

A TEORIA DO DIREITO ENTRE NEOCONSTITUCIONALISMOS E GARANTISMO E A PROTEÇÃO À DEMOCRACIA

THE LEGAL THEORY IN BETWEEN NEO-CONSTITUTIONALISM AND GARANTISM AND THE PROTECTION TO THE DEMOCRACY

Luiz Henrique U. Cademartori*
Gabriela Cristina Braga Navarro**

RESUMO

Com as alterações constitucionais advindas no último século, a teoria do direito passa por uma reformulação, sendo elaboradas diversas teorias jurídicas que almejam conciliar tais transformações com o modo como o direito é pensado e aplicado. Com isso, surgem ao mesmo tempo teses que defendem um abrandamento do positivismo jurídico ante a introdução de valores morais na Constituição (neoconstitucionalismo) e teses que propugnam por um fortalecimento do positivismo, já que as leis passam a ser ao mesmo tempo condicionantes e condicionadas (garan-

* Mestre em instituições jurídico-políticas e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-Doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Granada – Espanha. Professor adjunto da UFSC nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Conferencista e professor em diversos cursos de especialização no Brasil. Consultor do Inep e Sesu/MEC para avaliação de cursos de Direito no território nacional. Foi Assessor Especial do Ceccon – Centro de Controle de Constitucionalidade da Procuradoria de Justiça de Santa Catarina. Autor de várias obras jurídicas e artigos sobre Direito Público. Áreas de interesse: Teoria do Direito, Hermenêutica Jurídica, Direito Administrativo. Correspondência para/*Correspondence to*: Rodovia Amaro Antonio Vieira, 2.383, apto. 811, Itacorubi, Florianópolis/SC, 88034-102. E-mail: luiz.hc@terra.com.br. Telefones: (48) 9960-2047 e (48) 3371-2047.

** Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professora assistente de Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Avançado de Governador Valadares no curso de graduação em Direito. Coordenadora do curso de graduação em Direito na mesma Universidade. Áreas de interesse: Teoria do Direito, Hermenêutica Jurídica, Direito Administrativo. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Israel Pinheiro, 1.396, apto. 302, Esplanadinha, Governador Valadares/MG, 35020-220. E-mail: gabriela.navarro@ufjf.edu.br. Telefone: (33) 9112-9009.

tismo). O objetivo do presente artigo é contrapor ambos os aportes teóricos, de forma a clarificar suas diferenças e as críticas estabelecidas pelo garantismo ao neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Garantismo; Teoria do direito; Positivismo jurídico.

ABSTRACT

With the constitutional changes arising in the last century, legal theory undergoes a makeover, being prepared various legal theories that aims to reconcile these changes with the way the law is designed and implemented. With that arise theses advocating a relaxation of legal positivism against the introduction of moral values in the Constitution (neo-constitutionalism) and theses that advocated the strengthening of positivism, since the laws become conditioning and conditioned (garantism). The purpose of this article is to oppose both theoretical contributions, in order to clarify their differences and criticisms established by the garantism to the neo-constitutionalism.

Key words: Neo-constitutionalism; Garantism; Law theory; Positivism.

INTRODUÇÃO

66

A análise acerca das diversas teorias neoconstitucionalistas assumiu considerável importância no panorama jurídico do Brasil nos últimos tempos, seja pela sua utilização reiterada nos Tribunais como mecanismo de justificação de decisões, notadamente sobre direitos fundamentais, seja pela multiplicação de estudos acadêmicos acerca do tema. Contudo, é imprescindível uma reflexão mais aprofundada acerca dos fundamentos e das consequências desse suposto novo paradigma, o qual pode ser realizado por meio do garantismo jurídico, teoria de cunho constitucionalista positivista e cujo expoente e formulador é Luigi Ferrajoli.

Para Ferrajoli, com as modificações trazidas pelo constitucionalismo, tornam-se possíveis dois enfoques para o Direito. O primeiro é o neoconstitucionalista, que propõe a superação do positivismo jurídico em um sentido tendencialmente jusnaturalista. O segundo enfoque é o do garantismo, que traz aprofundamento e atualização do positivismo, buscando o que seria uma mais adequada concretização dos direitos fundamentais¹.

Consideradas essas questões, o presente artigo encontra-se dividido em quatro partes. Primeiramente, são analisados os primórdios da interpretação

¹ FERRAJOLI, L. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDconst, 2011a, p. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

jurídica enquanto ciência, o que Ferrajoli denomina de “paleopositivismo”. Trata-se de momento em que é dada ênfase à interpretação exegética, sendo função do intérprete meramente reproduzir os textos legais sem qualquer atuação criativa de sua parte.

A seguir, o neoconstitucionalismo é analisado quanto aos seus postulados básicos e sob o contexto político que lhe é subjacente. Com efeito, a partir das modificações nas concepções de Estado trazidas pelas diversas Constituições interventivas em meados do século XX, passa a ser tarefa estatal também a concretização de diversos valores morais, agora constitucionalizados, tais como a dignidade humana, a justiça social e a paz. Assim, o modelo positivista clássico teria se tornado insuficiente para a resolução dos novos problemas jurídicos acarretados por uma realidade constitucional de forte sustentação socioeconômica e política. Assim, supostamente superado o princípio da legalidade estrita, passa-se a pensar em vinculação substancial e direta à Constituição, ampliando os seus objetos de proteção jurídica para abranger também diversos valores morais e sociais, constitucionalmente assegurados sob a forma de princípios e diretrizes. Tais valores e programas de intervenção econômica de previsão constitucional formam o amálgama do neoconstitucionalismo, constituído por diversos aportes teóricos diferentes entre si e que, muito embora apresentem diferenças teóricas internas, sustentam pontos em comum quanto às suas teses centrais. Nesse contexto, será analisada, também, uma série de críticas elaboradas pela doutrina pátria a essa corrente teórica.

67

Já em uma terceira etapa, este artigo enfoca os principais pontos trazidos por essa corrente teórico-interpretativa, estabelecendo uma reflexão acerca dos fundamentos propostos pelo neoconstitucionalismo, junto a outras correntes constitucionalistas contemporâneas e analisando em que medida essa teoria encontra-se adequada à concretização dos direitos fundamentais propostos constitucionalmente.

Para a última etapa deste estudo, serão descritas de forma esquemática as principais teses da Teoria do Garantismo e como, a partir delas, Ferrajoli elaborou a sua crítica contundente a uma das teses centrais do neoconstitucionalismo, a saber, a vinculação necessária e intrínseca entre Direito e Moral e seus consequentes desdobramentos para o Direito atual.

PRIMÓRDIOS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: O PALEOPOSITIVISMO

O tema da interpretação da legislação passa a ter importância singular durante a Modernidade. Embora na Idade Média os glosadores do Código de Justiniano tenham estabelecido critérios exegéticos para interpretação dos Códigos, somente na Idade Moderna a interpretação jurídica passou a ser pensada em termos sistemáticos e científicos.

É possível realizar uma comparação entre o momento de cientificização do direito e a ideia do “mundo máquina”: a ordem e a estabilidade seriam precondições de toda intervenção, transformação e dominação na realidade, seja ela natural ou social. Trata-se de uma busca pela objetividade metodológica nas ciências sociais, que tem por pressuposto a negação absoluta de seu caráter subjetivo².

Há uma implicação muito grande também entre o poder emergente da burguesia e a construção moderna do Direito, já que este vem a oferecer um instrumental racionalizado para o controle do poder absolutista, favorecendo a consolidação do capitalismo burguês-mercantil³. Ou seja, tanto a transformação da ciência moderna na racionalidade hegemônica como a transformação do direito como direito estatal científico são faces de um mesmo processo histórico caracterizados por uma convergência de interesses sociais, econômicos e culturais da burguesia⁴.

Santos ainda reafirma:

O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientificização da sociedade, o *ersatz* que mais se aproximava – pelo menos no momento – da plena cientificização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar essa função, o direito moderno teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico⁵.

O mesmo autor ainda ressalta que será graças ao positivismo que tanto a natureza quanto a sociedade poderão se tornar previsíveis e certos. Assim, o sistema racional de leis universais torna legítima a dominação jurídica racional do Estado⁶.

Sendo a criação do direito monopólio do Estado, o papel do jurista passa a ser unicamente encontrar o significado racional dos Códigos por meio da exegese. A interpretação, assim, passa a ser lógica, orientada por critérios metodológicos específicos que a dotavam de cientificidade⁷. A figura do juiz aqui torna-se meramente a boca que diz as palavras da lei, no famoso adágio de Montesquieu: meramente um reprodutor daquilo que foi previsto pelo legislador.

² LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Juruá: Curitiba, 2009. p. 93.

³ *Ibid.*, p. 95.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 122.

⁵ *Ibid.*, p. 120.

⁶ *Ibid.*, p. 142.

⁷ LIXA, 2009, p. 96.

Minimizando-se a função judicial em nome da segurança jurídica, exime-se o aplicador de qualquer responsabilidade de sua atuação. Assim,

Preso em uma camisa de força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega⁸.

Em tal contexto, são valores assegurados pelo Estado, o liberalismo e o individualismo, sendo sustentado um “modelo político monopolizado capaz de assegurar e reproduzir os interesses liberais individualistas do capitalismo burguês, aliado a um tipo específico de instrumental jurídico capaz de garantir sua legitimidade e efetividade”⁹.

Trata-se da afirmação de uma ordem jurídica monista, cujo poder encontra-se concentrado nas mãos do Estado. Onde antes vigorava um pluralismo jurídico, com diversas de ordens jurídicas simultâneas, passa a existir um único Direito: o direito positivo do Estado. É dessa forma que a lei se torna a garantia da burguesia contra violações a direitos perpetradas pelo Estado, com fortes implicações para a teoria hermenêutica, como ressalta Lixa: “o paradigma da legalidade, ao ser transformado em ideologia jurídica, se converte num princípio hermenêutico moderno, pois cria a ficção de possibilidade de vincular o abstrato ao concreto, o geral ao particular, reforçando a ideia de coerência da ordem jurídica”¹⁰.

Azevedo traz ainda um outro elemento fundamental do positivismo: a divisão do discurso jurídico em dogmático, filosófico e sociológico, havendo para cada setor um ator diverso. O jurista *stricto sensu* possuiria juízos avaliativos do ordenamento, alienando-se dos valores. Já a questão da justiça seria problema apenas dos filósofos. Por fim, os efeitos da decisão seriam atribuídos ao sociólogo.

Sendo tais setores incomunicáveis e efetuados por atores diferentes, não permite o positivismo que o jurista se preocupe com a produção de justiça ou com efeitos sociais de sua decisão. Assim, essa divisão positivista o “leva a supervalorizar os conceitos jurídicos, cultivados com elevado grau de abstração, a ponto de, frequentemente, confundi-los com a realidade ou fazê-los sobrepor-se a ela”¹¹.

Bobbio sintetiza as sete principais características do positivismo, ressaltando, todavia, que nem todas as teorias adotam todas as características e nem com

⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 25.

⁹ LIXA, 2009, p. 97.

¹⁰ LIXA, 2009, p. 100.

¹¹ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 42-43.

a mesma intensidade. São elas: 1) direito como um fato, fundando-se sua validade em critérios estritamente formais; 2) teoria da coatividade do direito; 3) teoria das fontes do direito, dando prevalência à lei; 4) teoria imperativista, vinculado à ideia de um direito estatista-legalista; 5) teoria da coerência e da completitude do ordenamento; 6) interpretação mecanicista; 7) teoria da obediência absoluta da lei¹².

Em relação à interpretação, Bobbio ressalta que a doutrina juspositivista considera a interpretação um ato puramente declarativo, reprodutivo de um sentido preexistente, em uma atitude de conhecimento passivo e contemplativo. Destarte, a ciência jurídica é concebida de forma construtiva e dedutiva, denominada dogmática jurídica, “que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos à revisão ou à discussão”¹³.

Por fim, vale a ressalva de que é um erro crasso atribuir ao positivismo uma uniformidade teórica, eis que esse referencial teórico é composto de diversas teorias e doutrinas diferentes entre si. Pode-se citar, entre elas, o decisionismo de Kelsen, para quem a atribuição de sentido da norma é ato discricionário (ato volitivo), desde que dentro da moldura do texto, embora em escritos posteriores este autor tenha sugerido a própria ruptura da moldura de sentidos, abrindo-se a uma interpretação pragmática do direito¹⁴. Ainda, pode-se lembrar o positivismo analítico de Hart, segundo o qual cabe ao juiz, nos casos difíceis, atuar como legislador, criar a regra jurídica e aplicá-la retroativamente¹⁵. Ainda que se trate de instigante temática, não cabe ao restrito objeto deste trabalho analisar detidamente cada uma dessas teorias, bastando traçar as noções gerais do juspositivismo.

Quanto ao positivismo kelseniano, trata-se, no dizer de Ferrajoli, de teoria aprimorada do positivismo, superando a visão exegética e elaborando uma complexa teoria jurídica. Assim, distingue Ferrajoli entre o *paleojuspositivismo* (teorias exegéticas em que a função judicial era meramente reprodutora do sentido único e verdadeiro do enunciado normativo) e o neopositivismo lógico de Kelsen, sendo esse uma mudança referencial de paradigma em relação àquele¹⁶.

Ressalta-se ainda a contribuição do principal expoente da interpretação jurídica positivista, Betti, que em 1948 publicou *A interpretação da lei e dos atos*

¹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, passim.

¹³ *Ibid.*, p. 211-220.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

jurídicos, elaborando uma “concepção hermenêutica fortemente vinculada a padrões de cientificidade que possam garantir a objetividade das interpretações”¹⁷.

Seria tarefa do intérprete, para Betti, encontrar a intenção do legislador, abandonando seus interesses e projeções pessoais, configurando uma inversão no processo de criação do sentido normativo. A compreensão deve ser um ato objetivo e alheio, em que ao intérprete são impostas tanto uma subordinação como a reconstrução do sentido. Assim, a tarefa interpretativa do Direito é dividida em dois momentos. O primeiro é a reconstrução do sentido originário da lei e o segundo é a reprodução, aplicando-se a lei ao caso concreto.

Destarte, é forçoso convir que o juspositivismo afirmado durante a Modernidade teve por preocupação a solução de problemas individuais, patrimonialistas e antropocêntricos por meio da segurança jurídica que o monismo jurídico estabeleceu. Oferecendo respostas para essa finalidade é que o Código Civil torna-se o centro do Direito, protegendo o patrimônio e a propriedade. Quando surgem problemas complexos, transindividuais e que dizem respeito a formas de vida outras que não a humana (como, por exemplo, o direito ambiental), imagina o jurista ser possível manter a análise juspositivista para tais casos, o que é uma incompatibilidade teleológica evidente.

O direito ambiental, inclusive, é um exemplo paradigmático de dificuldades tangíveis de concretização legislativa por meio do positivismo jurídico. Institutos afirmados na Modernidade com objetivos patrimonialistas e individualistas, como a responsabilidade civil, têm no direito ambiental uma grande dificuldade de aplicação: a lógica do direito ambiental é completamente diferente daquela afirmada na Modernidade pelo positivismo jurídico, dando prevalência a um novo referencial ético extrapatrimonialista e fundado no ecocentrismo.

Além de teleologicamente incompatível com a proteção ambiental, o juspositivismo também não é capaz de solucionar as lides ambientais. As leis ambientais, dotadas comumente de termos indeterminados (como, por exemplo, “atividade potencialmente poluidora” e “risco significativo”) ou de termos técnicos (como “borda da calha do leito de um rio” ou ainda “apicuns”), não são passíveis de aplicação meramente por meio de subsunção, eis que seus significados apenas podem ser concretizados por meio do recurso a valores fundamentais ou com o auxílio de perícias técnicas. Por tais motivos se evidencia que encontrar a “vontade da lei” nos conflitos ambientais torna-se não só uma tarefa incoerente e de difícil concretização. Da mesma forma, os demais direitos fundamentais, notadamente, os sociais e econômicos, apresentam sérios obstáculos a uma interpretação axiologicamente isenta e objetiva, tais como a promoção da justiça social ou a proteção ao mercado de trabalho da mulher, dentre outros.

¹⁷ LIXA, 2009, p. 96.

OS APORTES TEÓRICOS NEOCONSTITUCIONALISTAS

Tanto o Estado como o Direito passaram por modificações substanciais no período pós-guerra, principalmente depois da promulgação de Constituições como a alemã (1949), a portuguesa (1974), a espanhola (1978) e a brasileira (1988). Essas Constituições são longas e densas, preocupadas em codificar um extenso rol de direitos fundamentais, consolidando o Estado Democrático de Direito. No caso brasileiro, em específico, trata-se de uma Constituição encarregada de solidificar a democracia e a cidadania após um período ditatorial conturbado e de negação de direitos fundamentais. Tais Constituições, mais do que servirem de limite do direito infraconstitucional, tornam-se sustentáculo e filtro axiológico de todo o sistema jurídico¹⁸.

Lembra Otto que o Estado legislativo de direito não foi capaz de realizar uma aproximação entre o direito positivado e o ideal moral, constituindo o direito como algo inteiramente objetivo. A ampliação do conceito normativo operado pelas Constituições do pós-guerra enseja uma modificação no princípio da legalidade, que passa a incluir na sua definição as normas constitucionais, tais como os princípios e as diretrizes direcionando as ordens econômicas e sociais para promoção da dignidade humana, o que pressupõe, por evidente, que o limite dos direitos, formal e substancialmente considerados, não se perfaz na adequação a lei *stricto sensu*, mas a Constituição. Configura-se, assim, o Estado Constitucional de Direito¹⁹.

72

Para Ferrajoli, esse momento representou uma ruptura paradigmática no modelo paleojuspositivista. Se naquele modelo a base era o princípio da mera legalidade, afirmando-se a onipotência do legislador, passa-se ao princípio da estrita legalidade, em que a lei se submete também a vínculos substanciais e princípios expressos nas Constituições. Essa estrita legalidade incluiu uma dimensão substancial tanto na teoria de validade como na teoria da democracia, diferenciando validade e vigor de leis²⁰.

As modificações nesse período deram ensejo a um conjunto de formulações teóricas albergadas num macroconceito denominado neoconstitucionalismo, em especial na Europa continental, nos Estados Unidos e no Brasil, preocupado em superar o positivismo jurídico, considerando o novo momento constitucional. Não se trata, entretanto, de um movimento consolidado, principalmente pelo

¹⁸ OTTO, Êcio. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: OTTO, Êcio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 15 e ss.

¹⁹ *Ibid.*, p. 21.

²⁰ FERRAJOLI, 2011b, p. 43-46.

fato de possuir em seu interior uma série de pontos de vista de difícil convivência. Daí a denominação da obra referencial de Carbonell: neoconstitucionalismo(s), no plural²¹.

Ainda que referente a diversas teorias, é possível estabelecer elementos em comum dentro desse movimento, o que realiza Pozzolo. Assim, são pontos em comum das teorias neoconstitucionalistas: 1) distinção estrutural entre regras e princípios passíveis de colisão, acompanhada da recomendação para que juízes valham-se de princípios e argumentos relacionados à justiça para solução de conflitos; 2) distinção entre ponderação e subsunção, já que princípios somente podem ser aplicados no caso concreto e mediante sopesamento em relação a valores conflitantes; 3) penetração geral do texto constitucional por um conteúdo substancial que condiciona a validade das normas infraconstitucionais, substituindo-se o princípio da legalidade pelo princípio da supremacia constitucional; 4) possibilidade de interpretação judicial criativa, sendo possível a interpretação do direito de acordo com exigências de justiça do caso concreto (interpretação moral derivando do próprio texto legal)²².

Ressalta-se, todavia, quanto ao segundo ponto elencado pela autora, que nem todos os autores neoconstitucionalistas fazem referência à ponderação de princípios *jusfundamentais* colidentes, tendo esta um conteúdo substancialmente diferente conforme o autor que a utiliza. Ainda, é possível defender que mesmo a ponderação em Alexy (a teoria mais elaborada e difundida sobre este tema) é um processo complexo que culmina com a aplicação de um dado princípio prevalente, fruto de um sopesamento, que se torna regra a estabelecer um direito definitivo em dado caso concreto.

Outro elemento que pode ser adicionado a esse rol é o fato de o neoconstitucionalismo ter como uma de suas teses centrais a vinculação entre moral e direito. Com a inclusão de princípios morais nas Constituições contemporâneas, principalmente por meio de conceitos jurídicos indeterminados de conteúdo axiológico, uma pretensa racionalidade moral passa a exercer um papel fundamental na argumentação jurídica, formando-se, precisamente, uma relação intrínseca entre o Direito e Moral²³. É justamente essa junção entre direito e moral que se torna a maior crítica de autores positivistas aos autores neoconstitucionalistas, eis que no

²¹ CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

²² POZZOLO, Suzanna. O neoconstitucionalismo como último desafio do positivismo jurídico. In: OTTO, Êcio; POZZOLO, Suzanna, 2012. p. 11.

²³ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CARLOS DUARTE, Francisco. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. *Novos Estudos Jurídicos*, Florianópolis, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 206-220, ago. 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3968/2345>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

positivismo o conceito de moral encontra-se afastado do campo jurídico. O neoconstitucionalismo seria dessa forma um retorno ao jusnaturalismo.

Comanducci²⁴ diferencia três formas de neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico. Será uma ideologia quando dirigir-se a limitação do poder e proteção de direitos fundamentais, contrapondo-se ao positivismo ideológico. Já enquanto teoria do direito, trata de descrever as modificações nos sistemas jurídicos contemporâneos. Por fim, poderá também oferecer uma metodologia para o direito.

Enquanto teoria (descritiva) do direito, são características desse novo momento constitucional: posituação de direitos fundamentais, constituição “invasora” (tratando de temas de direito material); presença na Constituição de princípios e regras; e peculiaridades na interpretação e aplicação das leis. Tais características demonstram uma alternativa à teoria positivista tradicional, a qual baseia-se, por sua vez, na tríade “*estatalismo, legicentrismo y el formalismo interpretativo*”, não mais sustentáveis na contemporaneidade²⁵.

O neoconstitucionalismo ideológico, por sua vez, não se limita a descrever os ganhos do processo de constitucionalização, mas também os valoriza positivamente e propugna sua defesa e ampliação. Nessa vertente, destaca-se a exigência de que as atividades do Legislativo e do Judiciário estejam vinculadas à concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. São alguns de seus adeptos Alexy, Dworkin e Zagrebelsky. Essa vertente neoconstitucionalista seria uma variante moderna do positivismo ideológico, eis que postula pela obrigação de obediência à lei (em sentido amplo), muito embora propugne uma diferenciação substancial entre a interpretação legal e a constitucional²⁶.

Por fim, o neoconstitucionalismo metodológico preocupa-se com uma tomada de posição no método interpretativo e de fundamentação, relacionando-se com alguns autores do neoconstitucionalismo ideológico (em especial, Dworkin e Alexy). São bases desse viés a não distinção entre ser e dever ser e a identificação entre direito e moral²⁷.

Cabe aqui uma diferenciação de primordial importância. Não se deve confundir neoconstitucionalismo com novo constitucionalismo latino-americano (NCLA). Este último engloba uma série de modificações ocorridas em algumas Constituições da América Latina que buscam romper com o modelo europeu de constitucionalismo, em especial as Constituições da Colômbia (1991), da Vene-

²⁴ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, 2009. p. 80.

²⁵ Ibid., p. 82-83.

²⁶ Ibid., p. 85.

²⁷ Ibid., p. 86-87.

zuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009). Trata-se da busca por um modelo de direito mais adequado às sociedades do sul, baseado em um pluralismo jurídico que resgata identidades culturais dos povos colonizados. Entre muitos elementos inovadores, ressaltam-se a proteção à natureza (que na Bolívia e no Equador torna-se sujeito de direito), o reconhecimento da justiça indígena e a busca pela emancipação por meio da democracia participativa²⁸.

A teoria do direito contemporânea é composta também de um arsenal de teorias argumentativas, que visam racionalmente justificar a atuação judicial. Enquanto as teorias neoconstitucionalistas partem como referencial primário da distinção entre regras e princípios elaborada por Dworkin, as teorias argumentativas partem da tópica de Viehweg (muito embora o próprio Viehweg não possa ser considerado um autor dessa corrente, mas gerou o seu estopim, ao denunciar o caráter prevalentemente retórico do Direito), diferenciando contexto de descoberta de contexto de justificação e incluindo a argumentação no segundo momento. São autores preocupados com a argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, Maccormick e Alexy, entre outros²⁹.

Ainda dentro das teorias jurídicas contemporâneas, é primordial a menção ao único autor que se considera pós-positivista, Friederich Müller. Por meio da teoria estruturante do direito, distingue o filósofo alemão dispositivo legal de norma, sendo esta última apenas concretizada no momento da aplicação por meio de um processo indutivo. Muller critica as teorias neoconstitucionalistas por entendê-las jusnaturalistas, indevidamente confundindo direito e moral. Considerando-se que a prescrição positiva é apenas a “ponta do iceberg”, entende Muller que

Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática³⁰.

Em solo pátrio, no entanto, é patente na teoria do direito certa confusão com relação a esse momento histórico. Inicialmente, quanto à denominação, que,

²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 329-342, jul. 2013. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4683/2595>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

²⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

³⁰ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

para Dimoulius³¹, seria de uma impropriedade desmedida, eis que o “pós-positivismo” possui fortes elementos inconciliáveis com o positivismo (por exemplo, a fusão entre direito e moral, inaceitável no positivismo). Ainda, o autor ressalta que nem cronologicamente é aceitável tal termo, pois positivismo e neoconstitucionalismo são fenômenos jurídicos contemporâneos.

Ademais, é muito comum entre teóricos brasileiros atribuir ao neoconstitucionalismo certa uniformidade, não diferenciando as especificidades de diversos autores europeus, sendo comum incluir dentro do rol de “autores pós-positivistas” teóricos europeus com pensamentos divergentes entre si (como Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Mac Cormick etc.) sem realizar a ressalva da distinção entre eles. Nas palavras de Dimoulis:

Autores nacionais que se intitulam pós-positivistas, baseando sua abordagem em uma rejeição do positivismo jurídico e constituindo, na atualidade, a corrente que predomina nos debates sobre a teoria do direito o não possuem uma clara orientação teórica, limitando-se a uma retomada de posturas idealistas do passado e fazendo referências ecléticas a autores estrangeiros cujas obras são teoricamente incompatíveis entre si e, seguramente, não podem ser classificadas em uma única corrente³².

76

Adverte-se, entretanto, que, ao atribuir certa uniformidade aos autores “pós-positivistas”, impondo-lhes uma limitação na “orientação teórica”, Dimoulius acaba cometendo a mesma generalização que condena: conferir a um grupo de autores uniformidade inexistente.

Cabe lembrar ainda, em sentido semelhante, a advertência de Silva acerca do sincretismo metodológico, definido como a “adoção de teorias incompatíveis como se compatíveis fossem”³³. Ainda no âmbito dessa crítica, Silva denuncia a adoção de métodos e princípios interpretativos de outros países (em especial a Alemanha) como se constituíssem um dado universal, deixando de adequá-los à ordem jurídica brasileira³⁴.

Se a própria teoria do direito brasileira confunde conceitos basilares referentes a esse momento histórico contemporâneo, muito maior é a confusão na aplicação de tais conceitos. Foi o que demonstrou a pesquisa realizada por Moraes, que analisou 189 decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) proferidas em um

³¹ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 60 e ss.

³² *Ibid.*, p. 63.

³³ SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, [S.l.], n. 1, 2003. p. 627.

³⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 182.

período de dez anos e que faziam referência à aplicação da proporcionalidade conforme propôs Alexy.

A pesquisa verificou que não houve uniformidade quanto à identificação dos princípios envolvidos e nem quanto ao conceito de princípio utilizado, aplicando-se a proporcionalidade indiscriminadamente para qualquer tipo de colisão. Verificou-se ainda que grande parte das decisões não seguiu a metodologia proposta por Alexy, não havendo clareza nos julgados quanto à utilização dos elementos que a compõem. Para o autor, desenvolveu o STF uma “lógica própria incomensurável”, vinculando a proporcionalidade a critérios intersubjetivos. Toda essa divergência foi observada dentro de um mesmo órgão judicial e ao longo de muitos anos, demonstrando a dificuldade dos juízes e tribunais de aplicar na prática a teoria neoconstitucionalista³⁵.

Também é esclarecedora a análise de Neves³⁶ quanto ao neoconstitucionalismo. Para o autor, deve-se partir da análise dos fatores que impedem no Brasil a tomada de decisões “juridicamente consistentes e socialmente adequadas”, para somente então contribuir para uma teoria constitucional. Destarte, dada a reflexividade dos princípios, estes são mais sujeitos a abusos na concretização, pois podem mais facilmente serem articulados para encobrir interesses particularistas. Nas palavras do autor, “se o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica”³⁷.

Outro grave problema apontado pelo autor é a “compulsão ponderadora”, ou utilização sem limites da ponderação, que leva à acomodação de interesses marginais à democracia sob o manto retórico dos princípios, tornando a racionalidade jurídica irracional para o sistema político e a racionalidade política irracional para o Estado³⁸.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Streck, que denomina o uso indiscriminado de princípios como “pamprincipiologismo” (*sic*), em que, a partir da alegação da positivação de valores, identifica-se que são necessários tantos princípios quantos forem fundamentais para corrigir as incertezas linguísticas ou solucionar os casos difíceis.³⁹

³⁵ MORAIS, Fausto. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Direito, Universidade do Vale do Sino, Rio Grande do Sul, 2013. p. 217 e ss.

³⁶ NEVES, 2013.

³⁷ *Ibid.*, p. 189 e 191.

³⁸ *Ibid.*, p. 192 e ss.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 194, abr./jun. 2012, 2012. p. 9.

Embora com inegáveis contribuições para o Direito, o neoconstitucionalismo traz para o âmbito do positivismo profundas modificações que na verdade acabam aproximando-o do jusnaturalismo. Ademais, tal aporte teórico traz alterações significativas para a aplicação judicial do direito, abrindo espaço para uma atuação judicial discricionária e criativa. Tais elementos constituem a base das críticas estabelecidas por Ferrajoli ao Garantismo, as quais passam analisadas no próximo tópico.

FERRAJOLI E A CONCEPÇÃO GARANTISTA

Para Ferrajoli, com a ideia moderna de constitucionalismo, o positivismo jurídico passa a ser compreendido de duas diferentes maneiras. A primeira delas seria a sua superação, em um viés jusnaturalista, o que é realizado pelo neoconstitucionalismo. A segunda seria por meio de uma complementação do positivismo, dentro de uma concepção juspositivista do constitucionalismo, chamada pelo autor de Garantismo⁴⁰.

Este último é encarado como um positivismo rígido, reforçado pelas suas próprias escolhas, qual seja, a positivação dos direitos fundamentais nas normas constitucionais.

Uma das principais modificações trazidas é em relação à legalidade, que não é mais apenas “condicionante”, mas também “condicionada” ao respeito e à atuação das normas constitucionais. O paradigma constitucionalista passa a impor o respeito a uma legalidade substancial, mais ampla que a legalidade positivista clássica já que inclui o respeito aos princípios e aos direitos fundamentais⁴¹. Assim, para que uma norma seja válida, “não basta que seja emanada nas formas predispostas para sua produção, mas é também necessário que os seus conteúdos substanciais respeitem os princípios e os direitos fundamentais estabelecidos na constituição”⁴².

Em outras palavras, não somente a produção do direito como também as escolhas sobre as quais essa produção é realizada são submetidas a limites preestabelecidos, ou seja, a validade das normas se mensura não apenas no seu caráter formal de produção (remetido por Ferrajoli ao conceito de vigência), mas, acima de tudo, ao seu aspecto de conteúdo material, a validade propriamente dita, devendo ser condizente com os direitos incorporados na base da Constituição, vale dizer, os direitos fundamentais⁴³.

Todavia, a separação juspositivista entre direito e moral continua a existir, pois ela nada tem a ver com a pretensão de justiça das normas e muito menos

⁴⁰ FERRAJOLI, 2011a, p. 96.

⁴¹ Ibid., p. 100.

⁴² FERRAJOLI, 2012b, p. 44

⁴³ Ibid., p. 43-44.

com seus fundamentos morais de elaboração, remetidos ao um momento anterior à sua institucionalização no ordenamento jurídico. Isso implica a apuração de que o fato das Constituições contemporâneas terem incorporado determinados valores (como dignidade e igualdade) não enseja necessariamente a confusão entre moral e direito, ainda que tais valores tornem-se vinculantes em relação à legislação ordinária, mas em caráter jurídico e não axiológico⁴⁴.

Essa separação permite o primado do ponto de vista jurídico interno, aliado ao ponto de vista da crítica externa, da projeção e da transformação institucional, evitando com isso, ao mesmo tempo, as falácias jusnaturalistas e realistas.

Em relação às lacunas e antinomias, para Ferrajoli, o seu preenchimento não deve ser confiado ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação e à política, no primeiro caso, e à jurisdição constitucional, no segundo caso. Ainda que os juízes devam “interpretar as leis à luz da Constituição”, não lhes é possível colmatar as lacunas estruturais, mas apenas evidenciá-las e cientificar o Parlamento⁴⁵.

Com essa proposta, Ferrajoli acredita oferecer um aporte teórico que limite e vincule o Poder Judiciário, “em conformidade com o princípio da separação dos poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição”.⁴⁶

A atuação judicial é, para este autor, cognitiva, baseando-se na subsunção e aplicação da lei, deixando de interferir na “esfera ilegítima da política” e tendo como corolário básico a legalidade. Em contrapartida, o poder criativo do Judiciário e a sua atuação discricionária retiram totalmente a legitimidade desse Poder⁴⁷.

As críticas de Ferrajoli ao neoconstitucionalismo

As correntes neoconstitucionalista e garantista aproximam-se, pois ambas partem de um enfoque ideológico e uma política constitucional similares, qual seja, o modelo democrático constitucional instaurado no pós-guerra. Contudo, as teorias diferenciam-se quanto a aspectos centrais defendidos, exercendo Ferrajoli duras críticas ao neoconstitucionalismo⁴⁸.

Para a corrente neoconstitucionalista, a introdução nas Constituições contemporâneas de princípios de justiça de caráter ético-político fez com que desa-

⁴⁴ FERRAJOLI, 2011a, p. 102.

⁴⁵ Ibid., p. 103.

⁴⁶ Ibid., p. 44.

⁴⁷ Ibid., p. 104.

⁴⁸ UGARTE, Pedro Salazar. Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. *DOXA: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, Espanha, n. 34, 2011. p. 290.

parecesse o principal traço distintivo do positivismo jurídico, qual seja, a separação entre direito e moral e conseqüentemente entre validade e justiça. A moral, que no antigo paradigma positivista configurava um elemento externo ao direito, agora passa a integrá-lo internamente⁴⁹.

Essa confusão entre moral e direito e, conseqüentemente, entre validade e justiça, é criticada por Ferrajoli, que acusa o neoconstitucionalismo de retomar o paradigma jusnaturalista e, dessa forma, afastar-se do positivismo. Nas palavras do autor,

É, portanto, insustentável a derivação – em razão da banal circunstância de que leis e Constituições incorporem “valores” – da tese de uma “conexão conceitual” entre direito e moral, mediante a qual todo ordenamento jurídico (não somente pretende subjetivamente mas) satisfaz (objetivamente?) alguma “pretensão de justiça” e algum “mínimo ético”, que integrariam, por isso, uma conotação necessária do direito e uma condição de validade das normas jurídicas. Essa é uma tese jusnaturalista exatamente oposta à tese juspositivista [...] ⁵⁰.

Com isso, as modificações inseridas no bojo do constitucionalismo no último século, por meio da positivação de valores, princípios e direitos fundamentais, não são vistas por Ferrajoli como um enfraquecimento do positivismo, mas, ao contrário, como seu fortalecimento⁵¹. Assim, Ferrajoli vai de encontro à concepção neoconstitucionalista de que o constitucionalismo contemporâneo modifica radicalmente as bases do positivismo ao entrelaçar direito e moral⁵².

Pragmaticamente, a principal divergência entre garantistas e neoconstitucionalistas ocorrerá no campo da jurisdição constitucional. Ambas as teorias partem da constatação comum e empiricamente verificável de que os textos constitucionais contemporâneos são dotados de termos abstratos. Contudo, a solução encontrada pelos dois grupos de autores para aplicação dos termos abstratos é diametralmente oposta⁵³. Nas palavras de Ugarte, defende o Garantismo que

el poder judicial sólo puede funcionar como garantía frente al poder ejecutivo si se desempeña como un poder prácticamente nulo. De nueva cuenta, se subraya la pretensión cognoscitiva y no creativa del intérprete que se fundamenta en el carácter positivista de la teoría garantista. De hecho, para esta teoría, resulta posible hablar de una verdad

⁴⁹ POZZOLO, 2012, p. 13.

⁵⁰ FERRAJOLI, 2011a, p. 103.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do Garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 684.

⁵² UGARTE, 2011, p. 302.

⁵³ *Ibid.*, p. 304.

jurídica que depende de la labor del intérprete como descubridor del Derecho⁵⁴.

Ressalta Ferrajoli que o neoconstitucionalismo, ao diferenciar regras de princípios e conferir ao juiz a possibilidade de realizar a ponderação e a argumentação jurídica, promove um grande ativismo judicial, equiparando-se com o realismo e com o “neopandectismo”, eis que o direito se torna, em última análise, aquele que é produzido pelos juízes nas suas práticas interpretativas e argumentativas. Essa tese seria apresentada pelos neoconstitucionalistas não apenas como descritiva, mas também como prescritiva, confundindo eficácia e validade.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa crítica de Ferrajoli é bem identificável. Por meio da referência ao neoconstitucionalismo, referido Tribunal tem exercido um grande ativismo judicial, inclusive com forte interferência no poder executivo. Um caso emblemático é o Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RO⁵⁵), acerca de demarcação de terras indígenas em Rondônia. A ação proposta dizia respeito à constitucionalidade ou não da demarcação realizada por meio de portaria ministerial. O Supremo declarou a constitucionalidade da demarcação, mas impôs uma série de condições à sua fruição, em clara substituição à Administração Pública. Tendo por base a “proporcionalidade”, ultrapassou-se inclusive os limites do objeto abordado pela lide.

Inclusive, nos Embargos de Declaração impetrados na ação, o relator chega a afirmar que a decisão deverá servir de “diretriz relevante para a as autoridades estatais – não apenas do Poder Judiciário – que venham a enfrentar novamente as mesmas questões”. Não apenas o STF invade a competência executiva, como ainda estabelece diretrizes para sua atuação futura, em claríssima substituição ao Executivo⁵⁶.

Em vários outros casos julgados pelo STF ocorreu semelhante ativismo judicial fundamentado no aporte neoconstitucionalista. A título meramente exemplificativo, mencionamos os seguintes: aborto em caso de anencefalia, união estável homoafetiva, perda de mandato em caso de troca de partido, constitucionalidade e aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa.

O garantismo postula, como forma de assegurar a certeza e a segurança jurídicas, a vinculação do juiz à lei como uma obrigação política, moral e jurídi-

⁵⁴ Ibid., p. 306.

⁵⁵ STF, Pet 3.388, Rel. Carlos Ayres Britto, julgamento em: 19.03.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

⁵⁶ STF, Pet 3.388 ED, Rel. Luis Roberto Barroso, julgamento em: 23.10.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

ca, de forma a não violar o modelo constitucional. Com isso, não podem os juízes exercer a função jurisdicional tendo por base suas convicções pessoais e muito menos argumentos políticos, pois isso levaria no primeiro caso à arbitrariedade e, no segundo, à violação de separação dos poderes⁵⁷.

Isso não quer dizer que, dentro da concepção garantista, a atuação judicial deva ser menos comprometida com a concretização dos direitos fundamentais. A garantia da concretização de tais direitos constitucionalmente assegurados está justamente no fato de que o juiz deve verificar a validade das leis infraconstitucionais, não possuindo a obrigação de aplicá-las quando inconstitucionais⁵⁸. Ademais, pode ainda o juiz provocar o legislador para que exerça sua tarefa de regulamentar a concretização dos direitos fundamentais.

A recepção do garantismo na jurisprudência brasileira

Ao contrário do neoconstitucionalismo, que já possui grande internalização na jurisprudência dos tribunais pátrios brasileiros⁵⁹, o garantismo jurídico de Ferrajoli não tem recebido a mesma atenção. As referências à Ferrajoli nos tribunais superiores brasileiros são feitas apenas em relação ao garantismo penal, e não quanto ao garantismo jurídico.

82

Foi realizada pesquisa⁶⁰ no Supremo Tribunal Federal acerca da citação de Ferrajoli em decisões judiciais. Utilizando-se o termo de pesquisa “Ferrajoli”, foram encontradas 22 decisões, sendo que em uma delas o autor foi citado na ementa, inclusive. Todavia, em todos os casos a referência foi feita ao livro *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, utilizando-se a concepção teórica do autor para o direito penal. O mesmo ocorre quando o termo utilizado para pesquisa é “garantismo”. Foram encontradas 30 decisões judiciais, todas referentes ao garantismo penal.

No Superior Tribunal de Justiça⁶¹, ocorre situação semelhante. Utilizando-se o termo de pesquisa “Ferrajoli”, foram encontradas sete decisões, sendo que em uma delas o autor foi citado na ementa, inclusive. Ao se utilizar o termo de pesquisa “garantismo”, foram encontradas 12 decisões. Todavia, em todos os casos a referência foi feita em relação à teoria do direito penal, e não em relação à teoria do direito.

⁵⁷ Ibid., p. 307.

⁵⁸ FERRAJOLI, 2002, p. 697.

⁵⁹ MORAIS, 2013.

⁶⁰ Pesquisa realizada em 17 nov. 2014 por meio da ferramenta de busca no *site* do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

⁶¹ Pesquisa realizada em 17 nov. 2014 por meio da ferramenta de busca no *site* do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As modificações ocorridas no último século dentro do constitucionalismo são inegáveis, sendo imperiosas transformações e adaptações na teoria do direito e, conseqüentemente, na metodologia da jurisdição constitucional. Contudo, o modo como tais alterações serão propostas terá profundos reflexos para a concretização dos direitos fundamentais, de forma que sua análise deve ser re-fletida cuidadosamente.

Ambos os aportes teóricos neoconstitucionalista e garantista reconhecem as amplas modificações trazidas pelas Constituições rígidas do último século, com a introdução no texto legal de valores veiculados via princípios e garantias fundamentais. Contudo, enquanto o primeiro está preocupado em demonstrar em que medida tais modificações representam uma superação do positivismo, na medida em que propõe uma interpretação moral da Constituição, devido a uma suposta e inevitável densidade axiológica que os princípios jusfundamentais carregam, o segundo aporte (tese garantista) postula que na verdade trata-se apenas de conferir-se um reforço mais atual ao positivismo, corrigindo também certas reduções puramente formais nos âmbitos da vigência, validade e eficácia das normas. Isto porque constata que a radical separação de qualquer juízo subjetivo moral no campo de Direito, promovido pelo paleopositivismo, acabou por esvaziar de conteúdo o conceito de validade e, portanto, reduziu-o ao conceito de vigência, além de condicionar a validade das normas à sua eficácia, o que pressupõe confundir direitos com garantias.

Ou seja, para a concepção garantista, o fato de reconhecer-se a influência moral na formação de muitas normas e na interpretação do julgador, esta dimensão não pode ser tratada como o elemento central do normativismo jurídico, pois o momento da discussão moral das leis ocorre quando da sua elaboração, posta a norma no ordenamento, a sua leitura pauta-se pelo instituído, desde que constitucionalmente válido, sem desconsiderar os inevitáveis filtros da moral subjetiva de cada julgador, o que não pressupõe uma moral heterônoma e hegemônica, portadora de uma verdade como parecem sugerir as teses neoconstitucionalistas. Em suma, Ferrajoli reconhece uma discricionariedade interpretativa do juiz, pautada pelos cânones de interpretação e técnicas de decisão que a dogmática positivista já possui e cujo aspecto de subjetivismo moral na decisão de cada caso implica um grau mínimo de ilegitimidade tolerável pelo sistema. Sendo assim, os juízos de direito são opiniões e não asserções.

Com isso, enquanto o neoconstitucionalismo leva a uma confusão entre direito e moral (promovendo um forte apelo jusnaturalista ao defender uma moral heterônoma e verdadeira, como já se disse), o garantismo mantém a separação entre ambas as esferas, defendendo que, ainda que as Constituições passem a conter valores morais, a sua aplicação se dá graças à sua posição na hierarquia do ordenamento jurídico, e pelo seu conteúdo instituído, seja qual for o seu teor material.

No aspecto prático, as maiores diferenças entre os dois posicionamentos teóricos encontram-se no âmbito da aplicação do Direito pelo Judiciário, pois, enquanto o neoconstitucionalismo entende possível (e até mesmo defende) uma atuação judicial criativa inclusive em temas políticos – pois juízos morais abrangem quaisquer temas tratados pelos inúmeros princípios e diretrizes constitucionais tais como os direitos prestacionais e normas da ordem social e econômica –, o garantismo apresenta certa moderação da atuação judicial no que tange a elementos políticos ou carência de normas que confirmem efetividade a direitos constitucionais. Pois estes podem estar pautados por expectativas sociais, econômicas ou políticas que não possuem ainda as garantias primárias, ou seja, os deveres e obrigações de cumprimento dados pela legislação infraconstitucional e/ou secundárias de caráter processual. Vale dizer: se há direitos sem garantias, não cabe ao julgador suprir estas últimas, por serem atribuições do legislador.

Muito embora o neoconstitucionalismo tenha ganhado destaque acentuado em território pátrio, a sua aplicação reiterada pode ter consequências graves para determinados postulados indispensáveis à concretização de um Estado de Direito, como, por exemplo, segurança jurídica, separação de poderes, garantia dos direitos fundamentais e decisões democraticamente tomadas.

A contribuição de Ferrajoli por meio do garantismo jurídico está justamente em, de uma forma reflexiva, esclarecer os principais pontos criticáveis do neoconstitucionalismo, seja em uma vertente teórica, seja em uma vertente prática. Com isso, a teoria do garantismo jurídico oferece elementos assaz importantes para a concretização de direitos fundamentais sem, contudo, comprometer a democracia.

84

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 2. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 42-3.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CARLOS DUARTE, Francisco. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 206-220, ago. 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3968/2345>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

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

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDConst, 2011a, p. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Juruá: Curitiba, 2009.

MORAIS, Fausto. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Direito, Universidade do Vale do Sino, Rio Grande do Sul, 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OTTO, Êcio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, [S.l.], n. 1, p. 607-630, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 194, abr./jun. 2012. p. 7-21, 2012.

TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de Luigi Ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 3, 3º quadrimestre de 2011.

UGARTE, Pedro Salazar. Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. *DOXA: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, Espanha, n. 34, p. 289-310, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 329-342, jul. 2013. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4683/2595>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

Data de recebimento: 30/7/2014

Data de aprovação: 13/11/2014

