

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA E
NEOCONSTITUCIONALISMO**

**FUNDAMENTAL RIGHTS, AND PROTECTIONIST CONSTITUTIONALISM AND
NEOCONSTITUTIONALISM**

Caroline Rossatto Stefani¹

Janaina Cristina Battistelo Cignachi²

RESUMO:

A teoria garantista possui um papel importante na realização dos direitos fundamentais, uma vez que comporta o reconhecimento de uma normatividade forte das constituições rígidas, em razão da qual, a um determinado direito fundamental constitucionalmente estabelecido, não devem existir normas com ele em contradição, mas sim, o dever correspondente na esfera pública. Sendo assim, os valores constitucionais inseridos nas constituições são por ela incorporados em um nível normativo supraordenado à legislação ordinária e, como relação a esta, são vinculantes. Diante disso, a concepção neoconstitucionalista não se sustenta, pois comporta um enfraquecimento da normatividade constitucional e uma degradação dos direitos fundamentais inseridos nas constituições, esvaziando os processos democráticos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Garantismo. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT:

The protectionist theory has an important role in the fundamental rights execution, since it involves the recognition of a strong normativity of the strict constitutions in order to have no rules with it, in contradiction to a certain fundamental right established constitutionally, but so, the corresponding duty in the public sphere. Thus, the constitutional values inserted in the constitutions are built by it on a normative level upper-ordered to an ordinary legislation and

¹ Mestranda em Direito Ambiental pela UCS. Pós-graduada em Direito Processual pela UCS. Graduada em Direito pela Unisinos. Advogada licenciada. Bolsista CAPES. *E-mail:* carolrs_7@hotmail.com

² Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Graduada em Direito pela mesma Instituição. Membro do Grupo de Pesquisa Alfabetização Ecológica da Universidade de Caxias do Sul. Advogada e Assessora Jurídica Municipal. Taxista CAPES. *E-mail:* janaina.cignachi@hotmail.com

as regards to this, are binding. Therefore, the neoconstitucionalist conception does not hold itself, because it holds a weakness of constitutional normativity and the degradation of fundamental rights embedded in constitutions, emptying the decision-making processes.

Keywords: Fundamental Rights. Guaranteeism. Neoconstitutionalism.

1 INTRODUÇÃO

Vive-se em tempos de mudanças significativas acerca dos novos direitos que se alicerçam no ordenamento jurídico, bem como na forma de pensar e agir diante da garantia dos direitos fundamentais e dos processos decisórios democráticos.

Neste sentido, destaca-se a importância de enquadrar a Constituição Brasileira no momento histórico atual e dentro da perspectiva garantista. A Constituição Brasileira pertence à classe de última geração das constituições e, diante disso, destacam-se suas características enfatizando a multiplicação de direitos fundamentais nela inseridos, bem com a instituição de garantias asseguradas. Dando ênfase à concepção garantista, pretende-se uma compreensão ampliada acerca da definição de “direitos fundamentais” e das ligações estabelecidas com os direitos fundamentais e com os princípios constitucionais.

Neste contexto, analisar a amplitude das constituições de terceira geração, no caso a Constituição Brasileira, é questão primordial diante da abrangência e alcance dos direitos previstos. Tal estudo levará o legislador à conclusão de que o cenário brasileiro exige novas estratégias quanto à função jurisdicional, sendo de extrema importância a concepção garantista para assegurar os direitos nela previstos.

Para tanto, uma análise acerca das concepções neoconstitucionalista e garantista será desencadeada com a pretensão de se justificar a insuficiência e valia de ambos os modelos, diante os atuais processos decisórios.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CERNE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O estudo das diversas gerações de constituições torna-se necessário na busca de uma melhor compreensão da constituição brasileira. Essa, por sua vez, pertence à classe das constituições de última geração que têm como características: grau elevado de rigidez,

multiplicação de direitos fundamentais, desenvolvimento das funções, das instituições de garantias e, também, por tratar-se de constituições extensas.³

Pode-se dizer que a primeira geração de constituições foi aquela das primeiras constituições liberais, sete e oitocentistas, que previam como direitos fundamentais apenas direitos de liberdade e não se caracterizavam pela rigidez constitucional e pelo controle jurídico de constitucionalidade.

Importante destacar que as constituições e os estatutos durante longo tempo foram compreendidos como simples leis, muito embora já reconhecido seu caráter jurídico, não existia a ideia de uma lei sobre as leis e de um direito sobre o direito. Também era inexplicável que uma lei pudesse vincular a lei, sendo ela a única fonte e, por isso, “onipotente”, do direito, logo, onipotente era o legislador e a política, da qual a legislação é o produto e junto o instrumento. Decorrente disso viu-se, de uma concessão formal e procedimental da democracia, identificada apenas com o poder do povo, isto é, com a vontade dos seus representantes.⁴

Ocorre que apenas no segundo pós-guerra, passou a ser reconhecida e sancionada, com a instituição da garantia jurisdicional da invalidação das leis inconstitucionais por Cortes especiais, a rigidez das constituições como normas supraordenadas à legislação ordinária. A constituição passa a assegurar, na Itália, Alemanha, Espanha e Portugal, a garantia dos direitos fundamentais e a separação dos poderes.⁵

A abordagem acerca do Estado legal de direito e o Estado constitucional de direito, questiona a capacidade da lei e do legislativo regularem adequadamente a vida social e política, supondo assim, a superação do Estado legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite de poder, conforme ensina Cademartori:

O déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante. O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os

³ FERRAJOLI, Luigi. *Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana*. Florianópolis, 2009. Tradutor: Alexandre Aranalde Salim, doutorando em Direito na *Università degli Studi di Roma Tre* sob a orientação de Luigi Ferrajoli. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul. p. 1.

⁴ Ibid, p. 2.

⁵ Ibid, p. 2-3.

poderes do Estado e da sua produção normativa. Assim, a lei fica vinculada a uma instância jurídica superior, tal como é a Constituição (...).⁶

Cademartori, ao citar Peña, acrescenta que a passagem do Estado legislativo para o constitucional pressupõe o caráter normativo das constituições, que passam a agregar um plano de juridicidade elevado, “vinculante e indisponível”, com relação a princípios, para os poderes do Estado. As normas constitucionais são vinculantes e ficam acima dos poderes do Estado, ou seja, “fora do campo de ação e conflito políticos”.⁷

Desta forma, o constitucionalismo do século XX é uma possibilidade de superar o enfraquecimento estrutural no âmbito jurídico, e, sendo assim, a afirmação do caráter jurídico e imediatamente vinculante da Constituição, a sua rigidez e a qualificação de determinados referentes jurídicos, como os direitos fundamentais, são símbolos deste processo.⁸

As constituições de segunda geração têm como características a previsão como direitos fundamentais dos direitos sociais, ou seja, o direito à saúde, à educação, à subsistência e à sobrevivência, que são direitos a não lesão, correspondem “limites ou proibições” a cargo da esfera pública, ou seja, correspondem a obrigação de fazer.⁹ Necessário, neste ponto, uma melhor construção do conceito de direitos humanos fundamentais.

Conforme salienta Norberto Bobbio:

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹⁰

Canotilho, ao tratar do sistema dos direitos fundamentais, inicia distinguindo o que seria direito do homem e direitos fundamentais, de modo que o primeiro são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), com caráter inviolável; enquanto o segundo são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos

⁶ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª. Ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2006. p. 17.

⁷ Ibid., p. 18.

⁸ Ibid., p. 20.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana*. Florianópolis, 2009. Tradutor: Alexandre Aranalde Salim, doutorando em Direito na *Università degli Studi di Roma Tre* sob a orientação de Luigi Ferrajoli. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul. p. 1.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

e limitados no tempo e no espaço, vigentes numa ordem jurídica existente.¹¹ Compete aos direitos fundamentais a função de direito de defesa dos cidadãos sob dupla perspectiva, neste sentido refere o autor:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹²

Os direitos fundamentais para Cademartori requerem uma análise ampla, para tanto, diante uma visão garantista, analisa: (i) os direitos como limites; (ii) os direitos fundamentais como princípios; (iii) direitos fundamentais e poderes; (iv) direitos fundamentais como “direitos subjetivos públicos”; (v) a definição formal de direitos fundamentais; (vi) “quatro teses em matéria de direitos fundamentais”; (vii) direitos fundamentais e relativismo cultural; e, por fim, (viii) direitos individuais e transindividuais.¹³

Os direitos como limites, conhecidos como fundamentais, são entendidos como “prerrogativas do indivíduo em face do Estado”¹⁴, ou seja, é uma “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”¹⁵; são frutos de uma concepção individualista da sociedade, que requer o surgimento do Estado a partir do acordo entre indivíduos livres e iguais; são direitos históricos advindos do Renascimento até os dias atuais; seu fundamento de validade é um consenso geral dos homens acerca da natureza humana, uma vez que adotados pelas sociedades e estampados em Declarações Universais; são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis; e, são inclusivos.

Em que pese o tratamento dos direitos fundamentais como princípios, esses constituem uma espécie normativa distinta das regras, “trata-se de mandados de otimização, que aspiram a regular os casos na medida do possível”¹⁶, desta forma, os princípios que materializam direitos fundamentais têm a vocação *prima facie* para regular situações

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e a teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 387.

¹² *Ibid.*, p. 401.

¹³ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª. Ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2006. p. 17.

¹⁴ BASTOS, Celso R. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1989. In: CADEMARTORI, op. cit., p. 26.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1992. In: CADEMARTORI, op. cit. p. 26.

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madri: CEC, 2002. In: CADEMARTORI, op. cit. p. 30

jurídicas, pois podem deparar-se com outro princípio com igual pretensão. Portanto, o operador deve proceder com a “ponderação” entre os valores subjacentes aos princípios em embate para encontrar qual o mais apropriado, caso a caso.¹⁷

A distinção entre situações jurídicas e os direitos fundamentais, principalmente entre o direito de propriedade e os direitos de liberdade, traz a análise das situações jurídicas como àquela correspondente a poderes ou deveres contraídos de acordo com causas ou títulos específicos e exercitáveis através de atos potestativos produtores de efeitos na esfera jurídica do titular ou de outrem. Já com relação aos direitos fundamentais, Cademartori, ao citar Ferrajoli, coloca que “constituem-se em esferas de imunidade reconhecidas a todos independentemente de título e exercidos por meio de comportamentos meramente lícitos que não interferem juridicamente na vida de outros sujeitos”.¹⁸

A construção da ideia dos direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos, está relacionada à categoria “direitos subjetivos”, abrangente dos direitos fundamentais ao lado dos poderes, e, é decorrente das teorias dos “direitos naturais” dos séculos XVII e XVIII. Contudo, sua sistematização coube à dogmática jurídica do século passado, que preconizou os direitos fundamentais como “direitos subjetivos públicos”, fundados pelo Estado. Os direitos fundamentais foram ponderados pelo jusnaturalismo como um “*prius*” lógico no que diz respeito ao Estado e contraposto os poderes públicos como a sua antítese e padrão de justificação. Cademartori acrescenta:

Essa formulação foi profundamente alterada pelos juspublicistas alemães do século XIX, em coerência com o princípio positivista de que toda situação jurídica emana do Estado e é regrada pelo Direito; e todos os direitos, patrimoniais e fundamentais, são igualmente criados pelo Direito positivo e derivados do Estado. Esta situação pode levar a encobrir o fato de que os direitos fundamentais não tem nada a ver com os “direitos-poderes”, (...) *de modo que se impida la mistificación liberal de La propiedad como libertad y la no menos grave mistificación marxista-leninista de las libertades como libertades de contratación de mercado.*¹⁹

Com relação à definição formal de direitos fundamentais, segundo Ferrajoli²⁰, são direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de fato. Segundo ele, “direito subjetivo” é qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (não sofrer

¹⁷ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª. Ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2006. p. 30.

¹⁸ Ibid, 33.

¹⁹ Ibid, 33.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madri: Trotta, 2001. In: CADEMARTORI, op. cit. p. 39.

lesão) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica. Ainda, define *status* como sendo a condição de um sujeito, predita por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício das mesmas. Por fim, a universalidade é relativa à classe dos sujeitos a quem sua titularidade está normativamente perfilhada.

Diante dessa definição tem-se uma classificação definida pelo autor empregando os critérios de cidadania e capacidade de fato, que determina o estabelecimento de quatro categorias básicas de direitos: direito da personalidade, direito da cidadania, direitos primários ou substanciais, direitos secundários ou instrumentais. Cruzando os dois critérios termos quatro classes de direitos: direitos humanos, direitos públicos, direitos civis e direitos políticos.²¹

Através da definição formal, assim como, a categorização e classificação dos direitos fundamentais fazem como que Ferrajoli estabeleça “quatro teses em matéria de direitos fundamentais”, as quais podem ser definidas como: direitos fundamentais e direitos patrimoniais; direitos fundamentais e democracia substancial; direitos fundamentais e cidadania; e, direitos fundamentais e garantias.

Já os direitos individuais são frutos da mudança paradigmática que é a invenção do individualismo, que veio soterrar a concepção holística. Logo, os direitos transindividuais – coletivos ou difusos - são aqueles fundados no valor solidariedade, caracterizam-se ainda, pela indeterminação subjetiva de sua titularidade e podem ser definidos como de natureza indivisível, de modo que seus titulares sejam pessoas indeterminadas, vinculadas por circunstâncias de fato.²²

Conclui-se, dentro do entendimento abordado por Cademartori, que a marca característica do Estado democrático de direito é a sua legitimação pela consagração e ascensão dos direitos fundamentais, uma vez que sem tais direitos, não há democracia.²³

Após a análise descrita, pode-se ainda acrescentar que a Declaração Universal de 1948 contribuiu para essa passagem dos direitos humanos à categoria de direitos universais e positivos, pois seus princípios passaram a englobar todos os homens, assegurando através de uma estrutura jurídica a proteção dos mesmos. Todavia, há uma dificuldade atuando contra

²¹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª. Ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2006. p. 40-41.

²² MORAIS, José Luis B. de. *Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. In: CADEMARTORI, p. 46.

²³ BOBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª. Ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2006. p. 39.

esse objetivo assecuratório dos direitos fundamentais, no sentido que de um lado percebe-se a dificuldade de ordem jurídico-política ligada à natureza da comunidade internacional às relações inter-estatais. Assim explica Morais:

Percebe-se nesse percurso a transposição dos chamados direitos de primeira geração (direito de liberdade), circunscritos às liberdades negativas como oposição à atuação estatal, para os de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos) vinculados à positividade da ação estatal e preocupados com a questão da igualdade, aparecem como pretensão a uma atuação corretiva por parte dos Estados e, posteriormente, os de terceira geração que se afastam consideravelmente dos anteriores por incorporarem, agora sim, um conteúdo de universalidade não como projeção, mas como compactuação, comunhão, como direito de solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente saudável, à comunicação.²⁴

Desta forma, os mecanismos próprios à ordem jurídica nacional assentam-se no poder e àqueles da comunidade internacional e limita-se à capacidade de influência, que de certa forma impediria de fazer cumprir decisões. Neste ponto, diversas questões são enfrentadas, pois, além de existirem incompatibilidades entre liberdades e poderes para a realização dos direitos fundamentais, são primordiais condições estruturais e objetivas, vinculadas às condições econômicas do Estado.

3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, CONSTITUCIONALISMO DE TERCEIRA GERAÇÃO E JURISDIÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 aborda de forma inaugural o “constitucionalismo de terceira geração”, de modo a ampliar o desenvolvimento do constitucionalismo no país. Com isso ocorre uma expansão do papel do judiciário, que uma vez não acompanhada de um reforço das garantias jurisdicionais e de uma cultura garantista, pode desencadear certa distorção da jurisdição e alteração do estado de direito.²⁵

²⁴MORAIS, José Luis de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 162.

²⁵FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Tradutor: André Karam Trindade. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 232.

Pode-se dizer que as constituições da América Latina, seja a do Brasil, do Uruguai, do Equador, da Bolívia e da República Dominicana passaram por grande avanço com relação às influências norte-americanas e dos códigos europeus. Todavia, na atualidade, a relação se inverte ao passo que essas constituições nascem ou reformam-se após as ditaduras militares como radicais “nunca mais” à perda das liberdades e da democracia, marcando uma terceira fase do constitucionalismo, após as fases das constituições flexíveis e rígidas, a fase das “constituições de terceira geração”.

Conforme descreve Ferrajoli²⁶ as “constituições de terceira geração” são constituições longas que preveem sistemas de garantias e de instituições de garantias mais complexos e articulados que os europeus. Para o autor a Constituição Brasileira é a mais avançada, pois inclui temas de grande relevância como: amplitude dos direitos sociais, dentro disso os direitos de última geração, como é o caso do direito ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e dos direitos dos trabalhadores; a rigidez de diversos princípios, a separação dos poderes e os direitos fundamentais e suas garantias; o duplo controle jurisdicional de constitucionalidade: concentrado e difuso; o papel do Ministério Público como órgão de garantia, da Defensoria Pública como forma de jurisdição especial, externa e independente das instituições políticas e dirigida; e, por fim, os vínculos do orçamento da União, Estados e Municípios que destinam cotas mínimas da receita pública para despesas sociais, garantindo os direitos à educação e à saúde.²⁷

Resultado dessa expansão constitucional é uma postura de estado constitucional de direito potencializada, tanto nas garantias primárias, com relação à tutela dos direitos constitucionais, e, nas garantias secundárias, confiadas à jurisdição e previstas nos casos de violação das garantias primárias. Nesta postura, através de dois princípios fundamentais previstos no artigo 5º, § 1º e inciso XXXV, da Constituição Federal, entendem que as garantias devem ser estendidas a todas as lesões dos direitos, independente de decorrerem de “comissão”, por meio de violações, ou de omissão, através de inadimplências.²⁸

O papel da jurisdição provocada pelo garantismo requer uma defesa mais forte das garantias jurisdicionais tradicionais, como limites ao Poder Judiciário, e do modelo normativo de tal poder como negativo, cuja legitimação jaz no máximo caráter cognitivo. Diferente

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Tradutor: André Karam Trindade. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 232.

²⁷ Ibid, p. 233.

²⁸ Ibid, p. 234.

dessa concepção as doutrinas neoconstitucionalistas e principialistas são contrárias, haja vista que à sua configuração dos direitos constitucionalmente postos como princípios objetos de ponderação que, diferente das regras objetos de aplicação, promovem um ativismo judicial que pode desencadear uma “profunda distorção da jurisdição”.²⁹

O constitucionalismo principialista provém do sistema jurídico norte-americano e é baseado sobre precedentes como fontes, decorrendo disso o papel criativo do direito reconhecido à jurisprudência, o ativismo judicial, o qual ultrapassa as barreiras da *common law*, pois o constitucionalismo do “pós-guerra” pressupõe a positivação de diversos princípios morais.³⁰

4 O DEBATE ENTRE O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA E O NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo, como sistema jurídico, corresponde a um conjunto de “vínculos e limites” impostos a todos os poderes, até mesmo o legislativo, e, como teoria do direito, uma concepção de validade das leis. Afora essas características, o constitucionalismo pode ser percebido de duas maneiras opostas, seja como a superação do positivismo jurídico, ou, como seu complemento.³¹

Busca-se neste ponto analisar a concepção neoconstitucionalista, bem como trabalhar a concepção juspositivista do constitucionalismo, garantista, sustentada por Ferrajoli.³²

Com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como igualdade, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, desaparece o principal traço do positivismo jurídico, ou seja, a separação entre direito e moral, que seria um primeiro aspecto das orientações neoconstitucionalistas. Outros traços característicos da concepção neoconstitucionalista são: a configuração das normas constitucionais como

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Tradutor: André Karam Trindade. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 238.

³⁰ Idem.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Tradutor: André Karam Trindade. p. 1.

³² Idem.

princípios suscetíveis de ponderação e balanceamentos, haja vista que se encontrariam sempre em conflito, e, a centralidade conferida à argumentação na própria concepção de direito.³³

Acrescenta-se a isso, que os direitos fundamentais são valores éticos-políticos, de modo que não apenas o direito tem uma inevitável conexão com a moral, como uma teoria do direito dotada de capacidade explicativa e em condições de oferecer critérios de solução para os casos difíceis, mas também não pode deixar de incluir uma teoria da argumentação.

Ferrajoli, ao citar Luis Prieto Sanchis, enfatiza que o déficit de racionalidade e de legitimidade que pode derivar da moral incorporar o direito, vem compensado em grande parte das abordagens constitucionalistas por uma complexa teoria da argumentação jurídica, na qual se confia mais do que deveria.³⁴

Conforme Sanchis, esse constitucionalismo caracteriza-se por dois elementos: o ataque ao positivismo jurídico e a tese de separação entre direito e moral, e, o ativismo judicial promovido pela tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas sim princípios, objetos de ponderação e de imediata argumentação jurídica, sem a necessidade de *intepositio legislatoris*.³⁵ Desta forma, a concepção neoconstitucionalista prevê que o direito é aquele produzido pelos juízes, consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas.

Diferentemente da concepção neoconstitucionalista, Ferrajoli sustenta a concepção “garantista” do constitucionalismo. Para ele, o constitucionalismo rígido não é uma superação, mas sim uma contribuição do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – “os direitos fundamentais estipulados nas próprias escolhas” – que devem orientar a produção do direito positivo. Representa: o complemento do positivismo jurídico, pois positiva o ser e o dever ser do Estado, e, complemento do Estado de Direito, haja vista que comporta submissão, inclusive do legislativo ao direito e ao controle constitucionalidade.³⁶

Como características da concepção “garantista” pode-se citar: a legalidade fica condicionada ao respeito e à atuação das normas constitucionais; é o constitucionalismo ético o princípio da separação entre direito e moral, uma vez que este princípio não quer dizer, que as normas não tenham um conteúdo moral ou alguma pretensão de justiça; as constituições

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Tradutor: André Karam Trindade. p. 2.

³⁴ SANCHIS, Pietro. La teoría del derecho de Principia Iuris. In: FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Tradutor: André Karam Trindade. p. 3.

³⁵ Idem.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Tradutor: André Karam Trindade. p. 4.

expressam e incorporam valores, chamado de “normas substanciais de produção”, são por ela incorporados em nível normativo supraordenado àquele da legislação ordinária e são, com relação a esta, vinculantes.³⁷

Na compreensão de Ferrajoli, é insustentável a derivação da tese de haver conexão conceitual entre direito e moral, mediante a qual todo ordenamento jurídico satisfaz alguma “pretensão de justiça” e algum “mínimo ético”, que integrariam uma conotação necessária do direito e uma condição de validade nas normas jurídicas. Rejeita-se a tentação de voltar a confundir direito e moral.

Ferrajoli explica:

No modelo normativo por mim teorizado, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias nas quais elas se manifestam, não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação – e, por isso, à política –, no que diz respeito às lacunas e ao anulamento das normas inválidas; e a jurisdição constitucional, no que diz respeito às antinomias.³⁸

Desta forma, é necessário segundo ele que os juízes interpretem a lei à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais.

O constitucionalismo rígido limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário em conformidade com os princípios da separação de poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva da jurisdição. Portanto, os juízes não podem criar normas, mas unicamente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou ainda, desaplicando-as ou suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária, de forma a intervir na esfera ilegítima da política.

Diante do entendimento das duas vertentes, neoconstitucionalista e garantista, Ferrajoli ao defender sua concepção, faz algumas críticas ao neoconstitucionalismo quanto à distinção entre princípios e regras. Diferentemente de alguns autores, entende que princípios e regras são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa “uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e a sua consequente aplicação.”³⁹

³⁷FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Tradutor: André Karam Trindade. p. 5.

³⁸Ibid, p. 6.

³⁹Ibid., p. 8.

Qualquer princípio, ou ao menos qualquer direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correspondentes, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente.

A formulação das normas constitucionais na forma de princípios e especificamente dos direitos fundamentais tem relevância política, pois serve para explicitar, com a titularidade dos direitos das pessoas, a própria titularidade das normas constitucionais nas quais os direitos consistem. Sendo assim, a violação de um princípio torna este uma regra, logo, a Constituição é definida como um conjunto de direitos fundamentais, isto é, de princípios, também como sistema de limites e vínculos, isto é, de regras destinadas aos titulares dos poderes.⁴⁰

Outra questão relevante acerca da visão “neoconstitucionalista” é o enfraquecimento do valor vinculante dos princípios, seriam eles mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de poderem ser satisfeitos em diversos graus e pelo fato de a medida devida para sua observância depender não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁴¹

Ferrajoli ao traçar as críticas à concepção neoconstitucionalista, ainda destaca os conflitos entre princípios e ponderações. Ponderação configura-se como sendo um tipo de racionalidade que vem proposta pelo neoconstitucionalismo como pertinente aos princípios, em oposição à subsunção que, ao contrário, caberia somente às regras. Por meio da ponderação, vem endossado o enfraquecimento do caráter cognitivo da jurisdição, no qual reside sua fonte de legitimação, e, promovido e facilitado o ativismo judicial e a discricionariedade da jurisdição. Logo, as normas formuladas através de princípio apresentam maior indeterminação e se prestam, a ser objeto de ponderação.⁴²

Se a ponderação legislativa se estende à escolha de quais princípios constitucionais devem atuar e quais não devem, então se corre o risco de se decidir no Poder Legislativo em contraste com a hierarquia das fontes, de frustrar ou, ainda, derrogar a Constituição. A “ponderação judicial” ou “interpretação sistemática”, praticada pelos juízes consiste na interpretação do sentido de uma norma à luz de todas as outras normas do sistema. Neste sentido, o poder “criativo” dos juízes se converte em “poder de disposição”, que é ilegítimo,

⁴⁰FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Tradutor: André Karam Trindade. p. 9.

⁴¹Ibid, p. 10.

⁴²Ibid, p.12.

independente da natureza dos princípios ou de regras das normas, pois invade a competência da política e das funções de governo, não podendo ser aceito sem que se negue a separação dos poderes e a própria conservação do Estado de Direito.⁴³

Conclui-se assim, que para a concepção neoconstitucionalista, princípios e direitos estão sempre em conflito, por isso o papel substancialmente criativo por ele associado à ponderação judicial. Na visão de Ferrajoli comporta um enfraquecimento, um colapso da normatividade das normas constitucionais e uma degradação dos direitos fundamentais nelas estabelecidos a genéricas recomendações de tipo ético-político.

Diferente disso, a concepção garantista comporta o reconhecimento de uma normatividade forte das Constituições rígidas, em razão da qual, dado um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, não devem existir normas com ele em contradição, devendo existir o dever correspondente na esfera pública. Neste sentido, aderir à concepção garantista é medida necessária para assegurar a efetividade dos processos democráticos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se com a presente análise, a amplitude dos direitos fundamentais e suas inúmeras concepções até atingirem, pode-se assim dizer, o status ou sua relação com os direitos transindividuais.

Neste sentido, o estudo do enquadramento da Constituição Brasileira como de terceira geração torna-se fundamental, na medida em que se percebe uma evolução diante dos demais ordenamentos e, através disso, rompe-se a busca incessante por “modelos” restritos e insuficientes. A viabilidade da constituição de terceira geração adotada torna-se suficiente diante da concepção garantista sustentada por Ferrajoli, por tratar-se de um constitucionalismo rígido como reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas.

Verifica-se que para o constitucionalismo garantista a legalidade fica condicionada ao respeito e a atuação das normas constitucionais. É o constitucionalismo ético, o princípio juspositivista que separa direito e moral.

Para o modelo garantista, teorizado por Ferrajoli, o preenchimento das lacunas e a resolução de antinomias, não são confinados ao ativismo imperativo dos juízes, mas sim à

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Tradutor: André Karam Trindade. p. 13.

legislação no que tange às lacunas e ao anulamento das normas inválidas, e, à jurisdição constitucional no que se refere às antinomias. Os juízes, assim, devem interpretar as leis à luz das Constituições, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais, sendo ilusório que eles possam preencher as lacunas estruturais.

Diferente da concepção neoconstitucionalista estudada, que dá poder aos juízes para criar normas, o constitucionalismo rígido limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário de acordo com os princípios da separação dos poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva da jurisdição, assegurando a democracia.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: CEC, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª. Ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e a teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2001.

_____. *Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana*. Florianópolis, 2009. Tradutor: Alexandre Aranalde Salim, doutorando em Direito na *Università degli Studi di Roma Tre* sob a orientação de Luigi Ferrajoli. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

_____. *O constitucionalismo garantista e o estado de direito*. Tradutor: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAIS, José Luis B. de. *Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

SANCHIS, Pietro. *La teoria del derecho de Principia Iuris*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Tradutor: André Karam Trindade.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.