

# CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA E NEOCONSTITUCIONALISMO

## WARRANTY CONSTITUTIONALISM AND NEOCONSTITUTIONALISM

Luigi Ferrajoli<sup>1</sup>

Trad. de André Karam Trindade

**Sumário:** 1. O constitucionalismo entre o jusnaturalismo e o juspositivismo. 2. O Neoconstitucionalismo e seu tendencial jusnaturalismo. 3. O Constitucionalismo garantista como complemento e reforço do positivismo jurídico. 4. Uma crítica à distinção entre princípios e regras. O enfraquecimento da normatividade das Constituições. 5. Conflitos entre princípios e ponderações. 6. A normatividade forte das Constituições segundo o constitucionalismo garantista.

### 1 O CONSTITUCIONALISMO ENTRE O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO

Há muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo<sup>2</sup>. Uma característica comum entre elas pode ser identificada na ideia da submissão dos poderes públicos a uma série de normas superiores que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, inclusive àquele legislativo; e, como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não é mais ancorada apenas na conformidade

<sup>1</sup> Professor Ordinário de Teoria e Filosofia do Direito da Università degli Studi Roma Tre (Itália).

<sup>2</sup> A respeito das características do neoconstitucionalismo, ver PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid 2003, em especial o cap. 2. Sobre o neoconstitucionalismo, consultar POZZOLO, Suzana. **Neocostituzionalismo e positivismo giuridico**. Torino: Giappichelli, 2001; MAZZARESE, T. (Org.). **Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali**. Torino: Giappichelli, 2002; CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003; QUARESMA, R.; DE PAULA OLIVEIRA, M. L., OLIVEIRA, F. M. R. de (Orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Ver, ainda, o ensaio crítico de STRECK, L. L. **Verdad y Consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho**. Lima: Ara Editores, 2009.

das suas formas às normas procedurais sobre a sua elaboração, mas também à coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.

Para além desta característica comum, porém, o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação – em sentido tendencialmente jusnaturalista – do positivismo jurídico; ou, de outro, como o seu complemento. A primeira concepção, etiquetada como “neoconstitucionalista”, é certamente a mais difundida. A finalidade desta intervenção é sustentar, ao contrário, uma concepção juspositivista do constitucionalismo, que aqui chamarei “garantista”<sup>3</sup>.

## 2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E SEU TENDENCIAL JUSNATURALISMO

A tese segundo a qual o constitucionalismo, com sua pretensão de submeter as leis a normas superiores estipuladas como inderrogáveis, exprime uma instância clássica do jusnaturalismo é uma ideia recorrente, sustentada desde quando a expressão “constitucionalismo” passou a integrar o léxico filosófico-jurídico<sup>4</sup>. O constitucionalismo, segundo esta tese, equivaleria à superação – ou, pior, a uma negação – do positivismo jurídico, que não é mais idôneo para dar conta da nova natureza das atuais democracias constitucionais. Com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desaparece o principal traço distintivo do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça. Segundo esta tese, a moral, que no velho paradigma juspositivista correspondia a um ponto de vista externo ao direito, agora faria parte do seu ponto de vista interno. Acrescento que esta concepção de constitucionalismo é defendida

<sup>3</sup> Devo a Luis Prieto Sanchís o destaque das diferenças mais relevantes entre estas duas concepções do constitucionalismo. Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Principia iuris”: una teoría del derecho no neo-constitucionalista para el Estado constitucional. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 31, pp. 325-353, 2008; e, ainda, PRIETO SANCHÍS, Luis. La teoría del derecho de “Principia iuris”. In: MARCILLA CORDOBA, Gema (Ed.). **Constitucionalismo y garantismo**. Bogotá: universidad Externado de Colombia, 2009. p. 15-42.

<sup>4</sup> MATTEUCCI, Nicola. Positivismo giuridico e costituzionalismo. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, ano XVII, n. 3, pp. 985-1100, 1963, p. 1046.

não apenas pelos principais expoentes do neoconstitucionalismo, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky e Manuel Atienza, mas também por alguns dos seus críticos, como Michael Troper, juspositivista rígido, para quem o constitucionalismo é incompatível com o positivismo jurídico tradicional<sup>5</sup>.

Existe também um segundo aspecto das orientações neoconstitucionalistas: a configuração das normas constitucionais não como regras suscetíveis de observância e de aplicação, mas sim como princípios suscetíveis de ponderações e balanceamentos, porque se encontram virtualmente em conflito; e, conseqüentemente, a centralidade conferida à argumentação na própria concepção de direito. “O direito” – afirma Atienza, por exemplo, – “não pode ser entendido exclusivamente como um sistema de normas, mas também como uma prática jurídica”<sup>6</sup>. Por outro lado, acrescenta-se, os direitos fundamentais são “valores”<sup>7</sup> ético-políticos, de maneira que não apenas o direito tem uma inevitável conexão com a moral, como uma teoria do direito dotada de capacidade explicativa e em condições de oferecer critérios de solução para os casos difíceis também não pode deixar de incluir uma teoria da argumentação<sup>8</sup>. Analogamente, recorda Atienza, Ronald Dworkin considera o direito “como uma prática interpretativa”; Robert Alexy associa ao direito “uma pretensão de correção” e, portanto, o ônus de uma certa justificação moral; e Carlos Nino entende que as normas jurídicas têm sua

<sup>5</sup> “Agora está claro que o positivismo, nos três sentidos deste vocábulo [aqueles apresentados por Norberto Bobbio], é absolutamente incompatível com o constitucionalismo”, que “parece estritamente ligado às doutrinas jusnaturalistas” (TROPER, Michel. *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto. Materiali per una storia della cultura giuridica*, ano XVIII, n. 1, 1988, p. 63).

<sup>6</sup> Cf. ATIENZA, Manuel. Tesis sobre Ferrajoli. *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Alicante, n. 31, 2008, § 6, p. 215. Tais teses estão desenvolvidas mais amplamente em ATIENZA, Manuel. *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, op. cit., §§ 5 e 6, pp.144-164; e, ainda, em minha resposta: *Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso*, §§ 2 e 3, pp.173-195. Ver, também, o meu *Garantismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009, cap. 2, pp. 23-38, em respostas às críticas de Alfonso García Figuerola e de Marisa Iglesias Vila (CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 267-284 e 77-104, respectivamente).

<sup>7</sup> ATIENZA, *Tesis sobre Ferrajoli*, op. cit., § 8, p. 215. O termo “valores”, como observa Atienza, não figura entre os meus termos teóricos e nem mesmo no índice analítico dos argumentos dos dois volumes de meu *Principia iuris* (Roma: Laterza, 2007).

<sup>8</sup> Recorde-se o título do livro de Manuel Atienza: *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.

justificação não em si, mas em razões morais<sup>9</sup>. Da mesma forma, José Juan Moreso considera essencial à ciência jurídica a argumentação moral, sendo “uma obviedade que as Constituições incluem conceitos e teses morais” e que, portanto, “incorporam a moral no direito”<sup>10</sup>. “O déficit de racionalidade e de legitimidade que pode derivar disso”, observou justamente Luis Prieto Sanchis, “vem compensado, em grande parte das abordagens constitucionalistas, por uma complexa e potente teoria da argumentação jurídica, na qual talvez se confia mais do que se deveria”<sup>11</sup>.

Este constitucionalismo, de nítida matriz anglo-saxã, caracteriza-se então, como disse Prieto Sanchís, por dois elementos: o ataque ao positivismo jurídico e a tese da separação entre direito e moral; e o ativismo judicial promovido pela tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas sim princípios, objetos de ponderação e de imediata argumentação jurídica, sem a necessidade de *interpositio legislatoris*<sup>12</sup>. Sob todos estes aspectos, pode-se registrar uma singular convergência do neconstitucionalismo com o realismo e com aquele que podemos chamar “neopandectismo” ao minar os fundamentos juspositivistas do direito sobre a base de uma tese comum: o direito, na verdade, é aquele que é produzido pelos juízes, consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas<sup>13</sup>. Esta tese, que certamente registra a fenomenologia do direito vivente, vem frequentemente assumida não apenas como descritiva, mas também como prescritiva, confundindo, assim, a eficácia com a validade. E, por isso, contrapõe-se à abordagem normativista, unindo o neoconstitucionalismo tanto ao realismo como ao neopandectismo, que igualmente enfatiza o papel dos juízes e das suas práticas, isto é, o “direito como fato” ao invés

<sup>9</sup> ATIENZA, **Tesis sobre Ferrajoli**, *op. cit.*, § 6, p. 215.

<sup>10</sup> MORESO, José Juan. Ferrajoli o el constitucionalismo optimista. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 31, 2008, § 4, p. 285.

<sup>11</sup> PRIETO SANCHÍS, **La teoría del derecho de Principia iuris**, *op. cit.*, § IV, pp.67-68.

<sup>12</sup> Id., “Principia iuris”..., *op. cit.*, § 1, p. 329.

<sup>13</sup> Esta é a tese sugerida já no título do livro de Manuel Atienza – **El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación** (Barcelona: Ariel, 2006). Mas uma concepção análoga é aquela realista expressa por Riccardo Guastini: “os textos normativos não têm, por assim dizer, vida própria independentemente da interpretação e da dogmática”, de maneira que “aquilo que nós chamamos o *direito* é indistinguível dos conceitos e das doutrinas que os juristas usam: *aparentemente*, para descrevê-lo em nível de metalinguagem; na verdade, para modelá-lo. Sob este ponto de vista, o direito é em cada tempo e lugar – simplesmente indistinguível, teria dito Giovanni Tarello, da *cultura jurídica*” (GUASTINI, Riccardo. Algunos aspectos de la metateoría de “Principia iuris”. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 31, 2008, pp. 254-255). Sobre estas convergências, remeto o leitor a **Principia iuris. Una discusión teorica**, *op. cit.*, §§ 1.2 e 1.3, pp. 398-406.

do “direito como norma”<sup>14</sup>, e propõe, em alternativa à crise considerada irreversível da lei<sup>15</sup>, um renovado “papel dos juristas” e da ciência jurídica<sup>16</sup>, inspirado em uma nítida opção jusnaturalista<sup>17</sup>. Uma concepção análoga, como se verá, é justamente aquela que subjaz às interpretações neoconstitucionalistas do paradigma constitucional, que também se caracterizam pelo papel criativo associado, na forma da ponderação, à ciência jurídica e à jurisdição constitucional.

### 3 O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA COMO COMPLEMENTO E REFORÇO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Oposta é a concepção que denominei “garantista” do constitucionalismo<sup>18</sup>. O constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é então uma

<sup>14</sup> É a orientação expressa de maneira exemplar por Paolo Grossi, que interpreta as transformações do direito provocadas pela globalização – a crise do “monopólio jurídico estatal”, a desterritorialização do direito, a fuga da jurisdição através do recurso crescente das grandes empresas transnacionais ao juízo de árbitros privados – como um retorno a “um direito privado dos privados”, que se manifesta em “dois resultados historicamente importantes: pluralismo jurídico, por causa da pluralidade das fontes; re-privatização de grandes zonas do planeta jurídico” (GROSSI, Paolo. **Globalizzazione, diritto, scienza giuridica**. In: GROSSI, Paolo. **Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto**. Milano: Giuffrè, 2006, § 5, p. 288).

<sup>15</sup> “**Codice**”, escreve Grossi com destaques que recordam a polêmica pandectista contra a codificação, “significa a grande utopia e a grande presunção por parte de um legislador (um legislador que se tornou presunçoso pela *legolatria* iluminista) de poder manter o universo jurídico em um texto, mesmo que articuladíssimo e sensatíssimo; a cavar um pouco mais fundo se descobre aquele que é o nó de toda a operação, isto é, o exercício de um controle rigoroso sobre a produção do direito” (id., *ibid.*, § 7, p. 291).

<sup>16</sup> GROSSI, Paolo. **Il diritto tra potere e ordinamento**. In: GROSSI, Paolo. **Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto**. Milano: Giuffrè, 2006, § 12, p. 195: “acredito firmemente que estamos adentrando em um período histórico no qual só se pode aumentar o papel dos juristas”. Um papel desenhado também ele sobre o modelo pandectista: “Mas o jurista, seja como cientista, seja como juiz, pode também se considerar no dever de ser herdeiro daquele personagem fecundo que, na Roma Antiga, na sábia civilização do segundo medievo, na longa experiência do *Common Law* até os dias de hoje, fez-se leitor de exigências objetivas, percebeu o dever de sistematizar com a finalidade de uma consciência ética da responsabilidade e as traduziu em princípios e regras de convivência” (id., *ibid.*, p. 196).

<sup>17</sup> GROSSI, Paolo. **Aspetti giuridici della globalizzazione economica**. In: GROSSI, Paolo. **Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto**. Milano: Giuffrè, 2006, § 7, pp. 311-312: “Será preciso” que os juristas desenvolvam “a consciência de homens da ciência e de práticos unidos por um certo pensamento, por certos conhecimentos, por certas técnicas, e se unam pela certeza do valor ôntico do direito para a vida de uma comunidade local ou global”. Aqui é claro o êxito jusnaturalista de uma concepção similar: “Ôntico é grande palavra, que pode soar também obscura; quer somente sublinhar que o direito não é, para a comunidade humana, nem um artifício, nem uma coerção; pertence, ao contrário, à sua própria natureza e deve, portanto, expressa-la completamente (id., *ibid.*, p. 312).

<sup>18</sup> Uma análise aprofundada destas divergências foi desenvolvida em PRIETO SANCHÍS, Luis. “Principia iuris”: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 31, 2008, pp. 325-354; e, ainda,

superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Representa, por isso, um complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade. Graças a isso a legalidade não é mais – como no velho modelo paleojuspositivista – somente “condicionante” da validade das normas infralegais, mas é ela mesma “condicionada”, na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais. O clássico e recorrente contraste entre *razão* e *vontade*, entre *lei da razão* e *lei da vontade*, entre *direito natural* e *direito positivo*, correspondentes ao clássico e igualmente recorrente dilema e contraste entre o *governo das leis* e o *governo dos homens*, mesmo nas formas democráticas da onipotência da maioria, foi assim resolvido pelas atuais Constituições rígidas através da positivação da *lei da razão* na forma dos princípios e dos direitos fundamentais neles estipulados, como limites e vínculos à *lei da vontade*, ou seja, à *lei da maioria*, expressa pela vontade de maiorias eventuais.

Mas precisamente por isto – ao contrário do que entendem Dworkin, Alexy e Atienza, para quem as Constituições haveriam incorporado a moral no direito e, portanto, deveria se tratar de uma conexão entre direito e moral – continua a valer, contra aquela enésima e insidiosa versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, o princípio juspositivista da separação entre direito e moral, uma vez que este princípio não quer dizer, de todo modo, que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma “pretensão de justiça”. Estas seriam teses sem sentido. Mesmo as normas (a nosso entender) mais imorais e mais injustas são consideradas “justas” para quem as produz e exprimem, portanto, conteúdos “morais” que, mesmo se (nos) parecem desvalores, são considerados “valores” por quem os compartilha. E mesmo o ordenamento mais injusto e criminal expressa aquela que, ao menos para o seu legislador, é (subjetivamente) uma

“pretensão de justiça”. Isto quer dizer que as Constituições expressam e incorporam valores, nem mais nem menos, da mesma maneira como o fazem as leis ordinárias. Aquilo que representa o seu traço característico é o fato de os valores nelas expressos – aqueles que chamei “normas substanciais sobre a produção” e que nas Constituições democráticas consistem, sobretudo, em direitos fundamentais – serem por elas incorporados em um nível normativo supraordenado àquele da legislação ordinária e serem, por isso, em relação a esta vinculantes.

É, portanto, insustentável a derivação – em razão da banal circunstância de que leis e Constituições incorporam “valores” – da tese de uma “conexão conceitual” entre direito e moral, mediante a qual todo ordenamento jurídico (não somente pretende subjetivamente mas) satisfaz (objetivamente?) alguma “pretensão de justiça” e algum “mínimo ético”, que integrariam, por isso, uma conotação necessária do direito e uma condição de validade das normas jurídicas. Esta é uma tese jusnaturalista exatamente oposta à tese juspositivista da separação – segundo a qual a validade de uma norma não implica a sua justiça, assim como a sua justiça não implica a sua validade –, e que é simplesmente o corolário do princípio de legalidade como norma de reconhecimento do direito existente. Tampouco as Constituições, em razão deste princípio, podem pretender-se objetivamente justas somente porque são Constituições. De fato, historicamente, elas nascem como um “nunca mais” às opressões precedentes, incorporando valores e princípios democráticos que, geralmente, consideramos justos. Mas podem muito bem surgir Constituições ou normas constitucionais singulares (que acreditamos) injustas (pense-se no direito a “ter e portar armas”, previsto na segunda emenda da Constituição norte-americana) e que como tais são moral e politicamente contestadas. Em suma, o constitucionalismo garantista, mesmo teorizando a dimensão estática inserida no positivismo jurídico pelas normas substanciais das Constituições, rejeita a tentação de voltar a confundir direito e moral, inclusive na forma do constitucionalismo ético. Restará ainda, como ponto de vista autônomo do direito – o ponto de vista a ele externo da moral e da política, que é, portanto, o ponto de vista crítico, também nos confrontos das normas constitucionais, de cada um de nós.

Em suma, a separação entre direito e moral, longe de ignorar o ponto de vista moral e político sobre o direito, permite que se funde não somente a sua autonomia, mas o primado sobre o ponto de vista jurídico interno, como ponto de vista da crítica externa, da projeção e da transformação institucional<sup>19</sup>. Desse modo, mantendo não só a distinção, mas também a divergência entre justiça e validade, não se incorrerá nas falácias provenientes desta confusão: a falácia *jusnaturalista*, consistente na identificação (e na confusão) da validade com a justiça; e a falácia *ético-legalista*, consistente – mesmo na variante do constitucionalismo ético – na oposta identificação (e confusão) da justiça com a validade. Ao mesmo tempo, a própria abordagem juspositivista serve para evidenciar o caráter normativo da Constituição, porque supraordenada a qualquer outra fonte, e, portanto, as outras duas virtuais divergências deônticas – entre *validade* e *vigência* e entre *vigência* e *eficácia* – cujo desconhecimento está na origem de outras duas graves falácias: aquela *normativista*, que impede de reconhecer a existência de normas inválidas, mesmo se vigentes, e de normas ineficazes, mesmo se válidas; e aquela *realista*, que impede, ao contrário, de reconhecer a existência de normas válidas ou vigentes, mesmo se ineficazes, e de normas inválidas mesmo se eficazes.

Tais divergências certamente não podem ser reparadas pela interpretação e pela argumentação jurídicas. No modelo normativo por mim teorizado, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias nas quais elas se manifestam não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação – e, por isso, à política –, no que diz respeito às lacunas e ao anulamento das normas inválidas; e à jurisdição constitucional, no que diz respeito às antinomias. Certamente, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais<sup>20</sup>. Mas é ilusório supor que eles possam colmatar aquelas que

<sup>19</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale** (1989). 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2008, cujo último capítulo intitulei “O primado do ponto de vista externo”, isto é, da moral e da política.

<sup>20</sup> No Brasil, Lenio Streck entende que o constitucionalismo democrático é incompatível com o ativismo judicial, que se manifesta através da criação de novas normas pelo Poder Judiciário. Para ele, o juiz está obrigado a aplicar a lei, sempre que não a considerar – no todo ou em parte – inconstitucional. A aplicação da lei representa um direito fundamental do cidadão (STRECK, L. L. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 561-562).



denominei “lacunas estruturais” e suprir a necessária *interpositio legis*. Eles podem, no máximo, evidenciar as lacunas: os juízes constitucionais cientificam o Parlamento, como previsto no art. 103, §2, da Constituição brasileira; e os juízes e tribunais, determinando, no caso concreto submetido a sua apreciação, uma forma qualquer de satisfação ou reparação.

Quase todos os direitos fundamentais exigem, na verdade, leis de atuação: os direitos à educação e à saúde restaria apenas no papel se não houvesse a introdução pela via legislativa da escola pública e da assistência sanitária garantidas gratuitamente a todos; e, até mesmo, o direito à vida permaneceria inefetivo, em face do princípio da legalidade penal, se não houvesse a criminalização do homicídio.

Quanto aos conflitos entre direitos, a sua existência foi impropriamente enfatizada, eis que não se trata de conflitos, mas sim relações de subordinação daqueles direitos de autonomia, cujo exercício, por causa da estrutura escanolada do ordenamento, está sempre em grau subordinado à lei. Existe, assim, uma hierarquia ligada à própria estrutura dos direitos: as simples imunidades, não comportando atos de exercício, são limites, por sua vez, não limitáveis pelo exercício de outros direitos; e os direitos de liberdade ativa, cujo exercício não interfere na esfera jurídica dos outros, são, ao seu turno, um limite não limitável pelo exercício negocial dos direitos de autonomia, que está sempre em grau subordinado à lei. Os conflitos entre normas de grau diverso e os descumprimentos de normas supraordenadas dão lugar, em suma, a antinomias e a lacunas estruturais, isto é, a “vícios” que a ciência jurídica tem o dever de denunciar, mas que podem ser resolvidos somente através da produção legislativa ou mediante o anulamento pela via jurisdicional.

Em síntese, bem mais que no modelo neoconstitucionalista – que confia a solução das aporias e dos conflitos entre direitos à ponderação judicial, inevitavelmente discricionária mesmo quando argumentada, enfraquecendo, assim, a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição –, o paradigma do constitucionalismo rígido limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário, em conformidade com o princípio da separação de poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base em tal paradigma, não podem criar normas, o que

implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, desaplicando-as ou suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. A legitimidade da jurisdição se funda, na verdade, a meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez – bem mais do que pela formulação como regra – do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e a consequente discricionariedade judicial são um fator de deslegitimação da atividade do juiz. O cognitivismo judiciário (*veritas non auctoritas facit iudicium*), mesmo como ideal regulativo, é, na verdade, a outra face do princípio da legalidade (*auctoritas non veritas facit legem*). É óbvio que a satisfação de um ideal similar é uma questão de grau, dependente do grau de determinação ou de estreita legalidade da linguagem legal. Mas, ao ultrapassar um certo grau de indeterminação, quando se converte em poder criativo ou de disposição, o Poder Judiciário perde qualquer legitimidade<sup>21</sup>.

#### 4 UMA CRÍTICA À DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS. O ENFRAQUECIMENTO DA NORMATIVIDADE DAS CONSTITUIÇÕES

A partir daqui, submeterei à análise crítica os dois aspectos do neoconstitucionalismo identificados no § 2, sobre os quais se baseia uma concepção da Constituição e do constitucionalismo extamente oposta àquela garantista recém-apresentada. Iniciarei pelo segundo aspecto: a distinção entre regras e princípios proposta por Ronald Dworkin<sup>22</sup> e retomada por Robert Alexy como “um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais”<sup>23</sup>: as normas constitucionais, afirma-se, têm a forma dos princípios – mais precisamente dos

<sup>21</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, *op. cit.*, § 12, pp. 147 e segs.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* (1977), tr. it., *I diritti presi sul serio* (a cura di G. Rebuffa). Bologna: Il Mulino, 1982, pp. 90-121.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (1985), tr. sp., *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. III, § 1, p. 82, onde “norma” é adotado como termo de gênero e “princípios” e “regras” como termos de espécie (*id.*, *ibid.*, § 2, p. 83).

princípios de justiça, de caráter ético-político –, e não das regras. E, enquanto as regras se aplicam, os princípios se respeitam, se pesam, se ponderam entre eles, ainda mais quando, como geralmente ocorre, estão em conflito entre eles. Diversamente das regras, acrescenta Zagrebelsky, que tem *fattispecie* e admitem, portanto, a subsunção, os princípios não têm *fattispecie*<sup>24</sup> e, por isso, não são aplicáveis, mas apenas ponderáveis.

Trata-se, a meu ver, de um sofisma. Princípios e regras são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e à sua conseqüente aplicação. Prova disso é que mesmo as regras, inclusive aquelas penais às quais se exige a máxima taxatividade, quando são observadas exsurtem como princípios, que não se aplicam, mas se respeitam: por exemplo, a observância das normas sobre o homicídio ou sobre as lesões corporais ou sobre o furto equivale ao respeito dos princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada. Inversamente, também os princípios, quando são violados, aparecem como regras, que não se respeitam, mas se aplicam: por exemplo, o princípio constitucional da igualdade, quando é violado, surge como regra em relação à sua violação: a regra, precisamente, que proíbe as discriminações<sup>25</sup>. E a discriminação é seguramente uma *fattispecie* da relativa proibição, cuja verificação não consiste com certeza numa ponderação, mas sim numa subsunção. Mesmo princípios vagos e imprecisos, como a dignidade da pessoa ou princípios penais da determinação ou da ofensividade, quando são violados por comportamentos lesivos da dignidade ou das leis penais que imputam como crimes fatos indeterminados ou inofensivos, aparecem como regras, cuja violação é nestas subsumida, não diversamente do que ocorre com qualquer ato ilícito ou inválido; e a possibilidade da subsunção não depende, nestes

<sup>24</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia**. Torino: Einaudi, 1992, cap. VI, p. 149; ZAGREBELSKY, Gustavo. **Introduzione a R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts** (1992), trad.it., **Concetto e validità del diritto**. Torino: Einaudi 1997, p. XX; e, ainda, ZAGREBELSKY, Gustavo. **La legge e la sua giustizia**. Bologna: Il Mulino, 2009, pp. 213-214.

<sup>25</sup> Tal regra é aplicada, e não simplesmente respeitada, em sede de garantia secundária, pelo juízo de inconstitucionalidade. Defendi uma tese análoga em *Pil*, § 12.8, pp. 884-885, onde afirmei que “as normas primárias”, entre as quais se encontram todas as normas constitucionais substanciais, “quando são violadas, exsurtem, durante o controle jurisdicional da sua inobservância, como normas secundárias em relação ao ato jurisdicional mediante o qual vêm aplicadas (T12.78)”. Todas as normas, em suma, sejam elas elaboradas em forma de regras ou de princípios, são respeitadas, em via primária, se observadas, e são aplicadas, em via secundária, se violadas.

casos, da formulação das relativas normas em princípios, mas somente, como acontece também nas regras, do uso de expressões vagas e imprecisas como “dignidade”, “determinação” e “ofensividade”.

A diferença entre princípios e regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas de estilo. A formulação das normas constitucionais na forma dos princípios e precisamente dos direitos fundamentais não é apenas um fato de ênfase retórica, mas também tem uma relevância política, uma vez que serve para explicitar, com a titularidade dos direitos das pessoas, a própria titularidade das normas constitucionais nas quais os direitos consistem e, por isso, a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos da soberania popular. Mas deixando de lado o estilo, qualquer princípio, ou ao menos qualquer direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correspondentes, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente<sup>26</sup>. Precisamente porque os direitos fundamentais são universais (*omnium*), eles consistem em normas, isto é, em regras<sup>27</sup>, às quais correspondem deveres absolutos (*erga omnes*) igualmente consistentes em regras. Por exemplo, o art. 32 sobre o direito à saúde é equivalente à norma que, de resto, está nele explicitada, segundo a qual a República “garante tratamentos gratuitos”; o art. 21 sobre a liberdade de manifestação de pensamento equivale à regra “é proibido impedir ou turbar ou limitar a livre manifestação de pensamento”; o art. 16 sobre a livre circulação, que a mesma Constituição tutela nos limites da saúde e da segurança equivale à proibição de limitar a liberdade de circulação senão “por motivos de saúde e de segurança”. Compreende-se, assim, que não existe uma diferença real de estatuto entre princípios e regras: sempre a violação de um princípio faz deste uma regra, que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes. Por isto, a Constituição é definida, na sua parte substancial, mais do que como um conjunto de direitos fundamentais, isto é, de princípios, também como um sistema de limites e de vínculos, isto é, de regras destinadas aos titulares

<sup>26</sup> Ver FERRAJOLI, *Pil*, *op. cit.*, as teses T2.60-T2.63, no § 2.3, pp.155; e as teses T10.170-T10.185, no § 10.13 pp. 651-655.

<sup>27</sup> *Id.*, *ibid.*, § 11.1, pp. 729-731, teses T11.16-T11.20.

dos poderes. Precisamente, aos princípios consistentes em direitos de liberdade (universais ou *omnium*) correspondem as regras consistentes em limites ou proibições (absolutos ou *erga omnes*); aos princípios consistentes em direitos sociais (universais ou *omnium*) correspondem as regras consistentes em vínculos ou obrigações (absolutos ou *erga omnes*)<sup>28</sup>. Direitos e deveres, expectativas e garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em suma, uns a face dos outros, equivalendo a violação dos primeiros, seja ela por comissão ou por omissão, a violação das segundas.

Não se trata de uma questão de palavras. A contraposição, ao meu ver logicamente inconsistente, instituída pelo neoconstitucionalismo entre regras e princípios, tem relevantes implicações práticas. O seu aspecto mais insidioso é o radical enfraquecimento do valor vinculante dos princípios, ainda mais se de nível constitucional. Significativa, nesse sentido, é a caracterização, ao meu entender juridicamente arbitrária, que dos princípios é oferecida pelos seus defensores mais ilustres. “O elemento decisivo sobre o qual se baseia a distinção entre regras e princípios”, escreve Robert Alexy, “é que os *princípios* são normas que comandam que se realize qualquer coisa na medida do possível, levando em conta aquilo que é factual e juridicamente possível. Os princípios são, então, *mandados de otimização*, que se caracterizam pelo fato de poderem ser satisfeitos em diversos graus e pelo fato de a medida devida para sua observância depender não apenas das possibilidades factuais mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelas regras e pelos princípios de maneira oposta. As *regras*, contrariamente aos princípios, são normas que podem ser somente observadas ou violadas. Se uma regra é válida, então deve se fazer exatamente aquilo que ela dispõe, nem mais nem menos. Portanto, as regras determinam o âmbito daquilo que é factual e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau”<sup>29</sup>. E, aqui, não

<sup>28</sup> Id., *ibid.*, § 11.9, pp. 772-776, teses D11.24-D11.26, T11.102-T11.103 e T11.107-T11.108.

<sup>29</sup> ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, *op. cit.*, cap. III, § 2, pp. 86-87. O mesmo passo é dado em ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica. “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n. 5, 1988, pp. 143-144. Análoga distinção é traçada por DWORKIN, **I diritti presi sul serio**, *op. cit.*, pp. 93-95: “A diferença entre princípios jurídicos e regras é de caráter lógico. Tanto uns quanto outros orientam a decisões particulares, mas se diferem pelo caráter de orientação que sugerem. As regras são aplicadas na forma do *tudo-ou-*

se vê – o que confirma que a determinação da norma, seja ela uma regra ou um princípio, depende somente da determinação dos termos nela empregados – em que sentido o âmbito de aplicação do princípio da igualdade e da correlativa proibição de discriminação, ou da liberdade de expressão e da correlativa proibição de restrições, seja mais indeterminado daquele, por exemplo, das regras penais que, no ordenamento italiano, punem os não melhor definidos “maus-tratos em família” ou os “atos obscenos em lugares públicos”<sup>30</sup>. Por sua vez, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero rebaixam os princípios e os direitos neles estipulados para “*objetivos coletivos* que se recomendam aos poderes políticos perseguirem”, ou, então, “*diretivas ou normas programáticas* das quais deriva, para o legislador não mais, como pensa Ferrajoli, o dever de instituir as relativas garantias primárias e secundárias”, mas simplesmente aquele de “promover políticas (também legislativas)”, diretas à realização de tais objetivos<sup>31</sup>.

---

*nada*. Quando se dão os fatos estabelecidos por uma regra, então se determinam as consequências por eles predispostas”. Os princípios, ao contrário, exprimem “uma razão que empurra em uma direção, mas que não necessita de uma decisão particular”. No mesmo sentido, ZAGREBELSKY, **La legge...**, *op. cit.*, pp. 213-214.

<sup>30</sup> Ver a análise da indeterminação dos princípios constitucionais desenvolvida por BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 99-100, onde o autor elenca inúmeros tipos de indeterminação que afligiriam os princípios constitucionais que enunciam direitos fundamentais. Tenho, porém, a impressão de que, na maior parte dos casos por ele apresentados, não há nenhuma indeterminação que também não seja verificada nas regras. Não me parece, por exemplo, que na norma que prevê o direito de associação haja uma “indeterminação semântica” a ponto de colocar em dúvida seriamente que ela implique a proibição do Estado de impor o ingresso em uma determinada associação; ou que o art. 19 da Constituição argentina apresente uma “indeterminação sintática” a ponto de admitir ser interpretado no sentido de que a não-punibilidade nele estabelecida das ações “privadas” “que de nenhum modo ofendem a ordem ou a moral pública” e que “não produzem danos a terceiros” refira-se a três classes de ações consideradas separadamente (entre as quais, paradoxalmente, todas as “ações privadas”), ao invés de três características das ações verificadas conjuntamente, ou, ainda, que se possa duvidar de que o direito à informação ou aquele à educação sejam marcados por uma “indeterminação estrutural”, como se não fosse claro que as prescrições por eles impostas digam respeito aos resultados que formam o objeto dos direitos, e não aos meios para efetivá-los, obviamente dirigidos à discricionariedade administrativa, ou, então, que o direito à difusão da informação seja marcado por uma “redundância”, como se não fosse óbvio que ele pressupõe o direito a criar meios de informação, em todo caso implicado pelo direito à livre iniciativa econômica.

<sup>31</sup> ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica. In: MALEM, J.; OROZCO, J.; VAZQUEZ, R. **La función judicial. Ética y democracia**. Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 94 e 99. O mesmo passo é retomado em ATIENZA, Manuel. Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**, *op. cit.*, § 6.1, pp. 153-155; e, ainda, a minha resposta (*id.*, *ibid.*, § 4, pp. 195-206). Não é supérfluo recordar que, na Itália, a expressão “normas programáticas” foi utilizada, nos anos 50 do século passado, pela Corte de

O resultado desta operação é, em suma, o ofuscamento do alcance normativo dos princípios constitucionais. Ronald Dworkin, por exemplo, escreve: “A primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos contém a previsão normativa de que o Congresso não limitará a liberdade de expressão. Esta é uma regra tal que, se uma lei especial limitasse a liberdade de expressão, seria inconstitucional? Aqueles que exigem que a primeira emenda seja ‘um absoluto’ dizem que deve ser entendida deste modo, isto é, como uma regra. Ou, ao contrário, simplesmente afirma um princípio, de modo que, quando for descoberta uma limitação da liberdade de expressão, será inconstitucional se o contexto não evidenciar algum princípio ou alguma consideração de oportunidade política que, em determinadas circunstâncias, seja suficientemente importante para permitir a limitação? Esta é a posição daqueles que defendem aquele que é chamado o fator de “claro e atual perigo” ou de qualquer outra forma de ‘ponderação’<sup>32</sup>.

## 5 CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS E PONDERAÇÕES

A ponderação é, precisamente, o tipo de racionalidade que vem proposta pelo neoconstitucionalismo como pertinente aos princípios, em oposição à subsunção que, ao contrário, caberia somente às regras. Através dela, paralelamente ao enfraquecimento do caráter vinculante das normas constitucionais, mesmo dotadas de rigidez, vem endossado o enfraquecimento do caráter cognitivo da jurisdição, no qual reside a sua fonte de legitimação, e promovidos e facilitados o ativismo judicial e a discricionariedade da jurisdição.

Obviamente, não teria sentido negar ou subestimar o papel da ponderação, do balanceamento e, de maneira mais ampla, da argumentação na atividade de produção normativa: em primeiro lugar, a ponderação legislativa, que é fisiológica na

---

Cassação, a fim de neutralizar o alcance normativo dos princípios constitucionais. Para uma crítica da redução – consequente as estas leituras ético-política e antijuspositivista do paradigma constitucional – da normatividade jurídica das Constituições àquela de “meras declarações de intenções políticas”, ver MAZZARESE, T. *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*. In: MAZZARESE, T. (a cura di). **Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali**. Torino: Giappichelli, 2002, em especial § 1.4, pp.14-22; e, ainda, MAZZARESE, T. *Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism*, "Associations", 6 (2), 2002, pp. 233-260.

<sup>32</sup> DWORKIN, I **diritti presi sul serio**, *op. cit.*, p. 97 e 100-101.

esfera política do decidível e naquela da implementação das funções e das instituições de garantia da esfera do não decidível, que não estejam em contraste, por comissão ou por omissão, com as normas constitucionais; em segundo lugar, a ponderação judicial nos espaços, igualmente fisiológicos, da interpretação jurídica. Pode-se também admitir que as normas formuladas através de princípios apresentam, geralmente, uma maior indeterminação e se prestam, mais do que aquelas expressas mediante regras, a ser objeto de ponderação. Contudo, tenho a impressão de que a ponderação, nestes anos, terminou por transformar-se em um tipo de bolha terminológica, dilatada até chegar às formas mais casuais de esvaziamento e de desaplicação das normas constitucionais.

É evidente, na verdade, que a ponderação legislativa, se não se limita às escolhas discricionárias fisiologicamente próprias da legislação, em relação aos meios e às formas de implementação dos direitos fundamentais, mas se estende à escolha de quais princípios constitucionais devem atuar e quais não devem, então se corre o risco de se decidir no Poder Legislativo, em contraste com a hierarquia das fontes, de frustrar ou, ainda, derrogar a Constituição e, assim, ocultar os seus descumprimentos.

Quanto à ponderação judicial, ela se parece um pouco mais do que uma nova palavra para denominar a velha “interpretação sistemática”, desde sempre conhecida e praticada pelos juristas e consistente na interpretação do sentido de uma norma à luz de todas as outras normas do sistema. Não existe, de fato, nenhuma diferença de caráter epistemológico entre a argumentação constitucional dos juízes constitucionais e a argumentação penal ou civil ou administrativa dos juízes ordinários ou administrativos, não havendo diferença de estatuto entre as normas constitucionais e as normas ordinárias. Ponderação e balanceamento, quando se aplicam mais normas diversas mesmo que não estejam necessariamente em conflito, estão por isso presentes na jurisdição ordinária tanto quanto na jurisdição constitucional: no direito penal, por exemplo, a ponderação entre circunstâncias agravantes e circunstâncias atenuantes do crime está, inclusive, prevista na lei, para fins de equivalência, ou, então, de juízo de prevalência de umas sobre as outras. De outro lado, opções ético-políticas oponíveis e variadamente argumentáveis, como documentam os infinitos repertórios de jurisprudência, estão



inevitavelmente por detrás de qualquer interpretação jurídica de um mesmo texto, em face das margens de ambiguidade e de indeterminação da linguagem legal, seja ela expressa em regras ou em princípios. De outro lado, a própria constitucionalização dos princípios em matéria de direitos reduz, geralmente, o espaço da discricionariedade interpretativa, uma vez que, de todas as possíveis interpretações admitidas em um mesmo texto, são escolhidas como válidas somente aquelas coerentes com a Constituição. Se, além disso, pela indeterminação semântica das normas e pela impossibilidade da subsunção, o poder dos juízes acaba sendo, de fato, um poder criativo, então ele se converte naquilo que venho chamando “poder de disposição”, que é, todavia, um poder ilegítimo, independentemente da natureza de princípios ou de regras das normas, uma vez que invade a competência da política e das funções de governo, não podendo, portanto, ser aceito sem que se negue a separação dos poderes e a própria conservação do Estado de Direito<sup>33</sup>.

Mas é sobre a tese de que os princípios e os direitos neles expressos estão sempre em conflito que os neoconstitucionalistas fundam o papel substancialmente criativo por eles associado à ponderação judicial, através da qual os princípios são pesados e ponderados, mas não se aplicam a *fattispecie* neles subsumíveis e a garantia de um deles resulta, assim, sempre no detrimento daquela de um outro<sup>34</sup>. Esta tese, como já disse, foi bastante enfatizada: na maior parte dos casos referidos – discriminações que violam o princípio da igualdade, medidas policíacas introduzidas em contraste com o princípio da liberdade pessoal, limitações à liberdade de imprensa e outras –, os princípios aplicam-se em face da sua violação, sem que intervenham necessariamente ponderações e tampouco, mais do que em outros juízos, opções subjetivas de valor. Repito: não é preciso confundir a questão da aplicabilidade dos princípios com a possibilidade de discutir em concreto a sua

<sup>33</sup> Sobre o tema, remeto o leitor ao meu **Diritto e ragione**, *op. cit.*, cap. III, § 12, pp. 147-160.

<sup>34</sup> Cf. ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, *op. cit.*, § 2.2.2.3, pp. 160-169, onde são elevados a “regra” ou “lei da ponderação” o “grau de importância” atribuído pela jurisprudência constitucional, com argumentos obviamente oponíveis, à segurança em relação à liberdade de imprensa ou vice-versa. Recorde-se, além disso, a tese segundo a qual os direitos “frequentemente entram em jogo de relações recíprocas a soma zero”, sustentada por PINTORE, A. *Diritti insaziabili*. In: FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali. Un dibattito teorico** (a cura di E. Vitale). Roma-Bari: Laterza, 2001, pp. 189-190; e, ainda, a minha respostas (*id.*, *ibid.*, § 6, pp. 328-332).

aplicação, compartilhada por muitas regras e determinada pelas margens de incerteza da sua interpretação. Obviamente, também os princípios e os direitos, não menos do que as regras, podem estar – e, frequentemente, estão – em conflito entre eles. Geralmente, todavia, as relações entre direitos são, sobretudo, de sinergia: sem a garantia dos direitos sociais, em especial à educação e à informação, os direitos de liberdade não são exercitáveis com conhecimento de causa, e sem garantia dos direitos de liberdade não o são os direitos políticos. Mas, sobretudo, como já disse, os teóricos da ponderação veem, frequentemente, conflitos onde não há, trocando por conflitos as relações de subordinação que ocorrem entre os direitos constitucionalmente estabelecidos e os atos de grau subordinado que consituem seu respectivo exercício: particularmente, entre os direitos primários, de liberdade e sociais, e os direitos secundários de autonomia, sejam civis ou políticos, que são direitos-poderes cujo exercício consiste em atos e cujos efeitos estão em grau subordinado à lei, seja constitucional ou ordinária<sup>35</sup>.

## 6 A NORMATIVIDADE FORTE DAS CONSTITUIÇÕES SEGUNDO O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

O neoconstitucionalismo, não diversamente do realismo e do neopandectismo, comporta, em suma, um enfraquecimento e, em última análise, um

---

<sup>35</sup> Para uma análise das múltiplas relações entre liberdade e direitos fundamentais, muitas das quais não envolvem conflitos mas subordinação, remeto o leitor ao meu *Pil*, § 1.6, p. 134; § 2.4, pp. 159-161; e § 11.6, pp.752-759, bem como a *Pill*, §§ 13.14, pp. 72-77; § 15.1, p. 308; e §15.7, pp. 336-337, onde distingi, grosso modo, quatro níveis de liberdade: as *liberdades de fato*, que podem ser limitadas pelo exercício dos poderes direta ou indiretamente, expressões dos *direitos de autonomia*, nos limites impostos pelos *direitos de liberdade* constitucionalmente estipulados, dos quais as *liberdades de são*, por sua vez, limitadas pelas *liberdade para* ou imunidades fundamentais, que, não estando associadas a faculdade ou potestade e não comportando, por isso, nenhum exercício, são apenas limites aos outros direitos, e não limitáveis por outros. Ver, também, o meu **Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006, §§ 5.1-5.3, pp. 83-93, em resposta a MORESO, José Juan. Sobre los conflictos entre derechos, In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005, p. 159-170. Naturalmente, seria oportuno que a cultura jurídica, ao invés de assumir como inevitáveis a indeterminação da linguagem constitucional e os conflitos entre direitos – e, talvez, enfatizá-los com base no ativismo judicial –, promovesse o desenvolvimento de uma linguagem constitucional o mais precisa e rigorosa possível e a formulação explícita dos limites, mesmo que considerados como implícitos mediante uma interpretação sistemática, ao exercício de alguns direitos: como, por exemplo, a proibição da difamação ou da violação da privacidade, no exercício da liberdade de expressão, à tutela de imunidades relativas; ou a sujeição à lei e, sobretudo, aos direitos fundamentais, no exercício dos direitos civis de autonomia privada.

colapso da normatividade das normas constitucionais e uma degradação dos direitos fundamentais nelas estabelecidos a genéricas recomendações de tipo ético-político. Subverte, além disso, a hierarquia das fontes, confiando a atuação das normas constitucionais à ponderação legislativa e àquela judicial e, por isso, à discricionariedade potestativa do legislador ordinário e dos juízes constitucionais. Ciência jurídica e jurisprudência, graças ao papel associado à ponderação dos princípios, voltam assim a reivindicar o seu papel de fontes supremas do direito. Com o resultado paradoxal que a experiência jurídica mais avançada da modernidade, representada pela positivação do dever ser do direito e pela sujeição a limites e a vínculos jurídicos de todos os poderes, a ponderação vem interpretada como um tipo de regressão ao direito jurisprudencial pré-moderno.

Ao contrário, o constitucionalismo garantista, teorizando os desnível normativo e a conseqüente divergência entre normas constitucionais sobre a produção e normas legislativas produzidas, impõe reconhecer, como sua inevitável conseqüência, o *direito ilegítimo*, inválido por comissão ou inadimplente por omissão, porque violao seu “dever ser jurídico”. E, portanto, confere à ciência jurídica um papel crítico do próprio direito: das *antinomias*, geradas pela indevida presença de normas em contraste, e das lacunas, geradas pela indevida falta de normas implícitas em princípios constitucionais. Comporta, em síntese, o reconhecimento de uma *normatividade forte* das Constituições rígidas, em razão da qual, posto um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever correspondente por parte da esfera pública. Trata-se de uma normatividade relacionada, em via primária, à legislação, à qual impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas com leis idôneas de atuação; e, em via secundária, à jurisdição, à qual impõe remover as antinomias e apontar as lacunas.