



## (NEO)CONSTITUCIONALISMO(S) E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

JOÃO PEDRO DE OLIVEIRA BARBOSA

LEANDRO DE OLIVEIRA CORRÊA

Professor Titular da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutor em Direito da Universidade Estácio de Sá - UNESA. Mestre em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Advogado.

*Resumo:* O presente trabalho, por meio de revisão bibliográfica, tem por objetivo entender as problemáticas que norteiam o neoconstitucionalismo, uma vez que, ao mesmo tempo em que se aposta na normatividade da constituição, criam-se mecanismos, como a discricionariedade judicial, que se tornam verdadeiros óbices na consubstancialização desta autonomia. Para tanto, será preciso definir primeiro o que venha a ser este termo para, logo após, apontar as ambiguidades teóricas que o circundam. Além disso, o apontamento de outro modelo jusfilosófico dar-se-á, por meio do debate teórico entre Lenio Streck e Luigi Ferrajoli, em que serão definidos os paradigmas Constitucionalismo Contemporâneo e Garantista.

*Palavras-chave:* Constituição; neoconstitucionalismo; constitucionalismo contemporâneo.

*Abstract:* The work, through a bibliographic review, aims to understand how problematic neoconstitutionalism, at the same time, it is bet that in the normativity of the constitution, like a judicial discrimination, that becomes real obstacles in the consubstantialization of its autonomy. So, it will be necessary to define first what this term is and then point out the theoretical ambiguities that surround it. In addition, the appointment of another legal-philosophical model will take place, through the debate between Lenio Streck and Luigi Ferrajoli, about the paradigms of contemporary constitutionalism and Garantista.

*Keywords:* Constitution; neoconstitutionalism; contemporary constitutionalism.

### *Introdução*

A História Constitucional nos ensina que a cultura jurídica alemã (reverberadora de um constitucionalismo que, há muito, serve de mola mestra para as constituições normativas de outros Estados), desde os idos do século XIX, conquista um notório espaço nas discussões jurisdicionais com temas relacionados a direitos fundamentais, Estado de Direito e a presença normativa da Constituição<sup>1</sup>.

No entanto, foi somente depois dos anos tempestuosos do Nazifascismo que o movimento (de cunho democrático e instituidor de textos regimentais que consubstancializassem um extenso rol de princípios garantidores de direitos individuais e sociais e que resguardassem os cidadãos das arbitrariedades decorrentes da má-alocação interpretativa da legalidade) por uma reforma constitucional e institucionalizadora de direitos fundamentais vinculantes ganha ainda mais espaço e normatividade, materializando-se, no caso alemão, na Constituição de Weimar, em 1919, todavia, essa mudança transformadora não irá restringir-se apenas a esse Texto.

Afora do território germânico, com essa nova realidade que se alastra pelos Pactos Constitucionais de outras nações, surge a necessidade, justamente, de uma teoria que procurasse entender, compreender e interpretar esse momento paradigmático da Jurisdição constitucional cujos efeitos não se restringiriam apenas à quadra teórica, mas que invadiriam o contexto social repercutindo direitos e garantias individuais e fundamentais e é, sob esta perspectiva, que surge (com a expectativa de denominar este novo paradigma) a nomenclatura neoconstitucionalismo, isto é, uma nova forma de refletir sobre questões decorrentes do constitucionalismo.

Este termo que, originariamente, surge na jurisdição europeia, ao ser recepcionado em nossa arquitetura jurídica, viabilizou a criação de uma série de problemas hermenêutico-filosóficos prejudiciais para o entendimento autônomo do Direito brasileiro, já que devido a um acolhimento acrítico do paradigma neoconstitucional, no Brasil, criou-se uma teoria insuficiente ensejadora de discricionariedades, decisionismos judiciais e ambiguidades teóricas que são superáveis, desde que seja adotado um paradigma que tenha um real

---

<sup>1</sup> FILHO, Marcílio Toscano Francá. A Alemanha e o Estado de Direito Apontamentos de teoria constitucional comparada. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/200/r133-12.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 25.abr.2022

entendimento jusfilosófico da quadra jurisdicional do Brasil e é com essa expectativa que a resposta advém do Constitucionalismo Contemporâneo.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo explicar a nomenclatura neoconstitucionalismo, citando os trabalhos do Ministro da Suprema Corte brasileira Luis Roberto Barroso, para depois apontar suas ambiguidades teóricas que esse termo coloca em nossa jurisdição, por meio do debate entre Lenio Streck e Luigi Ferrajoli.

### *1. Neoconstitucionalismo*

A nomenclatura neoconstitucionalismo, portanto, passa a ser usada para designar essa nova realidade constitucional. Esse termo que, de início, foi utilizado pela teórica genovesa Suzanna Pozzolo, durante sua participação do XVIII Congresso Mundial de Filosofia Política y Social, em agosto de 1997, tem a pretensão de nominar todo esse processo jusfilosófico do Direito Constitucional que trouxe o Poder Judiciário para o centro das discussões e da dinâmica dos Poderes.

Em interessante trabalho, um dos principais defensores do neoconstitucionalismo brasileiro, professor e ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso<sup>2</sup> aponta para aquilo que será uma caracterização, por meio de marcos fundamentais (passíveis de uma crítica hermenêutica, pois não há como estabelecer um estudo criterioso sob a égide do neoconstitucionalismo, uma vez que esse termo enseja diversos questionamentos<sup>3</sup>), do neoconstitucionalismo, a saber: o histórico, o filosófico e o teórico<sup>4</sup>.

Sob a bandeira do ponto histórico, depreendem-se, justamente, os Pactos Federativos, principalmente, as Constituições europeias (a principal referência: Lei Fundamental de Bohn) exaradas no Pós-Guerra que passam a institucionalizar em suas linhas subsídios que servirão de esteio para um estudo fecundo do Direito Constitucional, uma vez que a própria Constituição reverberará um lugar de destaque. Com efeito, Barroso aponta que “ a partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 240, p. 2–15, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>3</sup> SANTOS, Bruno Aguiar. Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do árbitro. 2017. 127f. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie- Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, 2017, p. 25.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 240, p. 2–15, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 15 out. 2021

ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano germânica<sup>5</sup>.

Da Europa para a América, no caso brasileiro, a concretização desse marco se dará anos mais tarde, em 1988, com a promulgação de uma Constituição que, enfaticamente, reflita o ideal normativo e influenciador da Carta Política.

O marco filosófico, por sua vez, repercute a consagração do pós-positivismo, nas linhas constitucionais. O Pós-Positivismo<sup>6</sup> busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas<sup>7</sup>. Por último, mas não menos importante, o marco teórico que é sufragado pelo estudo de uma Força Normativa Constitucional (decorrente da análise do jurista Konrad Hesse<sup>8</sup>), expansão da jurisdição constitucional e inovadora abordagem na interpretação hermenêutica no Texto-Base do Estado.

Bem é verdade que, as teses neoconstitucionalistas foram importantes para o Brasil, fazendo com que adentrássemos nesse ideal de Texto Normativo e não aqueles meramente, políticos e legitimadores de regimes autocráticos que havíamos tido no passado. Streck afirma que esse momento de entrada em uma cultura jurídica, marcada pela normatividade constitucional, possibilitou-nos que suplantássemos a má-representação de constituição de feição liberal que tínhamos e avançássemos na busca de entender e positivar o caráter compromissório e dirigente característico dos Textos Democráticos da segunda metade do século XX.

O Neoconstitucionalismo, sem dúvida, auxiliou-nos na implantação de diversos direitos fundamentais dos quais somos resguardados<sup>9</sup>, mas a sua recepção em nosso Direito

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 240, p. 2–15, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 15 out. 2021. p. 3.

<sup>6</sup> A nomenclatura Pós-Positivismo diverge (em certos parâmetros) do termo Neopositivismo, a começar pela própria interpretação prefixal: pós e neo. Enquanto que o Neopositivismo busca uma re colocação das teses defendidas pelo positivismo tradicional, adequando-as à nova realidade constitucional, o Pós-Positivismo visa a uma ruptura paradigmática, no tocante à antiga forma de interpretação.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 240, p. 2–15, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 15 out. 2021. p. 6.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

<sup>9</sup> STRECK Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Editora Casa do Direito, 2020 apud ARREGUY, Ana Marcia Simões Etienne. Os limites da discricionariedade judicial no paradigma do estado constitucional de direito. 2021. 166f. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2021. p. 76.

Pátrio, paradoxalmente, engendrou uma série de problemas hermenêuticos filosóficos<sup>10</sup>. A princípio, seria uma superação do positivismo jurídico, haja vista que as legislações teriam de ser lidas e interpretadas à luz da Constituição e o Poder Judiciário seria o principal materializador dessas novas questões e o institucionalizador dos direitos e garantias individuais<sup>11</sup>, mas a acrítica entrada desse termo em nossa jurisdição, reverberando conceitos e efeitos dos quais não se tinha conhecimento o suficiente para interpretar, fez com que uma plêiade de equívocos fossem cometidos, o que justifica o fato de alguns autores, inclusive, abandonarem o uso dessa expressão e lançassem mão de outras denominações que dissuassem os problemas da ordem hermenêutico-filosófica, a exemplo de Lenio Streck que, por meio de seu debate teórico com Luigi Ferrajoli, lança mão da nomenclatura Constitucionalismo Contemporâneo, paradigma teórico cuja fundamentação suplanta a flácida sustentação do neoconstitucionalismo à brasileira.

## *2. Ambiguidades e equívocos teóricos*

Sob o nome neoconstitucionalismo, são alocadas diversas teorias que, com efeito, não podem ser aglutinadas em uma mesma vertente. O mesmo neoconstitucionalismo que nos auxiliou na construção de um pensamento de Direito, velador pela normatividade de sua Constituição, também, paradoxalmente, ensejou a criação de mecanismos que minassem seus efeitos, isso, devido a não compreensão holística do termo, isto é, mesmo com a caracterização desse fenômeno (marcos fundamentais), não se sabe, efetivamente, o que ele representa e o próprio professor Luis Roberto Barroso (cujas ideias neoconstitucionalistas – resguardadas as devidas proporções - não coadunam com as vertentes dos estudos hermenêuticos- filosóficos elaborados à luz de um constitucionalismo rígido e adequado à quadra teórica da jurisdição atual, tais como os modelos constitucionalistas de Ferrajoli e Streck) admite isso, quando diz que:

Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao

---

<sup>10</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

<sup>11</sup> ARREGUY, Ana Marcia Simões Etienne. Os limites da discricionariedade judicial no paradigma do estado constitucional de direito. 2021. 166f. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2021

passado<sup>12</sup>. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360° graus<sup>13</sup>.

Para a Hermenêutica Filosófica isso é um problema, pois não há como estabelecer um estudo criterioso do Constitucionalismo, sob uma tese incerta, ensejadora de dúvidas e questionamentos acerca de seus reais efeitos. O que se têm são interpretações que defluem dessa nova noção paradigmática da faculdade constitucional, por isso não se pode pensar em um único neoconstitucionalismo, mas sim em vários devido às múltiplas interpretações sobre o tema. Está certo o professor Miguel Carbonell<sup>14</sup> quando, enfaticamente, leciona que inexistente uma análise unívoca do neoconstitucionalismo, pois há uma clara heterogeneidade entre os autores que dissertam sobre esse tema.

Na mesma perspectiva, Streck assevera que:

A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de *new constitutionalism* os processos de redemocratização que tiveram em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países, é possível citar o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do leste europeu e a África do Sul.

No caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito desenvolvida a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, termo que usam para se referir a um modelo que já não professa mais as mesmas ideias sobre a fundamentação, a interpretação e a aplicação do direito concebidas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então.<sup>15</sup>

Adjunto a essa não pacificidade doutrinária neoconstitucional e, agora, seu desdobramento no Brasil percebemos uma má-interpretação de alocados pontos que o (neo)constitucionalismo(s) reverbera(m), uma vez que o acolhimento acrítico desse novo paradigma constitucional provocou uma série de ambiguidades e mal-entendidos que, “ pode nos ter levado a equívocos<sup>16</sup>”. Em primeiro lugar, a compreensão pós-positivista, como

<sup>12</sup> Grifo nosso

<sup>13</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013 apud SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio*. 2017. 127f. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie- Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, 2017, p. 17.

<sup>14</sup> CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003 apud GANCHEIRO, Evelyn; GOMES, Nestor Castilho; MELIM, Kamilla S.; PICCOLO, Leandro Luís; PREUSS, Ivan; SOUZA, Aldo Jaison de; TESSARI, Fernando. *Neoconstitucionalismo, hermenêutica e pós- positivismo: uma crítica a partir da teoria estruturante do direito*. In: X SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/CriticaNestor.pdf>. Acesso em 01.mar.2022

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - O Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista do Cejur/TJSC*. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>. Acesso em 16.dez.2021

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 1683

Streck ensina em “Verdade e Consenso”<sup>17</sup>, não foi bem estruturada, haja vista que as análises que fazem parte de uma pré-compreensão pós-positivista não foram abalizadas criticamente.

Não se obteve, dessa forma, um estudo completo desse paradigma (que, com efeito, não admite mixagens, representações e simulacros), pois a sapiência hermenêutica que contempla todos os níveis teóricos que esse tema envolve, permitindo, assim, um sólido assentamento (com total consciência) teórico foi, acriticamente, realizada e o problema do solipsismo epistemológico, unificador de todas as formas de positivismo não foi enfrentado da maneira desiderata. Assim, em decorrência disso, a relação sujeito-objeto ainda não foi superada, o que representa um problema para a hermenêutica filosófica.

Ainda nessa questão, a superação do positivismo que o (neo)constitucionalismo(s) propõe tem sua fundamentação discutível, pois para superar essa forma de filosofia, Streck afirma que:

É preciso superar aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência. *Não há como escapar disso*. E penso que apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos sair dessa armadilha que é o solipsismo<sup>18</sup>

Este é o ponto: a holística interpretação que não foi feita e, por causa disso (resguardadas as devidas proporções), diversos problemas de ordem teórica foram assentados na base assujeitadora solipsística da filosofia da consciência, gerando um problema para a hermenêutica filosófica, isto é, a má-fundamentação de um paradigma reverberado em nossa jurisdição antes mesmo de uma compreensão daquilo que propunha.

Além disso, a ponderação judicial, nos moldes como é apresentada, enseja uma margem discricionária (incompatível com a Democracia<sup>19</sup>) que, também, fragiliza a autonomia do direito. O (neo)constitucionalismo(s) busca na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy uma maneira de aplicação jurisdicional que seja adequada aos ditames constitucionais, fazendo com que nesse novo paradigma haja mais princípios do que regras e mais ponderação do que subsunção. O problema reside em como isso foi recepcionado no Brasil, já que, devido a uma leitura superficial aqui feita, os princípios foram lidos como valores gerais que ensejam uma prática voluntarista e axiologista (além de privilegiada) dos juízes na interpretação, conferindo-lhe a (falsa) sensação de poder-se libertar das linhas da

---

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 466

<sup>18</sup> *Ibidem*

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 1995.

Lei, reconstruindo, solipsisticamente, o próprio direito<sup>20</sup>, o que revela um cenário de insegurança constitucional e que desagua (em tese) no fenômeno do decisionismo judicial, onde, assumindo um conceito político de Lei, a normativa é sempre fruto de uma decisão que expressa a vontade política momentânea e é, justamente, nesta última caracterização que reside a problemática. Se for momentâneo, a coerência jurídica esvai-se<sup>21</sup>.

Na mesma perspectiva, outro problema atinente à recepção acrítica neoconstitucional é a desmesurada criação de princípios. Sobre o pamprincipiologismo (expressão cunhada por Streck<sup>22</sup>), afirma-se que significa uma fecunda criação de princípios com o intuito de resolver a insuficiência ôntica das regras, proporcionando, dessa forma, a resolução dos casos difíceis e as incertezas da linguagem. Princípios são importantes para a resolução do caso concreto, mas o seu uso exacerbado provoca uma série de comandos deontológicos, esvaídos de normatividade<sup>23</sup>. Streck, em ‘‘Verdade e Consenso<sup>24</sup>’, propõe alguns exemplos, a saber: princípio da simetria, da efetividade da Constituição, da precaução, da não surpresa, da confiança, da absoluta prioridade dos direitos da Criança e do Adolescente, da afetividade, do processo tempestivo, da ubiquidade, do fato consumado, do deduzido e dedutível, da instrumentalidade processual, da alteridade, da tipicidade fechada, da cooperação processual, entre outros<sup>25</sup>.

Todos, indubitavelmente, confirmam a permanência do esquema sujeito-objeto, já que para sua criação (dos princípios) necessária é a postura voluntarista dos juristas, ensejadora de uma margem discricionária (posto que surge para fundamentar uma decisão

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. A jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no supremo tribunal federal. 2014. 186 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014. p. 46.

<sup>21</sup> SOARES, Paulo Firmeza. Uma crítica ao decisionismo na aplicação do direito. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37248/uma-critica-ao-decisionismo-na-aplicacao-do-direito%20->

[~:text=O%20decisionismo%20jur%C3%ADdico%2C%20que%2C%20contra,expressa%20uma%20vontad e%20pol%C3%ADtica%20leg%C3%ADtima. Acesso em 05.mar.2022](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37248/uma-critica-ao-decisionismo-na-aplicacao-do-direito%20-)

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 475.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Dalton Max Fernandes de. O pamprincipiologismo e o enfraquecimento da força normativa da constituição. Revista do Curso de Direito – Uniformes, v. 35, n.1, p. 119, jan-jun, 2019. ISSN: 1518-3408. Acesso em 01.mar.2022.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>25</sup> *Ibidem*. p. 489

pré-estabelecida<sup>26</sup>), criando, dessa forma, um óbice para a autonomia do Direito, uma vez que, se os princípios são normas (no sentido do *dever ser*<sup>27</sup>).

Restaria ainda uma pergunta fatal: qual é a legitimidade de sua constituição? Quem os elaborou? Em que condições? Se princípios são normas, então valem. Mas, e a lei e a Constituição, construídos democraticamente, o que fazer com esse material<sup>28,29</sup>

O pamprincipiologismo é um problema para a hermenêutica filosófica devido ao uso desmedido, portanto, sem muito critério de *standards* argumentativos apenas para fundamentar a decisão do julgador<sup>30</sup>, o que revela um cenário de insegurança jurídica e, em pior escala, de fraqueza da efetividade Constitucional<sup>31</sup> devido a essa má-interpretação da teoria da argumentação jurídica.

Streck é enfático em dizer que esse uso desmedido é uma trave para nossa jurisdição e que tem sua problemática imbricada na (inócua) distinção estrutural entre regras e princípios a qual não tem fundamentação, já que o princípio é instituidor da própria regra. No fundo, são normas tanto as que encerram princípios quanto as que encerram preceitos<sup>32</sup>. A interpretação de uma regra (responsável por guardar especificidades que institucionalizam a atuação do Direito) sem levar em consideração o princípio que a constitui é ineficaz; seria como tentar entender um texto sem o seu conteúdo, a norma. Neste diapasão, o professor Leandro Corrêa de Oliveira anota que:

O princípio desde sempre está na regra. É seu elemento instituidor, sendo, portanto, impossível interpretar uma regra sem levar em conta seu princípio instituidor. Esses princípios instituidores transcendem a regra para além de sua onticidade, uma vez que as regras são porosas (afinal de contas, são gerais e abstratas), sendo estes os responsáveis pelo fechamento hermenêutico, não deixando que uma regra (e seus

<sup>26</sup> CIENA, Fabiana Polican; PEDROZO, Luiz Henrique Batista de Oliveira; TIROLI, Luiz Gustavo. O fenômeno do panprincipiologismo no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão sobre ativismo judicial e judicialização da política. *Brazilian Journal of Development*, v. v. 6, n. 3, p. 9840-9854, mar. 2020. ISSN 2525-8761. Acesso em 01.mar.2022

<sup>27</sup> STRECK, Lenio Luiz. O pamprincipiologismo e o sorriso do lagarto. *Revista Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 01.mar.2022

<sup>28</sup> Grifo nosso

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. *Revista Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em 01.mar.2022

<sup>30</sup> CIENA, Fabiana Polican; PEDROZO, Luiz Henrique Batista de Oliveira; TIROLI, Luiz Gustavo. O fenômeno do panprincipiologismo no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão sobre ativismo judicial e judicialização da política. *Brazilian Journal of Development*, v. v. 6, n. 3, p. 9840-9854, mar. 2020. ISSN 2525-8761. Acesso em 01.mar.2022

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Dalton Max Fernandes de. O pamprincipiologismo e o enfraquecimento da força normativa da constituição. *Revista do Curso de Direito – Uniformes*, v. 35, n.1, p. 119, jan-jun, 2019. ISSN: 1518-3408

<sup>32</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 55

sentidos) fique à disposição do intérprete (e, sobretudo, do aplicador), para que não escape de seu viés constitucional<sup>33</sup>.

Percebe-se que o termo (neo)constitucionalismo(s) é bem mais amplo do que, a princípio, pode se achar e, justamente, por essa vastidão não abalizada criticamente que exsurtem má-interpretações que fragilizam o próprio Direito, já que há incertezas sobre a própria definição do termo e, por isso, os efeitos por ele gerados são, também, incertos e paradoxais. O mesmo paradigma que aposta na Força Normativa do Texto-Base do Estado é o mesmo que, por meio da ponderação de Alexy mal interpretada, cria mecanismos, como a discricionariedade, o ativismo judicial e o pamprincipiologismo, rebarbativos para a autonomia da Jurisdição. Com esse elevado grau de jurisdição, os juízes seriam (resguardadas as devidas proporções), dessa forma, os próprios legisladores<sup>34</sup> e então “o Direito seria aquilo que os tribunais dizem que é”<sup>35</sup>, o que, peremptoriamente, é inconcebível em um modelo de Estado Constitucional Democrático, como o nosso.

### 3. *Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo Contemporâneo*

Diante dos problemas hermenêuticos, gerados pela recepção ineficaz desse (contraditório) termo (neo)constitucionalismo(s), a saber, a ponderação mal-compreendida de Robert Alexy que dá azo à discricionariedade, ao ativismo e a expansão descriteriosa de princípios (lidos como valores) outra nomenclatura deve ser usada para referir-se ao que se tem, filosoficamente, em nossa jurisdição. Nesse sentido, então, surge o diálogo (com discordâncias e concordâncias) entre dois autores que dissertam sobre essa temática: Luigi Ferrajoli e Lenio Luiz Streck<sup>36</sup>.

Em 2010, no IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst (Academia Brasileira de Direito Constitucional), tem-se o debate acerca do neoconstitucionalismo na América Latina e, em meio a essa discussão, emerge o questionamento sobre os dissensos desse paradigma constitucional. Em decorrência disso, Ferrajoli registra o uso do seu

---

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. A jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no supremo tribunal federal. 2014. 186 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014. p. 49.

<sup>34</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da Ajuris*, v. 41, n. 135, Setembro 2014. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/333/268>. Acesso em 02.mar.2022.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle.

Constitucionalismo Garantista (ou Normativo) e Lenio Streck defende a perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo. Desde logo, registra-se que o que há de comum entre esses dois paradigmas é a divergência com as ideias neoconstitucionais.

O paradigma que Ferrajoli propõe - diferente daquilo que (neo)constitucionalismo(s) aposta - não é uma superação do positivismo jurídico, mas sim um complemento de suas ideias<sup>37</sup> (uma virada do constitucionalismo rígido que deve ser entendido como reforço<sup>38</sup>), isto, porque o constitucionalismo adotado procurou um alargamento jurisdicional, positivando direitos fundamentais, elevando-os, assim, a normas constitucionais que devem guiar a produção jurídica<sup>39</sup>. O Estado (Constitucional) de Direito também é reforçado com a submissão ao Controle de Constitucionalidade e também ao próprio Direito. Percebe-se, portanto, que este novo paradigma reforça, ainda mais, o elo entre a democracia (constitucional) e o positivismo (com aquela completude da qual Ferrajoli fala), uma vez que aquele modelo democrático formal, preocupado apenas com a legalidade de *quem* e *como* decide com base na majoritária declaração social, desprezando, assim, o posicionamento contrário é superado pelo modelo democrático substancial que, enfaticamente, considera os direitos e garantias fundamentais<sup>40</sup>.

O mestre italiano, em sua explicação do Constitucionalismo Garantista, distingue-o em três faces, a saber: como modelo de sistema jurídico, teoria do direito e, por último, como filosofia política<sup>41</sup>

Como *modelo de direito*, a proposta garantista leciona que a positivação dos princípios (os quais devem servir subsidiariamente à produção jurídica) confere uma maior rigidez às Constituições, devido ao seu sistema de limites e vínculos que a própria Constituição nutre para com os outros poderes e tudo isso embasado no controle de constitucionalidade, reservado para a garantia e manutenção da prestação jurisdicional. Em relação à *teoria do direito*, Ferrajoli propõe uma releitura crítica sobre a existência, vigência,

---

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 237.

<sup>38</sup> TRINDADE, André Karam. Positivismo e (Neo) Constitucionalismo: As teorias de Ferrajoli, Prieto Santis e García Amado. Revista do Mestrado em Direito UCB, Brasília, v. 10, n 2, p. 247-263, jul.-dez., 2016. ISSN 19808860

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução: André Karam Trindade. IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em 02.mar.2022.

<sup>40</sup> CADEMARTOR, Sergio Urquhart; CADEMARTOR, Daniela Mesquita Leutchuk de. Diálogos sobre democracia e ambiente a partir dos enfoques procedimental e substancial da democracia. Revista Pensar, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 327-354, maio/ago. 2015.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 272.

validade e eficácia das normas constitucionais com o intuito de mostrar que uma normativa só é adequada, quando submetida a todo processo que a Constituição reverbera<sup>42</sup>. Por último, a questão da *filosofia política* consiste na elaboração de uma teoria democrática substancial, ancorada em um sistema jurídico agregador e mantenedor de direitos e garantias fundamentais. O mestre italiano, quando explora este último tópico, aposta em uma teoria democrática que, não apenas salvasse os seus direitos políticos já conquistados, mas que também procure ampliar o seu rol de conquistas com mais direitos que atuem, assim, “como limites e vínculos a todos os poderes, inclusive os poderes privados, a todos os níveis normativos, inclusive aos níveis supranacionais e àquele internacional; a tutela dos bens fundamentais, além dos direitos fundamentais”<sup>43</sup>.

Além disso, outro desdobramento peculiar da proposta garantista de Ferrajoli é o reforço, em todas as faces que o ator discrimina (modelo de direito, teoria do direito e filosofia política) da separação entre o direito e a moral para minar uma possível arbitrariedade tanto vinda do Judiciário quanto do Legislativo. “No primeiro sentido, a separação equivale a um limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral; no segundo, entretanto, equivale a um limite ao poder dos legisladores e à sua invasão na vida moral das pessoas”<sup>44</sup>.

Por outro lado, o jurista Lenio Streck registra a adoção do seu Constitucionalismo Contemporâneo<sup>45</sup> como um paradigma filosófico constitucional competente para designar o que se tem em nossa jurisdição constitucional, muito diferente do (neo)constitucionalismo que, a começar, carrega consigo uma série de autores, reverberadores de posturas técnicas divergentes sobre esse mesmo tema, isso por causa da matriz teórica pela qual cada um é subsidiado<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> KURTZ, Leonardo da Cunha. O constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli como mecanismo de efetivação do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/gpds/anais/wp-content/uploads/2014/12/3.-O-CONSTITUCIONALISMO-GARANTISTA-DE-LUIGI-FERRAJOLI-COMO-MECANISMO-DE-EFETIVA%3%87%C3%83O-DO-DIREITO-FUNDAMENTAL-A-UM-MEIO-AMBIENTE-ECOLOGICAMENTE-EQUILIBRADO.pdf>. Acesso em 01.mar.2022

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 298.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 308.

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - O Constitucionalismo Contemporâneo. Revista do Cejur/TJSC. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>. Acesso em 16.dez.2021

<sup>46</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 3ª ed. Florianópolis: Conceito, 2012 apud STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - O Constitucionalismo Contemporâneo. Revista do Cejur/TJSC. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>. Acesso em 16.dez.2021

A adoção da nomenclatura Constitucionalismo Contemporâneo (para evitar os equívocos neoconstitucionais) encontra respaldo nos modelos constitucionais que implementaram o *plus* normativo<sup>47</sup> democrático no Estado (Constitucional) de Direito no Pós-Bélico. Para Streck, isso acontece em dois estágios em que o primeiro, marcado pela social-burocracia (portanto não democrática) conduz à efetividade do segundo, uma social-democracia, marcada pela justiça social e a consubstancialização de direitos fundamentais.

O paradigma contemporâneo, assim como a proposta Garantista de Ferrajoli, propõe um processo de continuidade com o intuito de garantir uma argumentação jurídica que:

Pudesse resistir aos frequentes ataques sofridos pelos predadores do Direito \_política, economia e as morais particulares, que se materializam através da discricionariedade das decisões e da ausência de uma teoria da decisão, que possa auxiliar na construção de uma necessária autonomia do direito, garantindo sua coerência e integridade.<sup>48</sup>

Ou seja, este processo de continuação, abarcando os direitos e garantias advindas em seu transcurso, visa à autonomia do Direito, representando, assim, o redimensionamento da práxis político-jurídica que acontece, para Streck, em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição com a consagração do Estado Democrático de Direito e no plano da Teoria do Direito<sup>49</sup>. No interior deste último, percebemos a presença de elementos importantes, tais como: a supremacia da Constituição, a normatividade dos princípios e uma blindagem aos ativismos e a discricionariedade (nos termos que Streck propõe na teoria da interpretação). Todas essas conquistas devem ser pensadas como uma continuação de todo um processo histórico do Constitucionalismo, fazendo com que este seja um mantenedor do exercício da cidadania e do uso limitado dos poderes de estado.

Importante dizer que, no âmbito da teoria da interpretação (blindagem aos ativismos e a discricionariedade), Streck acredita que os neoconstitucionalistas superaram apenas uma forma exegética de positivismo<sup>50</sup> (referente ao constitucionalismo liberal e a ideia

---

<sup>47</sup> MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

<sup>48</sup> ARREGUY, Ana Marcia Simões Etienne. Os limites da discricionariedade judicial no paradigma do estado constitucional de direito. 2021. 166f. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2021. p. 94.

<sup>49</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 1753

<sup>50</sup> ARREGUY, Ana Marcia Simões Etienne. Os limites da discricionariedade judicial no paradigma do estado constitucional de direito. 2021. 166f. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2021. p. 102.

do julgador, totalmente, preso às linhas legais<sup>51</sup>), mas ainda apostam (os neoconstitucionalistas) no esquema sujeito-objeto, dependente de posturas voluntaristas e axiologistas dos juízes, resultando, dessa forma, entre outras colocações, na fecunda criação de princípios<sup>52</sup> apenas para justificar uma decisão pré-pensada pelo julgador.

#### 4. *Entre Streck e Ferrajoli: Concordâncias e Discordâncias*

Apresentadas as teorias que visam a uma superação do uso do termo (neo)constitucionalismo(s) (Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo Contemporâneo) em nossa jurisdição, percebe-se, claramente, que entre elas existem concordâncias e discordâncias em relação a determinadas temáticas. O primeiro ponto pacífico entre os juristas Lenio e Ferrajoli é o fato do (neo)constitucionalismo(s) ter sido importante (sobretudo, para o Brasil) para que nações ingressassem, mesmo que tardiamente, na nova cultura jurídica, marcada pela normatividade de uma Constituição democrática, compromissória e dirigente e não aquela, permeada por feições liberais dos séculos passados.

Reconhecer este fator é importante, entretanto, no caso brasileiro especificamente, devido a uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação com instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano<sup>53</sup>, o termo (neo)constitucionalismo(s) criou uma série de ambiguidades teóricas e dissensos problemáticos para a hermenêutica filosófica. A exemplo dessas patologias, verifica-se o fato de que, ao mesmo tempo em que se defende o ideal legítimo de uma Constituição normativa, delega-se uma jurisdição avantajada aos juízes, permitindo-os criar princípios para fundamentar decisões (pré-decididas), por meio de uma mal-compreendida ponderação judicial. O "Direito seria aquilo que os tribunais dizem que é"<sup>54</sup> e a normatividade do Pacto Federativo esvai-se.

---

<sup>51</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compendio de introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do direito, à sociologia do direito e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito.* 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 475.

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 1753

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da Ajuris*, v. 41, n. 135, Setembro 2014. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/333/268>. Acesso em 02.mar.2022.

A segunda concordância, importante de ser consignada entre esses dois autores, é o fato de reconhecerem que, não há uma superação do positivismo em todos os seus níveis teóricos de compreensão, mas sim um processo de continuidade com um alargamento dos direitos e garantias conquistados, através dos anos. Ferrajoli é enfático nisso e assevera que:

O constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é então uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico<sup>55</sup>, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Representa, por isso, um completamento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito<sup>56</sup>

Na mesma perspectiva, Streck afirma que “O Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade que agregam as novas conquistas que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional de Direito posterior à Segunda Guerra Mundial”. Desse modo, percebe-se que é ponto pacífico entre esses dois juristas essa questão.

A ponderação judicial, ou melhor, a má compreensão da ponderação judicial também é um ponto ideológico comum entre Streck e Ferrajoli e essa questão constitui a fonte de outros dois problemas, a saber: a discricionariedade judicial e o próprio decisionismo. Para os autores, “o neoconstitucionalismo, na tentativa de superar o “positivismo jurídico”, buscou na teoria da argumentação jurídica (especialmente a de Alexy) um modo de racionalizar o modelo de interpretação e aplicação do direito, imaginado pelo seus adeptos como o adequado para os novos textos constitucionais<sup>57</sup>”.

A sofisticada raiz do problema, em decorrência dessa busca, está assentada no fato de que a teoria da argumentação jurídica de Alexy – importante dizer que o autor procura racionalizar a jurisprudência dos valores, que para ele parecia irracional, do Tribunal Constitucional Alemão, por meio de padrões analítico-conceituais signatários de uma jurisprudência dos conceitos, que (via de regra) tem seu significado atrelado a uma forma de exegese, criada por professores, materializando o formalismo conceitual, como assim é conhecido- surge, Pós-Segunda Guerra, com a consubstancialização da Lei Fundamental (da Alemanha) que repercuti um “*jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura

---

<sup>55</sup> Grifo nosso

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução: André Karam Trindade. IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em 02.mar.2022.

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 1922.

rígida da legalidade<sup>58</sup>. Toda essa dinâmica, por parte do “Bundesverfassungsgericht para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão<sup>59</sup>”.

Ou seja, os valores aqui discutidos representam uma “abertura” de uma legalidade extremamente fechada, o que revela um “ajustes de contas hermenêutico”, com qualquer forma de exegetismo. A recepção acrítica, da qual se fala, é o fato de que, no Brasil, esta abertura ter propiciado “outras formas de argumentação” distintas daquela de Alexy. Dito de outro modo, da ideia inicial da jurisprudência dos valores, os brasileiros tiraram a principal (e o equívoco reside, justamente, neste fato de não ter havido, em nossa hermenêutica, uma revisão deste termo, ou melhor, uma interpretação holística das imbricações deste termo): “a Constituição é uma ordem concreta de valores<sup>60</sup> e cabe aos julgadores, assertivamente, desvelar esse valor, sendo que o modo específico que Robert Alexy propõe (de legitimação constitucional) não foi observado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira<sup>61</sup>”.

Em decorrência dessa recepção acrítica, constitui também ponto comum entre os juristas a questão principiológica, posto que para ambos a fecunda (e descriteriosa) criação de princípios malogram a efetividade do ordenamento jurídico, já que tais *standards* argumentativos serão usados com o simples intuito de fundamentar uma decisão pré-decida<sup>62</sup>, confirmando, ainda mais, a prevalência do esquema (problema epistemológico) sujeito-objeto<sup>63</sup>. Diga-se mais uma vez, que a permanência dos princípios em nossa arquitetura constitucional é legítima, posto que muitos deles ajudam (e muito) na resolução de um caso concreto da atividade jurídica, no entanto, o problema está no fato de que muitos deles possuem “nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de

---

<sup>58</sup> SILVA, Pablo Saldivar da. A teoria da ponderação e o enfraquecimento da autonomia do Direito: Considerações sobre a crítica formulada por Lenio Luiz Streck ao pensamento de Robert Alexy e a recepção desta teoria no ordenamento jurídico nacional. Jus.com.br. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/27264/a-teoria-da-ponderacao-e-o-enfraquecimento-da-autonomia-do-direito#\\_ftn24](https://jus.com.br/artigos/27264/a-teoria-da-ponderacao-e-o-enfraquecimento-da-autonomia-do-direito#_ftn24). Acesso em 05.mar.2022

<sup>59</sup> Ibidem

<sup>60</sup> SILVA, Pablo Saldivar da. A teoria da ponderação e o enfraquecimento da autonomia do Direito: Considerações sobre a crítica formulada por Lenio Luiz Streck ao pensamento de Robert Alexy e a recepção desta teoria no ordenamento jurídico nacional. Jus.com.br. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/27264/a-teoria-da-ponderacao-e-o-enfraquecimento-da-autonomia-do-direito#\\_ftn24](https://jus.com.br/artigos/27264/a-teoria-da-ponderacao-e-o-enfraquecimento-da-autonomia-do-direito#_ftn24). Acesso em 05.mar.2022

<sup>61</sup> Ibidem

<sup>62</sup> CIENA, Fabiana Polican; PEDROZO, Luiz Henrique Batista de Oliveira; TIROLI, Luiz Gustavo. O fenômeno do panprincipiologismo no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão sobre ativismo judicial e judicialização da política. Brazilian Journal of Development, v. v. 6, n. 3, p. 9840-9854, mar. 2020. ISSN 2525-8761. Acesso em 01.mar.2022

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 1805.

tautologia<sup>64</sup>. Ao construir esse enunciado frasal, Streck propõe que a existência de alguns princípios é desnecessária, pois a essência de um pode estar em outro princípio diferente; seria isso uma repetição que desconstitui a firmeza do ordenamento pátrio, devido a uma interpretação errônea da abertura que os princípios ofereceriam.

Outra consonância é o fato da distinção estrutural de regras e princípios não existir, já que “um princípio só se aplica através de uma regra; atrás de cada regra há sempre um princípio; por vezes, princípios são aplicados como regras e, finalmente, que o pamprincipiologismo é forte componente da fragilização do direito<sup>65</sup>. Constitui ponto pacífico entre esses autores o fato de que regras e princípios possuem suas especificidades, mas não o fato de que uma (princípios) visa à suficiência da outra (regras). Dito de outro modo, princípios não existem para suprir a insuficiência ôntica das regras, devido ao seu caráter transcendental, instituidor de um mundo prático do Direito (passagem hermenêutica) e institucionalizador das regras jurídicas; um princípio não é um recurso, mas sim um princípio, em virtude daquilo que ele emana<sup>66</sup>. A má-compreensão disso em nosso ordenamento pátrio, devido a não superação do esquema sujeito-objeto (problema epistemológico), faz com que os princípios sejam interpretados como princípios gerais do Direito, o que dá azo ao protagonismo judicial, legitimador de decisões que acontecem (via de regra) no plano da consciência<sup>67</sup>, o que desemboca, no já discutido, decisionismo judicial<sup>68</sup>.

Bem é verdade que, Streck e Ferrajoli concordam em muitos pontos, no que tange à crítica neoconstitucional, mas é preciso reconhecer que, mesmo entre eles há dissensos que estão alinhavados a duas questões: a separação (ou não) entre Direito e Moral e os espaços de discricionariedade<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> *Ibidem*. p. 1839.

<sup>65</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 1920.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. *A jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no supremo tribunal federal*. 2014. 186 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014. p. 54.

<sup>67</sup> Streck, Lenio Luiz. *O que é isto? Decido conforme minha consciência*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. *A jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no supremo tribunal federal*. 2014. 186 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014. p. 48-59.

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle.

A continuidade do positivismo que Ferrajoli professa, é o clássico separador do Direito e da Moral e, nesse ínterim, cabe o questionamento que Streck menciona: “ em que sentido o positivismo defendido por Ferrajoli (...) seria diferente do positivismo original?”<sup>70</sup>

Perceptível é o fato de que, não cabe mais essa dicotomia, posto que esse paradigma fora superado por Habermas, por meio da institucionalização da moral no direito, estabelecendo a co-originariedade entre Direito e Moral. Sobre este último tópico, Ana Márcia Arreguy disserta que:

A partir do pressuposto que a moral e o direito são co-originários, a moral não deve se misturar com o direito, como no jusnaturalismo, mas também pode ser estar totalmente separada do direito, a moral não poderá estar acima do Direito, mas também não pode ser considerada apenas um suplemento, estando numa relação de igualdade, e não em uma relação de pressuposição.

Fator adjunto à manutenção dessas discordâncias é o fato de Ferrajoli defender (e nisso os autores situam-se em paradigmas filosóficos diferentes, já que Ferrajoli situa seu estudo no interior da Filosofia Analítica e Streck desenvolve suas análises sob a tutela da Hermenêutica Filosófica<sup>71</sup>) a fatalidade discricionária do julgador (não o ativismo judicial) em três situações, a saber: o poder de qualificação jurídica ( espaços de interpretação da lei), o poder de valoração das provas (espaço de ponderação dos indícios e dos elementos probatórios) e o poder equitativo de conotação dos fatos verificados (espaço de compreensão e ponderação dos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal do crime)<sup>72</sup>.

O problema recai na exacerbação dessa fatalidade<sup>73</sup>, retornando ao velho problema da discricionariedade, do ativismo e do decisionismo<sup>74</sup> e na defesa do positivismo que, mesmo com as apurações que o jurista italiano reverbera “ pode proporcionar, em determinadas circunstâncias, a institucionalização da crença no poder discricionário dos juízes.”<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle.. p. 2003.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle.. p. 2250.

<sup>72</sup> Ibidem. p. 2075-2083.

<sup>73</sup> TORRES, Amanda Lobão. O garantismo de Luigi Ferrajoli e a discricionariedade judicial. Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40995/o-garantismo-de-luigi-ferrajoli-e-a-discricionariedade-judicial/2>. Acesso em 05.mar.2022

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle..

<sup>75</sup> Ibidem. p. 2083.

Desse modo, percebe-se que, há entre os juristas, discordâncias (pelo fato de qual paradigma interpretativo situam-se os estudos) de ordem filosófica, mas a umbilical relação que os une é a crítica ao (neo)constitucionalismo(s) e a defesa por um Direito autônomo e legítimo. Entretanto, a nomenclatura ideal para referir-se a essa realidade constitucional é a que o jurista Lenio Streck propõe: Constitucionalismo Contemporâneo. O estudo que Ferrajoli propõe é (significativamente) interessante, mas, por estarem (os autores) em paradigmas diferentes, o termo que Streck consigna tem, sem dúvidas, maior aderência filosófica a jurisdição constitucional atual.

### *Conclusão*

O presente trabalho teve por objetivo expor as contradições que permeiam a nomenclatura neoconstitucionalismo, enquanto nomeador de um novo paradigma constitucional que erige com a assunção do Poder Judiciário no Pós-Guerra de 1945, bem como apresentar outras correntes (Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo Contemporâneo) que visam a uma superação dos problemas hermenêuticos-filosóficos reverberados pela má-alocação das ponderações neoconstitucionais. Para tanto, dois insignes juristas foram utilizados como eixo para um entendimento holístico acerca do tema: Luigi Ferrajoli e Lenio Streck.

Em primeiro plano, foram assentadas as principais ideias que o neoconstitucionalismo propõe, com base no trabalho do professor Luis Roberto Barroso, para depois discuti-las em relação à aderência a jurisdição constitucional brasileira e, a partir desta perspectiva, percebe-se que este termo enseja uma série de questionamentos que malogram a autonomia do Direito, sendo, portanto, necessária a adoção de outras correntes.

Neste viés, despontaram-se as correntes Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli e a alcunha de Streck Constitucionalismo Contemporâneo. Bem é verdade que os paradigmas apresentados, em muito, assemelham-se, mas, no tocante a uma aderência mais proficiente a jurisdição constitucional atual, Streck consubstancializa a melhor nomenclatura.

Assim, pode-se finalizar o presente afirmando que reconhecer o impacto do neoconstitucionalismo no Brasil é importante, pois este termo elevou a Constituição brasileira a um degrau normativo, dirigente e vinculante, mas, devido as muitas indagações referentes a esse tema, exsurge a necessidade da adoção e institucionalização do Constitucionalismo Contemporâneo em nossa jurisdição, com o intuito de reafirmar um Direito autônomo, legítimo e democrático, velador do Texto Federativo.

### Referências bibliográficas

ARREGUY, Ana Marcia Simões Etienne. *Os limites da discricionariedade judicial no paradigma do estado constitucional de direito*. 2021. 166f. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 240, p. 2–15, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 15 out. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil* Belo Horizonte: Fórum, 2013

BASTOS , Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CADEMARTOR, Sergio Urquhart; CADEMARTOR, Daniela Mesquita Leutchuk de. *Diálogos sobre democracia e ambiente a partir dos enfoques procedimental e substancial da democracia*. Revista Pensar, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 327-354, maio/ago. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003 apud GANCHEIRO, Evelyn; GOMES, Nestor Castilho; MELIM, Kamilla S.; PICCOLO, Leandro Luís; PREUSS, Ivan; SOUZA, Aldo Jaison de; TESSARI, Fernando. Neoconstitucionalismo, hermenêutica e pós- positivismo: uma crítica a partir da teoria estruturante do direito. In: X SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/CriticaNestor.pdf>. Acesso em 01.mar.2022

CIENA, Fabiana Polican; PEDROZO, Luiz Henrique Batista de Oliveira; TIROLI, Luiz Gustavo. *O fenômeno do panprincipiologismo no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão sobre ativismo judicial e judicialização da política*. *Brazilian Journal of Development*, v. v. 6, n. 3, p. 9840-9854, mar. 2020. ISSN 2525-8761. Acesso em 01.mar.2022

DINIZ, Maria Helena. *Compendio de introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do direito, à sociologia do direito e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 3<sup>a</sup> ed. Florianópolis: Conceito, 2012 apud STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - O Constitucionalismo Contemporâneo*. Revista do Cejur/TJSC. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>. Acesso em 16.dez.2021

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle

\_\_\_\_\_, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Tradução: André Karam Trindade. IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em 02.mar.2022.

FILHO, Marcílio Toscano Francá. *A Alemanha e o Estado de Direito Apontamentos de teoria constitucional comparada*. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/200/r133-12.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 25.abr.2022

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KURTZ, Leonardo da Cunha. *O constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli como mecanismo de efetivação do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/gpds/anais/wp-content/uploads/2014/12/3.-o-constitucionalismo-garantista-de-luigi-ferrajoli-como-mecanismo-de-efetiva%c3%87%c3%83o-do-direito-fundamental-a-um-meio-ambiente-ecologicamente-equilibrado.pdf>. Acesso em 01.mar.2022

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. *A jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no supremo tribunal federal*. 2014. 186 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014.

OLIVEIRA, Dalton Max Fernandes de. *O pamprincipiologismo e o enfraquecimento da força normativa da constituição*. Revista do Curso de Direito – Uniformes, v. 35, n.1, p. 119, jan-jun, 2019. ISSN: 1518-3408. Acesso em 01.mar.2022.

SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio*. 2017. 127f. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie-Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, 2017

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

SILVA, Pablo Saldivar da. *A teoria da ponderação e o enfraquecimento da autonomia do Direito: Considerações sobre a crítica formulada por Lenio Luiz Streck ao pensamento de Robert Alexy e a recepção desta teoria no ordenamento jurídico nacional*. Jus.com.br. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/27264/a-teoria-da-ponderacao-e-o-enfraquecimento-da-autonomia-do-direito#\\_ftn24](https://jus.com.br/artigos/27264/a-teoria-da-ponderacao-e-o-enfraquecimento-da-autonomia-do-direito#_ftn24). Acesso em 05.mar.2022

SOARES, Paulo Firmeza. *Uma crítica ao decisionismo na aplicação do direito*. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37248/uma-critica-ao-decisionismo-na-aplicacao-do-direito%20>



TORRES, Amanda Lobão. *O garantismo de Luigi Ferrajoli e a discricionariedade judicial*. Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40995/o-garantismo-de-luigi-ferrajoli-e-a-discricionariedade-judicial/2>. Acesso em 05.mar.2022

TRINDADE, André Karam. Positivismo e (Neo) Constitucionalismo: *As teorias de Ferrajoli, Prieto Santis e García Amado*. Revista do Mestrado em Direito UCB, Brasília, v. 10, n 2, p. 247-263, jul.-dez., 2016. ISSN 19808860.

Data da submissão: 16/12/2022

Data da aprovação: 06/01/2023