XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.
Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).
CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Teoria Constitucional I reuniu no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 15 a 16 de novembro de 2018, interessantes e inovadores artigos os quais abordam questões que dão conta do atual quadro da Teoria Constitucional não somente no contexto nacional como também internacional. Todos os artigos selecionados para integrar a coletânea contribuem para uma adequada reflexão a respeito papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual, não raras vezes, tem exorbitado dos poderes a ele conferidos pelo próprio texto constitucional de 1988, colocando em risco, com esse comportamento, a sistemática de equilíbrio delicado que deve haver entre os chamados poderes da República. Por outro lado, há ainda artigos que abordam a questão da tributação e a necessidade de uma reengenharia desse sistema, de modo que o Estado brasileiro tenha sintonia com determinadas transformações ocorridas no sistema tributário não somente no âmbito global, por meio da atuação de agências internacionais de controle, como também em outros países considerados mais desenvolvidos, inclusive pela adoção de sistemas tributários mais equitativos. Não se pode deixar de registar que integram também a coletânea artigos que trazem experiências passadas, a exemplo da atuação da Suprema Corte americana, a qual, em larga medida, contribuiu para o desenvolvimento da nação considerada ainda a mais poderosa do planeta: EUA, como recentes, como é o caso da elaboração da constituição de cubana. Por fim, há leituras que apontam para contribuições esquecidas pela doutrina tradicional do constitucionalismo, considerando as experiências de autonomia e liberdade dos negros.

Somente a leitura dos textos dará conta da qualidade das pesquisas desenvolvidas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO POSITIVISMO DE “NOSSOS DIAS”: A TEORIA DE LUIS PRIETO SANCHIS

NEOCONSTITUTIONALISM AS POSITIVISM OF "OUR DAYS": THE THEORY OF LUIS PRIETO SANCHIS

Sérgio Urquhart de Cademartori [1]
Daniel Durães Oliveira [2]

Resumo

O artigo discute o Neoconstitucionalismo na visão de Prieto Sanchis e as mudanças que este modelo de organização jurídico-política impôs, na teoria das fontes, na teoria da norma jurídica e, especialmente, na teoria da interpretação. Por meio desta pesquisa identificou-se as nuances e os distanciamentos da teoria proposta por Sanchis e do Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli. Ao final, conclui-se que Sanchis propõe um constitucionalismo flexível, que ao mesmo tempo que entrega certa margem de discricionariedade e autonomia ao judiciário por meio ponderação, se apresenta, como único meio de construir um constitucionalismo forte.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Garantismo, Princípio, Regras, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

The article discusses Neo-constitutionalism in the view of Sanchis and the changes that this model of legal-political organization imposed, in the theory of sources, in the theory of the legal norm and especially in the theory of interpretation. Through this research the nuances and distances of the theory proposed by Sanchis and of the Constitutionalism of Ferrajoli. In the end, it is concluded that Sanchis proposes a flexible constitutionalism, which at the same time gives a certain margin of discretion and autonomy to the judiciary by means of pondering, presents itself, the only means to build a strong constitutionalism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neo-constitutionalism, Positivism, Principle, Rules, Weighting

[1] Doutor

[2] Mestrando

1. Introdução

Muitas são as versões de Neoconstitucionalismo [1] [2] apresentadas pelos constitucionalistas da atualidade, de forma que é quase impensável que as diversas teorias, apesar de seus pontos de intercessão, cheguem a uma fórmula comum e definidora do que venha a ser esse modelo de organização jurídico-político.

Será analisado o Neoconstitucionalismo, anunciado por Luis Prieto Sanchis, como o positivismo de "nosso tempo", especialmente no que tange à sua definição como modelo de Estado, como ideologia e como teoria do direito, com ênfase aos seus principais pontos de discussão: a aproximação entre direito e moral, a dicotomia princípios e regras e a refundação do papel da jurisdição proposta por este novo desdobramento de modelo de constitucionalismo.

No que tange a aproximação entre direito e moral, direito e justiça, será abordado seu principal motivador, qual seja, a incorporação nos textos constitucionais, especialmente desde o segundo pós-guerra, de princípios constitucionais como valores éticos-políticos que se apresentam ordenados no plano abstrato, mas que em concreto não raramente se mostram colidentes.

Na dicotomia entre princípios e regras se dará ênfase à forma de sua aplicação, discutindo os métodos de ponderação e subsunção, apresentando a visão de Luís Pietro Sanchis no que diz respeito à possíveis (in)compatibilidades destas ferramentas e um eventual distanciamento de outras teorias, em especial o Constitucionalismo Garantista de Luigi Ferrajoli.

Por fim, será discutida a teoria da argumentação dentro desta "nova" perspectiva constitucional, com a refundação da atuação do poder judiciário que "avoca" para si a

[1] "Tal expressão surge no final da década de 90 e é empregada, pioneiramente, pelos jusfilósofos de Genova: Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis. Na verdade, para ser ainda mais preciso, o termo *neoconstitucionalismo* teria sido utilizado, pela primeira vez, durante a intervenção de Pozzolo no *XVIII Congreso Mundial de Filosofia Jurídica y Social*, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997." (TRINDADE, André Karam, Positivismo e (Neo)constitucionalismo as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchis e García Amado. RVMD, Brasília, V, 10, nº 2, p. 406-430, jul-dez, 2016, p. 408).

[2] Segundo a autora genovesa: "*Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofia del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse ao derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino*." (POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación. *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998)"

centralidade do sistema jurídico passando, por meio da ponderação, a decidir conflitos entre princípios que se ativam no caso concreto, ou mesmo, determinando em que intensidade cada principio colidente pode ser cumprido.

O Neoconstitucionalismo é um modelo de Estado de Direito que propicia o decisionismo e o ativismo judicial? Princípios e regras são incompatíveis entre si? A ponderação é uma ferramenta incompatível com um constitucionalismo forte? São estes e outros questionamentos que se buscará responder no presente artigo.

2. O Neoconstitucionalismo como Positivismo dos "nossos dias" para Luis Prieto Sanchis

Atualmente há uma infinidade de teorias que buscam definir o termo Neoconstitucionalismo. Dentre elas, um fator em comum é a reaproximação entre direito e moral, entre direito e justiça, como condição de jurisdicidade da norma, características estas típicas do Direito pré-moderno, do jusnaturalismo. Inclusive, por meio destas afirmações, é que autores como Ferrajoli (2012), Streck (2012) e Comanducci (2003) também se referem ao Neoconstitucionalismo como Constitucionalismo ético ou Constitucionalismo jusnaturalista.

Define Pozzolo (2006), seria o Neoconstitucionalismo uma perspectiva jusfilosófica para identificar um fenômeno jurídico posicionado no meio termo entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, tendo de ambos retirado seus logros para criar um sistema jurídico aprimorado.

Para Prieto Sanchis (2003, p.123), o neoconstitucionalismo pode ser compreendido por meio de três acepções, como um *modelo de Estado de Direito*, como *teoria do direito* e como *ideologia*.

Na sua primeira acepção, como *modelo de Estado de Direito*, concebe-se a constituição por meio de duas tradições, a primeira como "regra do jogo da competência social e política", estabelecendo um conjunto de direitos mínimos que permite entregar aos indivíduos uma certa autonomia para desenvolvam livremente seu plano de vida e adotarem as decisões coletivas em cada momento histórico. (PRIETO SANCHIS, 2003, p.124/125).

Nesta vertente percebe-se um constitucionalismo de fundo liberal, originário da tradição norte americana, todavia sem descuidar que a constituição, como regra do jogo, se coloca em posição superior às demais normas, sendo que sua garantia se atribui ao poder

judiciário, por meio da imposição de limites ao poder público, inclusive ao poder legislativo, contudo, somente no que diz respeito às regras básicas da organização política.

Sua contribuição básica é a supremacia constitucional e sua consequente garantia jurisdicional, a constituição determina quem manda, como manda e, em parte, até onde pode mandar. (PRIETO SANCHIS, 2003, p. 126).

Ainda como *modelo de Estado de Direito*, na segunda tradição, a Constituição é mais intrusa, não se contém em estabelecer as regras do jogo, ela atua condicionando com maior ou menor intensidade as decisões coletivas em matérias envoltas em prestações positivas, como por exemplo os direitos sociais, esta tradição segundo Sanchis (2003, p. 125), é originária da Revolução Francesa.

Neste modelo, a constituição não se resume a um documento escrito, ela se materializa na vontade popular expressa através do poder legislativo, a constituição determina o que se deve mandar, qual a orientação jurídica em numerosas áreas. (PRIETO SANCHIS, 2003). Nesta tradição, acentua-se a supremacia constitucional com uma garantia jurisdicional mais vigorosa.

O Neoconstitucionalismo como modelo de Estado de Direito reúne, portanto, elementos tanto da tradição norte americana quanto da europeia, apresentando um modelo de constituição com forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional.

> Del primero de los modelos enunciados se deduce la garantía judicial, que es el método más consecuente de articular la limitación del legislador; pero de segundo se deducen los parámetros del enjuiciamiento, que ya no son reglas formales y procedimentales, sino normas sustantivas. (PRIETO SANCHIS, 2003, p. 129).

O Estado Constitucional representa, portanto, uma forma contemporânea de Estado de Direito que não somente submete os poderes públicos ao direito como no Estado Legislativo de Direito, mas também o próprio legislativo, impondo barreias intransponíveis ao legislador, seja quanto ao modo de dizer o direito, seja quanto aos limites substanciais do dever ser, todavia, não de forma unívoca e concludente, devido à margem de ponderação que os princípios constitucionais permitem ao intérprete.

Segundo Sanchis (2003), no constitucionalismo, não se acessa as normas constitucionais por meio do legislador, mas sim diretamente, sem intercessão de qualquer outro ato jurídico, nesta média é difícil reportar um problema jurídico que não tenha uma relevância e proteção constitucional.

Como *ideologia que justifica a fórmula política*, o neoconstitucionalismo pode representar diferentes níveis de projeções. Primeiramente representa uma filosofia política que tem no Estado Constitucional de Direito a melhor e mais justa forma de organização política. (PRIETO SANCHIS, 2003, p.123).

Contudo, ao se interpretar o constitucionalismo como a melhor forma de governo, há um inevitável embate democrático, isto porque, quanto mais intrusa a constituição e quanto mais largas as margens de ponderação, maior por consequência a esfera de escolhas individuais protegidas constitucionalmente, mas, por outro lado estarão também reduzidas as esferas de decisões da maioria consubstanciadas em uma legislação. (OTTO e POZZOLO, 2012, p.67) .

Uma segunda projeção do neoconstitucionalismo como ideologia, está estritamente ligada à anterior, trata-se da reaproximação entre direito e moral, representada pela incorporação do texto constitucional de princípios de justiça com valores éticos-políticos. Neste caso, a aplicação destes dá-se por meio de ponderação, dando ao intérprete uma maior liberdade de aplicação do direito, alargando os contornos constitucionais e reduzindo os espaços de decisões das maiorias, é onde se ressalta o embate democrático.

Por fim, a terceira projeção, que segundo Sanchis (2013, p. 124), também pode ser designado como constitucionalismo dogmático, também esta ligada às demais, trata-se de uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência jurídica que, deixa de ser meramente descritiva para ser crítica do próprio direito.

3. O Neoconstitucionalismo como Teoria do Direito e seus traços marcantes

O Neoconstitucionalismo reclama uma nova teoria do direito, isto porque com a transição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de direito impulsionada pela crise do positivismo, se alteraram as formas pelas quais o direito resolve conflitos.

Sanchis identifica os traços marcantes desta nova teoria do direito:

> Más princípios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflitos minimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o regulamentaria; omnipotência judicial en lugar de autonomia

> del legislador ordinário; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendenciosamente contradictorios, en lugar de homogeneidade ideológica en torno a un puñado de princípios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas. (PRIETO SANCHIS, 2003, p. 131/132).

O primeiro traço marcante do Neoconstitucionalismo para Sanchis (2003, p.131) é a utilização de *"más principios que reglas"*. Princípios e regras são espécies de normas jurídicas. Enquanto as regras se aplicam por meio de subsunção, um tudo ou nada, os princípios se ponderam, se respeitam, são vistos como valores positivados, que por sua vez ampliam o campo de regulação das decisões individuais protegidas. Isto decorre do fato de que o direito muitas vezes é inespecífico e não comporta decisões para todos os atos da vida civil, de forma que os princípios seriam utilizados pelo judiciário para dirimir uma questão que não encontra uma resposta especifica no ordenamento jurídico.

Para Dworkin, existem casos fáceis que são resolvidos com regras e por outro lado existem casos difíceis[3] que são resolvidos por meio de princípios. Dworkin (2014, p. 203) defende o Direito como integridade, de modo que o Juiz ao apreciar um caso difícil deve interpretar de forma construtiva e coerente os direitos e deveres, observando as regras, o ordenamento e as interpretações dadas por outros juízes a casos semelhantes, sempre buscando a melhor decisão possível, tratando as pessoas de forma isonômica, garantindo iguais direitos de respeito e consideração.

O próximo traço característico esta intimamente ligado ao anterior, na medida em que ao se utilizar mais princípios do que regras, naturalmente o operador do direito deverá utilizar "más *ponderación* do que *subsunción"*.

Ponderar para Sanchis (2003, p.133) é o método de resolver certo tipo de antinomias ou contradições normativas. A verdade é que a grande maioria dos princípios no plano abstrato estão harmoniosamente ordenados, contudo, quando aplicados em concreto se apresentam conflitantes entre si. Diferente das normas, que quando em conflito, uma destas será naturalmente declarada inválida, caso não haja uma cláusula de exceção, com os princípios faz-se uso de ponderação para escolher aquele princípio que, no caso em questão, está em maior evidência (o resultado da ponderação não será de equilíbrio) e representa a melhor decisão, a melhor sentença. (PRIETO SANCHIS, 2003, p.137).

[3] "O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, Segundo esta teoria o "poder discricionário" para decidir o caso de uma maneira ou de outra." DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P.127.

Contudo, a ponderação não responde apenas à resolução de conflitos entre princípios, mas também, por se tratarem estes de mandamentos de otimização que podem ser cumpridos em maior ou menor proporção, a ponderação também define a proporção que se deve cumprir daquele princípio. A medida de cumprimento ou satisfação dependerá da medida em que resulte exigível a realização de outro princípio.

Importante destacar que a ponderação não exclui a subsunção, antes de ponderar, é preciso subsumir, ou seja, antes de determinar qual princípio constitucional deve ser aplicado no caso concreto, é preciso subsumir para identificar os princípios em conflito que serão objeto de ponderação, e, após esta tarefa, a subsunção é novamente utilizada, isto porque a norma ponderada se torna aquela especifica para o caso concreto e deve ser a este subsumida, podendo inclusive se tonar generalizada para casos reiterados. (PRIETO SANCHIS, 2003).

No que tange a "*ominipresencia de la constituição",* esta se manifesta no fato de que a constituição é composta de princípios de justiça com valores ético-jurídicos, que regulam direitos fundamentais, além de diretrizes que impõem vínculos e limites aos poderes públicos. Trata-se, pois, de uma constituição densa em conteúdo material, de maneira que, nas palavras de Sanchis (2003, p.132), seria difícil encontrar um só tema medianamente importante que não tenha regulação constitucional.

No Estado Constitucional não podem existir espaços vazios ou lacunas, tudo em razão do fato de que a Constituição representa um valor supremo e portanto, está onipresente e rege todas as áreas do ordenamento jurídico. Por meio dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais cabe ao judiciário, na atividade interpretativa, colmatar eventuais omissões. Por isso se diz que o Neoconstitucionalismo propõe uma refundação do papel judiciário, ao lidar com as normas constitucionais por meio da teoria da argumentação jurídica, mais especificadamente a ponderação. (FERRAJOLI, 2012)

Segundo Sanchis (2003), para cada preceito normativo existe um princípio que o confirma ou contradiz. Ferrajoli de maneira similar entende que a distinção entre princípios e regras trata-se na verdade de um sofisma, ambos são espécies de normas, contudo formulados de maneira diversa, enquanto o primeiro faz referência à seu respeito, a segunda faz referência à sua violação e à sua consequente aplicação. São a seu turno, um a contraface do outro, quando uma regra é violada ela exsurge como um princípio constitucional que não se aplica, mas se respeita, se pondera.

> Uma prova disso é que as regras, inclusive aquelas penais, às quais se exige a máxima taxatividade, quando são observadas exsurgem como princípios

> que não se aplicam, mas se respeitam: por exemplo, a observância das normas sobre homicídio ou sobre as lesões corporais ou sobre o furto equivale ao respeito dos princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada. (FERRAJOLI, 2012, p.39).

Por estas razões é possível falar em onipresença da constituição para o Neoconstitucionalismo.

Estreitamente ligada à característica anterior, pode-se falar em "*omnipresencia judicial en lugar de autonomia del legislador ordinário"*, isto porque, se a constituição, que no modelo Neoconstitucionalista, é onipresente e está impregnada nas mais diversas áreas, as esferas de escolhas individuais são ampliadas e protegidas pelo texto constitucional, inclusive como forma de garanti-las, em decorrência, os espaços de atuação do legislador ordinário acabam por se reduzir. Esta onipresença constitucional e judicial é imprescindível para que as normas constitucionais sejam garantidas.

Outro fator marcante é que os princípios constitucionais não apresentam uma homogeneidade ideológica, tão pouco não são raras as vezes que se apresentam em conflito, eles são tendenciosamente contraditórios. Como dito anteriormente, muitas vezes os princípios apresentam-se coerentes no plano abstrato, contudo conduzem a eventuais contradições no plano concreto de sua aplicação.

Diferente das regras, em que o conflito se resolve no âmbito da validade, o conflito entre princípios se resolve no caso concreto à luz da necessidade, justificação e proporcionalidade em sentido estrito, frente aos outros princípios em contradição. (PRIETO SANCHIS, 2003). É neste ponto que revela-se também a onipresença judicial, que, a todo momento, ante ao conflito de princípios, é chamada a atuar por meio da ponderação para estabelecer qual princípio naquele caso concreto deve ceder espaço ao outro.

Para Alexy, no entanto, o conflito entre princípios se resolve no âmbito da dimensão do peso:

> As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que decorre por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um principio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado invalido, 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. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se pode dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios tem pesos diferentes e que os princípios com maios peso tem precedência. (ALEXY, 2008, p. 93/94)

Por todo exposto, com relação à onipresença judicial, é possível concluir que quase toda norma substantiva constitucional encontra na própria constituição uma outra capaz de justificar a adoção de uma solução contrária e por isto, Pietro Sanchis (2003) propõe uma teoria do direito para o Neoconstitucionalismo com enfoque na ponderação judicial, pois ao resolver o conflito entre princípios e o próprio caso concreto, a tarefa de criação normativa é transferida do legislador, para o juiz, na medida que se encarrega de realizar a leitura dos valores presentes na constituição.

4. Constitucionalismo Garantista

O Constitucionalismo Garantista, por sua vez, segundo Ferrajoli (2002, p.22), representa um reforço ao positivismo jurídico, podendo ser entendido por meio de três significados: como modelo ou tipo de sistema jurídico, como teoria do direito e como filosofia política.

Como *modelo ou tipo de sistema jurídico* caracteriza-se pela previsão no texto constitucional de princípios e direitos fundamentais que ampliaram a esfera de escolhas individuais protegidas, condicionando o próprio direito positivo, com a submissão da produção normativa não somente no aspecto formal, mas também no que tange ao conteúdo a uma norma supraordenada. As violações por comissão passaram a dar ensejo a antinomias resolvidas por meio da jurisdição constitucional e as violações por omissão, que resultam em lacunas, passaram a ser preenchidas pela *interpositio legis.*

O Constitucionalismo condiciona não apenas o "ser" como também o "dever ser" do direito. A lei passa a ser não somente condicionante do direito, mas também condicionada, tendo como condição de validade a sua coerência com as normas constitucionais. Neste sentido, como *teoria do direito,* o Garantismo realça a diferença entre o "ser" e o "dever ser" da "vigência" e "validade" na medida em que admite a existência de normas que formalmente atendem aos procedimentos normativos, contudo, substancialmente são invalidas por contrariar as normas constitucionais.

E, como filosofia política, Ferrajoli (2002) destaca que o Constitucionalismo Garantista realça e completa um nexo entre o positivismo jurídico e a democracia, na medida em que, segundo ele, somente a rigidez positivista na produção normativa pode garantir o caráter representativo e por decorrência a democratização das normas, seja no que tange ao

aspecto formal, como também no aspecto substancial, garantindo também por consequência diversas classes de direitos constitucionais estabelecidos, como os direitos políticos e civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais.

Neste sentido, é possível concluir que, por meio do Constitucionalismo Garantista, se respeita a separação de poderes, guardando a atividade de cognição normativa ao judiciário e a de criação normativa ao legislativo, não as confundindo como eventualmente pode vir a permitir Neoconstitucionalismo. Ademais, a fórmula do Constitucionalismo rígido, ainda propõe uma intensificação ao Estado de Direito, à proteção dos direitos individuais e à democracia, como decorrência.

Com a positivação dos princípios éticos-políticos que fundamentavam os "direitos naturais", convertendo-os em princípios jurídicos vinculantes, como fontes de legitimação não somente externa, mas também interna, substancial do direito, Ferrajoli defende um constitucionalismo forte que se aproxima de um novo paradigma juspositivista, reforçando o velho modelo paleo juspositivista, negando o Neoconstitucionalismo, constitucionalismo principialista ou ético.

5. O Juízo de Ponderação e Discricionariedade como Instrumento de um Constitucionalismo Forte: as posições de Luis Pietro Sanchis e Luigi Ferrajoli

Afirma Sanchis (2003), não se pode negar o caráter valorativo e a margem de discricionariedade que comporta um juízo de ponderação, especialmente ao utilizar-se da proporcionalidade em sentido estrito[4], é dizer: os princípios constitucionais não reduzem a margem de indeterminação do direito, do mesmo modo não existe um juízo de moral objetivo do qual compartilham todos, eventualmente as decisões tomadas em juízo de ponderação serão as mais adequadas para quem assim decidiu e aqueles que dela compartilham, mas para um outra parcela não serão tidas como as mais adequadas.

[4] "A ponderação será o modo de resolver os conflitos jurídicos em que há colisão de princípios, num procedimento composto por três etapas: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas; a última será a responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor (Alexy) o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação), com a seguinte redação: "quanto maior o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro." (STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p.153)

A ponderação a ser realizada, no que tange à aplicação de princípios, seja para resolver um conflito entre estes, seja para interpretar em que grau de intensidade que um princípio deve ou não ser cumprido, somente aumenta o grau de indeterminação do direito e coloca na mão do judiciário um grau inevitável de discricionariedade, *"y é donde el estabelecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediablemente en un juicio de valor."* (PRIETO SANCHIS, 2003, p. 152)

Neste ponto, estão as maiores críticas no que diz respeito à teoria da ponderação Alexy, isto porque:

> A ponderação apenas tem uma função explicativa das possibilidades jurídicas nas quais o intérprete pode se valer para resolver um caso de colisão de princípios, mas não fornece uma carga prescritiva para apontar qual posição seria mais adequada, como equivocadamente tem sido trabalhado pela dogmática jurídica no Brasil. (STRECK, 2017, p. 154)

Devido a esta margem de discricionariedade, ao adotar mais ponderação do que subsunção, por ausência de uma carga prescritiva ao final da atividade ponderativa, é que o Neoconstitucionalismo, segundo Ferrajoli (2012, p. 55), a exemplo do realismo jurídico[5] e do neopandectismo, causa um enfraquecimento das normas constitucionais estabelecidas através de princípios como valores éticos-políticos e por consequência dos direitos fundamentais neles estabelecidos.

A ponderação, para o jurista italiano, entrega aos juízes não somente a possibilidade de interpretar as normas positivadas, mas também de criá-las, o que atenta contra a separação de poderes, desvirtua o caráter cognitivo da jurisdição, além de promover o ativismo e a discricionariedade da atividade jurisdicional. (FERRAJOLI, 2012, p. 45/46)

Para Cademartori e Strapazzon (2012, p. 209), o legislador teria perdido sua centralidade no sistema jurídico, agora assumida pelos magistrados,*"o ponderacionismo judicial teria substituído a racionalidade legislativa, pelo menos no que diz com os direitos constitucionais estabelecidos."*

Contudo, aduz Sanchis (2003, p.152) em via oposta a Ferrajoli (2012) que a ponderação não permite todo este subjetivismo desmedido, uma ponderação realizada nos

[5] "Em termos gerais o realismo jurídico é uma postura de viés não-cognitivista (entendido no sentido da meta-ética). Para os realistas, o Direito estaria muito próximo de uma técnica operacional e decorrência daquilo que o direito diz que é. Daí se dizer que o Direito se realizaria pela decisão mesma. O realismo jurídico traduz-se numa forma acabada de positivismo fático que, ao buscar superar o formalismo-exegético, acabou por abrir caminho para discricionariedades e decisionismos." (STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. P.246.)

moldes propostos não dará ensejo a uma "qualquer decisão". Há que se concordar que, embora não haja uma carga prescritiva determinada ao final da atividade ponderativa (a respeito de qual princípio deve ser aplicado, ou em qual intensidade), há a indicação por onde se deve fundamentar para chegar a uma resolução definitiva para o conflito constitucional. É dizer, a ponderação se move no sentido de orientar como se devem comportar os juízes em cada caso sub judice, mas não garante que não hajam decisões carregadas de aberrações morais ou decisionismos vazios de ponderação, todavia, qualquer que seja o método de argumentação este risco sempre existirá.

> Sin duda, la idea de los principios y el método de la ponderación, que aparecen indisociablemente unidos, representan un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de mayoría que es fundamento de la democracia. Pero, por lo que alcanzo a entender, es un riesgo inevitable si quiere mantenerse una versión tan fuerte del constitucionalismo como la presentada al comienzo de este trabajo. (PRIETO SANCHIS, 2003, p. 157)

Um constitucionalismo forte depende, portanto, de uma constituição impregnada no ordenamento jurídico, interna e não por cima e por fora deste, isto reclama que a própria justiça ordinária se obrigue à constituição, sempre tendo em conta o caráter tendenciosamente contraditório de suas normas que somente pode ser resolvido racionalmente por meio da ponderação. Do contrário, adverte Sanchis, ter-se-á um constitucionalismo fraco, com as normas constitucionais funcionando apenas como critérios de ordenação das fontes do direito e não como fontes e obrigações propriamente ditas.

6. Conclusão

Pietro Sanchis entende que o Neoconstitucionalismo é o positivismo de nossos dias reconhecendo que as principais mudanças deste paradigma no Estado Constitucional de Direito são: (1) a mudança na *teoria das fontes* em que a constituição passa a ser reconhecida como norma supra ordenada e condicionadora do ordenamento jurídico e do próprio legislativo; (2) mudança na *teoria da norma jurídica* reconhecendo o valor normativo dos princípios incorporados ao texto constitucional; (3) uma alteração na *teoria da interpretação* que exige mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, apostando na

ponderação judicial como forma de impregnar o ordenamento jurídico com a onipresença constitucional a regular casos não mais susceptíveis ao positivismo.

Percebe-se portanto, que Sanchis entende que a ponderação não exclui a atividade de subsunção, que esta não é apenas inerente às normas e que mesmo os princípios ao serem ponderados, quando em conflito, fazem também uso da subsunção, seja para escolher os princípios que concorrem na aplicação para aquele caso concreto, seja para aplicar ao caso concreto a norma de Direito Fundamental, resultado da ponderação, que melhor responde àquele *case*, uma regra que será portanto subsumida àquele e a outros casos similares.

Sanchis defende um constitucionalismo flexível, para utilizar uma expressão já cunhada por Trindade (2012), como sua versão de Neoconstitucionalismo, isto porque admite, diferente do Constitucionalismo Positivista de Ferrajoli, um caráter valorativo e uma certa discricionariedade inerente ao judiciário no ato de ponderação de princípios para resolução dos casos difíceis, sendo esta, na sua concepção, a única alternativa para uma constituição forte e impregnada no sistema jurídico. Contudo, para este objetivo a teoria da argumentação deve ser utilizada de maneira apurada, para que o direito não se torne uma bolha terminológica especulativa. Nas palavras de Ferrajoli (2012), deve-se cuidar para que não se aumente indefinidamente os limites constitucionais, a ponto deste perder seus contornos e dar ensejo ao seu esvaziamento.

Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OIVEIRA, Rafael. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOBBIO, Norberto, 1909. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márico Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Sistema garantista e protagonismo judicial**. In: FERRAJOLI, Luigi: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. ***Principia Iuris:*** **uma teoria normativa do direito e da democracia**. In: Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun. 2010.

CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 75- 98.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira.** 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P.127.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios.- 3 ed. – São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. (tradução Rosina D'Angina). 1.ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación**. Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998.

_____. Neoconstitucionalismo: um modelo conatitucional ou uma concepção da Constituição. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – nº 7 – Jan/Jun 2006 – Vol. 1.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. p. 123- 158.

_____, Luís. **El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

_____, Luís. **Apuntes de teoría del derecho**. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2016.

_____, Luís. **El Constitucionalismo de los derechos**. In CARBONELL, Miguel (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis**. In: FERRAJOLI, Luigi: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 231-253.

_____. **Positivismo e (Neo)Constitucionalismo: As teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchis e Garcia Amado**. RVMD, Brasília, V, 10, nº 2, p. 406-430, jul-dez, 2016.