

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideias de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

**CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO:
LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

**WARRANTY CONSTITUTIONALISM X NEOCONSTITUTIONALISM: LIMIT TO
JUDICIAL DISCRETIONARITY**

Ana Claudia da Silva Abreu ¹
Guilherme Schroeder Abreu ²

Resumo

O objetivo da presente exposição consiste no estudo da teoria garantista e o seu contraponto com o (neo)constitucionalismo. Para tanto, foram traçadas as principais características do garantismo, compreendido como uma teoria constitucionalista do direito. Posteriormente, salutar o estudo do (neo)constitucionalismo, destacando-se seus marcos histórico, filosófico e teórico. Finalmente, objetiva-se traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista. Diante disso, apresentadas as críticas ao neconstitucionalismo, propõe-se uma reflexão objetiva sobre essa teoria. Empregar-se-á, para tanto, o método lógico-dedutivo, através de análises qualitativas, tendo como recursos a bibliografia nacional e a legislação vigente.

Palavras-chave: Constitucionalismo garantista, Neoconstitucionalismo, Discricionariedade judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this exhibition is the study of the guaranteeism and its counterpoint to the neoconstitutionalism. Therefore, the main features of guaranteeism were drawn, understood as a constitutional theory of law. Subsequently, it is important to study the neoconstitutionalism, highlighting the historical, philosophical and theoretical frameworks of this conception. Finally, it aims to trace the similarities and distinctions between warranty constitutionalism and neoconstitutionalism, here understood as a principialist constitutionalism. Presented the criticism, it proposes reflection on this theory. It will be used, therefore, the logical-deductive method, using qualitative analyzes with the resources at national bibliography and the current legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Warranty constitutionalism, Neoconstitutionalism, Judicial discretionarity

¹ Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR.

² Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de verificar duas propostas do constitucionalismo contemporâneo: o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principialista (comumente denominado neoconstitucionalismo). Buscando-se a solução mais democrática para os desafios a serem enfrentados pelo constitucionalismo moderno, sobretudo o ativismo judicial, optou-se, inicialmente, pela abordagem da teoria garantista, avaliando-a para muito além do garantismo penal, ou seja, como uma alternativa constitucionalista.

Em um segundo momento, serão apresentadas as principais características e os marcos teórico, filosófico e histórico do neoconstitucionalismo, destacando-se o papel conferido à hermenêutica e à técnica de ponderação para a aplicação da norma (concebida a partir de uma separação entre regras e princípios), nas hipóteses de colisões.

Vencidas essas premissas, parte-se para as principais objeções de Luigi Ferrajoli à concepção por ele denomina de constitucionalismo principialista, quais sejam: a imprópria aproximação entre direito e moral, a distinção entre regras e princípios e a elevação da técnica de ponderação como a principal alternativa para a solução das colisões entre princípios constitucionais (notadamente aqueles que abarcam os direitos fundamentais).

A partir das ponderações realizadas por FERRAJOLI propõe-se uma reflexão do neoconstitucionalismo, principalmente da ausência de limites precisos à discricionariedade judicial. Empregar-se-á, para tanto, o método lógico-dedutivo, através de análises qualitativas, tendo como recursos a bibliografia nacional e a legislação vigente.

1. TEORIA DO GARANTISMO PENAL

A teoria garantista comporta o reconhecimento de uma normatividade forte a partir das Constituições e, dessa forma, desempenha um salutar papel na realização dos direitos fundamentais e na limitação dos poderes públicos.

Da palavra "garantismo" é possível distinguir três significados diversos¹, conexos entre si: (i) um modelo normativo de direito: submissão dos poderes Públicos à legalidade (lata e estrita) (ii) uma revisão da teoria de validade das normas: e, por fim, uma (iii) filosofia

¹ Elementos da teoria geral do garantismo: vinculação do poder público em um Estado de direito; divergência entre validade e vigor produzidas pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; distinção entre ponto de vista externo (ético-político) e ponto de vista interno (jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade. (FERRAJOLI, 2006, p. 788)

política: uma doutrina laica de separação entre direito e moral, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento. Segundo CARVALHO (2003, p. 98):

Na tentativa de estabelecer novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção dos direitos fundamentais e da democracia, a teoria garantista propõe a alteração de três dimensões da esfera jurídico-política que subordinam a prática penal: (1ª) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (2ª) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do estado); e (3ª) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política).

É pressuposto teórico e axiológico do modelo penal garantista (e de qualquer sistema de direito penal mínimo) a separação entre direito e moral. A justificação do Direito Penal pode ser dividida em dois sentidos diversos. De um lado a legitimação externa, formada por princípios normativos externos ao direito posto, como a avaliação moral, política ou utilitária e, de outro, a legitimação interna que se dá por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento jurídico. (FERRAJOLI, 2006, p. 199)

Assim, “quanto menos vinculante para o legislador forem os critérios de legitimação interna da lei nos conteúdos, menos esta será vinculante na relação com os juízes e maior e mais legítimo será o recurso a critérios de legitimação externa no momento do julgamento”. (FERRAJOLI, 2006, p. 203)

Necessário abordar a relação entre legitimação interna e externa nos Estados de Direito, sobretudo devido à incorporação constitucional de grande parte das fontes de justificação externa, transformadas em normas de legitimação interna, como o “quando e como” do exercício dos poderes públicos. (FERRAJOLI, 2006, p. 326)

Essas transformações acima referidas exigem uma releitura dos critérios de vigência, validade e eficácia. CADEMARTORI (1999, p. 83) estabelece a distinção dessas categorias:

No entanto, enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade – e de forma especial as de validade constitucional – consistem no respeito aos valores – tais como a igualdade, a liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos – cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis.

Segundo a concepção exclusivamente formal, a validade de uma norma identifica-se com sua existência jurídica (produto de um ato normativo segundo as normas de sua produção), por essa razão, passa a ser denominada vigência. Nos modernos Estados constitucionais de direito, a validade das normas reside (além da correspondência formal)

também na conformidade material com normas de categoria superior, que estabelecem limitações de conteúdo ou valores de justiça, como princípios normativos fundamentais.

A correspondência à Constituição e à legislação, entre vigência e validade, importa na justiça interna ou legal enquanto que a correspondência entre validade e justiça (adesão do ordenamento ao conjunto de valores políticos externos) toca à justiça externa, a qual seria medida pela quantidade e qualidade dos *princípios de justiça* que limitam os níveis normativos superiores; por sua vez, o grau da justiça *interna* depende da quantidade e qualidade das *garantias* das quais seja dotado o ordenamento. (FERRAJOLI, 2006, p. 338)

As duas acepções de Estado de direito, *sub leges* (submetido às leis) e *per leges* (exercido mediante leis gerais e abstratas) representam os Estados constitucionais, que incorporam nos níveis normativos superiores limites formais e substanciais ao exercício de qualquer poder. A esses significados, associa-se a noção de legalidade: em sentido lato (formal), requer apenas a predeterminação legal dos poderes; enquanto que em sentido estrito (substancial) exige que sejam legalmente preordenadas e circunscritas mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão. Empregado no segundo significado é sinônimo de "garantismo". (FERRAJOLI, 2006, p. 789)

Sobre o papel dos direitos fundamentais, MORAIS DA ROSA (2005, p. 11) aduz:

(...) os Direitos Fundamentais desfilam com papel preponderante, ao propiciar a mensuração da concretização da Constituição. Estabelecem o que pode ser deliberado pelo Poder Legislativo e o que deve ser garantido pelo Poder judiciário, mediante o controle de constitucionalidade material das normas, sujeitando os indivíduos no Estado Democrático de Direito, somente às leis válidas, impedindo que eventuais maiorias violem direitos indissociáveis e construídos histórica e argumentativamente.

As garantias dos direitos de liberdade (ou "direito de") asseguram a igualdade formal ou política. E os "direitos a" (garantias sociais) consentem a igualdade substancial ou social.

Sobre as garantias de liberdade e sociais, SCHMIDT (2001, p. 270-271) esclarece:

Um Direito Penal moderno, inserido no âmbito de um Estado Democrático de Direito, há de restar legitimado internamente (*rectius*: validado) não só quando respeitadas as *garantias de liberdade*, mas também as *garantias sociais*, e a isso deve-se dar-se o nome de *direitos fundamentais*, ou seja, limitações negativas, geradas pelos direitos de liberdade, e que nenhuma maioria pode violar, e limitações positivas, geradas pelos *direitos sociais*, e que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer.

Assim, FERRAJOLI também estabelece uma distinção entre as dimensões da Democracia, avaliadas igualmente em seu sentido formal e material. O direito como um

sistema de garantias centrado nos direitos fundamentais solicita, portanto, uma concepção substancial de democracia, em que, além da vontade da maioria visa atender aos interesses e necessidades vitais de todos. (FERRAJOLI, 2006, p. 797-799)

PINHO (2006, p. 47) esclarece que, a democracia formal “trata-se de aplicação procedimental da regra da maioria, inerente a todo e qualquer regime democrático” enquanto que a democracia material “significa realização de direitos fundamentais, reconhecimento das minorias, tolerância com as diferenças”.

O garantismo como um modelo normativo de direito requer a submissão à estrita legalidade, o que diferencia o Estado de Direito dos Estados simplesmente legais (sem limites substanciais à primazia da lei) e é também o que marca a distinção entre garantismo e autoritarismo, entre formalismo e substancialismo, entre direito penal mínimo e direito penal máximo. Pressupõe, dessa forma, para limitar o poder punitivo, que todas as demais garantias (penais e processuais penais²) sejam respeitadas: o desvio penal implica na definição legal (convencionalismo penal) e comprovação judicial, ou seja, estrita jurisdicionalidade aliada à necessidade de comprovação (verificabilidade/refutabilidade). (FERRAJOLI, 2006, p. 349)

Diante disso, tanto o legislador, atrelado à estrita legalidade³, como os juízes à mera legalidade⁴, estão vinculados à lei, inclusive em âmbito constitucional, como assevera THUMS (2006, p. 277), “o garantismo é um modelo de direito construído a partir da concepção de submissão de todos à lei constitucional”.

Sobre os limites à discricionariedade judicial, LOPES JR (2005, p. 69) destaca que: “Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade de poder”.

Uma vez insatisfeito o sistema garantista na seara legislativa, irão decorrer espaços de discricionariedade ou de poder de disposição ou de valoração ético-política ao juiz. Para a satisfação deste modelo ideal, devem-se reduzir as referidas margens de poder por intermédio da exigência do respeito às garantias, como subsídio para se atingir a finalidade de maior satisfação do modelo garantista.

² “Nulla poena sine crimine (retributividade), nullum crimen sine lege (legalidade ampla e estrita), nulla Lex poenalis sine necessitate, nulla necessitas sine injuria (lesividade), nulla injuria sine actione (materialidade, exterioridade de ação), nulla actio sine culpa (culpado), nulla culpa sine judicio (jurisdicionalidade ampla e estrita), nullum judicium sine accusatione (acusatório), nulla accusatione sine probatione (ônus da prova ou da verificação) nulla probatio sine defensione (contraditório, ampla defesa, falseabilidade)”.

³ Reserva absoluta de lei, dirigida ao legislador, a qual se traduz numa técnica, embora não elisiva de arbitrariedades, a afastar convenções penais de autor em detrimento de fáticas.

⁴ Sendo-lhes vedada qualquer consideração valorativa/subjetiva para aplicação de sanção a alguém.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo, enquanto fenômeno jurídico-constitucional, não contém um conceito determinado, tampouco um significado unívoco, conquanto há várias visões sobre o mesmo fenômeno jurídico. Pode-se utilizar o termo neoconstitucionalismo para designar as mudanças sofridas no modelo de Estado e na teoria do direito constitucional.

Nessa seara, ÁVILA (2009, p. 01) aduz que: “É certo que não há apenas um conceito de ‘neoconstitucionalismo’. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do neoconstitucionalismo”.

BULOS (2015, p. 80) considera-o um modismo, “um viés teórico no campo do Direito Constitucional, que aglutina tendências e teses dos mais variados matizes. Designa a evolução de certos aspectos provenientes da cultura constitucional contemporânea”.

Sobre a origem do termo, ROSSI (2011, p. 146-147) esclarece:

(...) foi empregado pela primeira vez por Susanna Pazzolo, em 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Social e Jurídica, ocorrido em Buenos Aires, na apresentação de trabalho intitulado **A especificidade da interpretação constitucional**. Neste, a autora afirma que denomina neoconstitucionalismo a corrente de pensamentos atuada por juristas e filósofos que compartilham de uma especial maneira de se aproximar do direito, como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy. Isso não significa, obviamente, que haja total coesão e harmonia no pensamento de ditos autores, e nem que eles se reconheçam abrigados sobre o chamado neoconstitucionalismo, mas sim, que compartilham de algumas noções peculiares que poderia uni-los em uma única corrente jusfilosófica. (Grifo no original)

O neoconstitucionalismo pode apresentar-se, como: uma ideologia do direito, uma teoria do direito e um método de análise do direito.

Como ideologia, eleva como seu objetivo principal à garantia dos direitos fundamentais, em detrimento da limitação do poder do Estado, valorando-se o processo de constitucionalização, apoiado por um Estado Constitucional de Direito.

Enquanto teoria do direito trata-se de uma proposta alternativa ao positivismo jurídico, balizada na ponderação, diante da onipresença de princípios e regras nas Constituições: “que abriga, de maneira privilegiada, um rol de direitos fundamentais e que, consequentemente, exigirá um tipo próprio de interpretação e aplicação das normas em função da abertura do sistema, produzida especialmente pelos princípios”. (ROSSI, 2011, p. 157)

Por fim, o neoconstitucionalismo metodológico sustenta a tese de conexão necessária entre direito e moral, contraposta ao positivismo metodológico. A descrição neutra do objeto

que se pretende conhecer, característica do método positivo, é substituída pela construção do objeto pelo seu investigador que também o avalia sob um prisma moral.

Tendo-se em conta que o escopo do presente trabalho é realizar o contraponto entre o constitucionalismo garantista e o neoconstitucionalismo, serão traçadas as características conformadoras do neoconstitucionalismo. Partir-se-á da divisão realizada por BARROSO (2014, p. 267), que estabelece três marcos fundamentais do neoconstitucionalismo: histórico (o desenvolvimento do constitucionalismo pós-guerra), filosófico (marcado pelo pós-positivismo) e teórico (mudanças sofridas na teoria constitucional).

2.1 MARCOS FUNDAMENTAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Inicialmente, será avaliado o marco filosófico: surgimento do pós-positivismo.

O jusracionalismo, juntamente com o iluminismo⁵, marcam o movimento de codificação do Direito (ocorrido no século XVIII), cujo auge se dá com a elaboração do Código Civil Francês, em 1804. O Estado passa, dessa forma, a ser um Estado de Direito, vinculado e limitado pela lei (vista como a racionalização dos direitos naturais). O direito identifica-se com o direito posto, não se permitindo qualquer atividade criativa do juiz.

Superado o jusnaturalismo, instaura-se, o positivismo jurídico⁶, fruto de várias influências⁷, que vão muito além dos ideais iluministas. Inicia-se um período em que o legislador reinava como absoluto, pois cabia a ele o poder de dizer o direito, reduzido à lei⁸. Não se discutia o conteúdo da norma, “a lei era bastante e suficiente para solucionar os conflitos, sem que precisasse recorrer as normas constitucionais”. (MARINONI, 2013, p. 29)

Com a cisão entre Direito e moral, a ciência do Direito se volta à análise de juízos de fato, que buscam o conhecimento da realidade, e não juízos de valor, que representam uma

⁵ O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado. (BARROSO, 2014, p. 258)

⁶ Norberto Bobbio destaca os pontos fundamentais do Positivismo e as teorias daí advindas: a abordagem avaliativa do Direito (validade formal); sua definição a partir do seu poder de coação (teoria da coatividade), tendo a lei como sua fonte exclusiva (legislação como fonte proeminente do Direito). A norma é um comando (teoria imperativista), devendo ser obedecida enquanto tal, porque vigente e, considerada um componente de um ordenamento sem lacunas e/ou antinomias (completude e coerência do ordenamento jurídico), cabendo o intérprete uma interpretação literal (teoria da interpretação mecanicista do Direito). (BOBBIO, 1995. p. 25-26)

⁷ A Escola da Exegese estabelece o culto ao direito positivado através de uma interpretação meramente literal, abstraída de ingerências sociais ou morais. A Escola Histórica do Direito é responsável pela dessacralização do direito natural, fundamental para a concepção jusracional do direito.

⁸ O positivismo jurídico, do ponto de vista metodológico, é marcado “pela compreensão do sistema jurídico como ‘sistema normativo unicamente consistente (sem contradições), pleno (sem lacunas) e fechado (autossuficiente)’”. (CASTANHEIRA NEVES, 1996, p. 307-308)

tomada de posição diante da realidade, não cabendo ao Direito resolver a discussão acerca de legitimidade e justiça. (BARROSO, 2014, p. 262). O positivismo jurídico está alicerçado, portanto, na separação entre o ser e o dever ser, fechando-se para uma orientação moral ou política do direito; aceita como válido apenas o direito posto, encerrando a validade no sentido estritamente formal e a norma deve ser aplicada a partir de um processo subsuntivo.

Apesar de ter sido criado com o escopo de limitar o atuar dos poderes estatais, o positivismo transforma-se em uma ideologia que, como bem observa MARINONI (2013, p. 30) “passou a constituir a bandeira dos defensores do *status quo* ou dos interessados em manter a situação consolidada pela lei”, a qual, levada às suas últimas consequências, serviu como pano de fundo para modelos autoritários, legitimados pelo manto da legalidade.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, superam-se os modelos puros e, em seu lugar, o pós-positivismo, sem romper com os postulados do positivismo (regras postas) propõe uma maior flexibilidade, através da adoção de princípios (no mais das vezes também positivados) como suporte tanto para a criação quanto para a aplicação do direito.

Segundo BARROSO (2014, p. 270), o pós-positivismo se apresenta como “uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política”.

As normas constitucionais, resultado de opções axiológicas da sociedade (mormente os princípios), têm a função de aproximar o direito da moral, fazendo a imprescindível ligação entre valor e direito, combatida pelo positivismo. O pós-positivismo contextualiza-se quando “as Constituições passam a albergar princípios e direitos sociais prestacionais dotados de carga axiológica. É nesse momento que a lei (o direito infraconstitucional) ganha parâmetros constitucionais que permitem a análise da sua justiça material”. (SCHIER, 2014, p. 25)

Como bem ponderado por ROSSI (2011, p. 150) “O pós-positivismo implica a ideia de que em função das relações necessárias e conceituais entre moral e direito, dadas em especial diante de uma Constituição principiológica, se estaria em um momento de ultrapassagem da perspectiva positivista”.

Com o reconhecimento normativo dos princípios informadores dos valores sociais (notadamente os princípios de justiça) e da autoridade dos direitos fundamentais, projeta-se uma específica concepção da Constituição, segundo SCHIER (2005, p. 132) enquanto “sistema aberto de regras e princípios, que permite pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica”.

Partir-se-á à análise do marco histórico: surgimento do Estado Constitucional.

Até a Segunda Guerra Mundial, priorizavam-se as leis emanadas do parlamento, tratando-as como fontes primárias (e quase que exclusivas) do Direito, em detrimento da Constituição, a qual assumia contornos de documento meramente programático, que nortearia a atuação do legislador, não tendo força de norma jurídica. Com a derrota dos regimes totalitários (nazi-fascistas), verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional). (CAMBI, 2007, p. 04)

Ante a decadência do modelo positivista e em substituição ao desprestigiado Estado Legalista, tem-se o Estado Constitucional de Direito, fundado em uma rígida Constituição, que passa a irradiar sua força normativa e cogente a todos os ramos do Direito. CANOTILHO (2002, p. 92) assevera que: “para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático”.

Um modelo de Estado meramente negativo – atua pela imposição de limites ao seu poder – passa a ser insuficiente e é substituído por um Estado positivo, capaz de garantir, efetivamente, as garantias, direitos e liberdades fundamentais previstos na Constituição.

Além do reconhecimento da força normativa da Constituição, importa ressaltar outras duas mudanças sofridas na teoria constitucional: a divisão das normas em duas espécies (regras e princípios) e o desenvolvimento de novas técnicas de interpretação constitucional.

As regras e os princípios descrevem condutas a serem observadas, no entanto, os princípios possuem um conteúdo mais aberto que as regras e, por essa razão, o seu grau de determinabilidade é inferior. CANOTILHO (2002, p. 1147) acentua que:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *aplicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

ALEXY (2008, p. 92-93) afirma que essa distinção fica mais clara a partir do critério utilizado para a solução dos conflitos. “Um conflito entre regras somente pode ser

solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. Já em relação à colisão entre princípios, a solução é completamente distinta, pois um dos princípios deverá ceder. “Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”.

ALEXY (2008, p. 94), resume a questão da seguinte maneira: “conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.

No caso de colisões entre normas constitucionais⁹ a ante a insuficiência do método subsuntivo e dos critérios tradicionais de aplicação da norma, o recurso à ponderação deve encontrar o resultado constitucionalmente adequado. (BARROSO, 2014, p. 361).

Para STRECK (2009, p. 02), com a proposta de prevalência dos princípios por sobre as regras, o intérprete não poderá utilizar-se (somente) dos métodos alicerçados pela epistemologia “individualista-liberal” do sujeito-objeto (que demandam uma operação puramente técnica, nos moldes subsuntivo-dedutivo), indo mais além, para a construção de uma interpretação calcada na intersubjetividade (relação do sujeito com o mundo).

A hermenêutica clássica (fundada, sobretudo, no método subsuntivo) passa a ser insuficiente. Isso decorre, sobretudo, da constatação de que as normas não possuem um sentido único, pelo contrário, a carga axiológica, sobretudo dos princípios, acolhe interpretações variáveis. Não se trata, contudo, da superação nem mesmo do abandono do método subsuntivo, porém, “ao lado dos elementos tradicionais de interpretação e dos princípios específicos de interpretação constitucional, delineados ao longo do tempo, foram descobertas novas perspectivas e desenvolvidas novas teorias”. (BARROSO, 2014, p. 288)

MOREIRA (2008, p. 04) destaca o surgimento da técnica de ponderação:

A teoria da interpretação alcançou outro *status*, quando recebeu influências da filosofia do direito como: a tópica (e a retomada em se pensar o estudo de casos a partir dos problemas neles suscitados), a hermenêutica (e todos os métodos de interpretação conhecidos e incrementados pela metodologia constitucional contemporânea) e a argumentação jurídica (no tocante à justificação do intérprete) ficam integradas no neoconstitucionalismo.

⁹Existem três espécies de colisão de normas constitucionais: (i) a colisão entre princípios constitucionais (solucionados à luz do caso concreto); (ii) a colisão entre direitos fundamentais (requer uma análise por sobre o caso, exigindo o recurso à ponderação, pois os direitos que vivem em harmonia em seu relato abstrato podem produzir antinomia frente o caso concreto); (iii) a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais (colisão de interesses/direitos fundamentais individuais com direito coletivo/interesse público). (BARROSO, 2014, p. 356-360)

CAMBI (2006, p. 17) esclarece que “a nova interpretação constitucional não abandonou os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas revitalizou a hermenêutica jurídica ressaltando a teoria dos princípios sobre a das regras”.

Da mesma forma, ROSSI (2011, p. 154):

O neoconstitucionalismo quer promover o reencontro do direito com os valores, rematerializando-o. A técnica subsuntiva, própria do positivismo tradicional que separava hermeticamente o direito da moral, torna-se cada vez mais insuficiente para dar solução à gama complexa de questões que surgem no horizonte. O conflito entre princípios, especialmente na seara dos direitos fundamentais, exige uma nova técnica de solução, a ponderação de valores, o juízo argumentativo desta ponderação.

A técnica da ponderação, de forma simplificada, pode ser descrita em um processo de três etapas. Na primeira etapa, selecionam-se as normas em colisão, bem como aquelas que têm a aptidão de resolver os interesses em contradição e também as que assinalem para uma mesma decisão e então são organizadas de forma que formem argumentos parecidos. Depois, buscar-se-ão nas circunstâncias fáticas do caso concreto e suas particularidades, as reflexões sobre os elementos normativos. Por fim, as normas devem ser ponderadas em conformidade com o peso que tenham na solução do caso concreto. (BARCELLOS, 2008, p. 57-58)

Inobstante ser a técnica mais difundida, sobretudo no direito brasileiro, a ponderação não pode ser tomada como a única possibilidade de hermenêutica do pós-positivismo. Outra teoria argumentativa muito difundida é a preconizada por Ronald Dworkin que defende o sopesamento dos argumentos principiológicos, para a solução dos casos difíceis.

Diante da complexidade e da amplitude da matéria, a doutrina nacional estabeleceu, três critérios básicos (comuns às teorias discursivas), que orientam o jurista na atividade argumentativa: (i) o jurista deve apresentar elementos normativos, ou seja, buscar dentro do ordenamento jurídico as premissas com que construirá o argumento; (ii) as decisões devem prezar pela unidade/coerência/continuidade do sistema, portanto, devem ter o caráter “universalizável” a todos os casos de mesma espécie (o recurso à jurisprudência e aos precedentes toma relevo); (iii) o intérprete/jurista deverá sempre estar conectado ao mundo dos fatos, não se enclausurando na abstração da norma. (BARROSO, 2006, p. 11)

O reconhecimento das prerrogativas do cidadão frente ao Estado, a normatização dos princípios, a tutela mais efetiva dos direitos fundamentais e a indiscutível reaproximação do Direito com a moral, são alguns dos componentes deste novo modelo jurídico-filosófico.

A seguir, o neoconstitucionalismo (constitucionalismo principialista) será analisado a partir das considerações críticas efetuadas por Luigi Ferrajoli.

3. CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA

Todas as vertentes constitucionalistas advogam a submissão dos poderes públicos às Constituições e aos direitos fundamentais. No tocante à teoria do direito, tem-se a concepção comum de que a validade das leis não se limita à sua adequação formal, mas também à conformação aos conteúdos constitucionalmente estabelecidos.

FERRAJOLI concebe o constitucionalismo de duas maneiras opostas: uma primeira concepção (a mais difundida), frequentemente denominada de neoconstitucionalista, que representa a superação jusnaturalista do positivismo jurídico, por essa razão, denominada de substancialista; de outro lado, uma segunda compreensão, segundo a qual o constitucionalismo representa a expansão e o complemento do positivismo jurídico¹⁰ e, dessa forma, encarada como juspositivista. (FERRAJOLI, 2012, p. 13-14)

Enquanto que o constitucionalismo garantista ou juspositivista¹¹ tem como pressuposto a separação entre legitimação externa e legitimação interna (distinção entre validade e justiça, entre direito e moral), as correntes neoconstitucionalistas e sua tendência jusnaturalista e substancialista condicionam a legitimação interna à externa, trazendo a moral novamente para o ponto de vista interno ao direito.

FERRAJOLI (2012, p. 19-20) esclarece que “Com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desaparece o principal traço do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça”.

MOREIRA (2008, p. 166) refere-se ao garantismo como uma teoria de democracia constitucional, “com denso conteúdo normativo, o qual se traduz em uma proposta de

¹⁰ O positivismo jurídico pode ser diferenciado em “positivismo *lato sensu*, distinguindo-o do jusnaturalismo e o positivismo jurídico *stricto sensu*, diferenciando-o do moralismo jurídico, que, em nosso entender, pertence ao positivismo jurídico *lato sensu* e, as abordagens específicas no âmbito do positivismo jurídico *stricto sensu* que indicaremos com diferentes denominações, advertindo-se que a nossa classificação não será exaustiva”. (DIMOULIS, 2006, p. 78)

¹¹ O garantismo não é concebível fora do horizonte teórico do positivismo jurídico, uma vez que parte da distinção do vigor das normas, tanto na sua validade quanto de sua efetividade, essencial para compreender a estrutura normativa do Estado de direito, caracterizado: a) por pertencerem as normas vigentes a níveis diversos e hierarquicamente ordenados, cada um dos quais se configura como normativo respectivamente àquele inferior, e como fático, respectivamente àquele superior; b) pela incorporação das normas superiores das obrigações e vedações que disciplinam a produção das normas inferiores, e cuja observação é condição da efetividade das primeiras e validade das segundas; c) pelas antinomias produzidas pelas violações das normas superiores por parte das inferiores, e pelo simultâneo vigor de umas, ainda que não efetivas, e de outras, ainda que inválidas; d) pela consequente ilegitimidade jurídica que investe sempre os poderes normativos, legislativo e judiciário, e que é tanto maior quanto mais ampla não efetiva é a incorporação limitativa dos deveres nos níveis mais altos do ordenamento. (FERRAJOLI, 2006, p. 804)

constitucionalismo forte que congrega direito constitucional, processo penal, direito penal, criminologia crítica, filosofia política e teoria do direito”.

FERRAJOLI ainda aponta a diferença entre o que convencionou chamar de constitucionalismo argumentativo ou principialista e o normativo ou garantista.

A orientação nomeada pelo autor de constitucionalismo principialista (ou simplesmente principialismo) é caracterizada, segundo FERRAJOLI (2015, p. 30) “pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diferentes das regras, pois dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não à sua atuação ou aplicação, mas à sua ponderação legislativa ou judicial”.

A concepção denominada constitucionalismo garantista (ou modelo garantista ou garantismo) é configurada, conforme esclarece FERRAJOLI (2015, p. 30) como:

um modelo normativo de ordenamento jurídico fundado na rígida sujeição de toda produção normativa às normas constitucionais e aos direitos nela estabelecidos, na configuração como antinomias ou como lacunas de suas violações, uma por comissão e outras por omissão, e na obrigação da jurisdição de anular as primeiras e da legislação de colmatar as segundas.

Assim, a segunda orientação é dotada de uma normatividade forte, ou seja, uma vez que os princípios constitucionais (pelo menos a sua maioria), sobretudo os direitos fundamentais, “comportam-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias”. (FERRAJOLI, 2012, p. 19).

Segundo FERRAJOLI, a rejeição dos três elementos principais do constitucionalismo principialista é o que o diferencia do constitucionalismo garantista.

3.1 OBJEÇÕES GARANTISTAS ÀS CONCEPÇÕES PRINCIPIALISTAS

Segundo SANCHÍS (*apud* MOREIRA, 2008, p. 168) “o principal motivo pelo qual o garantismo não se compatibiliza com o neoconstitucionalismo; o garantismo parte da separação entre direito e moral”.

No afã de superarem o positivismo jurídico, reaproximam o direito da moral, o que levaria a duas falácias, a jusnaturalista, “consistente na identificação (e na confusão) da validade na justiça, em algum sentido objetivo desta segunda palavra; e a falácia ético-

legalista, consistente – mesmo na variante do constitucionalismo ético – na oposta identificação (e confusão) da justiça com a validade”. (FERRAJOLI, 2012, p. 33).

Seus defensores argumentam que essa reaproximação comporta uma concepção objetivista da moral, que seria a busca pela pretensão de justiça, pelo mínimo ético. FERRAJOLI (2012, p. 31) argumenta que essa tese “termina por se converter na atual versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, em razão do qual os princípios constitucionais pretendem ser objetivamente ‘justos’”. E complementa: “uma solução (considerada) justa para um caso difícil, se não é baseada em normas de direito positivo, mas somente sobre princípios morais, não é uma solução juridicamente válida”.

A separação entre direito e moral não significa dizer que as normas não têm um conteúdo moral. Ora, as leis têm sim conteúdos morais (até mesmo imorais) e grande parte dos princípios constitucionais possuem conteúdos morais altamente valoráveis. Na verdade, quer dizer que as Constituições expressam e incorporam valores os quais vinculam as práticas legislativas e judiciais. “A constitucionalização dos princípios de justiça não incide, de maneira alguma, sobre a separação entre direito e moral”. (FERRAJOLI, 2015, p. 108)

É preciso reconhecer, como destaca PINHO (2013, p. 45) que sustentar a separação entre moral e direito em cenários “marcados por textos constitucionais recheados de princípios com enorme carga de moralidade, é, no mínimo, um singular desafio”.

A tese da separação é um corolário do princípio da legalidade¹². A posituação de uma norma, ainda que constitucional, não implica a sua justiça, assim como a justiça de uma norma não é, de forma alguma, uma condição necessária nem suficiente da sua validade, permanecendo a moral e justiça no âmbito do ponto de vista externo ao direito. É também um corolário dos princípios da tolerância e da laicidade, o que significa dizer que não se exige do cidadão uma adesão moral aos valores constitucionalmente consagrados, bem como não se justifica, em matéria penal, um moralismo jurídico. (FERRAJOLI, 2015, p. 108-109)

O segundo elemento é a distinção entre princípios e regras. Não significa que a distinção não tem fundamento, mas “que ela apresenta uma dimensão explicativa bem mais restrita do que aquela normalmente associada, uma vez que, a maior parte dos princípios se comporta como regras”. (FERRAJOLI, 2012, p. 38) A diferença não é estrutural¹³, mas quase de estilo, pois todo princípio equivale a uma regra e por trás de toda regra existe um princípio.

¹² “A partir da feitura da lei, a decisão judicial passa a ser racionalizada na lei, que quer dizer ‘sob o comando da Constituição’, e não ‘sob o comando das injunções pessoais – morais – políticas – do juiz ou dos Tribunais’.” (STRECK, 2012, p. 77)

¹³ Princípios e regras são normas, simplesmente formuladas de maneira diversa “uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e a sua consequente aplicação”. (FERRAJOLI, 2012, p. 8)

Como bem destacado por STRECK (2012, p. 68): “não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática”.

FERRAJOLI (2012, p. 38) aponta um dos efeitos nefastos dessa distinção: o enfraquecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais, uma vez que “assumem a Constituição não como um conjunto de normas vinculantes, mas como princípios morais, cujo respeito, quando estão em conflitos entre eles, é remetido à discricionariedade argumentativa do intérprete”. DIDIER (2013, p. 125) aponta mais um defeito dessa distinção:

(...) supervalorizam-se as normas-princípio em detrimento das normas-regra, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas e como se o sistema devesse ter mais normas-princípio do que normas-regra, ignorando o importantíssimo papel que as regras exercem no sistema jurídico: reduzir a complexidade do sistema e garantir segurança jurídica;

Disso decorre o ativismo judicial, abrindo-se espaço para “uma inventiva jurisprudência – onde o debate infelizmente não permaneceu limitado à academia, entre os filósofos do direito –, que se manifestou através da criação de princípios que não têm nenhum fundamento no texto da Constituição”. (FERRAJOLI, 2012, p. 44)

Como aponta DIDIER (2013, p. 125): “Supervaloriza-se o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia e à separação dos poderes”.

Tem-se, dessa forma, os dois lados do constitucionalismo. De um lado, uma maior abertura a partir da positivação dos princípios e um estreitamento do direito com a moral e, de outro, o decisionismo judicial, como bem destacado por STRECK (2012, p. 75): “ou alguém tem dúvidas de que a ponderação e o protagonismo judicial são irmãos siameses?”.

Para MOREIRA (2008, p. 167), o rigor legalista normativo presente no garantismo não é encontrado no neoconstitucionalismo. DIDIER (2013, p. 125) destaca que o garantismo “desconfia do Poder Judiciário e mantém uma visão pessimista da política e do direito”.

SCHIER (2014, p. 54) traduz essa problemática:

Ao tornar tudo uma questão de princípio, torna tudo também, diante da falta de limites, manipulável, relativizável, dúctil, aberto a voluntarismos. E, logo, a normatividade da Constituição vai se corroendo mediante compreensões em relação à aplicação do direito que ‘forçam’ interpretações muito vezes absurdas e autoritárias, legitimando-se, assim, qualquer tipo de decisão (...)

Por fim, SARMENTO (2009, p. 12) questiona o caráter antidemocrático do viés judicialista do neoconstitucionalismo. Uma vez que a maior parte das normas constitucionais

são vagas e de conteúdo aberto, quem as interpreta acaba participando do seu processo de criação, assim, “acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito”.

O último elemento é o papel da ponderação na prática jurisdicional. Não se nega sua importância na atividade de produção normativa, desde que seja feita a partir dos limites constitucionais. O que não se pode negar é o seu alargamento, que, conforme FERRAJOLI (2012, p. 46-47) “chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível jurisdicional”.

A ideia de que os juízes não estão limitados à interpretação das normas de direito positivo e que podem eles mesmos criá-las, através de um juízo de ponderação entre princípios, pode traduzir-se na violação da separação dos poderes, alicerçando a discricionariedade e facilitando o ativismo judicial. (FERRAJOLI, 2012, p. 45-46)

MOREIRA (2008, p. 168) destaca que a ponderação não é bem vista por FERRAJOLI, ainda, “o combate à confiança depositada no Judiciário, contradiz muitos dos postulados do neoconstitucionalismo. O resultado do garantismo produz uma teoria do direito diversa e à margem do neoconstitucionalismo”.

Confia-se na argumentação muito mais do que se deveria confiar, segundo DIDIER (2013, p. 125) “supervaloriza-se a ponderação em detrimento à subsunção, olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regra, de resto as espécies normativas mais abundantes no sistema”.

O uso exacerbado (e errôneo) da ponderação tem justificado o poder criativo dos juízes (seja pela falta de determinação da norma ou por estar diante de um *hard case*), convertendo-se o poder de julgar em um poder de disposição, ilegítimo, vez que invade a competência política das funções de governo. (FERRAJOLI, 2012, p.51)

Essa atuação, no entender de SARMENTO (2009, p. 16), “atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos – a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem represente o povo e seja por ele escolhido”.

O protagonismo judicial, para TRINDADE (2012, p. 121) poderia ser visto “positivamente se a atividade exercida pelos juízes não dependesse de juízos subjetivos fundados na ponderação de valores, não violasse o equilíbrio do sistema político e não resultasse em práticas arbitrárias que coloquem em risco os pilares da democracia constitucional”.

Como bem apontado por CADEMARTORI e STRAPAZZON (2012, p. 8) substituiu-se o protagonismo judicial pelo protagonismo do legislativo: “o modelo garantista reivindica a recuperação pelo legislador como fonte normativa, não sendo mais os juízes os encarregados de colmatar as eventuais lacunas na ausência de normas inconstitucionais”.

Justifica-se na medida em que, conforme pondera TRINDADE (2012, p. 124) o ativismo judicial se diferencia, sobretudo, “pela intervenção indevida dos juízes na esfera legislativa, na medida em que a decisão judicial é tratada ora como um produto de um ato de vontade e ora como resultado de uma política judiciária”.

As normas (sejam elas regras ou princípios) são sempre as mesmas (e, portanto, têm o mesmo peso) o que mudam e devem ser pesados são os fatos, resta claro que:

Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria numa invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima de política. (FERRAJOLI, 2012, p. 53)

Partindo da crítica ao constitucionalismo principialista e ao ativismo interpretativo dos juízes, o constitucionalismo garantista requer uma normatividade forte das Constituições e, como tal, uma interpretação judicial das leis à luz da Constituição (condiciona a legalidade). Isso não significa, contudo, que as normas não possuem um conteúdo ético ou moral, elas expressam e incorporam valores¹⁴.

Como devem, então, serem resolvidas as antinomias e as lacunas? Segundo FERRAJOLI (2012, p. 56) à legislação “se impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas através de leis idôneas de regulamentação; e, em via secundária, da jurisdição, à qual se impõe remover as antinomias e apontar as lacunas”.

É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, as normas inferiores que dela se apartam. Entretanto, é difícil modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. (FERRAJOLI, 2006, p.865-866)

¹⁴ O garantismo não prescinde dos valores substanciais, antes, configura-se como uma técnica destinada a satisfazê-los, selecionando-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente na forma da lei, como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas e, com isso, da minimização do poder punitivo legítimo. (FERRAJOLI, 2006, p. 426)

CONCLUSÃO

O garantismo funda-se em um modelo de Estado que surge com as modernas Constituições e vem acompanhado das características do constitucionalismo moderno: normatividade Constitucional forte, papel de primazia aos direitos fundamentais e vinculação das práticas judiciais e legislativas ao conteúdo constitucional.

A teoria garantista não abre mão da separação entre o direito e a moral, vez que deixa claro que as questões relativas à justiça e à política pertençam ao plano externo ao direito, enquanto que as questões concernentes à validade são conformadas internamente, através dos valores constitucionais inseridos nas constituições, os quais estão incorporados em um plano normativo superior à legislação ordinária e, com relação a esta, vinculantes. Quanto mais valores forem incorporados, menores as opções deixadas à discricionariedade judicial.

O garantismo recoloca o juiz em seu papel de garante em uma democracia fundada na sujeição das práticas legislativas e judiciárias à lei, não mais à mera legalidade, mas à legalidade estrita, segundo a qual a validade de uma norma deve guardar pertinência material e formal com a Constituição.

O neconstitucionalismo, por sua vez, funda-se na supremacia Constitucional, confere uma maior presença judicial em detrimento do legislador, propõe uma superioridade (velada) dos princípios em relação às regras e da ponderação em relação à subsunção.

FERRAJOLI combate o neoconstitucionalista, seja pelo afastamento da separação entre o direito e a moral (principal traço do positivismo jurídico), seja a configuração das normas constitucionais como um conjunto de princípios (superiores às regras) suscetíveis de ponderação e balanceamento. O efeito mais nefasto, contudo, é o ativismo judicial.

O constante conflito entre os princípios e as regras concede aos juízes um papel substancialmente criativo, através de ponderação judicial e o direito passa a ser aquele produzido pelos juízes, nas suas práticas interpretativas e argumentativas. Ora, o autoritarismo político e o ativismo judicial são práticas incompatíveis com a noção de democracia constitucional e, portanto, com o garantismo.

Dessa feita, FERRAJOLI aponta o enfraquecimento das regras e a banalização dos princípios (pan-principialismo), além, é claro, do principal problema, o ativismo. O constitucionalismo garantista, por sua vez, sem prescindir dos valores, apresenta-se como um reforço do positivismo e do Estado de Direito, pois positiva não só o “ser” como também o “dever ser”, vinculando os poderes públicos aos limites constitucionais.

A teoria garantista possui um papel importante na contenção da discricionariedade judicial, no fortalecimento da normatividade constitucional e na realização prática da Democracia. Por fim, haja vista a possível supressão de um direito fundamental a sua contenção se faz ainda mais necessária, para que sejam evitadas que fontes de justificação externa (morais, políticas) fundamentem prisões e condenações antidemocráticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In. A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 3. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Ana Paula Barcellos *et al.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **BDJur**, Brasília, DF, jul. 2006. Disponível em: Acesso em 17 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado, Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CADEMARTORI, Sérgio Urqhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Sistema Garantista e protagonismo judicial**. In. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44/64>. Acesso em: 17 mar. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1996. v. II.

DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____; **Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista**. In. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; **A Democracia através dos Direitos**: o constitucionalismo garantista como um modelo teórico e como um projeto político. Trad. Alexander Araújo de Souza *et. al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**. A invasão da constituição. São Paulo: Editora Método, 2008.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro, *Lumen Iuris*, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2011.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **BDJur**, Brasília, DF, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 out. 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**. In. Direito Constitucional Brasileiro. Teoria da Constituição e Direito Fundamentais, Org. Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; Novos desafios na filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Crítica Jurídica**. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. p. 02. Curitiba: Unibrasil. ano 2005. n. 24.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Tempo, Tecnologia, Dromologia e Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis***. In. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.