



**O PARADIGMA CONSTITUCIONAL GARANTISTA EM
LUIGI FERRAJOLI: A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO
POLÍTICO PARA O CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO**

THE WARRANTY CONSTITUTIONAL PARADIGM IN
LUIGI FERRAJOLI: THE EVOLUTION FROM POLITICAL CONSTITUTIONALISM
TO JURIDICAL CONSTITUTIONALISM

Alfredo Copetti Neto

Possui mestrado em Direito Público (Filosofia do Direito) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, 2006) e doutorado em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi Roma Tre (UNIROMATRE, 2010 Revalidado UFPR). Foi membro do conselho deliberativo do Instituto de Hermenêutica Jurídica; editor da Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (1678-1864) e coordenador da linha de pesquisa direito, hermenêutica e psicanálise do mesmo instituto. Atualmente desenvolve pesquisa pós-doutoral no PPG-D Unisinos com apoio do CNPQ; líder do grupo Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade e membro pesquisador do grupo Estado e Constituição, ambos do Cnpq; professor Visitante na Università di Roma (La Sapienza) e Professor Permanente no mestrado em Direitos Humanos na Unijuí. É membro fundador do Centro di Studi di Diritto dell Economia Brasile-Italia;. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito e do Estado, Teoria da Democracia e Garantismo Jurídico. Atua principalmente nos seguintes temas: Garantias Constitucionais, Direitos Fundamentais, Democracia Substancial e Análise Econômica do Direito (Law and Economics) (OAB-RS). E-mail: alfredocopetti@yahoo.com

Ricardo Santi Fischer

Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (2009). Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Assessor de Juiz na 1ª Vara Cível da Comarca de Ijuí - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: ricardofischer31@hotmail.com

Resumo

O trabalho objetiva, inicialmente, contextualizar o surgimento do Estado e do constitucionalismo modernos, destacando seus conceitos e desdobramentos históricos, refletidos nas experiências liberais e sociais para instituição de direitos. Além disso, analisa os aspectos que

conformam a experiência do constitucionalismo contemporâneo, no viés do movimento denominado neoconstitucionalismo e, também, a proposição de um constitucionalismo garantista formulada pelo jurista Luigi Ferrajoli. Nesse contexto, elabora-se um panorama sobre as principais características de cada paradigma e algumas críticas correspondentes, no sentido de elucidar a evolução, as concepções e as teorias que sustentam cada fase dos constitucionalismos abordados, possibilitando a observação das tendências atuais de atribuir normatividade às cartas constitucionais.

Palavras-chave: Constitucionalismo moderno, neoconstitucionalismo, constitucionalismo garantista.

Abstract

the work intends to contextualize the development of modern State and modern constitutionalism, approaching its concepts and historic deployments, reflected in the liberal and social experiences to the institution of rights. Moreover, it analyses the aspects that conform the experience of the contemporary constitutionalism, in the perspective of the movement called neoconstitutionalism, and also a proposition of a warranty constitutionalism conceived by the jurist Luigi Ferrajoli. In this context, it is elaborated a panorama about the mainly characteristics of each paradigm and some correspondent criticisms to elucidate the evolution, the conceptions and the theories that sustain each phase of the constitutionalism, allowing the observation of the current tendencies to attribute normativity to constitutions.

Keywords: Modern constitutionalism, neoconstitutionalism, warranty constitutionalism.

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo é um fenômeno em constante evolução histórica e teórica, ensejando, assim, diversas repercussões nas práticas constitucionais. As antigas conformações do constitucionalismo como instrumento político e formal não encontram mais amparo em relação às demandas atuais, sobretudo pela exigência de concretização das promessas insculpidas nos textos constitucionais.

Nesse contexto, a Constituição assume especial relevância na concepção do Estado Democrático de Direito e passa a ser dotada de normatividade, vinculando, limitando e impondo a concretização dos direitos fundamentais, o que revela um instrumento jurídico do qual se espera a possibilidade de emancipação.

O objetivo deste trabalho, além de auxiliar na análise do tema proposto, tanto pelos aspectos históricos como pelos aspectos teóricos que perfazem cada uma das fases do constitucionalismo, entendidas aqui como a vertente política, ou seja, o constitucionalismo moderno, e a vertente jurídica, o constitucionalismo contemporâneo, refletidos nas proposições do neoconstitucionalismo e do constitucionalismo garantista, busca demonstrar a ruptura com o constitucionalismo formal da modernidade e as tensões ou dissonâncias existentes entre o constitucionalismo principialista e o constitucionalismo jurídico garantista, mormente no que pertine à centralidade vinculante dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, sob a perspectiva do garantismo.

Para isso, discorre-se sobre a contextualização do Estado absoluto, uma vez

que foi nesse cenário que emergiu o constitucionalismo moderno, sendo abordados os desdobramentos desses conceitos. Mais recentemente, o constitucionalismo contemporâneo surge na tentativa de superação do positivismo tradicional e na busca pela reaproximação do Direito e da moral, buscando uma nova forma de atuação dos operadores jurídicos. Já o constitucionalismo garantista proposto por Luigi Ferrajoli tem o objetivo de complementar o positivismo jurídico, no sentido de ordenação jurídica não mais apenas do “ser” do direito, mas também do “dever ser”, ou seja, trata-se de um constitucionalismo forte, que busca a vinculação e limitação dos poderes públicos e privados, com base nos direitos fundamentais.

2. AS REGRAS DO JOGO: O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO À SUPERAÇÃO DO ABSOLUTISMO

São diversos os temas que se relacionam diretamente com o constitucionalismo, como o surgimento do Estado e seus desdobramentos, a origem da constituição e suas feições e as experiências político-jurídicas que lhe são próprias, especialmente como movimento de oposição ao absolutismo estatal. Nesse passo, revela-se importante observar o contexto no qual se insere a origem do constitucionalismo, o que se entende por este instituto e as decorrências de seu desenvolvimento.

O constitucionalismo moderno emergem oposição ao Estado absoluto surgido na Europa – o qual decorreu da centralização do poder disperso territorialmente e da concentração dos poderes em um sentido de fusão e autoridade, diferentemente da estruturação medieval de fragmentação geopolítica, da privatização do poder, do modo feudal de produção da riqueza e da prevalência política da Igreja (BEDIN, 2008).

Para Nicola Matteucci (1998, p. 29) o Estado absoluto diz com um momento de desenvolvimento político de diferenciação institucional, de criação de novos ofícios e de especificação de novas funções, decorrendo de pressões internacionais ou por novas exigências da sociedade e caracterizando-se pelo monopólio do poder político e a superioridade de uma instância que não admite outra participante desse poder, o que reflete a personificação do Estado na pessoa do rei.

Essa ordenação do conjunto social consubstanciada na realização de um “contrato” - para referir a teorização do contrato social que dá feição ao Estado - revela a transferência da liberdade do homem para o Estado e a vontade do soberano transforma-se em norma jurídica, determina preceitos de legalidade e justiça e limita a ação humana. Nesse sentido, Matteucci (1998, p. 33-34) explica que o Estado absoluto pode ser entendido como o monopólio da força em três vertentes: jurídica, política e sociológica. Jurídica porque a soberania denota a exclusividade na produção das normas e não há direito superior que possa limitar sua vontade. Política porque tem o poder de intervenção e controle, impondo uniformidade legislativa e administrativa, monismo orgânico e despolitização. Sociológica porque se apresenta como Estado administrativo, com a burocracia como instrumento e a estrutura administrativa como algo externo e separado da sociedade.

Mas a conformação do Estado nestes moldes ocorreu até meados do século XVIII, pois a burguesia, com divergências quanto ao exercício do poder absoluto que se fundava na legitimação transcendental, passou à racionalização do mundo, centrando-se no liberalismo e no individualismo. A liberdade assume então especial relevância e, conforme Mateucci (1998, p. 36), ocorre o fortalecimento do indivíduo no âmbito constitucional, como principal ator da vida ética e econômica em relação ao Estado e à sociedade, na medida em que essas instituições podem apresentar óbices à liberdade.

Denota-se, pois, que o constitucionalismo contrapõe-se ao Estado absoluto tendo como característica essencial a limitação jurídica ao governo, opondo-se ao arbítrio, ao despotismo, à vontade do rei. A essência do constitucionalismo é, pois, a limitação do governo pela lei (McIlwain, 1947, p. 35).

Maurizio Fioravanti (2007, p. 85-86) expressa que o constitucionalismo diz justamente com o aspecto de limite e garantia da constituição; de um lado, a divisão do poder do soberano, pela individualização de sua pluralidade de poderes, que se contrapesam e se limitam, reciprocamente; de outro, a limitação da extensão dos poderes do soberano, por uma norma fundamental, que garanta e tutele os direitos dos indivíduos.

Salientando essa ideia, Matteucci (1998, p. 25) assinala que

Lo original del constitucionalismo moderno consiste en su aspiración a una constitución escrita, que contenga una serie de normas jurídicas orgánicamente relacionadas entre ellas, en oposición a la tradición medieval, que se expresaba en «leyes fundamentales» consuetudinarias. En este sentido el constitucionalismo no se sustrae a la ley fundamental que caracteriza el desarrollo del Estado moderno, que es un proceso de racionalización de todos los aspectos de la vida política y social: a la codificación del derecho privado se une a la del derecho público, que obedece a la misma exigencia de certeza (y de eficacia) y de publicidad, de manera que todos estén en condiciones de igualdad.

É importante observar, contudo, que as experiências do constitucionalismo decorrem de três contextos diferentes: o inglês, o francês e o americano. O inglês tinha como maior enfrentamento as tensões entre a *jurisdictio* e o *gubernaculum* e, por meio da limitação dos poderes do rei, consagrou direitos para o controle do poder jurídico e político do governo e a responsabilidade do governo ante os governados (McIlwain, 1947, p. 155). Nesse cenário, emerge uma forma de governo baseada no equilíbrio e na moderação, a qual representa por muito tempo o modelo constitucional por excelência (Fioravanti, 2007, p. 91). O francês buscava o rompimento com o antigo regime e tinha como valores principais, conforme Fioravanti (2009, p. 58), a expressão da soberania nacional centradas no indivíduo e na lei. Sua expressão máxima encontra-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Não é por outra razão que

[...] en la Declaración de derechos la palabra «ley» - presente nuevas veces y en lugares decisivos - contiene inseparablemente junto al significado de límite al ejercicio de las libertades, de sumisión, el de garantía de que los individuos ya no podrán ser ligados por ninguna forma de autoridad que no sea la del legislador intérprete legítimo de la voluntad general. La misma ley, y por ello la autoridad pública, al mismo tiempo que limita el ejercicio de la libertad de cada uno, hace posible las libertades de todos como individuos frente a las antiguas discriminaciones de estamento. (FIORAVANTI, 2009, p. 58-59).

O americano, diferentemente do francês, não tinha nenhuma ordem estamental para superar, nenhuma lei para impor sobre antigas fontes do direito e não precisava buscar novas formas de representação corporativas. Sua pretensão era a separação definitiva da Inglaterra, a emancipação de suas colônias (Fioravanti, 2009, p. 78-79). E

isso ocorre a partir da Declaração de Independência de 1776 e, posteriormente, em 1788, com a ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América. Nesse sentido, refere Mateucci (1998, p. 161) que a constituição escrita consiste em um aspecto revolucionário do constitucionalismo e no cenário americano revelou-se como algo natural e necessário.

Mais propriamente no que se refere à elaboração de um documento formal em relação às conquistas do constitucionalismo, Matteucci (1998, p. 25) ressalta que o embasamento da constituição escrita reside em sua legitimidade e em sua função. A legitimidade decorre do próprio conteúdo das normas e na vontade popular soberana, denotando que o constitucionalismo moderno vincula-se a princípios jusnaturalistas pela racionalização do direito vigente e a uma revolução democrática que encerra um processo de secularização, uma vez que o poder passa a não mais a ser baseado no rei ou na tradição, mas no consenso de cidadãos. A função da constituição é, pois, não só limitação do poder e a regulação dos organismos estatais, mas a garantia de direitos e o impedimento de violação pelo Estado.

Nesse sentido, a organização do Estado moderno alicerçada na Constituição inspirou o modelo de Estado de Direito. Com efeito, foram as ideologias antiabsolutistas que cunharam os princípios da sociedade erigida sob o contrato social, da ordem jurídica baseada na racionalidade e da submissão estatal à liberdade individual (BONAVIDES, 2010, p. 37).

Essa é, pois, a representação da transição do Estado absoluto para o Estado de Direito, cuja formulação de um texto constitucional hierarquicamente superior, escrito, formal, rígido e impositivo assentou a liberdade individual do homem, instituiu direitos e garantias e limitou o poder estatal, o qual passou a ser organizado e tripartido, retirando do rei o poder absoluto e a acumulação das funções estatais.

Avançando no contexto histórico, percebe-se que esse modelo liberal não resistiu completamente ao que se propunha, notadamente quanto à pretensão de absentismo estatal e proteção do individualismo, uma vez que desse cenário decorreu crescente concentração de renda e, por conseguinte, exclusão social. Ou seja, as Constituições liberais revelaram indiferença às relações sociais, porquanto fundadas em ideais privatistas e antioletivistas, cuja preocupação remete somente aos direitos da liberdade (BONAVIDES, 2010, p. 229)

Mas no cenário mais recente, especialmente com as guerras mundiais, altera-se o panorama do constitucionalismo em sua matriz liberal, uma vez que as constituições até então sintéticas, uma vez que restritas os direitos de liberdade, tornam-se analíticas, instituindo direitos de vieses econômicos e sociais. Como consequência, a ideia de absentismo estatal e liberdade econômica passam por reformulações, inclusive com a intervenção do Estado na esfera econômica e social.

Nesse sentido, o intervencionismo estatal ensejou uma reformulação do constitucionalismo, que passou a adotar uma feição social, revelando-se presente notadamente nas experiências constitucionais mexicana de 1917 e alemã de 1919 com a ampliação de direitos.

Delineada a trajetória histórica do desenvolvimento do constitucionalismo moderno, não se pode olvidar, contudo, que esse modelo de organização limitou-se ao estabelecimento básico da ordem política, das instituições, das competências e dos procedimentos, ou seja, das “regras do jogo”, ou de mínimos, se pensados os limites e direitos consagrados, apenas para definir a forma de convivência com base na autonomia individual, tanto na esfera social como política (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 16).

E nesse sentido as concepções de Estado de Direito, do princípio da legalidade e

do conceito de lei estão atreladas ao positivismo jurídico, refletindo, conforme Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 33),

la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho - esto es, los derechos y la justicia - a lo dispuesto por una ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.

Disso se conclui que o constitucionalismo moderno reflete um modelo frágil, porque o predomínio da racionalidade formal e do positivismo legalista tem na lei a fonte superior do direito e o órgão supremo é o legislador. O Estado de Direito que emerge da transição do Estado absoluto representa um “Estado legislativo de Direito”, ou seja, tem no princípio da legalidade a fonte exclusiva de validade e existência do Direito, desde que postas pela autoridade com competência normativa (FERRAJOLI, 2006, p. 422-423).

Assim, as cartas constitucionais elaboradas no período moderno figuravam como documentos políticos, meras declarações de intenções, pois não possuíam normatividade. A Constituição não tinha caráter superior às leis ordinárias, era balizada por elas. O critério de Justiça decorria unicamente de sua validade (formal) - isso a partir do final do século XIX, antes disso nem mesmo validade formal existia (pode-se dizer que somente com Kelsen a validade formal se estabelece). É importante observar, contudo, que o contexto de guerras mundiais ocorridas no século XX traz significativas alterações ao cenário apresentado.

3. UMA PROPOSTA DE NUNCA MAIS: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JUSTICIABILIDADE CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo contemporâneo surge no contexto pós-1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial, notadamente nas experiências constitucionais italiana de 1947, alemã de 1949, portuguesa de 1976 e espanhola de 1978. Em oposição às experiências constitucionais passadas, especialmente quando dos acontecimentos nazistas e fascistas, os quais eram amparados por um conceito de legalidade que se afastava da moral, esse fenômeno caracteriza-se como uma tentativa de superação do positivismo, com a intenção de retomar os rumos do Direito com base na dignidade da pessoa humana.

E para a superação do positivismo característico do constitucionalismo moderno, Barroso (2007, p. 4-5) argumenta que

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Além disso, esse novo paradigma busca reaproximar o Direito e a ética, por meio: a) da normatividade dos princípios, estabelecendo relações entre valores e regras; b) da retomada da razão prática e da argumentação jurídica; c) de uma nova hermenêutica constitucional; e d) de uma nova teoria dos direitos fundamentais (BARROSO, 2007, p. 5).

Nesse contexto, as cartas constitucionais passam a ser dotadas de normas de caráter material, substantivo, que condicionam a atuação estatal para determinados objetivos. A própria prática jurisprudencial começa a apresentar técnicas de interpretação do Direito baseadas em princípios constitucionais, como a ponderação, a proporcionalidade, a ampliação dos efeitos dos direitos fundamentais, dentre outros aspectos. E isso faz com que os juízes tenham grande relevância, uma vez que o ordenamento jurídico deve ser garantido pelos mecanismos judiciais (CARBONELL, 2010, 154-155).

Há, então, um forte entrelaçamento do modelo contemporâneo de constitucionalismo com a constitucionalização do ordenamento jurídico, ou seja, certa impregnação de todo o ordenamento jurídico pelas normas constitucionais, caracterizado, conforme Carbonell citando Riccardo Guastini (2010, p. 159-162): a) por uma Constituição rígida; b) pela garantia jurisdicional da Constituição; c) pela força vinculante da Constituição; d) pela “sobre interpretação” da Constituição; e) pela aplicação direta das normas constitucionais; f) pela “interpretação conforme” das leis; e, g) pela influência da Constituição sobre as relações políticas.

Em um aspecto mais conceitual, embora existentes diversas correntes de abordagem desse novo paradigma constitucional contemporâneo, e inclusive há divergências sobre a própria nomenclatura de neoconstitucionalismo adotada por alguns juristas, pode-se dizer, conforme Suzanna Pozzolo (2009, p. 188), que esse modelo pressupõe uma carta de direitos fundamentais com alguma definição de quais sejam, a justiciabilidade da carta constitucional amparada nos juízes e a negativa da tese positivista de separação entre o direito e a moral.

Nessa linha, é possível identificar três vertentes que caracterizam o neoconstitucionalismo. A primeira, como teoria do direito, retrata uma constituição “invasora”, refletida na positivação de direitos fundamentais, na onipresença de princípios e regras e pelas peculiaridades interpretativas e de aplicação da lei. A segunda, no viés ideológico, informa o objetivo principal de garantia de direitos fundamentais, destacando o papel do legislativo e do judiciário nesse intento. E a terceira, por fim, no aspecto metodológico, destaca a conexão premente entre o direito e a moral (COMANDUCCI, 2009, p. 83-87).

Para Max Möller (2011, p. 23-24) o constitucionalismo contemporâneo não se trata de um rompimento com o constitucionalismo moderno, mas pode ser apresentado como um avanço à doutrina constitucional liberal, porquanto a diferença entre esses conceitos reside na prática constitucional e não em seus fundamentos teóricos, sendo propositivo de um diferente comportamento dos operadores jurídicos na aplicação do direito. Nesse sentido, ressalta que o constitucionalismo moderno foi importante para a expansão, organização e consolidação da supremacia da constituição, mas tinha a lei como fonte hegemônica do Direito, na perspectiva de afastar o subjetivismo que pudesse colocar em risco a segurança jurídica ou permitir o abuso do poder, atribuindo papel meramente formal à constituição. Já o novo constitucionalismo proposto não compartilha do mesmo culto à lei, sobretudo pela sua utilização desvirtuada como legitimação para os regimes totalitários do século XX, e pretende a constituição como próprio instrumento normativo limitador da lei, além da atividade judicial para equilibrar a razão, os valores e a vontade das maiorias.

Sanchis (2009, p. 126) ressalta que o neoconstitucionalismo revela forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional. A garantia jurisdicional está ligada a uma ideia de imposição de limites mesmo quanto às decisões da maioria e a normatividade denota uma pretensão transformadora, cujo protagonismo não é do legislador, mas do judiciário. Sanchis (2009, p. 131-132) diz ainda que esse paradigma denota

más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Assim, o neoconstitucionalismo pressupõe o reconhecimento da normatividade da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova forma de interpretação constitucional. No primeiro aspecto, ressalta-se a vinculatividade e obrigatoriedade das disposições constitucionais, ou seja, são elas dotadas de imperatividade. No segundo aspecto, indica-se o desenvolvimento do controle de constitucionalidade e a criação de Tribunais Constitucionais. No terceiro aspecto, assinala-se o critério de ponderação em oposição à tradicional subsunção, uma vez que reconhecida a normatividade dos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras (BARROSO, 2007, p. 5-11).

Nesse cenário, o paradigma proposto privilegia o caráter normativo da constituição e a vinculação material aos direitos fundamentais, além de considerar o pluralismo e a complexidade das relações sociais pós-modernas, em oposição ao modelo anterior de supremacia formal da constituição e de balizamento no “cidadão médio”. Por isso, a ponderação e a justiça individual apresentam-se como características desse modelo de jurisdição constitucional (MÖLLER, 2011, p. 28)

O constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo revela, pois, um modelo que visa a assegurar a normatividade da Constituição, denotando sua materialidade e impondo a concretização, em oposição ao modelo positivista tradicional. Essa significativa alteração paradigmática ainda comete ao judiciário o papel de transformador da realidade social, porque a ele cabe fazer cumprir os vínculos e limites estabelecidos no texto constitucional, por meio da ponderação das regras/princípios, buscando aproximar o direito da moral e desvelando o ideal de justiça.

4. O PARADIGMA GARANTISTA: POR UM CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO DE LIMITES E VÍNCULOS AOS PODERES PÚBLICOS E PRIVADOS

A origem do constitucionalismo na modernidade tem por escopo a limitação do poder e a garantia de direitos, em sentido mais de reconhecimento do que de efetivação, o que denota um caráter político. A alteração paradigmática do constitucionalismo inserida com o modelo contemporâneo pretendeu atribuir, dentre outros aspectos, normatividade à Constituição, revelando um caráter jurídico.

Complementando o estudo, é relevante a análise da proposição de constitucionalismo garantista, um modelo forte, baseado no pensamento do jurista italiano Luigi Ferrajoli.

O paradigma constitucional garantista é abordado pelo jurista como uma teoria do direito e uma teoria da democracia que refletem a intenção de uma proposta axiomatizada do Direito. A partir disso, pretende-se o estabelecimento de limites e vínculos tanto à atuação pública como à atuação privada, com fins para o Estado de Direito, sobretudo pela proposição de uma democracia substancial.

Para Ferrajoli (2006, p. 44) o paradigma constitucional ou garantista

equivale, en el plano teórico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que éstos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio. Es precisamente en su carácter formal, y por tanto en el reconocimiento del carácter «contingente» en el plano teórico-jurídico de sus contenidos, donde reside, a mi entender, la innegable y no opinable fuerza vinculante del paradigma constitucional; mientras la tesis de la conexión con (esto es, con una) moral debilita su valor teórico, reduciendo el constitucionalismo a una ideología más o menos compartida que sublima como código moral la constitución existente.

Nesse sentido, o garantismo figura como a outra face do constitucionalismo, ou seja, aponta para a necessidade de instrumentos de garantia à concretização das cartas constitucionais. E o jurista italiano acredita no direito e na democracia, mas em um direito que serve de instrumento para limitação e vinculação de qualquer que seja o poder, fundando essa perspectiva nos direitos fundamentais, e em uma democracia lastreada no conceito jurídico, constitucional (COPETTI NETO, 2013).

Com efeito, Ferrajoli (2012, p. 22-23) traz uma concepção de constitucionalismo “jus-positivista” ou “garantista”, rígido, que reforça o positivismo jurídico, no sentido de que os próprios direitos fundamentais estabelecidos nas normas constitucionais devem promover o direito positivo, ou seja, trata-se de um positivismo não apenas formal, mas material, complementando o positivismo jurídico tradicional e o Estado de Direito. Isso porque diz não apenas com o “ser”, mas com o “dever-ser” do direito, bem como submete, inclusive o legislador, ao direito e ao controle de constitucionalidade. Esse constitucionalismo representa também a superação da democracia formal, transitando para uma democracia substancial, já que passa a um modelo no qual não se regulam apenas as formas, mas também os conteúdos do direito, sempre baseados nos limites e vínculos constitucionalmente estabelecidos. Distingue, assim, o positivismo jurídico em dois aspectos: a) o primeiro, como o “ser” do Direito, ou seja, a atividade legislativa, cuja validade formal resta submetida ao seu caráter representativo; e b) o segundo, como o “dever-ser” do Direito, que remete a validade substancial à adequação aos direitos fundamentais.

Ferrajoli (2012, p. 24-25) aponta ainda três significados do constitucionalismo positivista ou garantista: a) como modelo de sistema jurídico; b) como teoria jurídica; e c) como filosofia política. No primeiro ponto, aponta um sistema de limites e vínculos constitucionais aos poderes, que devem ser garantidos pelo controle de constitucionalidade, seja pelos limites impostos, cuja violação gera antinomias e, por conseguinte, a invalidade da lei; seja pelos vínculos impostos, cuja violação gera lacunas e, assim, necessidade de atuação legislativa. No segundo ponto, apresenta a divergência entre o dever ser, de caráter constitucional, e o ser, de caráter legislativo, do

direito, e, nesse sentido, admite a existência de normas pela regularidade formal, mas reconhece a invalidade pelo desacordo substancial, ou seja, um direito constitucional ilegítimo, o que se mostra contrário ao modelo positivismo tradicional. No terceiro e último ponto, diz que o constitucionalismo garantista reflete uma teoria da democracia substancial, já que entendida como um sistema jurídico e político.

Nesse contexto, são perceptíveis as tensões e dissonâncias entre o constitucionalismo garantista e o neoconstitucionalismo principialista, uma vez que este é caracterizado pela oposição ao positivismo jurídico e à separação entre direito e moral, pela argumentação de que os direitos constitucionais não funcionam como um sistema de regras, mas de princípios, cujos conflitos são resolvidos pela ponderação e não pela subsunção, e por uma prática jurídica centrada na atividade judicial (FERRAJOLI, 2012, p. 21).

Ou seja, nessa perspectiva de constitucionalismo “não positivista” há uma clara objeção à concepção de que os direitos fundamentais sejam regras passíveis de observância ou não, uma vez que são considerados princípios e, portanto, podem ser objeto de ponderação ou balanceamento, quando em conflito. Outra crítica ao constitucionalismo principialista e argumentativo é a de que essa posição não é apenas descritiva, mas prescritiva, representando a prática jurídica não apenas pelo que ela é, mas pelo que seria justo que fosse ou como não poderia não ser. A decorrência disso é a confusão entre eficácia e validade e, daí, a ênfase no papel da prática jurídica, inclusive para legitimar o direito, representando-o como fato e não como norma e remetendo aos juristas um papel de transformação (FERRAJOLI, 2012, p. 20-22).

Daí que professoritaliano (2012, p. 27) elabora críticas contundentes e apresenta rejeição ao constitucionalismo chamado por ele de principialistas seus três elementos principais, a saber, “(1) A conexão entre direito e moral; (2) a contraposição entre princípios e regras e a centralidade conferida à sua distinção qualitativa; (3) o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional”, uma vez que denotam riscos como

(1) uma espécie de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo conhecido como cognitivismo ético; (2) o enfraquecimento do papel normativo das Constituições e, portanto, da hierarquia das fontes; (3) o ativismo judicial e o enfraquecimento da submissão dos juízes à lei e da certeza do direito, que colocam em xeque, por sua vez, as fontes de legitimação da jurisdição.

Nesse sentido, o constitucionalismo principialista conforma um paradigma de enfraquecimento e crise da normatividade dos princípios constitucionais, bem como dos direitos fundamentais, pois traduzidos em recomendações de cunho ético-político. No que toca à hierarquia das fontes, há problema quanto à ponderação, seja ela legislativa ou judicial, uma vez que comete à discricionariedade do legislativo e do judiciário a regulamentação das normas constitucionais. Como resultado desse processo, a ciência jurídica e a jurisprudência buscam legitimar-se no papel de principais fontes do direito. Enquanto isso, o constitucionalismo garantista, abordando as divergências entre as normas constitucionais e as normas legislativas, reconhece o direito ilegítimo, ou seja, inválido por comissão ou descumprido por omissão, diante de uma violação de um “dever ser jurídico”. Mais ainda, a ciência jurídica tem função crítica, uma vez que reconhece antinomias, quando há normas conflitantes com os princípios constitucionais, e lacunas, quando faltam normas que deveriam ser elaboradas (FERRAJOLI, 2012, p. 55-56).

E, desse modo, o garantismo representa uma nítida oposição ao neoconstitucionalismo, o qual, por sua vez, busca o restabelecimento da conexão entre direito e moral, culminando no enfraquecimento da normatividade constitucional pela valorização dos princípios a partir do ativismo judicial, cujo critério de ponderação exacerba a discricionariedade da decisão e rompe, segundo os critérios estabelecidos pelo modelo jurídico garantista, com os elementos constitutivos do novo paradigma proposto.

De outro lado, também, importa destacar o papel de primazia exercido pelos direitos fundamentais no constitucionalismo garantista, uma vez que eles figuram como centro dessa proposição e tem imensa influência nas concepções divergentes de constitucionalismo da atualidade. Por isso, Ferrajoli (2011, p. 686-687) conceitua esse instituto, em suma, como aqueles direitos em que todos são titulares enquanto pessoas naturais e aponta que os direitos fundamentais são direitos subjetivos, são interesses juridicamente protegidos, como expectativas positivas ou negativas e também são direitos universais, que pertencem a todos em condições de igualdade. Essa universalidade de sujeitos titulares dos direitos fundamentais indica que eles figuram como vínculos à conduta de todos, mas especialmente no que tange à produção das normas decorrentes desses direitos. Assim, os direitos fundamentais, na qualidade de normas constitucionais superiores às demais e que compreendem interesses e necessidades de todos, impõem específicos limites e vínculos tanto no âmbito da liberdade individual, como no âmbito dos poderes públicos e privados, e também refletem direta ou indiretamente a vontade da maioria exercida pelos direitos políticos ou mesmo as vontades individuais pelo exercício dos direitos civis (FERRAJOLI, 2011, p. 729).

Nessa linha, Ferrajoli (2011, p. 773-774) explica a existência de uma correlação entre direitos universais, como os direitos fundamentais, e os deveres absolutos, e entre os direitos absolutos, como os direitos fundamentais individuais, e os deveres universais, o que se traduz na estrutura garantista do Estado de Direito. A primeira se expressa nos direitos fundamentais como limites e vínculos do poder público, ou seja, da “esfera pública”, representativa das relações indivíduo e Estado. A segunda diz com os limites da “esfera privada”, ou seja, os limites fundamentais à liberdade de ação, dos direitos individuais, como os limites e vínculos ao exercício dos poderes privados, notadamente na indisponibilidade dos direitos fundamentais no exercício da autonomia negocial.

E essas correlações implicam no reconhecimento dos direitos fundamentais como limites e vínculos a poderes absolutos e selvagens, tanto públicos como privados. Nesse sentido, determinam limites e vínculos à política, os poderes majoritários de governo, bem como determinam limites e vínculos ao mercado, os poderes de disposição nas relações privadas. E isso garante, apesar da aparência paradoxal, a inderrogabilidade política e a indisponibilidade privada dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2011, p. 774).

Expressando, pois, a conotação substancial dos direitos fundamentais, Ferrajoli (2011, p. 775) assenta que

Si las reglas sobre la representación política y sobre la autonomía negocial son normas formales sobre la producción de las decisiones sobre lo que es jurídicamente decidible, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecidible: de lo no decidible que, o sea, de las prohibiciones correspondientes a los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, o sea, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.

E por isso os direitos fundamentais revelam não só uma forma de legitimação e de justificação das cartas constitucionais, como também são fonte de deslegitimação e invalidação das regras que não lhe são consentâneas (FERRAJOLI, 2011, p. 775).

Portanto, a proposta de modelo constitucional elaborada por Ferrajoli funda-se na imposição de limites e vínculos à atuação dos poderes públicos e privados, por meio de um constitucionalismo forte, centrado nos direitos fundamentais, que conforma não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do Direito. E os direitos fundamentais, nesse modelo, assumem destacada função, uma vez que figuram como instrumentos indispensáveis na atuação jurídica em qualquer esfera, tanto naquilo sobre o que não se pode decidir como em relação ao que não se pode deixar de decidir.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem efetuada demonstra que o constitucionalismo surge como forma de limitação do poder e a instituição de direitos e garantias, porém, no contexto da modernidade, sob um viés formal e político, tipicamente caracterizado como positivismo jurídico.

Esse modelo restou estabelecido pelo pensamento liberal, fundado na racionalização do mundo, no absentismo estatal e no individualismo. Embora os notáveis avanços quanto à proteção individual, sobretudo no que pertine aos direitos de liberdade, promoveu a acumulação de capital pela burguesia e a exclusão social, demandando a intervenção estatal para retomar os rumos dos interesses sociais.

Já no contexto pós-guerra de 1945, o constitucionalismo buscou proporcionar um plano emancipatório, representativo de uma ruptura paradigmática, restabelecendo vínculos entre o Direito e a moral, diante das barbáries justificadas pelos parâmetros de legalidade estrita nas experiências nazistas e fascistas, bem como propondo novas formas de atuação jurisdicional assumindo o protagonismo na concretização dos direitos.

Não obstante, o plano constitucional retratado pelo neoconstitucionalismo principialista representa, na visão do modelo jurídico garantista, um modelo frágil, uma vez que os princípios são elevados a uma categoria supralegal e sua colisão é definida pela ponderação, o que denota uma atuação judicial discricionária, cujo resultado acaba por deslegitimar a produção da normatividade constitucional, por enfraquecer a separação de poderes e por fragilizar o princípio da legalidade forte; em última análise, paradoxalmente, por legitimar a desaplicação da constituição, extrapolando, assim, os parâmetros do paradigma constitucional atual.

Nesse cenário, o constitucionalismo garantista proposto por Ferrajoli deve ser compreendido como a ampliação ou reforço do positivismo jurídico, não no sentido meramente formal, mas material, ou seja, é propositivo de uma teoria do direito e da democracia substancial, alicerçado nos direitos fundamentais como parâmetros de vinculação e limites dos poderes públicos e privados, cuja Constituição, dotada de normatividade forte, ordena não só o “ser”, mas o “dever ser” do Direito.

6. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/22830878/1220587927/name/RERE-9-MAR%C3%87O-2007->

LUIZ+ROBERTO+BARROSO.pdf> Acesso em: 10 set. 2012.

BEDIN, Gilmar Antônio. A idade média e o nascimento do estado moderno: aspectos históricos e teóricos. Ijuí: Unijuí, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel (org). El canon neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2009.

COPETTI NETO, Alfredo. Uma perspectiva garantista do liberalismo e da democracia - Marcos históricos e possibilidades contemporâneas edificados a partir de Principia Iuris. In: Tulio Vianna; Felipe Machado. (Org.). Garantismo Penal no Brasil- Estudos em Homenagem a Luigi Ferrajoli. 1ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2013

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Moraes da [et al.]. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). O Estado de Direito: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: teoría del derecho e de la democracia. 1. Teoría del derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución: de la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Constitucionalismo em tempos de globalização. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MATTEUCI, Nicola. Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MCILWAIN, Charles Howard. Constitucionalismo antiguo y moderno. Buenos Aires: Editorial Nova, 1947.

MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

POZZOLO, Suzana. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo e ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Recebido em 30/04/2013
Aprovado em 08/06/2013