



Academia Brasileira de  
Direito Constitucional

# NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL<sup>1</sup>

NEOCONSTITUCIONALISM: A CRITICISM FROM GARANTISM THEORY

Ana Claudia da Silva Abreu<sup>2</sup>  
Guilherme Schroeder Abreu<sup>3</sup>  
Alexandre Galvão da Silva  
Emanuelle dos Santos Lopes  
Nasser Vinícius Lima Zanovelli  
Raphael de Paula Ribas  
Vinícius Platzgumer<sup>4</sup>

## Resumo

O objetivo da presente exposição consiste no estudo da Teoria Garantista e o seu contraponto com o (neo)constitucionalismo. Para tanto, em um primeiro plano, foram traçadas as principais características da teoria garantista, compreendida como uma teoria constitucionalista do direito, não mais adstrita ao direito e ao processo penal. Posteriormente, destaca-se a necessidade do estudo do neoconstitucionalismo, destacando-se os marcos histórico, filosófico e teórico dessa concepção. Finalmente, o estudo objetiva traçar as semelhanças e as distinções entre o garantismo e o neoconstitucionalismo, aqui compreendido como um constitucionalismo principialista. Diante disso, serão apresentadas as críticas garantistas ao neoconstitucionalismo, propondo uma reflexão objetiva sobre essa teoria. Empregar-se-á, para tanto, o método lógico-dedutivo, através de análises qualitativas, tendo como recursos a bibliografia nacional e a legislação vigente.

**Palavras-chave:** Garantismo. Neoconstitucionalismo. Crítica.

<sup>1</sup> Artigo apresentado à ABDCConst como conclusão de pesquisa realizada no âmbito do grupo de estudos nacionais, Garantismo e Hermenêutica (Neo)constitucional, composto por docentes e discentes da Faculdade Campo Real- Guarapuava/pr. Biênio 2014-2015.

<sup>2</sup> Coordenadora. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora de Direito Penal da Faculdade Campo Real – Guarapuava-Pr. Advogada.

<sup>3</sup> Coordenador. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade Campo Real – Guarapuava-Pr. Advogado.

<sup>4</sup> Pesquisadores. Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade Campo Real – Guarapuava-Pr.

## Abstract

The aim of this exhibition is the study of the garantism theory and its counterpoint to the (neo) constitutionalism. Therefore, in a first plane, the main features were drawn from garantism theory, understood as a constitutional theory of law, not limited to criminal law and criminal procedure. Subsequently, there is the need for study neoconstitutionalism, highlighting the historical, philosophical and theoretical frameworks of this conception. Finally, the study aims to trace the similarities and distinctions between garantism and neoconstitutionalism, here understood as a principialist constitutionalism. Thus, the critical tone constitutionalismo will be presented by proposing an objective reflection on this theory. It will be used, therefore, the logical-deductive method, using qualitative analyzes with the resources at national bibliography and the current legislation.

**Key words:** Garantism. Neoconstitutionalism. Criticism.

## Sumário

Introdução. 1. Teoria do Garantismo Penal. 1.1 Primeira Parte: Epistemologia, a Razão no Direito Penal. 1.2 Segunda Parte: Axiologia, a Razão do Direito Penal. 1.3 Terceira Parte: Teorias, as Razões do Direito Penal. 1.4 Quarta Parte: para uma Teoria Geral do Garantismo. 2. Neoconstitucionalismo. 2.1 Positivismo Jurídico e Pós-Positivismo. 2.2 Estado de Direito e Estado Constitucional. 2.3 Neoconstitucionalismo: Características Fundamentais. 3. Constitucionalismo Garantista x Constitucionalismo Principialista. Conclusões. Referências.

## Introdução

Diante de uma realidade de não implementação dos vetores constitucionais por parte do legislador e dos operadores do Direito, objetivou-se, em um primeiro momento realizar uma análise da teoria do garantismo penal. Vencidas as premissas garantistas, passou-se ao estudo do (neo)constitucionalismo, destacando-se o relevante papel atribuído à hermenêutica. Por fim, objetivou-se avaliar o contraponto entre a proposta garantista de Luigi Ferrajoli (constitucionalismo garantista) e a vertente neoconstitucionalista (denominado pelo autor de constitucionalismo principialista).

O trabalho está dividido em três partes. Na primeira etapa serão apresentadas as características fundamentais da teoria do garantismo penal. Em um segundo momento, serão expostos os postulados caracterizadores do neoconstitucionalismo, destacando-se a sua proposta hermenêutica. Por fim, na terceira e última etapa, objetivou-se identificar os pontos comuns às duas orientações analisadas e, enfim, apresentar as principais objeções oferecidas pelo garantismo contra o avanço do neoconstitucionalismo.

### 1. Teoria do garantismo penal

O ponto de partida do presente estudo é a teoria do garantismo penal, que comporta o reconhecimento de uma normatividade forte a partir das Constituições e, dessa forma, desempenha um salutar papel na realização dos direitos fundamentais e na limitação dos poderes públicos.

Serão apresentados os principais pontos da teoria, seguindo a organização metodológica do autor na obra *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, estruturada em cinco partes. Importante destacar que a quarta parte, por tratar de modo específico do Direito Penal Italiano, não fará parte desse artigo.

## 1.1 Primeira parte: epistemologia, a razão no direito penal

O Sistema Garantista clássico (SG), dentre outros princípios<sup>5</sup>, é dependente da legalidade estrita<sup>6</sup>, e volta-se a limitar o poder punitivo, no sentido de que o desvio penal deve pressupor definição legal (convencionalismo penal) e comprovação judicial, ou seja, estrita jurisdicionalidade (*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*) aliada à necessidade de comprovação (verificabilidade/refutabilidade) consoante o princípio do *nullum iudicium sine probationem*.<sup>7</sup>

Diante disso, tanto o legislador, atrelado à estrita legalidade<sup>8</sup>, como os juízes à mera legalidade<sup>9</sup>, estão vinculados à lei<sup>10</sup>. Assim, uma vez insatisfeito o SG na seara legislativa, disso decorrem espaços de poder ao juiz<sup>11</sup>, cuja aproximação para a satisfação deste modelo ideal (SG), reduzindo-se, conseqüentemente, as referidas margens de poder, estão a exigir que sejam consideradas determinadas garantias

<sup>5</sup> Materialidade da ação, lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, o contraditório, a presunção de inocência.

<sup>6</sup> Apresenta um caráter formal (*nullum crimen nulla poena sine lege*) e empírico (*nulla poena sine crimine et sine culpa*), ou seja, a definição do desvio penal (termo utilizado por FERRAJOLI) não deve se dar tendo em vista a subjetividade do autor, mas sim deve ser abstratamente considerado.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 37-39.

<sup>8</sup> Reserva absoluta de lei, dirigida ao legislador, a qual se traduz numa técnica, embora não elisiva de arbitrariedades, a afastar convenções penais de autor em detrimento de fáticas.

<sup>9</sup> Sendo-lhes vedada qualquer consideração valorativa/subjetiva para aplicação de sanção a alguém.

<sup>10</sup> Referida vinculação inclusive é destacada em âmbito constitucional, conforme dispõe THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais. Tempo, Tecnologia, Dromologia e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p. 277. “O garantismo é um modelo de direito construído a partir da concepção de submissão de todos à lei constitucional”.

<sup>11</sup> FERRAJOLI chama de poder judicial assim considerados: poder de indicação, verificação ou interpretação jurídica (fruto de uma escolha a respeito das situações interpretativas); poder de comprovação probatória ou verificação fática (no qual a prova dos fatos não é meramente cognitiva, mas pressupõe também um conclusão provável de um processo indutivo); poder de conotação ou compreensão equitativa (que requer um discernimento conotativo do juiz que conduz em diferenciar os fatos); poder de disposição ou valoração ético-política (o qual pressupõe a insatisfação plena do modelo garantista no plano legislativo, o que abre espaços de discricionariedade ao juiz).

como subsídio para se atingir a finalidade de maior satisfação do modelo garantista<sup>12</sup>.

Portanto, nos pressupostos mencionados de previsão do delito e a sua correlata comprovação, que está calcada numa verdade processual (aproximada), esta, por sua vez, limitada no conteúdo informativo ante os meios controlados de aquisição de provas, evidenciam um típico modelo denominado de convencionalista. (FERRAJOLI, 2006, p.39-52) Neste sentido, elucida Elmir Duclerc (2004, p. 111):

Isso significa que, para ser pressuposto da pena, o delito não deve ser apenas um fato univocamente descrito e denotado pela lei, mas deve sê-lo, também, pela hipótese acusatória formulada no caso concreto. Além disso, exige-se que tal hipótese seja concretamente submetida a verificação e exposta a refutação, de modo que só seja considerada como verdadeira se apoiada em provas e contraprovas. Note-se assim, que do princípio da estrita jurisdicionalidade (*nulla culpa sine iudicio*) resulta, necessariamente, um processo penal com um modelo normativo e teórico de processo de cognição e de comprovação, onde se exige um procedimento probatório de tipo indutivo que exclui as valorações e deve concentrar-se em asserções e negações das quais se extraíam os conceitos de verdade e falsidade processual.

Tendo em vista as opções acima, nelas considerada a verdade processual, evidencia-se uma atividade indutiva de dirimir hipóteses contraditórias por aquela melhor explicada e provada<sup>13</sup>, bem como dedutiva<sup>14</sup>, ou seja, não imune à opinião do juiz, considerado ainda o seu caráter não impessoal. Ressalta-se, portanto, o confronto entre o saber/poder em que poderá oscilar o Poder Judiciário, naquilo que FERRAJOLI apresenta como graus de garantismo, cujos limites para a aceitação de uma verdade são transpostos a ponto de se concluir que as decisões não estarão versando sobre a verdade, mas a outros valores (FERRAJOLI, 2006, p. 54-70).

Dessa forma, ao pressupor ser o Direito uma construção humana, o problema do garantismo está em elaborar técnicas teóricas (garantias) vinculantes tanto no âmbito normativo como prático. (FERRAJOLI, 2006, p. 71).

Assim para se culminar numa pena, o SG, inerente a Estados de Direito, requer

---

<sup>12</sup> LOPES JR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 69. “Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade de poder”.

<sup>13</sup> Elucidativa é a colocação de PRADO no que é pertinente à eleição das hipóteses lançadas pela acusação e defesa. PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Lei Processuais Penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 108. “(...) a natureza verdadeiramente acusatória de um princípio constitucional demanda, para verificar-se, não só a existência de uma acusação (mesmo os procedimentos inquisitoriais podem conviver com a acusação), mas tanto, e, principalmente, que esta acusação revele uma alternativa de solução do conflito de interesses ou caso penal oposta à alternativa deduzida no exercício do direito de defesa, ambas, entretanto, dispostas a conformar o juízo ou solução da causa penal. (grifo nosso)

<sup>14</sup> Exemplo: no que tange as lesões graves, não há precisão quanto a ocupações habituais, incapacidade.

sejam observados princípios<sup>15</sup> e axiomas<sup>16</sup>. Destes, a legalidade estrita identifica-se ao SG, pois requer todas as demais garantias, propiciando o controle empírico das sentenças. (FERRAJOLI, 2006, p. 91-94).

Por outro lado, a falta de pressupostos garantistas, como dito, revelam incertezas e espaços de poder, dentre os quais o da denotação judicial, que visa suprir defeitos semânticos da linguagem penal. Neste sentido, bem exemplificativo é, embora previsto legalmente, o sentido do termo “ordem pública” para a cautelar da prisão preventiva conforme elucida Aury Lopes Jr (2012, p. 840):

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifacismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma

mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

O exemplo apresenta-se suficiente para se comprovar a afronta à reserva absoluta de lei em oposição ao modelo cognitivista penal.

Portanto, conforme mencionado, legalidade e a jurisdicionalidade estrita pressupõem, por conseguinte, também a verificabilidade e refutabilidade, cuja prova do fato previsto deve ser coligida em contraditório, e valorada conforme o princípio da livre convicção. Este deve ser considerado não no sentido discricionário, mas sim de vinculação do juiz às provas (FERRAJOLI, 2006, p. 124 / p. 133), as quais mesmo sendo negativas (inexistentes), como alude FERRAJOLI, devem direcionar o juiz a uma decisão favorável ao acusado (*in dubio pro reo*), mesmo sendo contrária à convicção do juiz (FERRAJOLI, 2006, p. 141). Ou seja, são garantias que buscam elidir uma convicção indutiva fazendo prevalecer o sistema convencional garantista.

Desse modo, o SG identifica-se ao extravalorativo se considerados os poderes de denotação e verificação, contudo, não está imune ao poder de conotação, pois a lei não é capaz de açambarcar integralmente as hipóteses concretas, a ponto de que a individualização pelas particularidades do fato e as valorações, remetem à equidade do juízo, criticada por FERRAJOLI, por tratar-se de um recurso *extralegem*. (FERRAJOLI, 2006, p. 148-151)

---

<sup>15</sup> Pena; delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.

<sup>16</sup> “Nulla poena sine crimine (retributividade), nullum crimen sine lege (legalidade ampla e estrita), nulla Lex poenalis sine necessitate, nulla necessitas sine injuria (lesividade), nulla injuria sine actione (materialidade, exterioridade de ação), nulla actio sine culpa (culpado), nulla culpa sine iudicio (jurisdicionalidade ampla e estrita), nullum iudicium sine accusatione (acusatório), nulla accusatione sine probatione (ônus da prova ou da verificação) nulla probatio sine defensione (contraditório, ampla defesa, falseabilidade).

## 1.2 Segunda parte: axiologia, as razões do direito penal

A justificação do Direito Penal pode ser dividida em dois sentidos diversos. De um lado a legitimação externa, formada por princípios normativos externos ao direito posto, como a avaliação moral, política ou utilitária e, de outro, a legitimação interna ou legitimação em sentido estrito que se dá por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento jurídico. (FERRAJOLI, 2006, p. 199)

FERRAJOLI propõe três questões relacionadas à justificação: da pena; dos eventos classificados como delito e do processo penal, uma vez que, conforme destaca Andrei Zenkner Schmidt (2001, p. 108): “o Direito Penal é composto não só de penas, mas também de proibições e de processos, e qualquer justificação que se deseja dar a esse ramo do Direito deve possuir a capacidade de fundamentar esses três momentos em que se desenvolvem seus efeitos”.<sup>17</sup>

O reflexo das respostas dadas a essas perguntas<sup>18</sup> corresponde à maior ou menor correspondência com a principiologia garantista o que, conforme salienta Salo de Carvalho (2003, p. 86) “caracterizaria modelos minimalistas ou maximalistas, quanto à elaboração normativa; acusatórios (cognotivistas) ou inquisitivos (substancialistas), quanto ao juízo; e garantistas ou pedagógicos, quanto à fundamentação e execução da pena”.

É pressuposto teórico e axiológico do modelo penal garantista (e de qualquer sistema de direito penal mínimo) a separação entre direito e moral, entre legitimação externa e interna: “quanto menos vinculante para o legislador forem os critérios de legitimação interna da lei nos conteúdos, menos esta será vinculante na relação com os juízes e maior e mais legítimo será o recurso a critérios de legitimação externa no momento do julgamento”. (FERRAJOLI, 2006, p. 203)

A primeira questão da justificação refere-se à pena: “por que” punir? As doutrinas que respondem sim a essa pergunta, são denominadas de justificacionistas; as respostas negativas são fornecidas pelas doutrinas abolicionistas<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Cada uma dessas questões pode ser decomposta em outras quatro, ligadas entre si: 1. Da pena: se, como, quando e por que punir; 2. Do delito: se, como, quando e por que proibir; 3. Do processo: se, como, quando e por que julgar. (FERRAJOLI, 2006, p. 197)

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. (2006, p. 198-199).

<sup>19</sup> QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal. legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 88-89. “(...) recusa consistência científica a todas as premissas sobre que descansa o direito penal e propõe, por isso, não apenas a extinção da pena, nem do direito penal, mas a imediata abolição de todo o sistema de justiça penal”.



FERRAJOLI rejeita as propostas abolicionistas<sup>20</sup> vez que, além de evidenciarem-se pelo vício comum da utopia<sup>21</sup> têm como principal questão o fato de não contribuírem para a limitação do poder punitivo. Inobstante, reconhece o mérito dessas doutrinas em favorecerem a separação entre o direito e a moral e despejar o ônus da justificação para as doutrinas justificacionistas<sup>22</sup>.

Dentre as doutrinas justificacionistas<sup>23</sup>, as retribucionistas<sup>24</sup> incorrem no equívoco teórico segundo o qual “proíbe-se, pune-se e processa-se porque se delinqüiu, e não para não se delinqüir”, ora, não responde à questão ‘porque punir’, mas tão somente à questão do ‘quando punir’<sup>25</sup>, ou seja, quando praticado um delito – *nullun poena sine crimine* – princípio da retributividade.

As doutrinas de prevenção, divididas em prevenção geral<sup>26</sup> e prevenção especial, também não ficam imunes a críticas.

---

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopes da Conceição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 21. O discurso jurídico-penal que não satisfaz estes dois níveis é socialmente falso, porque se desvirtua como planificação (deve ser) de um “ser que ainda não é para converter-se em um ser que nunca será, (ou seja, que) engana, ilude ou alucina”.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. Estudos de Direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3-4. Para ROXIN o ideário abolicionista é uma inspiração social-romântica: uma sociedade livre do direito penal pressuporia, antes de mais nada, que através de um controle de natalidade, de mercados comuns e de uma utilização racional dos recursos de nosso mundo se pudesse criar uma sociedade que eliminasse as causas do crime, reduzindo, portanto, drasticamente aquilo que hoje chamamos de delinqüência.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 234-235.

<sup>23</sup> As retribucionistas vêm na pena um fim meramente retributivo (fim em si próprio); e as teorias relativas que justificam a pena como meio para a prevenção de delitos (fim), as quais podem ser classificadas: “segundo o objeto sobre o qual recai a prevenção: sendo o criminoso, denominam-se teorias da prevenção especial; sendo a sociedade, teorias da prevenção geral”. SCHMIDT, Andrei Zenkner. O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 107.

<sup>24</sup> Gira em torno de três ideias fundamentais de caráter religioso: vingança, expiação e reequilíbrio entre pena e delito, relançadas no século XIX, graças a duas versões laicas: a tese de origem kantiana da retribuição ética e a tese hegeliana, da retribuição jurídica. (FERRAJOLI, 2006, p. 236-238)

<sup>25</sup> CARVALHO, Salo de. Penas e Garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003. p. 123. Para Kant a pena é a “imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção”. Para Hegel, “o delito deveria ser eliminado/neutralizado não como produção de um mal, mas de uma lesão do direito enquanto tal”.

<sup>26</sup> As doutrinas de prevenção geral positiva advogam a fidelidade à norma e ao Estado. Assim, o propósito da pena é “infundir na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social”. QUEIROZ, Paulo. Obra citada. p. 37. Segundo a formulação da prevenção geral negativa, a função da pena é “a prevenção geral de delitos, por meio da ‘coação psicológica’ exercitada sobre a comunidade jurídica, a intimidar/atemorizar a generalidade das pessoas às quais dirige a norma”. QUEIROZ, Paulo. Obra citada. p. 3

Questiona-se o fundamento da pena em uma função pedagógica (prevenção geral positiva) haja vista a sua impossibilidade de comprovação fática, bem como o desvirtuamento produzido pela justificação de meios em razão dos fins visados (o que fundamentaria modelos de direito penal máximo).

As formulações de prevenção geral negativas (utilizam o ser humano como meio, um exemplo de intimidação), também fundamentam modelos de direito penal máximo, ou seja, balizam uma punição discricionária e desigual, segundo as conveniências políticas e o alarde social.<sup>27</sup>

No tocante à prevenção especial, Ferrajoli tece críticas, principalmente, à prevenção especial positiva, pois confere à pena e à medida de segurança a dupla finalidade de curar o condenado (quando doente) e/ou de segregá-lo

em razão do seu comportamento perigoso, pois vê o delinquente (nato) como uma entidade animal privada de liberdade e inteiramente sujeita às leis da necessidade. Refletem vocações autoritárias, dizem mais respeito ao réu e não ao crime, aos autores e não aos fatos, pois analisam os réus segundo as suas características pessoais, incorrendo no erro da confusão entre direito e moral. (FERRAJOLI, 2006, p. 246-249).

Como forma de evitar esse erro, a proposta apresentada por FERRAJOLI visa a prevenção apenas no seu sentido negativo: prevenção dos delitos (tutela do inocente) e das penas informais. Parte da crítica ao utilitarismo clássico<sup>28</sup> e propõe um utilitarismo reformado, como destaca Ana Cláudia Bastos de Pinho (2006, p. 28):

se, para além de atender aos interesses majoritários – O Direito Penal (*ex parte populi*) também visar à minoria (desviados, punidos), objetivando causar-lhes um mínimo sofrimento necessário e impedir que sofram males extrapenais maiores (vingança privada), aí sim estará assegurado o modelo de Direito Penal mínimo, limitado.

Com respaldo no princípio da pena mínima necessária, o direito penal atua na prevenção da reação informal (selvagem, não estatal) e na prevenção dos delitos. A pena não é apenas um meio, constituindo ela própria um fim – minimização da reação violenta ao delito. Responde-se, assim, à pergunta “por que proibir” como também à pergunta “por que punir” oferecendo os critérios de justificação.<sup>29</sup>

### 1.3 Terceira parte: teoria, as razões do direito penal

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 257-259.

<sup>28</sup> O utilitarismo clássico visa apenas a máxima de utilidade de maioria. “Uma tal versão do utilitarismo está apta a fundamentar modelos tanto de Direito Penal mínimo e garantista, quanto de Direito Penal máximo e antigarantista. Dependerá exatamente dos destinatários da proteção”. PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 28.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 318.



As questões “se” e “porque punir, proibir e julgar” são de legitimação externa, portanto, necessário abordar a relação entre legitimação interna e externa nos Estados de Direito, sobretudo devido à incorporação constitucional de grande parte das fontes de justificação externa, transformadas em normas de legitimação interna, como o “quando e como” do exercício dos poderes públicos. (FERRAJOLI, 2006, p. 326)<sup>30</sup>

Essas transformações exigem uma releitura dos critérios de vigência, validade e eficácia. Segundo a concepção exclusivamente formal, a validade de uma norma identifica-se com sua existência jurídica (produto de um ato normativo segundo as normas de sua produção), por essa razão, passa a ser denominada vigência. Contrariamente, nos modernos Estados constitucionais de direito, a validade das normas reside (além da correspondência formal) também na conformidade material com normas de categoria superior, que estabelecem limitações de conteúdo ou valores de justiça, na forma de princípios normativos fundamentais.

Sérgio Cademartori (1999, p. 83) estabelece a distinção dessas categorias:

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

Conclui-se, dessa feita, que a correspondência à Constituição e à legislação, entre vigência e validade importa na justiça interna ou legal; enquanto que a correspondência entre validade e justiça (adesão do ordenamento ao conjunto de valores políticos externos) toca à justiça externa, a qual seria medida pela quantidade e qualidade dos *princípios de justiça* que limitam os níveis normativos superiores; por sua vez, o grau da justiça *interna* depende da quantidade e qualidade das *garantias* das quais seja dotado o ordenamento jurídico<sup>31</sup>. (FERRAJOLI, 2006, p. 338) Revista essa releitura, fundamental o retorno às questões anteriormente apresentadas.

O problema do “quando punir” é aparentemente o mais simples de todos os problemas de legitimação do direito penal – aplica-se quando praticado um delito

---

<sup>30</sup> O resultado desse processo de positivação dos direitos naturais tem sido uma aproximação entre a legitimação interna e a legitimação externa, perdendo, em grande parte, o significado filosófico-político, o conflito entre direito positivo e direito natural. A diferença entre o ser e o dever ser do direito, na verdade, transformou-se na diferença entre ser e dever ser no direito e configura-se como incoerência ou antinomia entre os diferentes níveis normativos. (FERRAJOLI, 2006, p. 327-328)

<sup>31</sup> A relação entre a legitimação interna e a externa é de complementariedade: uma se amplia na proporção em que a outra se restringe. Quanto mais valores forem incorporados, menos expostos estarão os níveis inferiores; quanto menos valores sejam incluídos nos níveis superiores, mais amplas as opções deixadas à discricionariedade dos órgãos de nível inferior. (FERRAJOLI, 2006, p. 334)

– princípio da retribuição – axioma A1 – *nulla poena sine crimine*.<sup>32</sup> Porém, surge o problema da definição de delito, por essa razão, salutar o primado da legalidade.

O princípio da mera legalidade<sup>33</sup> é o primeiro postulado do positivismo jurídico (identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal). Ante a sua insuficiência,<sup>34</sup> insurge o princípio da legalidade estrita,<sup>35</sup> dirigido ao legislador, para que observe, “a taxatividade (clareza na formulação legal) e a precisão empírica (as desviações escolhidas para merecerem a sanção penal devem ser fática e empiricamente demonstráveis), no momento de fabricação da norma incriminadora (dimensão material)”. (PINHO, 2006, p. 83):

A pena deve ser a necessária<sup>36</sup> e mínima dentre as possíveis, qualquer pena qualitativa e quantitativamente maior que o suficiente para reprimir reações informais (vingança privada) mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa humana. O princípio da proporcionalidade (a pena deve ser adequada ao delito em relação à sua natureza e gravidade) é, portanto, um corolário dos princípios da legalidade e da retributividade. (FERRAJOLI, 2006, p. 367)

A justificação do tipo e da medida da pena é um problema moral e político, (legitimação externa), que deve e pode ser decomposto em três subproblemas: (I) predeterminação pelo legislador do tipo e da medida máxima e mínima de pena para cada tipo de delito<sup>37</sup>; (II) predeterminação da pena pelo juiz (identifica-se com os espaços de discricionariedade atribuídos à função judicial); e (III) pós determinação

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 338.

<sup>33</sup> A irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio da mera legalidade. Exige a necessidade de retroatividade e ultra-atividade das leis mais favoráveis. A proibição da analogia é um corolário da legalidade estrita. Encontra-se excluída apenas se for in malam partem. Segue-se o dever de interpretação restritiva e proibição da interpretação extensiva. (FERRAJOLI, 2006, p. 351)

<sup>34</sup> As doutrinas substancialistas têm inspirado modelos penais de legalidade atenuada (tipos penais elásticos e indeterminados, abertos à analogia in malam partem, direito penal de autor) e têm aberto o caminho às mais nefastas teorias antiformalistas. (FERRAJOLI, 2006, p. 346-47)

<sup>35</sup> A legalidade estrita é uma garantia exclusivamente penal e que o diferencia no Estado de direito dos Estados simplesmente legais (sem limites substanciais à primazia da lei) e é também o que marca a distinção entre garantismo e autoritarismo, entre formalismo e substancialismo, entre direito penal mínimo e direito penal máximo. A legalidade estrita pressupõe, portanto, todas as demais garantias (penais e processuais penais). (FERRAJOLI, 2006, p. 349)

<sup>36</sup> Esses dois critérios – princípio da necessidade e da dignidade da pessoa – valem para vincular a qualidade da pena aos três traços modernos: igualdade (veda qualquer diferenciação na execução penal), liberdade (veda qualquer incerteza acerca da duração da pena) e o caráter apenas privativo da pena (veda qualquer atividade pedagógica ou corretiva da pena). (FERRAJOLI, 2006, p. 364-365)

<sup>37</sup> Conforma-se escala de penas em razão dos bens penalmente protegidos. Aqui se encontra um dos maiores problemas do direito penal: a definição de bem jurídico. O problema na maior parte das definições de bem jurídico: ou são demasiado amplas (exageradamente éticas) ou estreitas (identificam como direitos ou interesses individuais). A sua função de limite ou garantia consiste no fato de que a lesão de um bem jurídico deve ser a condição necessária, embora não suficiente, para justificar sua proibição e punição como delito. (FERRAJOLI, 2006, p. 431-433)

na fase executiva, da duração efetivamente sofrida da pena<sup>38</sup>.

Visando resolver esses problemas, FERRAJOLI propõe um novo sistema de penas<sup>39</sup> e formula critérios negativos (garantias penais ou substanciais<sup>40</sup>) expressos pelos princípios constitutivos do delito: (I) resultado – o princípio da lesividade<sup>41</sup>: atua para excluir alguns delitos (descriminalização) ou para restringir a sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas; (II) ação – o princípio da materialidade<sup>42</sup>: os delitos devem se concretizar em ações humanas (materiais, físicas ou externas) empiricamente observáveis, passíveis de serem descritas, enquanto tal, pela lei penal<sup>43</sup>; e (III) responsabilidade penal pessoal – o princípio da culpabilidade: somente ações culpáveis devem ser proibidas. (FERRAJOLI, 2006, p. 425)

Respondidas às questões do “quando e como punir” e do “quando e como proibir”, resta a análise do problema relacionado ao juízo: “quando e como julgar”.

---

<sup>38</sup> Essa duplicidade (severidade das penas previstas em sede legal e judicial versus série de benefícios prisionais na execução) fundamenta duas finalidades inconfessas, a função exemplar outorgada à pena cominada e a correção do réu num sentido verdadeiramente disciplinar.

<sup>39</sup> (I) previsão de penas alternativas às vigentes e elevadas à categoria de penas principais; (II) diminuição gradativa do tempo de duração das penas privativas de liberdade (até um prazo máximo de dez anos para, alcançar a sua supressão e substituição pela privação ou restrição de outros direitos); (III) exigência de que a pena estabelecida pelo juiz no momento da condenação permaneça certa e não modificável senão por fatos taxativamente descritos em lei. (FERRAJOLI, 2006, p. 377-384)

<sup>40</sup> Da separação entre direito e moral deriva uma dupla limitação ao poder punitivo do Estado: o princípio da necessidade ou da economia das proibições penais, expressado no axioma A3, do qual deriva a legalidade das penas e dos delitos e o princípio da lesividade, fundamento axiológico dos primeiros dos três elementos substanciais e constitutivos do delito: a natureza lesiva do resultado. O axioma A3 fica condicionado ao axioma A4. (FERRAJOLI, 2006, p. 426-429).

<sup>41</sup> A primeira restrição é de caráter quantitativo, afeta os delitos de bagatela e permite descriminalizar, em virtude da máxima da economia das proibições penais, as contravenções e os delitos punidos apenas com penas patrimoniais. A segunda restrição é de caráter qualitativo. Delitos que protegem bens jurídicos tais como a moralidade sexual, a personalidade do Estado, a religião, devem ser descriminalizados. Ainda, certos delitos patrimoniais deveriam ser de ação penal privada. A terceira restrição tem caráter estrutural e é consequência da modificação também estrutural que a lesividade impõe à maior parte dos delitos. Os delitos deveriam ser reestruturados como delitos de lesão, ou, pelos menos, perigo concreto. Outros, é imperativa a sua supressão pois implicam a dupla responsabilidade pelos delitos comuns dos quais são um meio. (FERRAJOLI, 2006, p. 437-440)

<sup>42</sup> Direito penal de fato e não de autor: devem os cidadãos ser diferenciados apenas pelos seus atos, não por duas ideias ou por sua específica diversidade pessoal. Disso decorre também a máxima de punir o homem não pelo que ele é, senão pelo que ele faz. (FERRAJOLI, 2006, p. 441-443)

<sup>43</sup> Confere à legalidade estrita o papel específico de garantia de certeza (taxatividade das proibições) e atua como pressuposto da verificabilidade da acusação. (FERRAJOLI, 2006, p. 463).

Às garantias penais<sup>44</sup> aludidas devem estar relacionadas as processuais<sup>45</sup>, quais sejam: da presunção de inocência, a separação de entre o juiz e a acusação<sup>46</sup>, o ônus da prova da acusação, que decorre da presunção de inocência e o direito de defesa do acusado<sup>47</sup> (características afins ao modelo processual penal acusatório).

Não obstante, a principal garantia processual da qual as outras são derivadas é a da jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*), revelando-se imprescindível à satisfação do modelo cognitivo de um sistema penal (FERRAJOLI, 2006, p. 495).

FERRAJOLI faz uma distinção considerando-a em sentido lato (relaciona o juiz aos outros poderes do Estado) e estrito/procedimentais, ou seja, voltadas à coleta de provas, ao desenvolvimento da defesa e ao convencimento do órgão julgante, ou seja, inerente a um modelo fiel à construção de uma verdade processual, portanto, controlada e adstrita a critérios legais de sua produção (característica da jurisdição que a identificam a um modelo de natureza acusatório). (FERRAJOLI, 2006, p.497-501)

Desse modo, tendo em vista a relevância e a necessidade de atender a jurisdição, como garantia, cumpre salientar o quão relevante se apresenta, por FERRAJOLI, o papel do Poder Judiciário. Referido destaque é evidenciado por Gilberto Thums (2006, p. 278)<sup>48</sup> o qual menciona que “a jurisdição se torna um poder ambivalente ou o ‘contrapoder’ que tem a missão de proteger as classes menos favorecidas do poder dos mais fortes”.

Não obstante, a opção por um modelo cognitivo, não garante a ausência, como já mencionado, de espaços potestativos, cujos corretivos estão a depender dos postulados constitucionais; da liberdade, da proteção aos hipossuficientes (como mencionado acima), do *favor rei*, do *in dubio pro reo*, da presunção de inocência como regra de tratamento e juízo e da publicidade. (FERRAJOLI, 2006, p. 504)

---

<sup>44</sup> Retributividade, legalidade, necessidade, lesividade, materialidade e culpabilidade.

<sup>45</sup> THUMS, Gilberto. Obra citada. p. 278. “O processo penal garantista é necessariamente a conjugação de regras processuais e penais, conforme apreçoado por Ferrajoli em seus onze axiomas.”

<sup>46</sup> SOUZA NETTO, José Laurindo de. Processo Penal. Sistemas e Princípios. Curitiba: Juruá, 2008. p. 24. “Hodiernamente, a doutrina mais atendível se pronuncia em favor de uma concepção estrita do princípio acusatório. Segundo essa concepção, o princípio acusatório justifica-se quando todos os processos penais vêm unidos por uma acusação formulada por uma pessoa distinta do órgão chamado a se pronunciar sobre o mérito, sendo necessária a imparcialidade do juiz. Assim, uma das características irrenunciáveis da estrutura acusatória do processo penal é a adoção do princípio da acusação, segundo o qual, o órgão julgador não pode ter funções de acusação das infrações, mas apenas de investigar e de julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado.”

<sup>47</sup> Em reforço ao direito de defesa, THUMS, Gilberto. Obra citada. p. 265. “Ferrajoli observa que a igualdade de armas entre as partes é imprescindível para o equilíbrio do processo. Para alcançar este objetivo são necessários a mesma capacidade e os mesmos poderes da acusação, bem como se deve assegurar o contraditório em qualquer ato processual (...).”

<sup>48</sup> THUMS, Gilberto. Obra citada. p. 245.

Dentre os corretivos citados, cumpre dar ênfase à liberdade, defendida por FERRAJOLI, o qual se opõe à prisão que precede o julgamento, mesmo que atenda à instrumentalidade das cautelares<sup>49</sup>, pois priva o contato do acusado com seu defensor. Como alternativa a esta medida de restrição, defende a condução coercitiva para que se produzam os elementos investigativos e de prova, com a consequente liberação uma vez atendida aquela finalidade de angariar subsídios informativos.

Para resguardar a tutela da aplicação da lei penal, a qual é ameaçada, via de regra, pela fuga (motivo que respaldaria a adoção de uma medida cautelar), se contrapõe a esta lançando como alternativas o fomento à liberdade em detrimento à prisão, bem como a mitigação das penas. (FERRAJOLI, 2006, p. 512-515)

Tais medidas seriam capazes de devolver aos juízes o papel de garantidores dos direitos fundamentais (inerente a um modelo acusatório, o qual é correlato a um sistema garantista). Se o mister é resgatar aos juízes esse *status*, torna-se imperativo que, partindo-se da inafastabilidade da jurisdição, seja tutelada a organização da atividade judicial pela divisão de funções entre juiz e acusação e o estabelecimento de procedimentos e métodos de acusação. (FERRAJOLI, 2006, p. 517)

Identifica-se, assim, um modelo acusatório, no qual estão previstas, como referido, funções bem definidas a propiciar um julgamento que precede um debate paritário, iniciado pela acusação, que detém o ônus da prova, sendo, por conseguinte, desenvolvida com uma defesa em que deve ser respeitado o contraditório, culminando na solução pelo juiz, com base na livre convicção vinculada às provas carreadas.

Desse modo, a fim de garantir referida proposta, agregam-se também as garantias do juiz natural, pré-existente ao caso penal, cuja competência é previamente definida em lei; um processo como instrumento de tutela do inocente<sup>50</sup>, cuja oportunidade de manifestação no âmbito do procedimento deve ser considerada como um meio de defesa, seja positiva ou negativa (*nemo tenetur se detegere*) e em igualdade de condições (paridade de armas), com respeito ao procedimento (regras do jogo), a culminar em decisão necessariamente motivada.

---

<sup>49</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 778. “As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo. Filiamo-nos à corrente doutrinária que defende seu caráter instrumental, em que ‘as medidas cautelares son, pues, actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo de proceso (...)’”.

<sup>50</sup> LOPES JR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. “Com isso concluímos que a instrumentalidade do processo é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. É o que denominamos de instrumentalidade garantista.”



Assim, o juiz deve assumir uma postura de espectador, dedicado à valoração objetiva e imparcial dos fatos, vinculado à estrita legalidade e privado de orientações políticas (subjetividades) e morais. (FERRAJOLI, 2006, p. 530-534)

## 1.4 Quinta parte: para uma teoria geral do garantismo

Da palavra “garantismo” é possível distinguir três significados diversos<sup>51</sup>, conexos entre si: (I) um modelo normativo de direito; (II) uma teoria de validade das normas; e, por fim, uma (III) filosofia política. Segundo Salo de Carvalho<sup>52</sup>:

Na tentativa de estabelecer novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção dos direitos fundamentais e da democracia, a teoria garantista propõe a alteração de três dimensões da esfera jurídico-política que

subordinam a prática penal: (1ª) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (2ª) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do estado); e (3ª) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política).

Os dois significados de Estado de direito<sup>53</sup> associam-se à noção de legalidade: em sentido lato (validade formal), requer apenas a predeterminação legal dos poderes; enquanto a legalidade em sentido estrito (validade substancial) exige que lhe sejam legalmente preordenadas e circunscritas mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão. Quando empregado no segundo destes dois significados, é sinônimo de “garantismo”. (FERRAJOLI, 2006, p. 789)

Sobre o papel dos direitos fundamentais, Alexandre Morais da Rosa (2005, p. 11):

(...) os Direitos Fundamentais desfilam com papel preponderante, ao propiciar a mensuração da concretização da Constituição. Estabelecem o que pode ser deliberado pelo Poder Legislativo e o que deve ser garantido pelo Poder

<sup>51</sup> Os três significados retro delineiam os elementos de uma teoria geral do garantismo: vinculação do poder público em um Estado de direito; divergência entre validade e vigor produzidas pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; distinção entre ponto de vista externo (ético-político) e ponto de vista interno (jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade. (FERRAJOLI, 2006, p. 788)

<sup>52</sup> CARVALHO, Salo de. Penas e Garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003. p. 98.

<sup>53</sup> No campo do direito penal, “Estado de Direito” designa ambas as coisas: o poder judicial de apurar e punir os crimes é, por certo, sub lege (submetido às leis) tanto quanto o poder legislativo de defini-los é per leges (deve fazê-lo mediante leis gerais e abstratas); e o poder legislativo é exercitado per leges enquanto, por seu turno, está sub leges, isto é, está prescrita pela lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal. Dessa forma, o poder sub lege pode ser interpretado em dois sentidos: um primeiro, formal, conferido pela lei e exercitado nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos; e um segundo, limitado pela própria lei, que condiciona as formas e conteúdos. Esse segundo sentido é o que representa os Estados constitucionais, que incorporam, nos níveis normativos superiores, limites formais e substanciais ao exercício de qualquer poder. (FERRAJOLI, 2006, p. 789)

judiciário, mediante o controle de constitucionalidade material das normas, sujeitando os indivíduos no Estado Democrático de Direito, somente às leis válidas, impedindo que eventuais maiorias violem direitos indissociáveis e construídos historicamente e argumentativamente.

As garantias dos direitos de liberdade (ou “direito de”) asseguram a igualdade formal ou política. E os “direitos a” (garantias sociais) consentem a igualdade substancial ou social. Andrei Zenkner Schmidt (2001, p. 270-271) aduz:

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

O direito como um sistema de garantias centrado nos direitos fundamentais requer, portanto, uma concepção substancial de democracia, em que, além da vontade da maioria visa atender aos interesses e necessidades vitais de

todos. Na democracia formal a maioria representa a fonte da legalidade; na substancial, a fonte da legalidade também reside nas minorias, que devem ser devidamente ouvidas e respeitadas. (FERRAJOLI, 2006, p. 797-799)

É a partir dessa luta pelo direito que se produzem as mudanças progressivas na esfera do direito positivo: do reconhecimento constitucional de novos direitos fundamentais à elaboração de novas garantias legais para os direitos já reconhecidos, das evoluções da jurisprudência às solicitações de responsabilidade política pela violação dos direitos já garantidos. (FERRAJOLI, 2006, p. 871-872)

## 2. Neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo<sup>54</sup>, enquanto fenômeno jurídico-constitucional, não contém um conceito determinado, tampouco um significado unívoco, conquanto há várias visões sobre o mesmo fenômeno jurídico. Pode-se utilizar o termo neoconstitucionalismo para designar as mudanças sofridas no modelo de Estado e na

---

<sup>54</sup> “Neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para, de forma crítica, construir “dever-seres” que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de se ajustar – sobretudo pela hermenêutica – às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Disponível em: <[http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op\\_2.2\\_2007\\_1-44/64](http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44/64)>. Acesso em: 17 mar. 2016. p. 2.

teoria do direito constitucional. Nessa seara, Humberto Ávila<sup>55</sup> aduz que:

É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)”.

Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 80) considera o neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo pós-positivista, ou constitucionalismo neopositivo) um modismo que acabou se espalhando pelo mundo: “um viés teórico no campo

do Direito Constitucional, que aglutina tendências e teses dos mais variados matizes. Designa a evolução de certos aspectos provenientes da cultura constitucional contemporânea”.

Lenio Streck<sup>56</sup> para evitar alguns equívocos, afirma que “é preferível chamar o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas), para evitar os mal entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo”<sup>57</sup>.

Sobre a origem do termo neoconstitucionalismo, Amélia Sampaio Rossi (2011, p. 146-147) esclarece:

(...) foi empregado pela primeira vez por Susanna Pazzolo, em 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Social e Jurídica, ocorrido em Buenos Aires, na apresentação de trabalho intitulado **A especificidade da interpretação constitucional**. Neste, a autora afirma que denomina neoconstitucionalismo a corrente de pensamentos atuada por juristas e filósofos que compartilham de uma especial maneira de se aproximar do direito, como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy. Isso não significa, obviamente, que haja total coesão e

<sup>55</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”. BDJur, Brasília, DF, mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2016. p. 01.

<sup>56</sup> STRECK, Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Trad. André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 63.

<sup>57</sup> “De fato, a expressão ‘neoconstitucionalismo’ não é de fácil apreensão e muito menos é o conteúdo daquilo que designa. Preliminarmente, apontam alguns autores uma identidade semântica nas expressões ‘neoconstitucionalismo’ e ‘constitucionalismo contemporâneo’ (e a estes termos se somaria a expressão ‘pós-positivismo’ nos termos adiante a serem analisados). Em segundo lugar, o significado de tais expressões alude, tanto a um modelo de organização jurídico-política, ou de Estado de Direito, como também ao tipo de teoria de direito que se requer para explicar tal modelo, podendo-se, inclusive, falar-se de uma terceira acepção de neoconstitucionalismo, como ideologia”. CADEMARTORI, Luiz Henrique; DUARTE, Francisco Carlos. Estado de Direito no Contexto do Neo-constitucionalismo e o Papel das Garantias Fundamentais. In: XV Congresso Nacional do Conpedi – UEA. Direito, Sociobiodiversidade e Soberania da Amazônia, 2006, Florianópolis. Anais Eletrônicos. Manaus, UEA, 2006, Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz\\_henrique\\_urquhart\\_cadernartori.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz_henrique_urquhart_cadernartori.pdf)>. Acesso em 20 mar. 2016. p. 3512

harmonia no pensamento de ditos autores, e nem que eles se reconhecem abrigados sobre o chamado neoconstitucionalismo, mas sim, que compartilham de algumas noções peculiares que poderia uni-los em uma única corrente jusfilosófica. (Grifo no original)

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

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

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

Por fim, o neoconstitucionalismo metodológico sustenta a tese de conexão necessária entre direito e moral, contrapondo-se ao positivismo metodológico. A descrição neutra em relação ao objetivo que se pretende conhecer, característica do método positivo, é substituída pela construção do objeto pelo seu investigador que também o avalia sob um prisma moral.

Em suma, conforme resumem Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Francisco Carlos Duarte (2006, p. 3512), o neoconstitucionalismo “transcende a dimensão puramente jurídica, encontrando também os seus fundamentos a partir de uma concepção própria de Estado de Direito e uma nova forma de focar o papel da Constituição, por parte dos poderes públicos e da própria sociedade”.

Tendo-se em conta que o escopo do presente trabalho é realizar o contraponto entre o constitucionalismo garantista e o neoconstitucionalismo, a seguir serão traçadas as características conformadoras do neoconstitucionalismo.

Partir-se-á da divisão realizada por Luís Roberto Barroso (2014, p. 267), que estabelece três marcos fundamentais do neoconstitucionalismo: histórico (o desenvolvimento do constitucionalismo pós-guerra), filosófico (marcado pelo pós-positivismo) e teórico (mudanças sofridas na teoria constitucional).

## **2.1 Positivismo jurídico e pós-positivismo**

A mudança da compreensão jusnaturalista (direito de origem natural ou divina) para uma concepção jusracionalista desboca na admissão de um direito natural concomitante a um direito positivado, sendo este último consequência daquele.

O jusracionalismo, juntamente com o iluminismo<sup>58</sup>, marcam o movimento de codificação do Direito (ocorrido no século XVIII), cujo auge se dá com a elaboração do Código Civil Francês, em 1804. O Estado passa, dessa forma, a ser um Estado de Direito, vinculado e limitado pela lei (vista como a racionalização dos direitos naturais). O direito, então, passa a ser identificado com o direito posto, não se permitindo qualquer atividade criativa por parte do juiz (Escola da Exegese).

No momento em que ocorre a superação do jusnaturalismo, instaura-se, o positivismo jurídico<sup>59</sup>, fruto de várias influências<sup>60</sup>, que vão muito além dos ideais iluministas. Inicia-se, assim, um período em que o legislador reinava como absoluto, pois cabia a ele o poder de dizer o direito, reduzido à lei<sup>61</sup>. Não se discutia acerca do conteúdo da norma (validade material), ou seja, “a lei era bastante e suficiente para solucionar os conflitos, sem que precisasse recorrer as normas constitucionais”<sup>62</sup>

Com a cisão entre Direito e moral, a ciência do Direito se volta à análise de juízos de fato, que buscam o conhecimento da realidade, e não juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade, não cabendo ao Direito resolver a discussão acerca de legitimidade e justiça. (BARROSO, 2014, p. 262).

---

<sup>58</sup> A modernidade que se iniciara no século XVI, com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais integralmente submisso à teologia cristã. (...) O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado. (BARROSO, 2014, p. 258)

<sup>59</sup> BOBBIO, Norberto. Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25-26. Destaca os pontos fundamentais do Positivismo Jurídico e as teorias daí advindas, quais sejam: a abordagem avaliativa do Direito (validade formal); sua definição a partir do seu poder de coação (teoria da coatividade), tendo a lei como sua fonte exclusiva, cabendo à doutrina e à jurisprudência um papel meramente contemplativo e descritivo (legislação como fonte proeminente do Direito). A norma é um comando (teoria imperativista), devendo ser obedecida enquanto tal, porque vigente e, considerada um componente de um ordenamento jurídico sem lacunas e/ou antinomias (completude e coerência do ordenamento jurídico), cabendo o intérprete uma interpretação literal, sem juízos de valor (teoria da interpretação mecanicista do Direito).

<sup>60</sup> A Escola da Exegese estabelece o culto ao direito positivado através de uma interpretação meramente literal, abstraída de ingerências sociais ou morais, além da crença em um ordenamento jurídico completo. A Escola Histórica do Direito (movimento do Direito Alemão construído em total repúdio ao movimento codificador em ascensão na França) também contribuiu à estruturação do positivismo, sendo responsável pela dessacralização do direito natural, o que foi fundamental para essa nova concepção jusracional do direito. Por fim, o Positivismo Científico veio ao encontro do Direito de forma a possibilitar o viés metodológico necessário para essa nova corrente, ou seja, permitir uma análise avaliativa do Direito, cabendo ao intérprete uma atitude neutra perante o objeto – a norma.

<sup>61</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1996. v. II. p. 307-308. O positivismo jurídico, do ponto de vista metodológico, é marcado “pela compreensão do sistema jurídico como ‘sistema normativo unicamente consistente (sem contradições), pleno (sem lacunas) e fechado (autossuficiente)’”.

<sup>62</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 29.



Dessa forma, uma lei é válida ainda que injusta, já que o valor não é objeto da ciência jurídica. Uma vez válida – produzida em conformidade com os procedimentos legais – a norma deve ser aplicada, independente do seu conteúdo.

O positivismo jurídico está alicerçado na separação entre o ser e o dever ser, fechando-se para uma orientação moral ou política na interpretação do direito (positivismo da interpretação). No plano da validade do direito, aceita apenas como válido o direito posto, encerrando a validade no sentido estritamente formal (positivismo da vigência do direito). Como decorrência dessas duas premissas, a norma deve ser compreendida e aplicada a partir de um processo lógico-subsuntivo.

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

Ao final da Segunda Guerra Mundial, percebe-se que um sistema indiferente a fatores éticos/morais e baseado em leis que serviam apenas de molduras legitimamente constituídas para conteúdos diversos necessitava de transformação.

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

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

As normas constitucionais, por serem resultado de opções axiológicas da sociedade (mormente os princípios), têm a função de aproximar o direito da moral, fazendo a imprescindível ligação entre valor e direito, tão combatida pelo positivismo.

Daniel Sarmiento<sup>63</sup> aduz que, o quadro pós-positivista contextualiza-se quando “as Constituições passam a albergar princípios e direitos sociais prestacionais dotados de carga axiológica. É nesse momento que a lei (o direito infraconstitucional) ganha parâmetros constitucionais que permitem a análise da sua justiça material”.

<sup>63</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In. Direito Constitucional Brasileiro. Teoria da Constituição e Direito Fundamentais, Org. Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 25.

Para Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Francisco Carlos Duarte (2006, p. 3511), um dos principais desafios do pós-positivismo é:

o equacionamento entre as dimensões do Direito, Moral e Política. Isto se daria ao estabelecer as suas formas de entrelaçamento, o que pressupõe o desenvolvimento de padrões de racionalidade baseados mais na razoabilidade prudencial do que no cientificismo formal, típico do positivismo jurídico.

Conforme abordado por Amélia Sampaio Rossi (2011, p. 150): “o pós-positivismo implica a ideia de que em função das relações necessárias e conceituais entre moral e direito, dadas em especial diante de uma Constituição principiológica, se estaria em um momento de ultrapassagem da perspectiva positivista”.<sup>64</sup>

Nasce a concepção de que a norma jurídica é constituída por um conjunto de regras e princípios, sendo que, esses últimos, deixam de ser tomados apenas como meras diretrizes, passando a desempenhar uma eficácia normativa, destacando-se, os princípios da dignidade da pessoa humana<sup>65</sup> e da proporcionalidade (ou razoabilidade).

Eduardo Cambi (2010, p. 5) identifica o pós-positivismo:

Sob o aspecto filosófico, a identificação do direito com a lei, marcada pelo dogma da lei como expressão da “vontade geral”, foi superada pela hermenêutica jurídica que, sem cair na tentação de retornar à compreensão metafísica proposta pelo direito natural, desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição. Pouca valia teriam os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. Esta tendência é denominada de pós-positivismo, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de colmatar lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos.

Neste modelo (pós-positivista) houve o reconhecimento normativo dos princípios informadores dos valores sociais (notadamente os princípios de justiça) e da autoridade dos direitos fundamentais, projetando-se em uma específica concepção da Constituição, segundo Paulo Ricardo Schier<sup>66</sup> enquanto “sistema aberto de regras e princípios, que permite pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-

<sup>64</sup> ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico? Curitiba: Editora Juruá, 2011.

<sup>65</sup> “Com efeito, pode-se afirmar que o valor da dignidade da pessoa humana funciona como um vetor-mor da hermenêutica jurídica, podendo-se afirmar que, na dúvida entre a proteção de dois direitos fundamentais contrapostos, deve ser preservado aquele que melhor atenda a dignidade da pessoa humana”. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Disponível em: <[http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op\\_2.2\\_2007\\_1-44/64](http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44/64)>. Acesso em: 17 mar. 2016.p. 20.

<sup>66</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios na filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho. p. 02. Curitiba: Unibrazil. ano 2005. n. 24. p. 132.

normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica”.

## 2.2 Estado de direito e estado constitucional

Ante a ineficácia do modelo positivista na proteção dos direitos e garantias fundamentais, fica claro que a análise das leis destituídas de valoração deveria ser abandonada. Sem abrir mão da garantia e certeza que o positivismo é capaz de fornecer, o constitucionalismo moderno promove uma reaproximação entre ética e direito, “migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente”.<sup>67</sup>

Até a Segunda Guerra Mundial, priorizavam-se as leis emanadas do parlamento, tratando-as como fontes primárias (e quase que exclusivas) do Direito, em detrimento da Constituição, a qual assumia contornos de documento meramente programático, que norteava a atuação do legislador, não tendo força de norma jurídica.

Com a derrota dos regimes totalitários (nazi-fascistas), verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas

manifestações (político, econômico, intelectual etc) bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional)<sup>68</sup>.

O constitucionalismo, dessa forma, apresenta as suas características mais marcantes “a partir do final da Segunda Guerra Mundial, sendo exemplos desta nova realidade as constituições da Itália, de 1947 e da Alemanha, de 1949, seguidas das constituições de Portugal, de 1976 e da Espanha, de 1978”.<sup>69</sup>

Ante a decadência do modelo positivista<sup>70</sup> e em substituição ao desprestigiado Estado Legalista, já no final do século XX, tem-se o Estado Constitucional de Direito, fundado em uma rígida Constituição, que passa a irradiar sua força normativa e cogente a todos os ramos do Direito.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>71</sup> assevera que: “para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 28.

<sup>68</sup> CAMBI, Eduardo. Obra citada. p. 4.

<sup>69</sup> Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Francisco Carlos Duarte. Obra citada. p. 3512.

<sup>70</sup> A decadência do positivismo em muito se deveu aos movimentos políticos e militares que ascenderam ao poder, (notadamente o nazismo na Alemanha e o Fascismo na Itália) cometendo inúmeras barbáries em nome da lei.

<sup>71</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 92.

direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático”.

As Constituições, através de sua força normativa, passam a representar o instrumento supremo de efetivação desse Estado Democrático, além de atuar como limite ao legislador, vincula o mesmo às suas normas, exercendo, efetivamente, um papel de protagonista. Um modelo de Estado meramente negativo – atua pela imposição de limites ao seu poder – passa a ser insuficiente e é substituído por um Estado positivo, capaz de garantir, efetivamente, as garantias, direitos e liberdades fundamentais previstos em seu texto constitucional. Sobre essa diferenciação:

(...) segundo Pérez Luño, 4 reside em um tríplice deslocamento do papel que desempenham, em termos institucionais, as normas constitucionais e infraconstitucionais, cuja posição no atual no Estado Constitucional passa a ser a seguinte: 1 – deslocamento do princípio da primazia da lei para o princípio da primazia da Constituição; 2 – deslocamento da reserva da lei à reserva constitucional 3 – deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da constitucionalidade.<sup>72</sup>

A teoria neoconstitucionalista sustenta três principais mudanças sofridas na teoria constitucional: o reconhecimento da força normativa da Constituição, sua compreensão como norma que irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico e o desenvolvimento de novas técnicas de interpretação constitucional. Cumpre, portanto, fazer uma análise, ainda que breve, sobre cada uma dessas mudanças paradigmáticas.

## 2.3 Neoconstitucionalismo: características fundamentais

Como visto, no final do século XX, tem-se o surgimento do Estado Constitucional de Direito, fundado em uma rígida Constituição, que passa a irradiar sua força normativa e cogente a todos os ramos do Direito.

A partir dessa mudança paradigmática do Direito Constitucional, também houve uma mudança estrutural na forma de interpretar a Constituição e as premissas que compunham o modelo clássico de interpretação mudaram.

A hermenêutica clássica (fundada, sobretudo, no método subsuntivo) passa a ser insuficiente. Isso decorre, sobretudo, da constatação de que as normas não possuem um sentido único, pelo contrário, a carga axiológica, sobretudo dos princípios, acolhem interpretações variáveis.

Não se trata, contudo, da superação nem mesmo do abandono do método subsuntivo. Porém, como adverte BARROSO (2014, p. 288), “ao lado dos elementos tradicionais de interpretação e dos princípios específicos de interpretação constitucional,

<sup>72</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Obra citada. p. 3512.

delineados ao longo do tempo, foram descobertas novas perspectivas e desenvolvidas novas teorias”.

Destaca-se, nesse sentido, o surgimento da técnica de ponderação, conforme observa Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p. 04):

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

Como essa nova técnica de interpretação parte dos problemas ou das situações, “visando definir o sentido das normas ao invés da direta remissão à lei, fruto esta de um modelo de subsunção direta, dos fatos às normas, através de um processo lógico-dedutivo como apregoava Kelsen”.<sup>73</sup>

O constitucionalismo contemporâneo aqui analisado parte da distinção das normas em duas espécies: as regras e os princípios. Ambos descrevem condutas a serem observadas, no entanto, os princípios possuem um conteúdo mais aberto que as regras e, por essa razão, o seu grau de determinabilidade é inferior.

De forma contundente, Canotilho (2002, p. 1147) acentua que:

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

Robert Alexy<sup>74</sup> afirma que “a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras”. Ainda, o que irá distinguir é a forma de solução dos conflitos. “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de

exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”.

<sup>73</sup> Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Francisco Carlos Duarte. Obra citada. p. 02.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melheiros Editores, 2008. p. 92-93.



Já em relação à colisão entre princípios, a solução é completamente distinta, pois um dos princípios deverá ceder. “Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”.

Citando Ronald Dworkin, Robert Alexy (2006, p. 94), resume a questão da seguinte maneira: “conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade,

enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.

Para Lenio Streck<sup>75</sup> (2009, p. 02), com a alteração proposta pelo neoconstitucionalismo e a prevalência dos princípios por sobre as regras, o intérprete não poderá utilizar-se (somente) dos métodos alicerçados pela epistemologia “individualista-liberal” do sujeito-objeto (que demandam uma operação puramente técnica, nos moldes subsuntivo-dedutivo), indo mais além, para a construção de uma interpretação calcada na intersubjetividade (relação do sujeito com o mundo).

Sobre a abertura de uma nova dogmática de interpretação constitucional Eduardo Cambi (2006, p. 17) esclarece:

A falência do positivismo jurídico, marcada pela diferenciação da norma e do preceito normativo, rompeu o método silogístico, abrindo espaço para o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. A nova interpretação constitucional não abandonou os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas revitalizou a hermenêutica jurídica ressaltando a teoria dos princípios sobre a das regras. Por outro lado, valendo-se da teoria dos princípios - os quais diferentes das regras não têm a pretensão de exclusividade - é possível buscar soluções ajustadas às pretensões sociais legítimas, que sejam, ao mesmo tempo, sejam vinculantes e flexíveis.

Da mesma forma, Amélia Sampaio Rossi (2011, p. 154):

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

<sup>75</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

No caso de colisões<sup>76</sup> entre normas constitucionais mostra-se insuficiente o método subsuntivo e os critérios tradicionais para definir a norma que recairá sobre o caso concreto, assim, o recurso à ponderação deve encontrar o resultado constitucionalmente adequado. (BARROSO, 2014, p. 361).

A técnica da ponderação apresenta-se como um processo necessário, que, de forma simplificada, pode ser descrito em um processo de três etapas.

Na primeira etapa, devem ser selecionadas as normas que estejam em colisão, bem como aquelas que têm a aptidão de resolver os interesses em contradição e também as que assinalem para uma mesma decisão e então organizadas de forma que formem argumentos parecidos. Em um segundo momento, buscar-se-ão nas circunstâncias fáticas do caso concreto e suas particularidades, as reflexões sobre os elementos normativos. Por fim, as normas devem ser ponderadas em conformidade com o peso que tenham na solução do caso concreto. (BARCELLOS, p. 57-58)<sup>77</sup>

Nessa toada, temos o papel central do princípio da proporcionalidade como um limite à atividade de sopesamento. Sérgio Cademartori (2009, p. 05) aduz que a proporcionalidade:

(...) é composta de três máximas parciais: **adequação**, que ao estabelecer a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; **necessidade**, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário, e **proporcionalidade em sentido estrito** que é a ponderação com base nos valores *jusfundamentais* propriamente ditos (...) as decorrências sociais do caso concreto face aos dois critérios de adequação e necessidade, antes observados, que influirão na escolha do princípio que deva prevalecer naquela situação.

Partindo do pressuposto de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático, a distinção entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral é

---

<sup>76</sup> Existem três espécies de colisão de normas constitucionais: (I) a colisão entre princípios constitucionais (devendo ser solucionadas à luz do caso concreto); (II) a colisão entre direitos fundamentais (requer uma análise por sobre o caso, exigindo o recurso à ponderação, pois os direitos que vivem em harmonia em seu relato abstrato podem produzir antinomia frente o caso concreto); (III) a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais (quando se colidem interesses/direitos fundamentais individuais em face do direito coletivo/interesse público). BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. p. 356-360.

<sup>77</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In. A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 3. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2008. p. 57-58.

para Robert Alexy<sup>78</sup> (2006, p. 210): “uma das questões centrais da teoria do discurso jurídico. Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente”.

É importante ressaltar, contudo, que inobstante ser a técnica mais difundida, sobretudo no direito brasileiro, a ponderação de princípios não pode ser tomada como a única possibilidade de hermenêutica do pós-positivismo. Outra teoria argumentativa muito difundida é a preconizada por Ronald Dworkin (2010, p. 164-165) que defende o sopesamento dos argumentos principiológicos, para a solução dos casos difíceis:

Nos casos difíceis, a argumentação jurídica versa sobre os conceitos contestados, cuja função e natureza são muito semelhantes ao conceito das características de um jogo. Eles incluem muitos dos conceitos substantivos através dos quais o direito se manifesta, como os conceitos de contrato e de propriedade. Também se incluem aí dois conceitos de muito maior relevância para a presente argumentação. O primeiro é a ideia de ‘intenção’ ou ‘propósito’ de uma determinada lei ou de uma cláusula estabelecida por lei, este conceito faz uma ponte entre a justificação política da ideia geral de que as leis criam os direitos e aqueles casos difíceis que interrogam sobre os direitos foram criados por uma lei específica. O segundo é o conceito de princípios que ‘subjazem’ às regras positivas do direito, ou que nelas estão ‘inscritos’. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política

da doutrina segundo a qual os casos semelhantes dever ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer. Juntos, esses conceitos definem os direitos jurídicos como uma função, ainda que muito especial, dos direitos políticos.

Diante da complexidade e da amplitude da matéria, a doutrina nacional<sup>79</sup> estabeleceu, a título de ilustração, três critérios básicos (comuns a todas as teorias discursivas), que orientam o jurista na atividade argumentativa, a saber: (I) o jurista deve apresentar elementos normativos, ou seja, buscar dentro do ordenamento jurídico as premissas com que construirá o argumento; (II) as decisões devem prezar pela unidade/coerência/continuidade do sistema, portanto, devem ter o caráter

---

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. Obra citada. p. 548. “O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso prático geral. Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado em cada caso concreto. Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. BDJur, Brasília, DF, jul. 2006. Disponível em: Acesso em 17 nov. 2015. p. 11.

“universalizável” a todos os casos de mesma espécie. O recurso à jurisprudência e aos precedentes toma relevo, ao passo que deve prezar pela segurança jurídica; (III) o intérprete/jurista deverá sempre estar conectado ao mundo dos fatos, não se enclausurando na abstração da norma.

O reconhecimento das prerrogativas do cidadão frente ao Estado, a normatização dos princípios, a tutela mais efetiva dos direitos fundamentais e a indiscutível reaproximação do Direito com a moral, são alguns dos componentes deste novo modelo jurídico-filosófico. Como, a partir do neoconstitucionalismo surge a obrigação de adequação de toda produção jurídica com os postulados estampados (implícita e explicitamente) na Constituição, no próximo item será demonstrado em que essa teoria se aproxima e em que se distingue da teoria do garantismo.

### **3. Constitucionalismo garantista x constitucionalismo principialista**

Todas as vertentes constitucionalistas advogam a submissão dos poderes públicos às Constituições e aos direitos fundamentais. No tocante à teoria do direito, tem-se a concepção comum de que a validade das leis não se limita à sua adequação formal, mas também à conformação aos conteúdos constitucionalmente estabelecidos. Além dessas qualidades, o constitucionalismo pode ser apreendido de dois modos contrapostos: como superação do positivismo jurídico ou como sua complementação.

FERRAJOLI concebe o constitucionalismo de duas maneiras opostas: uma primeira concepção (a mais difundida), frequentemente denominada de neoconstitucionalista, que representa a superação jusnaturalista do

positivismo jurídico, por essa razão, denominada de substancialista; de outro lado, uma segunda compreensão, segundo a qual o constitucionalismo representa a expansão e o complemento do positivismo jurídico<sup>80</sup> e, dessa forma, encarada como juspositivista<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> O positivismo jurídico pode ser diferenciado em “positivismo lato sensu, distinguindo-o do jusnaturalismo e o positivismo jurídico stricto sensu, diferenciando-o do moralismo jurídico, que, em nosso entender, pertence ao positivismo jurídico lato sensu e, as abordagens específicas no âmbito do positivismo jurídico stricto sensu que indicaremos com diferentes denominações, advertindo-se que a nossa classificação não será exaustiva”. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 78.

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-14.

Enquanto que o constitucionalismo garantista ou juspositivista<sup>82</sup> tem como pressuposto a separação entre legitimação externa e legitimação interna (distinção entre validade e justiça, entre direito e moral), as correntes neoconstitucionalistas e sua tendência jusnaturalista e substancialista condicionam a legitimação interna à externa, trazendo a moral, novamente, para o ponto de vista interno ao direito.

FERRAJOLI<sup>83</sup> esclarece que, “Com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desaparece o principal traço do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça”.

Eduardo Ribeiro Moreira<sup>84</sup> refere-se ao garantismo como uma teoria de democracia constitucional, “com denso conteúdo normativo, o qual se traduz em uma proposta de constitucionalismo forte que congrega direito constitucional, processo penal, direito penal, criminologia crítica, filosofia política e teoria do direito”.

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

A orientação nomeada pelo autor<sup>85</sup> de constitucionalismo principialista (ou simplesmente principialismo) é caracterizada “pela configuração dos direitos

fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diferentes das regras, pois dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não à sua atuação ou aplicação, mas à sua ponderação legislativa ou judicial”.

---

<sup>82</sup> O garantismo não é concebível fora do horizonte teórico do positivismo jurídico, uma vez que parte da distinção do vigor das normas, tanto na sua validade quanto de sua efetividade, essencial para compreender a estrutura normativa do Estado de direito, caracterizado: a) por pertencerem as normas vigentes a níveis diversos e hierarquicamente ordenados, cada um dos quais se configura como normativo respectivamente àquele inferior, e como fático, respectivamente àquele superior; b) pela incorporação das normas superiores das obrigações e vedações que disciplinam a produção das normas inferiores, e cuja observação é condição da efetividade das primeiras e validade das segundas; c) pelas antinomias produzidas pelas violações das normas superiores por parte das inferiores, e pelo simultâneo vigor de umas, ainda que não efetivas, e de outras, ainda que inválidas; d) pela consequente ilegitimidade jurídica que investe sempre os poderes normativos, legislativo e judiciário, e que é tanto maior quanto mais ampla não efetiva é a incorporação limitativa dos deveres nos níveis mais altos do ordenamento. (FERRAJOLI, 2006, p. 804)

<sup>83</sup> FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. p. 19-20.

<sup>84</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo. A invasão da constituição. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 166

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi. A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como um modelo teórico e como um projeto político. Trad. Alexander Araújo de Souza et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.



A concepção denominada constitucionalismo garantista (ou modelo garantista, ou, simplesmente, garantismo) é configurada como:

um modelo normativo de ordenamento jurídico fundado na rígida sujeição de toda produção normativa às normas constitucionais e aos direitos nela estabelecidos, na configuração como antinomias ou como lacunas de suas violações, uma por comissão e outras por omissão, e na obrigação da jurisdição de anular as primeiras e da legislação de colmatar as segundas<sup>86</sup>.

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

Segundo FERRAJOLI, a rejeição dos três elementos principais do constitucionalismo principialista é o que o diferencia do constitucionalismo garantista. Por essa razão, serão analisados cada um desses três elementos, a crítica a eles elaborada por FERRAJOLI e, finalmente, a solução dada pelo sistema garantista.

O primeiro elemento criticado por FERRAJOLI é a conexão entre direito e moral. Os neoconstitucionalistas, no afã de superarem o positivismo jurídico, passam a defender a reaproximação do direito e da moral, o que levaria a duas falácias, a jusnaturalista, “consistente na identificação (e na confusão) da validade na justiça, em algum sentido objetivo desta segunda palavra; e a falácia ético-legalista, consistente – mesmo na variante do constitucionalismo ético – na oposta identificação (e confusão) da justiça com a validade”. (FERRAJOLI, 2012, p. 33).

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

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

A separação entre direito e moral em nenhum momento significa dizer que as normas não têm um conteúdo moral. Ora, as leis têm sim conteúdos morais (até mesmo

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi. A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como um modelo teórico e como um projeto político. p. 30.

imorais) e grande parte dos princípios constitucionais possuem conteúdos morais altamente valoráveis. Na verdade, a superação da confusão entre direito e moral quer dizer que as Constituições expressam e incorporam valores os quais vinculam as práticas judiciais e a atividade legislativa. Dessa forma, é possível concluir que: “A constitucionalização dos princípios de justiça não incide, de maneira alguma, sobre a separação entre direito e moral”. (FERRAJOLI, 2015, p. 108)

Entretanto, é preciso reconhecer que “sustentar a separação positivista entre moral e direito em tempo de neoconstitucionalismo, marcados por textos constitucionais recheados de princípios com enorme carga de moralidade, é, no mínimo, um singular desafio”. (BASTOS DE PINHO, 2013, p. 45)

Para FERRAJOLI, a tese da separação é um corolário do princípio da legalidade<sup>87</sup>, assim, a positivação de uma norma, ainda que de caráter constitucional, não implica a sua justiça. A justiça de uma norma não é, de forma alguma, uma condição necessária nem suficiente da sua validade, permanecendo a moral e justiça no âmbito do ponto de vista externo ao direito. Ainda, o segundo postulado da tese de separação é um corolário dos princípios da tolerância e da laicidade, o que significa dizer que não se exige do cidadão uma adesão moral aos valores constitucionalmente consagrados, bem como não se justifica, em matéria penal, um moralismo jurídico.<sup>88</sup>

O segundo elemento é a distinção entre princípios e regras. FERRAJOLI deixa bem claro que não significa que a distinção não tem qualquer fundamento, “mas apenas que ela apresenta uma dimensão explicativa bem mais restrita do que aquela normalmente associada, uma vez que, a maior parte dos princípios se comporta como regras”. (FERRAJOLI, 2012, p. 38) A diferença não é estrutural<sup>89</sup>, mas quase de estilo, pois todo princípio equivale a uma regra e por trás de toda regra existe um princípio.

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

FERRAJOLI aponta um dos efeitos nefastos dessa distinção: o enfraquecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais, uma vez que “assumem a Constituição não como um conjunto de normas vinculantes, mas como princípios morais, cujo respeito, quando estão em conflitos entre eles, é remetido à discricionariedade

---

<sup>87</sup> “A partir da feitura da lei, a decisão judicial passa a ser racionalizada na lei, que quer dizer ‘sob o comando da Constituição’, e não ‘sob o comando das injunções pessoais – morais – políticas – do juiz ou dos Tribunais’.” STRECK, Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós positivismo. p. 77

<sup>88</sup> FERRAJOLI, Luigi. A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como um modelo teórico e como um projeto político. p. 108-109.

<sup>89</sup> Ferrajoli entende que princípios e regras são normas, simplesmente formuladas de maneira diversa “uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e a sua conseqüente aplicação.” FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. p. 8.

argumentativa do intérprete”. (FERRAJOLI, 2012, p. 38)

Fredie Didier apontar mais um defeito<sup>90</sup> dessa concepção:

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

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

Isto posto, “supervaloriza-se o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia e à separação dos poderes”.<sup>91</sup>

Para Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p. 167), o rigor legalista normativo presente no garantismo não é encontrado no neoconstitucionalismo. “O garantismo, por sua vez, desconfia do Poder Judiciário e mantém uma visão pessimista da política e do direito”. Paulo Ricardo Schier (2014, p. 54) traduz essa preocupação:

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

Tem-se, dessa forma, os dois lados do constitucionalismo. De um lado, uma maior abertura a partir da positivação dos princípios e um estreitamento do direito com a moral e, de outro, o decisionismo judicial, “ou alguém tem dúvidas de que a ponderação e o protagonismo judicial são irmãos siameses?”.<sup>92</sup>

Por fim, Daniel Sarmento (2009, p.12) questiona o caráter antidemocrático do viés judicialista do neoconstitucionalismo. Uma vez que a maior parte das normas constitucionais são vagas e de conteúdo aberto, quem as interpreta acaba participando do seu processo de criação, assim, “acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo

<sup>90</sup> DIDIER JR, Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 125.

<sup>91</sup> DIDIER, Fredie. Obra citada. p.125.

<sup>92</sup> STRECK, Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós positivismo. p. 75.

com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito”.

O terceiro e último elemento é o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional. Não se trata aqui de negar a importância da ponderação e da argumentação na atividade de produção normativa, desde que esse juízo seja feita a partir dos limites constitucionais. O que não se pode negar, contudo, é o alargamento da ponderação de tal modo que “chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível jurisdicional”. (FERRAJOLI, 2012, p. 46-47)

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

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

Confia-se na argumentação muito mais do que se deveria confiar, “supervaloriza-se a ponderação em detrimento à subsunção, olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regra, de resto as espécies normativas mais abundantes no sistema”.<sup>93</sup>

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

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

Partindo-se do pressuposto de que as normas (sejam elas regras ou princípios) são sempre as mesmas (e, portanto, têm o mesmo peso) o que mudam e devem ser pesados são os fatos. (FERRAJOLI, 2012, p.50) Resta claro que os juízes:

---

<sup>93</sup> DIDIER, Fredie. Obra citada. p.125.

não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação. Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria numa invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervendo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima de política<sup>94</sup>.

Ferrajoli visa substituir o protagonismo judicial pelo protagonismo legislativo: “o modelo garantista reivindica a recuperação pelo legislador como fonte normativa, não sendo mais os juízes os encarregados de colmatar as eventuais lacunas na ausência de normais inconstitucionais”.<sup>95</sup>

O constitucionalismo garantista apresenta-se como um reforço do positivismo e do Estado de Direito uma vez que, a partir do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, positiva não só o “ser” como também o “dever ser”<sup>96</sup>, vinculando os poderes públicos aos limites constitucionais.

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

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

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

## Conclusão

---

<sup>94</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. p. 53.

<sup>95</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In. Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Tradutor: André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 8.

<sup>96</sup> O garantismo não prescinde dos valores substanciais, antes, configura-se como uma técnica destinada a satisfazê-los, selecionando-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente na forma da lei, como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas e, com isso, da minimização do poder punitivo legítimo. (FERRAJOLI, 2006, p. 426)



A partir do pressuposto de que onde há sociedade existem conflitos de interesses, tornam-se inexoráveis a observância de regras de convivência, aí consideradas suas diversificadas fontes. Frente à necessidade destas regras, ao Direito coube e cabe o desafio de regular referida convivência, finalidade que se revela sempre contemporânea aos diversos contextos históricos das sociedades.

Diante das múltiplas realidades e variados interesses, o Direito apresenta-se, num sentido evolutivo, inicialmente rompendo com uma concepção jusnaturalista, a culminar no estabelecimento de regras racionais, a inaugurar o positivismo jurídico.

Mesmo que se tenha alcançado pelo positivismo clássico a finalidade de suplantar o poder soberano oriundo do *ancien régime*, por intermédio do fortalecimento do legislador a partir da teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, o império da lei para este propósito se revelou adequado, contudo, à medida que a sociedade evolui, referido modo de regulação social mostrou-se inadequada, pois cega pelo propósito originário (suplantar o *ancien régime*), calçou-se na igualdade formal, a evidenciar desequilíbrio no trato entre os jurisdicionados.

Frente aos problemas inerentes do referido modelo regulador, o Direito, no intuito de atender à necessidade de adequar-se a uma nova contingência, qual seja, de buscar equilíbrio e a garantia de direitos fundamentais aos cidadãos, recorre também à positivação, contudo a partir de uma base forte, qual seja, das Constituições.

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

Na esfera penal, um direito e um processo penal democráticos caracterizam-se pela submissão ao princípio da legalidade, tanto em seu sentido lato (garantia de lei anterior, escrita, estrita e certa) quanto em seu sentido estrito (observância às demais garantias), de tal modo que só se justifica a sanção penal (necessária e proporcional) como forma de proteger o inocente (prevenção de delitos) e o réu (evitar reações informais) e desde que o juízo condenatório pressuponha um processo à luz de um sistema acusatório.

O garantismo não abre mão da separação entre o direito e a moral, vez que deixa claro que as questões relativas à justiça pertencem ao plano externo ao direito, enquanto que as questões concernentes à validade são conformadas internamente, através dos valores constitucionais inseridos nas constituições, os quais estão incorporados em um plano normativo superior à legislação ordinária e, com relação a esta, vinculantes.

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

FERRAJOLI combate a concepção neoconstitucionalista, seja pelo desaparecimento da separação entre o direito e a moral (principal traço do positivismo jurídico), seja a configuração das normas constitucionais como um conjunto de princípios (superiores às regras) suscetíveis de ponderação e balanceamento.

O constante conflito entre os princípios e as regras concede aos juízes um papel substancialmente criativo, através de ponderação judicial. O direito passa a ser aquele produzido pelos juízes, nas suas práticas interpretativas e argumentativas.

Dessa feita, FERRAJOLI aponta o enfraquecimento das regras e a banalização dos princípios (pan-principialismo), além, é claro, do principal problema do neoconstitucionalismo: a discricionariedade judicial (ativismo judicial).

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

## Referências

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

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2016. p. 01.

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

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

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

\_\_\_\_\_; **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. **BDJur**, Brasília, DF, jul. 2006. Disponível em: Acesso em 17 nov. 2015. p. 11.

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

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

CADEMARTORI, Luiz Henrique; DUARDE, Francisco Carlos. Estado de Direito no Contexto do Neo-constitucionalismo e o Papel das Garantias Fundamentais. In: XV Congresso Nacional do Conpedi – UEA. Direito, Sociobiodiversidade e Soberania da Amazônia, 2006, Florianópolis. Anais Eletrônicos. Manaus, UEA, 2006, Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz\\_henrique\\_urquhart\\_cadernartori.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz_henrique_urquhart_cadernartori.pdf)>. Acesso em 20 mar. 2016. p. 3512

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

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Disponível em: <[http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op\\_2.2\\_2007\\_1-44/64](http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44/64)>. Acesso em: 17 mar. 2016. p. 20.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

\_\_\_\_\_; **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

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

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

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Lei Processuais Penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. legitimação *versus* Deslegitimação do Sistema Penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

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

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

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

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

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

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal**. Sistemas e Princípios. Curitiba: Juruá, 2008.

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

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

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopes da Conceição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.