo de FERRAJOLI é "impossível"[33]. O aspecto mais importante do edifício teórico garantista é justamente a noção de "esfera do indecidível". A consistência do projeto depende da possibilidade de afirmação de um âmbito alheio à política, subtraído das contingências do poder, isto é, um âmbito em que não haja decisão. Essa é a singularidade do modelo construído por FERRAJOLI; sem ela, o garantismo se transforma em uma concepção banal, talvez até indistinguível do principialismo, objeto da crítica contundente de nosso autor. A verdade, contudo, é que a noção de "esfera do indecidível" é, em seus próprios termos, insustentável.

Conforme leciona JUAN CARLOS BAYÓN, a debilidade dessa ideia se manifesta em, pelo menos, três momentos distintos[34]: (1) em primeiro lugar, é necessário decidir *quem* iria (e *como* iria) delinear o traçado dessa esfera; (2) em segundo lugar, uma vez desenhada a esfera, é preciso saber se ela, no futuro, poderia ser modificada; sendo positiva a resposta, então há de se indagar quem teria autorização para fazê-lo e por meio de qual procedimento; (3) em terceiro e último lugar, também é preciso decidir quem teria autoridade para concretizar o seu alcance e significado. Todas essas questões envolvem o traçado de um desenho estrutural, ou seja, são perguntas de natureza institucional. E elas demandam – inevitavelmente – decisões políticas. Portanto, em quaisquer desses momentos, inclusive inicialmente, quando ainda se está por definir quais serão os componentes e os limites da esfera, há decisão política genuína. O fato, contudo, é que

---

[32] Além de sublinhar a natureza predatória do capitalismo, nosso autor qualifica o capitalismo (financeiro) como "improdutivo e predador insaciável". FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 148.

[33] A juízo de AGUILÓ, o constitucionalismo de FERRAJOLI é, no final das contas, um contrassenso em termos práticos. De fato, é bastante estranho que um autor, declaradamente positivista e não-cognitivista, defenda algo como a "lei da razão" para se referir aos direitos fundamentais, estabelecendo, com base nisso, um dever-ser não derrogável, que não se sujeita à deliberação. Ver AGUILÓ REGLA, Josep. "El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli". *Doxa*, v. 34, 2011 (pp. 55-72), p. 66.

[34] Ver BAYÓN, Juan Carlos. "El constitucionalismo en la esfera pública global". *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013 (pp. 57-99), pp. 62-63.

essas questões não integram o constitucionalismo garantista de FERRAJOLI; e formam, segundo BAYÓN, o "ponto cego" de sua teoria[35].

Mesmo assim, pode ser interessante posicionar o olhar tão somente a partir do terceiro momento, isto é, quando a esfera já está estabelecida; e a decisão política acerca do arranjo institucional, tomada. Nesse caso, teríamos o seguinte quadro: há Constituição rígida, direitos fundamentais e garantia jurisdicional. A pergunta pode ser, então, reposicionada: *em que sentido caberia falar em "esfera do indecidível" na aplicação e garantia desses direitos fundamentais?* Essa é a indagação central para o alcance do objetivo deste artigo e nos parece que, para respondê-la adequadamente, devemos firmar um ponto de partida. Em nossa visão, há um ponto de partida *realista*, no qual os direitos fundamentais são formulados em linguagem abstrata e, em certo modo, aberta à argumentação moral; e há, por outro lado, um ponto de partida *aspiracional*, de horizonte garantista, em que esses mesmos direitos são elaborados na forma de regras bastante explícitas, com conteúdo preciso e especificado. As linhas que seguem têm como pano de fundo a primeira perspectiva.

Todas as declarações de direitos que conhecemos, sejam elas nacionais ou supranacionais, contêm normas de textura abstrata, com aspecto principiológico. No "mundo latino", essa é a realidade, por exemplo, das constituições brasileira, espanhola, argentina e chilena. Há uma tríade de direitos que integram, em geral, todos esses catálogos: *dignidade humana, igualdade e liberdade*. Em algumas hipóteses, essas normas são densificadas e se tornam regras, como é o caso do art. 5º, XL, da Constituição brasileira, a enunciar que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Porém, a discussão interessante em relação aos direitos fundamentais não envolve a nítida normatividade das regras, mas, sobretudo, o alcance da normatividade dos princípios. *Dignidade humana, igualdade e liberdade* costumam ser definidos como direitos fundamentais porque compõem o núcleo mais básico da nossa experiência política. Entretanto, seria completamente inapropriado afirmar que, em relação a tais direitos, nada haveria a dispor ou a decidir, mas tão somente a garantir.

Esse aspecto certamente poderia ser explorado de maneira mais minuciosa; todavia, o enfoque e o espaço não nos permitem, aqui, fazê-lo. De qualquer modo, o ponto interessante é destacar que, ao menos desde RAWLS e DWORKIN, refinou-se uma distinção

[35] BAYÓN, Juan Carlos. "El constitucionalismo en la esfera pública global", cit., p. 67.

que FERRAJOLI parece ignorar: a diferença entre conceitos e concepções[36]. A *igualdade*, como prevista nas cartas constitucionais, é um *conceito* e – por si só – não pode resolver um conflito político. Somente uma *concepção* da igualdade pode resolvê-lo. Todos nós conservamos múltiplas e concorrentes concepções da igualdade e nos inserimos no debate público assumindo o conceito, mas concebendo o seu conteúdo de diferentes maneiras. É por isso que JEREMY WALDRON, em uma posição já bem conhecida, demonstra que os direitos fundamentais compõem a arena do desacordo e, portanto, reclamam uma *decisão política* para que possam guiar a conduta de uma comunidade[37]. A decisão é fato inexorável: não há como dela escapar. Daí a importância de que não ocultemos as perguntas autoritativas. Quando se trata de definir a concepção de igualdade que deve prevalecer entre nós, o mais relevante é saber *quem* tomará essa decisão.

Esse argumento é muito bem apresentado por FERNANDO ATRIA, que, ao criticar FERRAJOLI, ressalta que não é possível separar a pergunta acerca de *quem* decide daquela que envolve o conteúdo da decisão[38]. Isso porque o Direito é um fenômeno formal e autoritativo: por mais que a opinião de um conjunto de acadêmicos sobre a legalização do aborto possa ser a mais racional e a mais sólida do ponto de vista argumentativo, a verdade é que ela não representa direito válido até que uma autoridade assim o declare[39]. Se isso é correto, qual é, então, o sentido do modelo teórico de FERRAJOLI? Como poderia ser possível sustentar – para citar um exemplo – que uma lei proibitiva do aborto, no contexto de uma Constituição de princípios, constituiria direito vigente, porém inválido, ilegítimo e, acima de tudo, antidemocrático? Na verdade, a desvinculação garantista entre forma e substância – separando *vigência* e *validade*; democracia *formal* e democracia *material* – não passa de uma estratégia de consequências autoritárias. É o argumento de ATRIA: a crítica à democracia formal (e não ela mesma) é, em última instância, "fascista,

[36] Ver RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Edição revisada. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 05. Ver DWORKIN, Ronald. *Law´s Empire*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, pp. 94-95.
[37] É a tese central desenvolvida em WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.
[38] ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madri: Marcial Pons, 2016, p. 185.
[39] Referimo-nos, basicamente, à ideia de "interpretação autêntica", bastante presente, como sabemos, na obra de KELSEN. Nem toda interpretação é autêntica, porque nem toda interpretação possui um caráter autoritativo. Ainda que perfeitamente racional, a interpretação construída por um grupo de acadêmicos não constitui direito válido, ao menos até que uma autoridade (com competência para tanto) acolha essa interpretação.

porque a pretensão de decidir por apelação imediata à substância tem o sentido político de significar nada mais que uma apelação à vontade daquele que decide"[40].

O "ponto cego" do garantismo implica, nas palavras de ANNA PINTORE, uma abertura ao ativismo judicial ilimitado[41]. A ideia de que há direitos indecidíveis, sobre os quais ninguém pode legitimamente dispor, é simplesmente falsa. Porém, o problema mais grave não é de inconsistência teórica. Há um sentido político em tudo isso. Se o juiz aceita o garantismo como uma teoria que descreve *corretamente* a sua relação com os direitos fundamentais, também deve aceitar que, ao invocar um direito, ele não toma uma decisão, mas tão somente protege a "esfera do indecidível", garante que aquilo que não pode ser decidido *continue sem ser decidido*. Entretanto, como nada, em realidade, escapa ao procedimento, como nada escapa à pergunta sobre *quem detém autoridade*, aquele que acaba tomando a decisão, moldando a esfera, estabelecendo o seu alcance, é o próprio juiz. Ele exerce um poder político disfarçado e, de fato, potencialmente ilimitado, sobretudo no contexto das declarações de direitos que hoje nos governam. FRANCISCO LAPORTA tem razão. O juiz principialista é um "perigo público", mas pelo menos reconhece que, ao invocar um direito fundamental[42], tem de argumentar moralmente. O juiz garantista, ainda que faça o mesmo, não tem consciência da autoridade que exerce, pois imagina que é somente "a boca por meio da qual fala a Constituição"[43].

Antes de ingressarmos nas considerações finais, talvez seja interessante introduzir um comentário. O subtítulo de *A democracia através dos direitos* é: "o constitucionalismo garantista como modelo teórico e projeto político". O ápice dessa concepção do Direito é o encontro entre um projeto político (como vimos, de combate aos "poderes selvagens") e um modelo teórico (de proteção dos direitos fundamentais). Nesse sentido, o garantismo parece ser uma estrutura que serve especificamente a uma função: consolidar um projeto político *democrático*. Contudo, democracia, em tal

---

[40] ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*, cit., p. 186 (tradução livre do español). Por isso, de acordo com ATRIA, o constitucionalismo garantista não é uma concepção moderna do Direito, como tenta apresentar FERRAJOLI. Ao contrário, esse apelo direto à substância é parte de uma concepção pré-moderna do Direito (cit., p. 70), avessa ao procedimento, à forma e à autoridade.

[41] PINTORE, Anna. "Derechos insaciables". In: De Cabo, A.; Pisarello, G. (Eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 5ed. Madri: Trotta, 2014 (pp. 243-265), p. 246. O artigo de PINTORE sobre o garantismo de FERRAJOLI é, em nossa modesta opinião, cabal.

[42] Convém recordar que estamos tratando, aqui, de direitos fundamentais de textura abstrata, isto é, de princípios. Em geral, não há necessidade de argumentar moralmente quando se aplica uma norma que, ainda que seja considerada um direito ou garantia fundamental, esteja formulada com a estrutura de regra.

[43] LAPORTA, Francisco. "Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo". *Doxa*, 34, 2011 (pp. 167-181), p. 178.

perspectiva, não é (só) procedimento; é substância, é respeito ao indecidível. Mas qual substância? Quais conteúdos deveriam preencher a estrutura? Talvez algumas das propostas políticas de FERRAJOLI possam iluminar a resposta: (1) o reconhecimento das armas como bens ilícitos[44]; (2) o direito ao aborto como garantia da autodeterminação da mulher[45]; (3) a instituição da renda básica universal[46]; (4) a proibição da dispensa sem justa causa[47]. No mundo político real, não há dúvida de que essas propostas seriam amplamente polêmicas e objeto de acentuado desacordo. Mas esse seria, à luz do ideal garantista de FERRAJOLI, um desacordo legítimo?

Parece-nos que não. Um garantista consequente teria de assumir que, uma vez inseridas tais propostas na "esfera do indecidível", qualquer tentativa de modificá-las seria não apenas juridicamente inválida, mas também democraticamente ilegítima. Ser contra o aborto ou a favor da venda de armas significaria, nesse contexto, ser contra a substância da democracia. Tal constatação é importante e não deve ser subestimada. A dimensão *política* do garantismo é, indiscutivelmente, "progressista", como reconhece o próprio FERRAJOLI[48]. Portanto, a realização plena desse projeto envolve a estabilização de uma determinada visão de mundo na "esfera do indecidível", que, a partir de então, apresentar-se-ia como o nosso acordo mais básico, uma espécie de núcleo intangível e insuscetível a qualquer forma de deliberação. Claro, alguém poderia – plausivelmente – advertir que esse é um horizonte irrealizável e até surreal (afinal, que espaço teria a política nesta sociedade?). De fato, trata-se de uma advertência correta na perspectiva institucional, ante a provável inviabilidade de um modelo tão rígido. Porém, o mesmo já não pode ser dito a respeito do plano cultural[49].

FERRAJOLI é consciente de que a consolidação do garantismo depende de outra epistemologia, isto é, a ciência jurídica deveria reorganizar o seu objeto, concentrando-se na defesa e realização do projeto constitucionalista. O garantismo depende, nas palavras

---

[44] Essa seria uma garantia ao direito à vida. Ver FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 199.
[45] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 102.
[46] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 201. FERRAJOLI, Luigi. *Principia* Iuris…(v. II), cit., p. 231.
[47] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 202.
[48] Ele também utiliza a expressão "liberal-socialista". Ver FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., pp. 233-234.
[49] Aqui, basta o significado fornecido pelo próprio FERRAJOLI: "as teorias cumprem um papel performativo do Direito e do imaginário dos juízes e dos juristas". FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 126.

de nosso autor, de uma "cultura jurídica militante"[50]. Essa é, em nossa opinião, a principal influência do constitucionalismo garantista, em especial no "mundo latino". Trata-se de uma influência cultural. Aquele que lê e *aceita* as teses de FERRAJOLI alenta a ilusão de que os direitos fundamentais são indecidíveis, sem conservar a consciência – e também algum ceticismo – de que o que se considera a *substância* de um direito nada mais é que uma leitura contingente da moralidade política e, por isso, suscetível à deliberação pública legítima. Na ausência dessa consciência, o garantista, ao examinar decisões judiciais que versem sobre direitos fundamentais, tenderá a condenar como ativistas apenas aquelas que se afastem do *seu próprio programa* político, porque as suas ferramentas teóricas não lhe permitem distinguir *a sua* concepção sobre o justo daquela que compõe a esfera indevassável que ele crê existir; por outro lado, em relação às decisões que se aproximem desse programa, ele tenderá a enxergá-las como uma função de garantia, como a efetiva proteção da Constituição e da democracia constitucional. Do ponto de vista cultural, a tendência é, para dizê-lo de maneira coloquial, a promoção do *ativismo de um lado só*.

IV. Conclusão

FERRAJOLI apresenta, sem dúvida alguma, uma concepção forte e sedutora da democracia constitucional. Ela promete que podemos nos proteger das decisões políticas e das oscilações e interesses do mercado; ou, pelo menos, oferece-nos uma estrutura para que preservemos nossos direitos mais básicos. Mas tal concepção nos promete ainda mais: o garantismo conjuga a proteção rígida dos direitos fundamentais com a ausência de qualquer ativismo judicial. O garantismo seria, nesse sentido, a realização exitosa de um projeto verdadeiramente democrático. Será isso mesmo? Tentamos demonstrar que a promessa garantista, ancorada no indecidível, é ingênua, erigindo-se sobre uma obscuridade: somente ocultando as perguntas formais, procedimentais e autoritativas é possível fundamentar um acesso *direto* à substância, ao conteúdo de uma esfera indevassável da razão. Ao ocultar as perguntas de natureza institucional, o constitucionalismo garantista promove o disfarce do poder, uma espécie de ativismo judicial não só disfarçado, mas potencialmente ilimitado.

---

[50] FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*…, cit., p. 83; FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*… (v. II), cit., p. 36.

Não desconhecemos que muitos garantistas assim se denominam porque basicamente acreditam que as garantias constitucionais devem ser respeitadas. Nós também acreditamos. Mas para esse fim poderíamos dispor de outras palavras: formalismo ou legalismo, talvez. Por que FERRAJOLI não é um formalista ou um legalista, simplesmente? A resposta não é singela, mas poderíamos condensá-la na seguinte fórmula: o garantismo não é uma teoria sobre a *forma* da democracia constitucional, mas uma teoria que conserva um compromisso explícito com uma determinada compreensão da moralidade política. É também uma teoria exigente, porque pretende fazer dessa compreensão um dever-ser não derrogável, insuscetível ao escrutínio público.

Ainda que de modo intuitivo e embrionário, parece-nos que a consolidação de uma cultura jurídica nos termos defendidos por FERRAJOLI acabaria por servir, ao fim e ao cabo, ao enfraquecimento da democracia constitucional. Em uma sociedade plural, com tantas concepções legítimas (mas concorrentes e, em concreto, incompatíveis entre si) sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, o ideal dos "direitos" restaria aprisionado à apenas *uma* concepção sobre a justiça. No fim das contas, o garantismo de FERRAJOLI se vê em uma difícil encruzilhada: ou é uma concepção fundada em alguma sorte de absolutismo moral ou cognitivismo ético, o que abalaria os seus pressupostos teóricos e o seu compromisso com a *modernidade*; ou é uma concepção intolerante de constitucionalismo, na qual o pluralismo e o desacordo não possuem um lugar verdadeiro, o que abalaria os seus pressupostos políticos e o seu compromisso com a *democracia*.

Bibliografia

AGUILÓ REGLA, Josep. "El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli". *Doxa,* v. 34, 2011 (pp. 55-72).

ALEXY, Robert. "On the Concept and the Nature of Law", *Ratio Juris,* v. 21, n. 03, setembro de 2008 (pp. 281-299).

ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madri: Marcial Pons, 2016

BAYÓN, Juan Carlos. "El constitucionalismo en la esfera pública global". *Anuario de Filosofía del Derecho,* XXIX, 2013 (pp. 57-99).

DWORKIN, Ronald. *Law´s Empire*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa*, v. 34, 2011 (pp. 15-54).

_____, Luigi. *Derecho y Razón*: *Teoría del garantismo penal*. Trad. P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero. Madri: Trotta, 1995.

_____, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*. Trad. P. A. Ibáñez. Madri: Trotta, 2014.

_____, Luigi. *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional.* Trad. P. Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 2011.

_____, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (v. I e v. II). Trad. P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel. Madri: Trotta, 2011.

KELSEN, Hans. “Foundations of Democracy”. *Ethics,* v. 66, n. 1, 1955 (pp. 01-101).

LAPORTA, Francisco. “Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo”. *Doxa,* 34, 2011 (pp. 167-181).

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINTORE, Anna. “Derechos insaciables”. In: De Cabo, A.; Pisarello, G. (Eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 5ed. Madri: Trotta, 2014.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Edição revisada. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.