XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H553

Hermenêutica Jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho; Marcus Firmino Santiago - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-458-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Interpretação. 3. Mutação constitucional. 4. Direitos fundamentais. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

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

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, realizado novamente em Brasília, entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, permitiu a reunião de diversos professores e pesquisadores dedicados ao estudo da Hermenêutica Jurídica. Como de hábito nos Grupos de Trabalho do CONPEDI, o pensamento jurídico brasileiro foi representado por pessoas vindas de norte a sul do país, compondo um amplo espectro de orientações conceituais.

Os oito artigos que ultrapassaram o filtro da avaliação cega foram apresentados por seus autores e ensejaram vibrantes discussões, que propiciaram substanciais conhecimentos a todos os presentes e certamente farão o mesmo aos leitores deste volume.

O fenômeno da mutação constitucional é objeto de análise do primeiro artigo ('As mutações constitucionais e a (in)efetividade dos direitos fundamentais'), no qual as autoras debatem a legitimidade desta prática como instrumento para efetivação de direitos fundamentais. Para tanto, cuidam de definir e delimitar a amplitude do conceito de mutação, tendo por marco o paradigma do neoconstitucionalismo a fim de discutir as possibilidades de ampliação interpretativa inerentes à sua aplicação e os possíveis riscos envolvidos.

Hermenêutica e linguagem é o tema do segundo artigo ('A hermenêutica e a linguagem jurídica'), que aborda os fundamentos linguísticos do Direito, assim como os limites do texto normativo e o processo de atribuição de sentidos inerente à atividade interpretativa /aplicativa. A partir dos referenciais oferecidos pela filosofia da linguagem, seus autores discutem como o Direito - produto final da interpretação - é definido pelas experiências do ser.

Semelhante marco teórico embasa o estudo desenvolvido no artigo 'A fundamentação das decisões judiciais no novo processo civil brasileiro', terceiro desta coletânea. À hermenêutica filosófica de Gadamer junta-se a dialética de Hegel para discutir a construção da decisão judicial a partir dos precedentes, tendo por base a preocupação - e os riscos - em buscar uma norma universal. A partir daí, o estudo levanta dúvidas sobre o grau de vinculação dos juízes aos precedentes, segundo o sistema enunciado pelo novo Código processual civil.

'Os fundamentos teóricos do minimalismo judicial de Cass R. Sunstein' é o título do trabalho que mergulhou em parte significativa da obra deste importante constitucionalista norte-

americano. O estudo apresenta os fundamentos que sustentam sua teoria, na busca por trazer parcela relevante, e pouco difundida em língua portuguesa, da obra do autor, um dos principais representantes do rico universo de debates que caracteriza o constitucionalismo dos Estados Unidos.

O quinto artigo ('O solipsismo nas decisões judiciais produzidas no paradigma da filosofia da consciência e a exigência democrática da hermenêutica') trata do possível déficit democrático inerente ao processo de atribuição de sentidos. A atividade solitária do intérprete (solipsismo) representaria um fechamento, distanciando a norma produto da interpretação das intenções originariamente expressas pelo legislador. No contexto atual, no qual se verifica uma baixa (ou nenhuma) vinculatividade normativa, a discricionariedade ampla dos juízes afrontara o princípio democrático, sustentáculo último das leis.

O direito penal foi tema do sexto artigo ('Por uma reflexão constitucionalmente adequada da aplicação das normas no direito penal'), que deita os olhos sobre o denominado princípio da insignificância e critica sua amplitude enquanto categoria conceitual-normativa. Para tanto, analisa o precedente do STF onde foram definidos os parâmetros para aplicação da insignificância, destacando a insuficiência deste balizamento.

Em 'As contradições e limitações teóricas do neoconstitucionalismo', o autor traz relevante estudo sobre o estado da arte do positivismo jurídico contemporâneo para sustentar suas críticas às indefinições conceituais que cercam o neoconstitucionalismo. Destaca como esta abertura favorece o decisionismo, em um retorno à situação problema que ensejou várias das críticas sofridas pelo juspositivismo décadas atrás.

Por fim, o oitavo artigo ('O backlash silencioso') trata do tema da reversão de decisões judiciais por meio de alterações legislativas. A autora faz amplo estudo sobre diversos casos recentes nos quais temas definidos pelo Judiciário em um sentido foram novamente tratados pelo Legislativo, permitindo a este reafirmar posição contrária. E indica que, o que aparentemente seria uma fonte de conflito, pode funcionar como um caminho para reforço do diálogo institucional.

Como se percebe, em todos os estudos os principais marcos teóricos das hermenêutica contemporânea são contemplados, conectando-se a questões atuais e altamente relevantes, que precisam ser enfrentadas à luz de diferentes (embora não necessariamente novos) paradigmas conceituais.

Coordenadores:

Prof. Dr. Enoque Feitosa - Docente nos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Filosofia - UFPB

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

AS CONTRADIÇÕES E LIMITAÇÕES TEÓRICAS DO "NEOCONSTITUCIONALISMO": UMA ANÁLISE À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

CONTRADICTIONS AND THEORETICAL LIMITATIONS OF THE "NEOCONSTITUTIONALISM": AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE CRITICAL HERMENEUTICS OF LAW

Henrique Abel [1]

Resumo

O presente artigo pretende desenvolver dois argumentos: primeiro, destacar a importância do legado do constitucionalismo pós-Segunda Guerra (Constitucionalismo Contemporâneo) e os riscos potenciais de retrocesso que este paradigma político-jurídico sofre nos dias atuais. Segundo: demonstrar as deficiências e contradições daquilo que veio a se chamar doutrinariamente de neoconstitucionalismo. O artigo pretende demonstrar que, frequentemente, podemos ver a retórica dita "neoconstitucionalista" sendo usada de forma a subverter as mais valiosas lições do Direito democrático da segunda metade do século XX. Por fim, o artigo faz uma análise do Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.

Palavras-chave: Constitucionalismo contemporâneo, Crítica hermenêutica do direito, Neoconstitucionalismo, Discricionariedade judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The present article intends to develop two arguments: first, highlight the importance of the legacy of post-Second War constitutionalism (Contemporary Constitutionalism) and the potential risks that are surrounding this political-legal paradigm in current days. Second: demonstrate the deficiencies and contradictions of what came to be called doctrinally as "neoconstitutionalism". This article intends to demonstrate that, nowadawys, we can often see the so-called "neoconstitutionalist" rhetoric being used precisally to subvert the most valuable pillars of democratic law. Finally, the article makes an analysis of Ferrajoli's "Safeguard Constitutionalism" through the perspective of Streck's Critical Hermeneutics of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contemporary constitutionalism, Critical hermeneutics of law, Neoconstitutionalism, Judicial discretion

[1] Doutor em Direito pela UNISINOS-RS, com período de estágio doutoral realizado na School of Law of Birkbeck, University of London. Advogado e professor universitário.

I – NEOCONSTITUCIONALISMO: NOTAS INTRODUTÓRIAS

De início, é importante esclarecer que não existe, em absoluto, algo que se possa chamar propriamente de uma "escola" neoconstitucionalista. O que existe, efetivamente, é uma série de discursos e construções teóricas distintas, que geralmente apresentam algumas coisas em comum. Entre os pontos de concordância mais habituais, podemos mencionar a rejeição ao formalismo do velho positivismo normativista, bem como uma "readmissão" das relações entre moral e Direto.

De qualquer forma, o certo é que não foi erguida uma doutrina integral e coesa que atenda pelo nome de "neoconstitucionalismo". Os problema que isso gera, do ponto de vista da Teoria do Direito e da epistemologia jurídica, são evidentes. O neoconstitucionalismo, em seus diferentes formatos, pretendeu trazer as lições pós-Auschwitz para o mundo do Direito, concretizando estas lições na forma de uma efetiva doutrina jurídica pós-positivista – em outras palavras, uma efetiva superação teórica do positivismo jurídico.[1] O problema que surge aqui reside precisamente no fato de que o positivismo jurídico normativista, da primeira metade do século XX, era uma doutrina jurídica "fechada", perfeitamente coerente e bem acabada. Nenhuma destas qualidades pode ser atribuída ao neoconstitucionalismo enquanto pretenso sucessor teórico do positivismo jurídico. Não houve um "Hans Kelsen do neoconstitucionalismo", e as consequências disso no mundo prático não são poucas, conforme veremos mais adiante.[2]

---

[1] "Uma das marcas fundamentais dessa busca da paz é, precisamente, a expansão do constitucionalismo mais avançado, de um constitucionalismo renovado, que vai além do estabelecimento de regras formais, inspiradas na teoria ou copiadas de outros povos, e toma por base a realidade de cada povo, estabelecendo novas regras fundamentais de convivência e cuidando de sua efetiva aplicação. São testemunhos elequontes dessas inovações o surgimento de novas Constituições, como uma espécie de novo 'contrato social', em Estados nos quais já era tradicional a existência de uma Constituição formal, assim como a adoção de uma Constituição baseada na vontade e nos interesses de todo o povo, por Estados e povos que tradicionalmente só conheciam o direito imposto por elites dominantes, como também por povos que só recentemente conquistaram sua independência. Um ponto fundamental para a compreensão das profundas inovações que vêm ocorrendo é a lembrança de que elas começaram a definir-se logo após o término da segunda guerra mundial. Com efeito, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, começa, efetivamente, uma nova fase na história da humanidade. A par de profundas mudanças políticas favoráveis à proteção da dignidade humana e ao reconhecimento e à efetivação dos direitos fundamentais da pessoa, sem discriminações, foi sendo definida uma nova concepção do próprio Direito, que exclui as construções formais desprovidas de base social para sua legitimação e voltadas à garantia de privilégios mascarados de direitos". DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição Na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288-290

[2] As muitas leituras a respeito do fenômeno denominado de "neoconstitucionalismo" são tão contraditórias e divergente entre si que, conforme Ferrajoli irá observar, para alguns autores o "neoconstitucionalismo" não seria sequer uma superação propriamente dita do positivismo jurídico, mas sim uma espécie de "expansão e complemento" do positivismo. Sobre isso, ele dirá o seguinte: "Há muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo. Uma característica comum entre elas pode ser

Para Luís Roberto Barroso, o "pós-positivismo" seria este movimento que justamente se confunde com o próprio neoconstitucionalismo, ambos buscando superar o positivismo jurídico sem, no entanto, retroceder para algum tipo de postura jusnaturalista.[3] Para Luigi Ferrajoli, "a expressão 'neoconstitucionalismo' vem usada, geralmente, para designar, ao mesmo tempo, a novidade estrutural das constituições rígidas, as práxis jurisprudenciais por elas promovidas e as teorias explicativas de ambas".[4] Alfonso de Julios-Campuzano, por sua vez, destaca que:

> [...] hoje se pode afirmar que a nova argamassa do direito no século XXI será a congruência material dos conteúdos normativos: sua concordância substantiva com o conjunto de postulados que identificam as necessidades humanas, a presença de um forte conteúdo material na Constituição que se irradia por todo o ordenamento jurídico. [...] O neoconstitucionalismo possui um compromisso axiológico aberto e revisável, um conjunto de valores que marcam a

---

identificada na ideia da submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nos atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Neste sentido, o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos. Para além deste traço comum, entretando, o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como a sua expansão e o seu completamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de 'neoconstitucionalismo', é seguramente a mais difundida". Além disso, o próprio Ferrajoli (conforme veremos mais adiante no presente trabalho), embora rejeite o termo "neoconstitucionalismo", sustenta que as lições do Direito pós-Segunda Guerra seriam melhor traduzidas por um novo e revisado positivismo jurídico do que por uma teoria de negação do positivismo. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz ; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.13

[3] "O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, 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. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia. A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Neste contexto, busca ir além da legalidade escrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas." BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 248.

[4] FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz ; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 240.

direção do ordenamento social, dos programas normativos, das ações políticas e das medidas legislativas.[5]

Apesar das controvérsias sobre a existência (e coerência) de uma doutrina "neoconstitucionalista", o certo é que o momento histórico da segunda metade do século XX inaugura uma nova etapa não apenas dentro do Direito Constitucional[6] como, também, na Ciência Política e na Teoria Geral do Estado. Dentro da profusão de iniciativas legislativas, doutrinárias e teóricas oriundas daquilo que se poderia chamar genericamente de "neoconstitucionalismo", estabelece-se um de seus frutos mais concretos, qual seja: a noção contemporânea do *Estado Democrático de Direito*.[7]

II – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO EVOLUÇÃO DO ESTADO LIBERAL CLÁSSICO

Coloquialmente, a expressão "Estado Democrático de Direito" é frequentemente utilizada para fazer referência a fenômenos diversos: democracia, império da lei, etc. A terminologia é, por vezes, utilizada como sinônimo de "Estado Democrático", ao passo que, em outras ocasiões, é referida como sinônimo de "Estado de

---

[5] JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 72.

[6] "Podemos chamá-las de constituições de terceira geração por causa de alguns traços comuns: são constituições longas, com base no modelo da Constituição portuguesa de 1976, formada por 299 artigos, que inaugura esta terceira fase do constitucionalismo; mas são, sobretudo, constituições das quais os europeus teriam muito para aprender, uma vez que preveem sistemas de garantias e de instituições de garantia bem mais complexos e articulados do que os seus". FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz ; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.232.

[7] "[...] num terceiro momento, particularmente no período pós-Segunda Grande Guerra, com o surgimento de uma série de problemas que passaram a afetar o bem-estar da população mundial em função de avanços tecnológicos e de outros fatores ligados a reorganização geopolítica mundial, surgiram os modelos constitucionais denominados Estados Democráticos de Direito, com redefinições fundamentais em relação aos modelos anteriores. Não foram simplesmente agregações de gerações de direitos, mas rearticulações conceituais fundamentais como a ideia de democracia, de cidadania, de dignidade etc". Isso porque "a concepção de vida boa, de felicidade, que era lastreada unicamente em possibilidades de exercício de uma autonomia individual, atomizada, a partir da imposição de exigências de abstenção, em relação ao Estado e a todos os demais cidadãos, de prática de ações que pudessem macular direitos individuais, foi suplantada historicamente por uma compreensão coletiva de qualidade de vida que passou a demandar a satisfação de necessidades materiais, dentre as quais estava a educação". SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 27-28.

Direito". Não é dessa forma, contudo, que devemos entendê-lo à luz do Constitucionalismo Contemporâneo.

O Estado Democrático de Direito não é meramente um "Estado de Direito" com ambiente democrático. Ele é muito mais do que isso. Do ponto de vista histórico e da Ciência Política, ele deve ser compreendido como um terceiro momento na evolução histórica do Estado democrático moderno. Assim como já havia acontecido anteriormente, na transição entre o *Estado Liberal Clássico* para o *Estado Social*, também o Estado Democrático de Direito *não se apresenta como uma negação dos formatos anteriores*, mas sim um aperfeiçoamento que engloba os modelos anteriores. Representa uma continuidade e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, uma ruptura - na medida em que, do ponto de vista normativo, podemos dizer que:

> O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade [...]. Dito de outro modo, o Estado democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores.[8]

Poderíamos sintetizar este "*plus* normativo" por meio de dois axiomas. Primeiro: o Estado Democrático de Direito representa um novo momento histórico - o primeiro paradigma político-jurídico por meio do qual o Direito abandona a sua postura de mero garantidor da ordem e protetor do *status quo*, assumindo um efetivo compromisso que abrange estes papeis ao mesmo tempo em que transcende ambos. Este compromisso não é outro senão o da *transformação da realidade vigente*.

Em outras palavras, uma das novidades mais significativas deste novo paradigma político-jurídico reside no fato de que, *pela primeira vez, o Direito parte do princípio de que a própria ordem social vigente é injusta*. Ou seja, ao mesmo tempo em que ele assume um compromisso com a *manutenção da ordem política, econômica e normativa*, ele assume, ao mesmo tempo, um segundo compromisso – agora com a *transformação da ordem social*.

---

[8] BOLZAN DE MORAIS, José Luis e STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pág. 97-99.

O segundo axioma é o da *autonomia do Direito*. Essa autonomia não deve ser entendida como sinônimo de "indiferença". A ideia de autonomia do Direito, fortalecida pelo Constitucionalismo Contemporâneo, não nega que o Direito mantenha relações com a política, com a moral, com a filosofia e com a sociedade: pelo contrário, *enfatiza a importância destas relações*. Não significa, tampouco, que o Direito seja surdo ao entorno histórico, social, econômico e político. A autonomia do Direito não o torna imune à mudança e nem aos anseios por renovação: apenas garante que estes processos ocorram pelas vias normativas e democráticas apropriadas. A "pedra de toque" por trás da ideia de autonomia do Direito está na concepção de que este deve ser visto como instrumento de *interdição e limitação do poder* – seja poder político, econômico ou qualquer outro. A ideia central, aqui, é de que o Direito deixa de estar, nas palavras de Streck, "a reboque da política".[9] O Direito, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, não pode mais ser utilizado como mero instrumento de conveniência dos desejos do poder. Isso porque o Direito, dentro deste novo paradigma, assume um compromisso radical com a *democracia*[10], entendida não mais como mera satisfação dos desejos de maiorias aritméticas, mas sim como *limitação do poder* e *proteção de um núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais*, passíveis de proteção até mesmo pela via de instrumentos de controle contramajoritário[11].

Podemos dizer, de forma sintética, que o novo paradigma do Estado Democrático de Direito se diferencia do antigo modelo do Estado Social por meio de duas inovações essenciais: primeiro, *um compromisso assumido e declarado com a transformação da realidade social vigente*. Segundo, *um profundo comprometimento com a questão da democracia*. Democracia não meramente em um sentido formal, mas

---

[9] "[...] o ponto crucial está na superação do arbítrio. A democracia se constrói a partir do direito. Este - o direito - não está a reboque da política, da moral ou da economia. Uma teoria do direito preocupada com a democracia substancial deve conter/prever mecanismos para a preservação de um elevado grau de autonomia do direito, construindo 'blindagens' contra os predadores exógenos (moral, economia e política) e endógenas (panprincipiologismo, ponderação e as teses que apostam na 'abertura interpretativa dos princípios e cláusulas gerais')". FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz ; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 94

[10] "Para tanto, é fundamental que se perceba que a teoria do Estado de Direito foi confrontada, no século XX, com um duplo desafio. Um primeiro, proveniente do surgimento dos regimes totalitários, nos quais a ordem jurídica não se apoiava em nenhum valor subjacente ao Estado de Direito. Outro, proveniente da construção do Estado de Bem-Estar, que modificou profundamente o substrato liberal sobre o qual se fundava o ideário do Estado de Direito. Ambos acabam por contribuir para a emersão de uma concepção substancial de Estado de Direito". BOLZAN DE MORAIS, José Luis e STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102.

sobretudo em sua dimensão substancial, mais complexa e mais rica do que aquilo que se entendeu por "democracia" no passado.[12]

III – LIMITAÇÕES E INSUFICIÊNCIAS TEÓRICAS DO "NEOCONSTITUCIONALISMO"

Resta claro, assim, que o Constitucionalismo Contemporâneo efetivamente nos legou *um novo paradigma político-jurídico*: o Estado Democrático de Direito. No entanto, conforme pretendo demonstrar no decorrer deste sub-capítulo, esta inovação não veio acompanhada de um novo paradigma epistemológico. Isso porque o chamado "neoconstitucionalismo" não se apresenta sequer como uma doutrina íntegra e coerente, muito menos como uma nova epistemologia jurídica apta a explicar o Direito neste novo momento histórico e dentro deste novo paradigma político-jurídico.

Os problemas do chamado "neoconstitucionalismo" vão além de sua falta de consistência e unidade teórica. Diversas abordagens afiliadas ao neoconstitucionalismo sofrem, ainda, do problema de serem coniventes com decisionismos, com a discricionariedade judicial e com ativismos judiciais dos mais variados. Tudo isso vai absolutamente na contramão do compromisso aprofundado que o

---

[12] Ao contrário de outros momentos históricos, no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo não se admite mais que certas figuras de autoridade se assenhorem dos sentidos do Direito. Häberle dirá que "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição". HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997. p. 15. Kildare Gonçalves Carvalho explica que Häberle entende a Constituição como sendo um processo público. Carvalho observa que "A Constituição se insere no moderno estado constitucional de sociedade aberta de seus intérpretes, pois como lei fragmentária e indeterminada carece de interpretação. Para Häberle, a verdadeira Constituição é sempre o resultado de um processo de interpretação, conduzido à luz da publicidade. A abertura e a pluralidade do processo de interpretação caracterizam a Constituição como um processo, em vez de conteúdo. A teoria da sociedade é a teoria da sociedade aberta. A teoria da constituição, a ideia da possibilidade mantém aberta a Constituição viva, na sua realidade e publicidade em relação à legiferação, administração, jurisprudência, política, dogmática. Sendo a Constituição uma obra aberta, a interpretação não averigua o conteúdo objetivo das normas constitucionais e muito menos a vontade do legislador, mas é um processo desdogmatizado, que se situa no tempo, capta as experiências (abertura para o passado) e as mudanças (abertura para o futuro). Intérpretes ou participantes do processo público de atualização da norma constitucional não são apenas os tribunais, mas todos os que participam da comunidade política, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, pois quem vive a norma, interpreta-a também". CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16ª edição. Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2010. p. 63-64.

Estado Democrático de Direito assume com uma ideia mais substancial e integral de democracia.[13] Sobre isso, Streck observa o seguinte:

> Em linhas gerais, o termo neoconstitucionalismo pode nos ter levado a equívocos. Em linhas gerais, é possível afirmar que, na trilha do neoconstitucionalismo, percorremos um caminho que nos leva à jurisprudência da valoração e suas derivações axiologistas, temperada por elementos analítico-conceituais provenientes da ponderação alexyana. Desse modo, esse belo epíteto - cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis e italianos -, embora tenha representado um importante passo para a afirmação da força normativa da Constituição na Europa Continental, no Brasil acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano.[14]

Streck irá concordar com a crítica que Ferrajoli faz ao "desvirtuamento" do neoconstitucionalismo. Ao apostar na discricionariedade judicial, no ativismo, na moral como verdadeiro "fator de correção externa" do Direito, na "ponderação de princípios" e no uso de princípios jurídicos como mera ferramenta retórica para o juiz decidir "de acordo com sua consciência", o neoconstitucionalismo acabou por trair os compromissos do Estado Democrático de Direito com a democracia[15]. O efeito disso é o *enfraquecimento da normatividade do Direito democraticamente produzido*. Em virtude disso, Streck concluirá que Ferrajoli:

---

[13] Ver: ABEL, Henrique. *Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

[14] FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz ; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60-61.

[15] Sobre isso, Streck irá afirmar que: "[...] é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar como um direito 'novo' (poder-se-ia dizer, um direito 'pós-Auschwitz' ou 'pós-bélico', como quer Mario Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência). Ou alguém tem dúvidas de que a ponderação e o protagonismo judicial são irmãos siameses?". FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75.

> [...] critica o neoconstitucionalismo por este transformar os direitos (fundamentais) em valores ou princípios morais, abrindo caminho à ponderação, o que Ferrajoli considera o modo pelo qual ocorre a fragilização da normatividade do direito. [...] Nesse sentido, tem razão Ferrajoli quando acusa o neoconstitucionalismo como aquele que se caracteriza pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação. [...] Assim, dou razão a Ferrajoli e reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão 'neoconstitucionalismo' para mencionar aquilo que venho querendo apontar em minhas obras, mormente em *Verdade e consenso*: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. Assim, 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*. Na verdade, refiro-me aos *modelos constitucionais que implementam, de fato, o plus normativo democrático*. Isto porque é possível vislumbrar o constitucionalismo do segundo pós-guerra em dois estágios fundamentais: o social-burocrático (e não democrático) e o social democrático.[16]

Desta forma, percebe-se que o neoconstitucionalismo simplesmente falhou, tanto enquanto teoria epistemológica quanto como teoria da decisão, no sentido de compreender e explicar os fundamentos do Direito democrático nascido por meio Constitucionalismo Contemporâneo. Este é um movimento doutrinário e político que desemboca nas constituições democráticas da segunda metade do século XX e concretiza um novo paradigma político-jurídico - o Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, o neoconstitucionalismo se mostra como uma teoria do Direito que, movida pela pretensão de superar as limitações do velho positivismo jurídico, acaba por falhar completamente neste empreendimento, na medida em que repristina uma das maiores deficiências do positivismo normativista kelseniano: *sua necessidade de recorrer à discricionariedade judicial*. Isso é um tanto mais grave quando se leva em consideração que o neoconstitucionalismo lida com uma ideia de Direito pautada por um compromisso

[16] FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz ; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60-63.

muito mais acentuado com a democracia do que o Direito sob a ótica kelseniana, no qual esta preocupação tinha um caráter mais formal, estrutural e menos substancial e complexo (até porque o próprio conceito de democracia se torna muito mais plural e complexo nas décadas posteriores ao fim da Segunda Guerra Mundial).

Esta é a contradição mortal do neoconstitucionalismo: ele pretende ser um novo paradigma teórico, para um Direito mais democrático, ao mesmo tempo em que falha em superar limitações que já eram inadequadas mesmo no contexto de um conceito mais limitado de democracia, próprio da primeira metade do século XX. Ele pretende ser pós-positivista ao mesmo tempo em que não consegue superar as mais sérias deficiências teóricas do positivismo normativista kelseniano.[17]

A toda evidência, isso demonstra que o Estado Democrático de Direito, enquanto novo paradigma político-jurídico, ficou "órfão" de um novo paradigma teórico-epistemológico. Em sua crítica ao neoconstitucionalismo, essa lacuna epistemológica é bem percebida por Ferrajoli[18].

IV – O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA DE FERRAJOLI

Como não poderia deixar de ser, as insuficiências e contradições do neoconstitucionalismo abrem caminho para diferentes estratégias teóricas para a superação destas limitações e construção de uma teoria interpretativa adequada ao paradigma político-jurídico do Estado Democrático de Direito.

Uma delas, à qual me filio, é a *Crítica Hermenêutica do Direito*, na forma como é trabalhada no Brasil por Lenio Streck – tendo como referência central a obra de Ronald Dworkin, com aportes teóricos de Heidegger e Gadamer e – seguida por diversos

---

[17] Por tais razões, Streck concluirá que: "Portanto, Ferrajoli tem razão, porque, nos moldes como é apresentado, o neoconstitucionalismo depende de posturas axiologistas e voluntaristas, que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial". FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.64.

[18] "Neste caso, a expansão do papel da jurisdição provocada por um imponente aparato garantista impõe uma defesa ainda mais forte das garantias jurisdicionais tradicionais, como limites ao Poder Judiciário, e do modelo normativo de tal poder como poder negativo, cuja legitimação reside no maior caráter cognitivo possível. E deveria, portanto, exigir uma responsabilidade ainda mais consciente da cultura jurídica na elaboração de uma correspondente epistemologia do juízo". FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 238.

autores que se filiaram às suas teses ao longo dos anos, em maior ou menor grau. Cito, a título meramente ilustrativo, Georges Abboud, Rafael Tomaz de Olivera, Maurício Ramires, Francisco Motta, Clarissa Tassinari e José Emílio Medauar Ommati.

Uma abordagem alternativa à crítica hermenêutica é o *constitucionalismo garantista* sustentado por Ferrajoli. Assim como Streck, Ferrajoli não admite a figura do juiz solipsista e a ideia de que o juiz possa se valer da moral como uma espécie de "fator de correção externa" do Direito. Em ambas as abordagens, há uma preocupação com a autonomia do Direito, com a segurança jurídica, com a limitação do poder do julgador e com os excessos do chamado "neoconstitucionalismo" - utilizado, por vezes, como uma verdadeira "fábrica de princípios jurídicos", que passam a ser vistos como se fossem "valores" (que, em última instância, se convertem em pura poesia retórica, ao sabor dos juízos morais e preferências pessoais ou inclinações pragmáticas do juiz, perdendo todo o seu efetivo conteúdo normativo).[19]

O constitucionalismo garantista de Ferrajoli, ao mesmo tempo em que pretende ser uma teoria da decisão renovada e adequada ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, apresenta-se mais como uma espécie de *evolução* do positivismo jurídico do que como uma *negação* deste. Ferrajoli não abre mão do positivismo jurídico. Pelo contrário: ele denomina a concepção à qual se filia de *constitucionalismo juspositivista*. Para Ferrajoli, o constitucionalismo atual teria se dividido em duas concepções antagônicas: uma *jusnaturalista*, que abrangeria basicamente todas as abordagens que renegam o positivismo jurídico, e outra *juspositivista*, endossada por ele.

Ferrajoli reconhece, é preciso dizer, que a maior parte dos autores que ele enquadra nesse "constitucionalismo jusnaturalista" não se consideram de forma alguma filiados aos jusnaturalismo. Ele sustentará que:

> [...] os defensores de uma concepção antipositivista do constitucionalismo nem sempre se consideram jusnaturalistas. Eles se declaram, sobretudo, não

[19] Outro ponto de concordância entre a teoria de Streck - à qual me filio - e o constitucionalismo garantista de Ferrajoli reside no fato de que ambos enxergam, em Dworkin, um referencial teórico muito mais adequado - para uma teoria da decisão harmônica com o Constitucionalismo Contemporâneo - do que as obras de Alexy. Ferrajoli dirá que "[...] as teses de Dworkin sempre me pareceram bem melhor justificadas do que aquelas de Alexy, uma vez que a sua referência é aos sistemas da common law, nos quais o direito não se identifica totalmente com a lei, não tendo sido integralmente realizada a sua positivação". FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 241.

> positivistas ou pós-positivistas. Entretanto, aquilo que os aproxima é a configuração como princípios ético-políticos de grande parte das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, e a adoção de uma distinção forte, qualitativa e estrutural, entre princípios e regras, sendo os primeiros objeto de ponderação e as segundas de aplicação mediante subsunção. Por outro lado, este segundo elemento - ainda que, de fato, sustentado, sobretudo, por jusnaturalistas - não é, conceitualmente, conexo ao jusnaturalismo, podendo também ser compartilhado por juspositivistas.
> Ao lado da distinção entre constitucionalismo jusnaturalista (ou não positivista) e constitucionalismo juspositivista será oportuno, portanto, formular e discutir uma segunda distinção, apenas em parte coincidente com a primeira: a distinção entre aquele que chamarei de *constitucionalismo argumentativo* ou *principialista* e aquele que podemos denominar *constitucionalismo normativo* ou *garantista*.[20]

As divergências entre o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli e a Crítica Hermenêutica do Direito capitaneada por Streck podem ser resumidas em dois pontos. O primeiro deles diz respeito à questão da *separação entre Direito e moral*. O segundo diz respeito à *discricionariedade judicial*. Sobre o primeiro ponto, Ferrajoli insistirá no velho dogma da separação entre Direito e moral, enquanto que Streck sustentará, na contramão do positivismo jurídico, que:

> Tanto a tese da separação como a tese da dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas, em decorrência daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição de Habermas para o direito: a co-originariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobremodo, a *autonomia do direito* (nesse sentido, não vejo maiores diferenças entre a tese de Ferrajoli, ao dizer que as questões morais podem ser incorporadas na Constituição, e o que diz Habermas acerca da institucionalização da moral *no* e *pelo* direito). Com efeito, a moral não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais quando de sua elaboração legislativa.[21]

---

[20] FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17-18.

[21] FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 77.

A explicação adequada para este fenômeno simplesmente *transcende os limites teóricos do positivismo jurídico*. Uma recapitulação histórica do avanço do constitucionalismo ao longo do século XX nos mostra que a consagração de certos axiomas normativos, no texto da Constituição, se deu em virtude uma verdadeira *institucionalização da moral no Direito*. Significa dizer: as constituições democráticas do pós-Segunda Guerra introduzem valores políticos para dentro dos textos constitucionais, com um grau de compromisso tão grande que este movimento já vem acompanhado de mecanismos jurídicos cuja função instrumental é assegurar que estes valores sejam não apenas concretizados no Direito, mas também devidamente protegidos de eventuais circunstâncias posteriores (vontades momentâneas da maioria, conveniência política de governantes, "clamor popular", retrocessos democráticos, etc).

À toda evidência, a história da segunda metade do século XX e a vasta doutrina constitucionalista dos últimos cinquenta anos (ainda que com muitos pontos de discordância entre si, conforme já visto) veio apenas a comprovar a tese habermasiana da relação de co-originariedade entre Direito e moral.

O segundo ponto de discordância entre a Crítica Hermenêutica do Direito e o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli diz respeito à questão da *discricionariedade judicial*. Para a primeira, qualquer tipo de discricionariedade judicial é inadmissível na medida em que representa uma recaptura do Direito pela política. Isso porque não faz sentido que o Constitucionalismo Contemporâneo tenha concedido elevado grau de autonomia ao Direito - que deixa de "estar à reboque da política" (Streck) - para, logo depois, ser novamente assujeitado pelas idiossincrasias pessoais ou conveniências políticas de um julgador solipsista.

Se o Direito assume um compromisso transformador e emancipatório e deixa de servir como mero instrumento a serviço do poder, evidentemente esta mesma principiologia se aplica, também, ao Poder Judiciário. Do contrário, todo o movimento do Constitucionalismo Contemporâneo se perderia em uma banal substituição: de um caminho fácil para excessos e abusos do *Poder Executivo*, passaríamos para um caminho fácil para excessos e abusos do *Poder Judiciário*. Isso representaria não apenas uma falência dos objetivos e compromissos do Constitucionalismo Contemporâneo, mas - pior ainda - um problemático *déficit democrático*, na medida em que os quadros do Poder Judiciário são inteiramente constituídos fora da lógica dos processos eleitorais, do voto e da representatividade popular. Para o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli, no

entanto, a discricionariedade judicial deve ser evitada na medida do possível, mas em alguma medida ela é necessariamente parte integrante e inafastável do Direito:

> Desse modo, qualquer margem de discricionariedade judicial é inevitável e insuprimível, porque ligada, de um lado, aos limites da interpretação na racionalidade jurídica e, de outro, aos limites da indução na racionalidade probatória: em suma, ao caaráter discutível da verdade jurídica e ao caráter probabilístico da verdade factual. [...] A abordagem garantista impõe reconhecer, sob o plano seja da teoria do direito seja da filosofia política, que o poder judiciário sofre de uma margem irredutível de ilegitimidade política, sendo a verdade processual absolutamente inalcançável e a submissão à lei, na qual reside a sua fonte de legitimação, inevitavelmente imperfeita. A prova disso é o fato de que, em todo o processo, contrampõe-se sempre duas verdades, jurídicas e/ou factuais entre elas em contradição, nenhuma das quais pode se dizer nem absoluta ou certamente verdadeira, nem absoluta ou certamente falsa.[22]

Com a devida vênia, é forçoso observar que a tese de Ferrajoli, neste ponto em particular, se mostra excessivamente frágil. Isso porque ela peca por reincidir no velho erro positivista de distinguir "discricionariedade" de "arbitrariedade", como se a primeira fosse natural e aceitável, tornando-se um problema apenas nos casos em que, por excesso, se convertesse na segunda. Este tipo de distinção ignora por completo uma das explicações mais convicentes (e bem assentadas) que nos foram legadas por Dworkin no combate à discricionariedade judicial: a correta distinção entre *discricionariedade em sentido fraco* e *em sentido forte*[23].

---

[22] FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 249. Logo adiante (p. 253), Ferrajoli reforçara esta sua posição, afirmando que "[...] geralmente não existe apenas uma ou a 'verdadeira' interpretação correta, mas que cada interpretação é inevitavelmente orientada, como já disse antes, por opções morais e políticas do intérprete".

[23] Em sentido *fraco*, a discricionariedade nada mais é do que confiar na competência, inteligência e discernimento de alguém para cumprir uma tarefa que lhe foi confiada dentro de critérios específicos. A pessoa apenas cumpre uma ordem. Ela não delibera sobre o padrão estabelecido pela autoridade (ou pelo sistema) que lhe confere a tarefa. O "incumbido" recebe confiança para um *agir*, e não para um *opinar*. Dworkin dá o exemplo hipotético de um sargento que recebe ordens de seu superor para escolher, para uma determinada missão, os cinco soldados *com mais tempo de serviço militar*. O sargento, neste caso, goza de discricionariedade em sentido *fraco*: a ele foi confiada uma tarefa, *mas os critérios da decisão estão pré-estabelecidos*. O sargento não tem, neste exemplo, a prerrogativa de "opinar" sobre quais soldados teriam mais tempo de serviço. O critério é objetivo e pré-definido. O que se pede ao sargento é um trabalho, com base em critérios estabelecidos, e não a opinião dele. Em sentido *forte*, a discricionariedade é uma porta aberta para o subjetivismo do agente. Mais do que uma tarefa, o "incumbido" recebe uma *prerrogativa de escolha*. Dworkin dá sequência ao mesmo exemplo do sargento para demonstrar esta diferença.

Além destes dois pontos de discordância entre a Crítica Hermenêutica do Direito e o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli (em que, conforme já evidenciado, nos filiamos sem hesitar à primeira), também é impossível não tecer um juízo crítico sobre a escolha do mestre italiano no sentido de classificar juristas como Dworkin como sendo "jusnaturalistas". Com a devida vênia, não há fundamento para o uso de tal terminologia no que tange a autores que admitem o valor normativo de princípios jurídicos[24].

Ferrajoli, por óbvio, não faz a apologia da discricionariedade judicial.[25] O mestre italiano reconhece que se trata de um elemento que, se por um lado é inafastável

---

Discricionariedade em *sentido forte*, neste exemplo, estaria configurada em uma situação na qual o sargento recebesse a ordem de escolher os cinco *melhores* soldados para uma determinada missão. Por óbvio, nesta situação, o sargento estaria autorizado, para todos os fins práticos, a escolher quem ele bem entendesse. Não existe diferença substancial entre o comando "escolha os cinco melhores soldados" e "escolha os cinco soldados que você quiser". Dworkin demonstra, com grande clareza, que aquilo que os positivistas imaginam como sendo exemplos de discricionariedade *fraca* são, na verdade, situações de discricionariedade *forte*. Em outras palavras, quando o juspositivista fala em "atuação do juiz" limitada por uma "moldura externa", ele apenas acha que está colocando limites efetivos para o arbítrio judicial. Ao raciocinar nestes termos, o juspositivista imagina que está legitimando apenas a discricionariedade, mas não a arbitrariedade. Ocorre que, como Dworkin demonstrou, *discricionariedade em sentido forte já é, por definição, uma porta aberta para arbitrariedades*. A única espécie de discricionariedade que veda o agir arbitrário é aquela em sentido *fraco*, que nada tem a ver com o argumento positivista tradicional dos "limites da moldura externa". Ver: DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Revista do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, nº 92, São Leopoldo, vol. 34, setembro/dezembro 2001.

[24] Rotular Dworkin (ou aqueles que o adotam como referencial teórico) de "jusnaturalista" é absolutamente equivocado. Ora, as teorias de coerência e integridade no Direito, conforme sustentadas por Dworkin, jamais se filiam a qualquer espécie de jusnaturalismo – nem de matriz kantiana-racionalista e, por óbvio, muito menos de perfil teológico-religioso ou cosmológico. Os princípios jurídicos, dotados de conteúdo normativo, *não são elementos morais externos de correção do Direito*. Tampouco "emanam" do mundo natural, de Deus ou da razão humana. Enquanto espécie de norma jurídica, *os princípios jurídicos decorrem da prática interpretativa, da história institucional escrita pelas instituições no seu inacabado e inacabável caminhar cotidiano.* Eles são elos de coerência na comunicação entre as dimensões política e jurídica de uma comunidade, que devem coexistir em um sistema íntegro. Se é verdade que existe uma relação de co-originariedade entre o Direito e a moral, também é verdade que os princípios jurídicos, dentro da matriz dworkiniana, não são "valores", nem "manifestações de boa vontade". Não são princípios morais, mas sim princípios *jurídicos*. Não podem ser arbitrariamente criados como ferramenta retórica, tampouco invocados com base em juízos abstratos de moralidade ou preferências religiosas. São elementos, dotados de conteúdo normativo, que podem ser identificados através de uma interpretação coerente das práticas jurídicas em andamento dentro de um determinado ordenamento, bem como por meio de uma relação sistêmica, orgânica e integrada com o "outro lado" do fenômeno normativo: as regras jurídicas. Por isso, não é possível concordar com Ferrajoli quando ele classifica as teorias de autores como Dworkin dentro de alguma terminologia do tipo "constitucionalismo jusnaturalista". Com efeito, não existe adesão a qualquer tipo de "jusnaturalismo" na obra de Dworkin – e tampouco na Crítica Hermenêutica do Direito, nos moldes trabalhados por Streck. O postulado dworkiniano – no sentido de que o Direito é um sistema de regras e princípios - não aposta na "razão humana", tampouco na "moral" enquanto fator de correção externa. Aposta, isso sim, em uma ampliação do conceito de "norma" e em uma visão mais complexa e dinâmica sobre a natureza do fenômeno jurídico, na busca de um compromisso maior do Direito com a democracia e visando superar as deficiências e insuficiências do modelo juspositivista.

[25] Sobre este ponto, Streck observará que: "Por fim, insisto: a democracia pressupõe que o direito possua um elevado grau de autonomia. [...] E é exatamente este o *plus* do Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade da política pela Constituição fortalece materialmente os limites entre direito, política e moral. [...] *Enfim, o direito deixava de estar a reboque do político*. Este

e instransponível, por outro é indesejável – pelo menos em excesso. O principal fator que leva Ferrajoli a "tolerar" a discricionariedade judicial é a sua crença de que, para o Constitucionalismo Garantista, *a ideia de que sentenças possam ser fontes é simplesmente inaceitável*. É em virtude disso que a abordagem garantista não se mostra conciliável com as teorias interpretativas de Dworkin. Sobre isso, Ferrajoli dirá o seguinte:

> É esta tese que se mostra inadmissível para a abordagem garantista. A ideia de que as sentenças sejam fontes contradiz o princípio da legalidade e a separação de poderes: em suma, a própria substância do estado de direito, ao menos como ele se estruturou nos ordenamentos da *civil law*. Ela equivale - da mesma maneira que a tese segundo a qual a doutrina seria uma fonte - a proposta de um regresso ao direito pré-moderno.
> Contra teses deste tipo, é preciso afirmar que 'fontes' são somente aqueles atos ou aqueles fatos cujo ordenamento conecta como efeito a produção de normas vigentes que inovam ou modificam o próprio ordenamento; de tal maneira que, nos sistemas da civil law, a produção legislativa é reservada às instituições políticas e representativas, sejam elas legislativas ou de governo, através de cujo exercício vem criado novo direito, isto é, novas normas destinadas à aplicação judicial. Caso se ignore este princípio e se admita que as sentenças do poder judiciário também são fontes, resultarão abandonados todos os princípios do estado de direito: o princípio da legalidade, a separação dos poderes e a submissão dos juízes somente à lei.
> Certamente, os precedentes judiciais possuem uma grande capacidade de influência sobre a jurisdição. Mas é essencial não confundir *autorevolezza* com *autoridade*, força persuasiva com força da autoridade. Somente a autoridade é fonte de direito, segundo o clássico brocardo *auctoritas non veritas facit legem*.[26]

---

será o grande ponto de contato - poderíamos dizer transteorético - que une as propostas de Canotilho, de Ferrajoli, da Hermenêutica (no modo por mim trabalhado), àquelas de Dworkin e Habermas: todos apontamos para um elevado grau de autonomia do Direito e reconhecemos a relevância deste *plus* que constitui o Estado Democrático de Direito". FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 86.

[26] FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 239.

V – CONCLUSÃO

Tendo como matriz teórica a teoria dworkiniana do Direito como integridade e um sistema de regras e princípios, há uma objeção muito clara a ser feita contra o argumento de Ferrajoli, qual seja: nem Dworkin, nem a Crítica Hermenêutica do Direito, sugerem que as decisões judiciais seriam fontes de regras jurídicas. A preocupação de Ferrajoli neste particular se mostra infundada, pois as abordagens hermenêuticas e principialistas acima mencionadas não endossam a atuação do juiz que busca "legislar" no lugar do Poder Legislativo. Pelo contrário: são teorias expressamente comprometidas com a *limitação* dos poderes dos juízes. Não são teorias que "abrem as portas" para as possibilidades interpretativas de quem decide, mas sim construções teóricas que buscam identificar interditos sistêmicos à atuação do julgador.

Não há aqui, portanto, nenhum tipo de "violação" ao Princípio da Legalidade, ou à separação dos poderes. Para Dworkin, a atuação continuada dos intérpretes ativos das regras desempenha um papel construtivo na solidificação de princípios jurídicos, com conteúdo normativo. O que se cria são padrões interpretativos coerentes, e não "leis". Não há nenhum tipo de "usurpação" de papeis.

Com a devida vênia, é forçoso destacar que o argumento de Ferrajoli, neste particular, peca por uma evidente incoerência. Para ele, um juiz "X" não pode ser constrangido a decidir de modo "y" apenas porque existe uma tradição interpretativa consolidada neste sentido. Ferrajoli dirá que essa tradição interpretativa consolidada pode até exercer influência ou apelo persuasivo, mas não tem *autoridade* para obrigar ninguém à nada. Em virtude disso, Ferrajoli entende que o juiz "X" está autorizado a decidir contra o cânone interpretativo "y", sem precisar prestar maiores esclarecimentos para tanto, na medida em que "X" é uma *autoridade* – coisa que a tradição "y" não é.

Ocorre, no entanto, que esse argumento ignora o fato de que o cânone interpretativo "y" é paulatinamente construído por sucessivas interpretações construídas precisamente por autoridades dotadas dos mesmos poderes de "X". Significa dizer: o cânone interpretativo é uma construção coletiva continuada, capitaneada justamente por uma pluralidade de autoridades.

É verdade que essas autoridades, ao "fazerem lei no caso concreto", não "legislam" de forma vinculativa para casos futuros. Mas isso em nada muda o fato de que o juiz sempre precisará exercer um papel interpretativo. Este papel interpretativo, por sua vez, só pode se manifestar por meio de *duas posturas distintas*. A *primeira*, que

poderíamos denominar *hermenêutica*, é democrática, impessoal, analítica e vinculada à reconstrução histórica dos padrões interpretativos do Direito sobre determinada questão em particular (o que Dworkin associa com a metáfora de escrever um "romance em cadeia"). A *segunda postura*, que poderíamos denominar *voluntarista*, é totalmente livre, desimpedida e à disposição plena do julgador. Dá a este total liberdade – ele decide apenas "conforme sua consciência". Ora, mas precisamente por isso essa postura é autoritária, solipsista, ideológico-passional, alheia à coerência e integridade do Direito e sem preocupação em prestar contas com os padrões pré-existentes. Consagra a *vontade* e a *opinião pessoal* do julgador em detrimento do que sempre foi dito ou decidido sobre uma determina questão.

Como se vê, Ferrajoli manifesta discordância com as posturas principialistas e hermenêuticas em virtude de uma grande preocupação com "os princípios do Estado de Direito". Todavia, ao não prescrever qualquer tipo de instrumento apto a resolver o problema da "segunda postura" (acima descrita), resta evidente que a postura que ele chancela acaba por ser flagrantemente menos democrática do que a que ele condena. A primeira postura prima por *accountability* – a segunda, não. Na primeira postura, temos um juiz orientado por uma principiologia autocrítica e ciente dos limites à sua "liberdade de decidir". Na segunda postura, temos a consagração do arbítrio.

Em outras palavras, por mais que se queira ser crítico da abordagem hermenêutica, não há como fugir do fato de que as posturas que ela combate (o decisionismo, o voluntarismo, o solipsismo) possuem claramente um enorme déficit democrático na comparação com as posturas que ela recomenda.

Da mesma forma, quando Ferrajoli afirma que "os juízes devem se submeter somente à lei", não fica claro de que forma isso poderia representar uma crítica à hermenêutica jurídica. Ora: esta "submissão à lei" em nada muda o fato de que a lei, em si, não é autoaplicável. Ela é insuficiente, não se basta. Sempre dependerá de uma atuação interpretativa da parte de quem decide. Discordar disso seria repristinar o velho *positivismo exegético*, ou *paleopositivisimo*, amplamente rejeitado pelo próprio Ferrajoli.

Portanto, a afirmação de que o juiz se submete "apenas à lei" acaba por não dizer realmente muita coisa. A postura hermenêutica dirá, em resposta, que o juiz se submete, isso sim, ao *Direito* – um conceito interpretativo vivo que transcende os textos legais e que irá necessariamente dialogar com o legado das práticas interpretativas já existentes.

Como se vê, a existência destas diferentes abordagens dentro de doutrinas jurídicas profundamente comprometidas com o Constitucionalismo Contemporâneo apenas demonstra que o chamado "neoconstitucionalismo" fracassou enquanto epistemologia jurídica adequada ao Direito do nosso atual momento histórico. Há um novo paradigma político-jurídico estabelecido e firmado (o Estado Democrático de Direito). Todavia, não emergiu, até o momento, sequer uma teoria da decisão ou da interpretação realmente unificadora – e muito menos uma teoria do conhecimento, capaz de estabelecer um "chão epistemológico" para este novo paradigma político-jurídico e de explicar a natureza e os limites do Direito contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ABEL, Henrique. *Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (coordenadores). *Dicionário de Filosofia Política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis e STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16ª edição. Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2010.

COLEMAN, Jules L. (editor). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Chapter 3). Oxford: Oxford University Press, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição Na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Revista do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, nº 92, São Leopoldo, vol. 34, setembro/dezembro 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

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

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.