

QUANTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTE O GARANTISMO? REFLEXÕES ACERCA DA CRÍTICA DE FERRAJOLI AO NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA

HOW MUCH DOES THE GUARANTEEISM GUARANTEE FUNDAMENTAL RIGHTS? REFLECTIONS ABOUT FERRAJOLI'S CRITICISM TO PRINCIPIALIST NEOCONSTITUTIONALISM

Resumo: Com o texto, pretende-se contrapor dois modelos epistemológicos do constitucionalismo: o garantismo, de Luigi Ferrajoli, e a teoria dos princípios, de Ronald Dworkin e Robert Alexy. A partir da crítica de Ferrajoli à teoria dos princípios, pretende-se, sem esgotar o tema, levantar uma reflexão com a seguinte questão: o que garante o garantismo, este modelo teórico nos fornece uma maior segurança na proteção dos direitos fundamentais que as teorias dos princípios? A partir da análise da divergência teórica entre os modelos de constitucionalismo, cola-se em evidência a inviabilidade de sincretismo metodológico, pondo em xeque a ideia comum de que o Garantismo é a forma mais adequada de otimização de direitos fundamentais. Trata-se de pesquisa qualitativa, bibliográfica e exploratória. Conclui-se que a máxima da proporcionalidade, próprio da teoria dos princípios, que se opõe ao garantismo, possui vantagens em relação ao modelo de Ferrajoli.

Abstract: With the text, it is aimed to contrast two epistemological models of constitutionalism: the guaranteeism, by Ferrajoli, and the theory of principles, by Ronald Dworkin and Robert Alexy. Based on Ferrajoli's criticism of the theory of principles, it is intended, without exhausting the topic, to answer the question: what guarantees guaranteeism; does this theoretical model provide us with greater security of fundamental rights than the theories of principles? Based on the analysis of the theoretical divergence between the models of constitutionalism, the unfeasibility of methodological syncretism is highlighted, calling into question the common idea that guaranteeism is the most appropriate way of optimizing fundamental rights. It is a qualitative, bibliographic and exploratory research. It is concluded that the maxim of proportionality, typical of the theory of principles, which is opposed to guaranteeism, has advantages in relation to the Ferrajoli's model.

Palavras-chaves: Garantismo. Positivismo. Neoconstitucionalismo. Principialismo. Proporcionalidade.

Keywords: Guaranteeism. Positivism. Neoconstitutionalism. Principialism. Proportionality.

Sumário. Introdução. 1 - O Garantismo de Ferrajoli e sua oposição à teoria dos princípios. 2 - Garantismo e racionalidade discursiva: o Garantismo *garante* os direitos fundamentais? 3 - Considerações finais. Referências.

Introdução

Pretendemos apresentar uma contraposição entre dois modelos teóricos de constitucionalismo: o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principialista; respectivamente, a concepção de Luigi Ferrajoli, de um lado, e a dos chamados “não positivistas”, de outro, notadamente Dworkin e Alexy. O objetivo geral consiste em verificar a compatibilidade entre os dois modelos e colocar em xeque a hegemonia do garantismo penal, tão em voga no Brasil, contribuindo para a reflexão da seguinte questão: o garantismo garante mais ou garante melhor os direitos fundamentais?

Trata-se de artigo de reflexão filosófica, de natureza qualitativa, com uso de materiais bibliográficos e do tipo exploratória. Na primeira parte expõe-se o garantismo a partir da obra de Ferrajoli e coloca-se o problema, suas críticas às teorias dos princípios. Na segunda parte está o núcleo do trabalho, a apresentação dialética das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, os mais difundidos representantes do não positivismo no Brasil. Por fim, chega-se às considerações finais conclusivas.

1 - O Garantismo de Ferrajoli e sua oposição à teoria dos princípios.

Apesar da vasta obra de Ferrajoli no campo da Teoria Geral do Direito e do fato de ser ele professor desta disciplina, o autor italiano é mais famoso no Brasil entre os penalistas e como um autor de doutrina penal. Isto se deve ao fato de que Ferrajoli ingressa no debate teórico brasileiro a partir da tradução de uma de suas mais importantes obras: *Direito e razão, teoria do garantismo penal*, originalmente em italiano, publicado em 1990. É raro um livro ou artigo que trate de assunto em matéria penal e não dialogue com o pensamento de Ferrajoli, seja para concordar ou discordar.

Tamanha é a influência de Ferrajoli no debate jurídico atual, que uma forte oposição vem surgindo, formando-se duas classes extremas: os *garantistas* e os *antigarantistas*, entre os quais os chamados (em tom crítico) de *punitivistas*. Uma das mais contundentes críticas ao garantismo penal está na obra de Pessi e Souza, intitulada “Bandidolatria e democídio, ensaios sobre garantismo penal e criminalidade”. Numa crítica mais panfletária que científica, os autores se propõem a rejeitar o garantismo, atribuindo-lhe a pecha de defesa cega de bandidos.

Outra crítica, ainda que indireta, é afirmada por Fischer, denunciando o que entende por “garantismo hiperbólico monocular”. Para Fischer, o pensamento de Ferrajoli é levado a um exagero no Brasil (e não na teoria original), principalmente quando a invocação de garantias constitucionais (garantismo) serviria tão somente para a tutela dos

direitos fundamentais dos violadores da lei penal, mas não na defesa dos direitos sociais, como segurança pública, vida, patrimônio coletivo etc. É da percepção de uma aplicação exagerada e restrita, segundo Fischer¹ que se define o garantismo, da forma como aplicada no Brasil, como hiperbólico e monocular (exagerado e de visão única).

Curiosamente, pouco se discute acerca do Ferrajoli positivista² e de sua refinada Teoria Geral do Direito. À parte da discussão apaixonada e de duvidosa densidade científica que garantistas penais e punitivistas travam no Brasil, Ferrajoli insere-se no debate jurídico-epistemológico acerca da natureza, definição e limites do conceito e conteúdo do Direito. Garantismo é, para além de uma mera bandeira numa discussão de política-criminal, uma elaborada teoria dos direitos fundamentais em geral e é esta sua concepção que será objeto deste trabalho.

O garantismo de Ferrajoli³, numa perspectiva geral, e não apenas restrita ao universo penal, é concebido, em síntese, “[...] *como un nuevo paradigma iuspositivista del Derecho y de la democracia*”. Este novo modelo juspositivista, segundo Ferrajoli, une a exigência de conformação formal (formalismo) do paleopositivismo - onde a validade se satisfaria com os trâmites formais do processo legislativo – à necessidade de conformação da legislação com a matéria constitucional, ou seja, uma adequação substancial.

Assim, os direitos naturais ou humanos são compreendidos, para Ferrajoli, como partes do Direito positivo, já que incorporados aos textos constitucionais e internacionais. A constituição brasileira, por exemplo, ao prever o respeito à dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos no art. 1º, III; o direito à cidadania, art. 1º, II; a proteção à vida, liberdade e igualdade no art. 5º, incorporaria ao texto os bens mais básicos que a partir do Iluminismo são compreendidos como fundamentais e pertencentes a todos os homens⁴ pelo simples fato de serem humanos.

Esta compreensão do fenômeno constitucionalista não é, porém, dominante. Para grande parte dos teóricos, a invasão dos valores - das normas abertas que apontam para direitos naturais ou direitos humanos - seria uma superação do positivismo jurídico⁵. A isto

¹ FISCHER, 2018, p. 2.

² O positivismo jurídico, embora historicamente relacionado, possui independência do positivismo metodológico de Comte. Por positivismo deve-se compreender, neste trabalho inserido na Teoria do Direito, como “uma filosofia do direito que enfatiza o caráter convencional da natureza do direito – que ele é socialmente construído. De acordo com o positivismo jurídico, Direito é sinônimo de norma positiva, isto é, normas feitas pelo legislador ou considerado o *commom law* ou caso jurídico.” (HIMMA, Kenneth E. Encyclopedia of Philosophy. Disponível em <https://www.iep.utm.edu/legalpos/>. Acesso em 30. 11.2018). A tradução é de minha responsabilidade.

³ FERRAJOLI, 2008, p. 267.

⁴ CANOTILHO, 2003. p. 393

⁵ Assim: “Segun esta tesis, el constitudonalismo equivaldría a una superación o, directamente, a una negacion del positivismo jurídico, que ya no resultaría idoneo para dar cuenta de la nueva naturaleza de las actuales democracias constitudonales.” (FERRAJOLI, 2011, p. 21)

se opõe Ferrajoli, para quem a incorporação necessária de valores e de referência a direitos humanos básicos nos textos políticos (constituições, tratados etc) constitui-se em uma vitória teórica da concepção epistemológica positivista, pois a partir daí estão positivados – e só então são exigíveis – os direitos fundamentais⁶.

Portanto, Ferrajoli rejeita a ideia de constitucionalismo ou o neoconstitucionalismo como superação da tese positivista de separação entre direito e moral. Além disso, opõe-se a uma série de teorias e métodos interpretativos (ou concretizadores) próprios do chamado pós-positivismo. Ferrajoli reivindica o seu constitucionalismo garantista como maior garantidor de direitos fundamentais, alegando que estes estariam em risco com as técnicas de ponderação e teoria dos princípios.

Assim, compreende-se por garantismo, na concepção de Ferrajoli, como o constitucionalismo que observa a incorporação de direitos humanos (ou naturais) aos textos constitucionais e que exige, no plano de validade da norma, uma conformação não apenas formal - procedimental - mas também substancial entre a produção do legislador - as leis - e os direitos materiais previstos na Constituição. O ponto de divergência com o pós-positivismo começa por sua rejeição explicativa: a incorporação de direitos até então tidos por naturais e a exigência de conformação substancial entre lei e constituição seria a afirmação do positivismo, e não sua superação.

Como consequência desta rejeição, Ferrajoli também rechaça as mais simbólicas teses das teorias não-positivistas: a teoria dos princípios e a proporcionalidade. Alega Ferrajoli

El constitudonalismo rigido, tal como he escrito en varias ocasiones, no es una superación, sino que es, antes bien, un reforzamiento del positivismo jurídico, que se amplía a las opciones -los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales - las que deve someterse la produccion del derecho positivo. Es el fruto de un cambio de paradigma del viejo iuspositivismo, producido por el sometimiento de la produccion normativa a normas de derecho positivo no sólo formales sino también sustanciales.

Como opositor do movimento pós-positivista (ou não positivista), Ferrajoli refuta os modelos teóricos de dois de seus maiores representantes, com grande influência na doutrina brasileira: Alexy e Dworkin. Esses dois autores têm em comum uma concepção de norma jurídica. Para ambos os ícones do não positivismo, normas são géneros das quais se dividem, pelo menos, as regras e os princípios. Dworkin distingue ainda as políticas, decisões coletivas que não poderiam ser ponderadas ou derogadas por decisão judicial. Diz Dworkin⁷ em seu famoso artigo Modelo de Regra I

⁶

⁷ DWORKIN, 1967, p.22.

I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart's version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards.

Assim, em um “ataque” ao que entende por ser a tese central na teoria positivista, sustenta o Dworkin que, ao lado das regras, os juristas se valem de um padrão de decisão que está além do direito positivo, são notadamente os princípios, entendidos como vetores de justiça. Trata-se, em essência, da junção entre Direito e moral. Como mais à frente se verá, a ideia de Dworkin não era propor que os magistrados, a seu arbítrio, afastassem regras e aplicassem o que bem entendessem por justo. Sua ideia vai na contramão do arbítrio.

Ao perceber que a tese positivista - notadamente de Hart - considera Direito apenas um conjunto de regras validadas por meio de uma espécie de “teste de *pedigree*”, e de que como consequência, quando os juristas não encontram uma regra adequada ao caso, valem-se de discricionariedade para decidir a demanda, Dworkin sustenta haver parâmetros de decisão meta-positivos - ou seja, além das regras - que devem orientar a decisão do aplicador da norma, gerando para as partes um direito a uma resposta correta, rejeitada a discricionariedade.

Alexy também segue a ideia de que normas se dividem em regras e princípios, e que a diferença entre ambas não consiste em uma distinção de grau, mas qualitativa. Seu conceito de princípio é, porém, um pouco distinto. Para Alexy⁸, princípios são normas com dimensão variada de satisfação, concebidos como mandamentos de otimização que determinam que algo deve ser cumprido na maior medida possível dentro das condições jurídicas e fáticas existentes.

As possibilidades jurídicas de realização de princípios pressupõem que esta espécie normativa entra ocasionalmente em colisão entre si. Alexy formula então uma teoria dos direitos fundamentais a partir da observação da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a fim de estabelecer critérios racionais de argumentação e fundamentação judicial. A máxima da proporcionalidade é o recurso utilizado para a solução da colisão entre os direitos fundamentais, os quais possuem natureza de princípios⁹.

Alexy possui uma teoria rigorosa. Seu critério de colisão de princípios por meio

⁸ ALEXY, 2008, p. 90.

⁹ ALEXY, 2008, p. 117.

da máxima da proporcionalidade não equivale a um juízo arbitrário acerca da razoabilidade da aplicação da norma. Há três critérios de sopesamento que devem ser criteriosamente fundamentados nos casos concretos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Um famoso caso ocorrido na Alemanha ilustra a técnica e a exigência de argumentação para a solução dos inevitáveis (segundo Alexy) casos de colisão.

Chegou ao judiciário uma discussão sobre direitos fundamentais no qual, de um lado, protegia-se o direito à privacidade e à ressocialização de um condenado por crime grave na cidade de Lebach, onde se pretendia impedir documentário sobre seu caso produzido pela emissora de televisão ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*). De outro lado, o direito à informação, de expressão e liberdade de imprensa. O Tribunal Constitucional Federal entendeu, ponderando os direitos, que nenhum dos direitos em colisão possui prevalência *a priori* e abstratamente sobre o outro. Assim, não se trata de um conflito entre regras.

No caso concreto, ponderou-se um conjunto de circunstâncias que, por estarem presentes, fazem com que naquele caso específico, um direito fundamental – com natureza de princípio – prevaleça sobre o outro. Considerou-se que o princípio 1 precede ao princípio 2, dadas as condições onde: 1) há repetição do noticiário televisivo sobre um crime grave; 2) à época em que o condenado já cumpriu sua pena - anos depois do ocorrido - e deveria voltar à sociedade, não mais existindo maior interesse no fato e 3) de forma que isto coloque em risco sua ressocialização. Numa fórmula: (P1 **P** P2) C¹⁰.

À teoria dos princípios e ao critério de solução de colisão entre direitos fundamentais por meio do sopesamento e ponderação se opõe Ferrajoli¹¹ e seu constitucionalismo garantista. Argumenta que

La idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación o, lo que es peor, que pueden ser ponderados con principios morales inventados por los jueces, genera evidentemente un peligro para la independencia jurisdicción y para su legitimación política, del que no siempre son conscientes quienes la defienden. De hecho, si se sostiene que los jueces no deben limitarse a interpretar las normas de derecho positivo, sino que también están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sólo sea a través de la ponderación de los principios, entonces resulta anulada la separación de los poderes.

Ferrajoli acredita que a ponderação amplia em nome da argumentação o espectro de discricionariedade judicial de forma a anular a sujeição do juiz à lei. Argumenta que, da forma como proposta por Alexy, a ponderação gera uma atividade judicial de opção em aplicar ou não direitos fundamentais orientados por arbitrários critérios de justiça

¹⁰ Princípio 1 Precede Princípio 2 dada circunstância C.

¹¹ FERRAJOLI, 2011, p. 44.

substancial. Outra crítica de Ferrajoli é a de que se para Alexy a ponderação se dá no caso concreto e pode ter soluções ocasionais distintas entre os mesmos princípios, dadas circunstâncias diferentes, o que se pondera são fatos, e não normas-princípios¹².

Assim, o garantismo de Ferrajoli se apresenta como um modelo constitucional que exige uma conformação substancial entre a lei e o texto constitucional. Porém, afirma-se como uma teoria positivista e rejeita teses características do chamado pós-positivismo, como a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade para solução de colisão entre direitos fundamentais. O ponto de tensão entre o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principialista se dá por meio da acusação do primeiro a uma falta de segurança jurídica e arbitrariedade do segundo.

A própria expressão “garantismo” parece internalizada no discurso jurídico como algo óbvio, lógico; a simples defesa de garantias constitucionais. Opõem-se, para os adeptos do garantismo, os que não dariam tanta importância aos direitos fundamentais, já que pretenderiam ponderá-los ou, para ser mais direto, simplesmente escolher por aplicar ou não certos direitos fundamentais tendo como justificativa critérios meta-jurídicos arbitrários invocados como justiça.

2 - Garantismo e racionalidade discursiva: o Garantismo *garante* melhor os direitos fundamentais?

Em grande medida, este artigo tem como objetivo, ainda que indireto, esclarecer que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli conflita com as não-positivistas que encampam a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade decorrente da compreensão da natureza de certos direitos, como os direitos fundamentais, com natureza de princípios aplicáveis em graus distintos de satisfação. A teoria de Alexy, segundo a qual os direitos fundamentais podem ter a natureza de algo que deve ser aplicado na maior medida possível dentro de possibilidades fáticas e jurídicas, não seria compatível com o modelo garantista de Ferrajoli.

É comum ver na jurisprudência e até mesmo em artigos acadêmicos um certo sincretismo metodológico¹³ em junção das duas correntes epistemológicas. Fala-se em teoria dos princípios para, num mesmo argumento, reivindicar também o garantismo. Ocorre que não fica tão evidente a superioridade do garantismo, tampouco que o modelo teórico Garantista garante mais direitos fundamentais, sobretudo quando posto em relevo

¹² FERRAJOLI, 2011, p. 47.

¹³ V. SILVA, 2005, p. 127-128. Embora tratando de sincretismo entre a teoria de Alexy e outras formas que não o garantismo de Ferrajoli.

suas incompatibilidades com outras propostas metodológicas com ele em grande parte incompatíveis.

Pode-se fazer a seguinte indagação: a teoria dos princípios e a consequente máxima da ponderação é mesmo mais perigosa e coloca direitos fundamentais como algo que pode ser descumprido por juízes sob a alegação de interpretação criativa ou conformação com critérios de justiça? Dificilmente se pode dizer que Dworkin pretendia fornecer maior arbítrio judicial quando critica a discricionariedade do positivismo jurídico. Ao contrário disso, Dworkin buscou uma maneira de afastar a discricionariedade judicial que observava como consequência de um modelo teórico que somente reconhece regras jurídicas como normas positivadas.

Os princípios não são uma carta na manga para que juízes decidam, quando e como quiserem, contra o teor literal da lei. Para Dworkin, ainda quando nenhuma regra de direito positivo é aplicável claramente ao caso, ainda assim uma das partes possui direito a uma solução judicial previsível e fundamentada. O juiz teria o dever, mesmo nos chamados casos difíceis onde há lacuna, ausência de regra ou simplesmente uma textura aberta, de procurar uma única resposta correta¹⁴.

Uma tal ideia de direito a uma resposta correta em nada se assemelha com a acusação de arbitrariedade. A crítica de Ferrajoli somente é pertinente se o que se critica é o mau uso, na prática forense, da teoria dos princípios. No entanto, seria preciso esclarecer o tom da crítica e não atribuir ao pós-positivismo ou à teoria dos princípios uma discricionariedade quando o que Dworkin prega é o contrário. Assim, a crítica à teoria dos princípios de Dworkin é uma crítica não a teoria em si, mas ao seu uso indiscriminado e arbitrário.

Pode-se argumentar que a base da argumentação de Dworkin se volta contra uma teoria descritiva do Direito – proposta com positivismo de Hart -, oferecendo uma teoria da decisão judicial. Se por um lado é impertinente atribuir ao positivismo a legitimação de sistemas jurídicos injustos¹⁵, tampouco faz sentido criticar Dworkin por ter tentado, ao vislumbrar razões de decisão além das regras, uma forma de garantir segurança jurídica.

Quanto à ponderação de Alexy, também não parece pertinente a crítica. Da forma como estruturadas as constituições atuais, garantindo não apenas cada vez mais direitos individuais num sistema pluralista e tutelando-se ainda direitos coletivos, parece

¹⁴ DWORKIN, 2010, 127.

¹⁵ Nesse sentido Dimoulis, referindo-se a Hart, observa que “Como disse Hart no último texto teórico publicado antes de sua morte, ainda que todas as críticas e acusações contra o positivismo fossem verdadeiras, essa teoria teria o mérito de optar pela descrição do direito vigente, rejeitando as tentativas de legitimação”. DIMOULIS, 2018, p. 174-175.

inafastável a existência de colisão entre direitos. Some-se isto às texturas abertas como dignidade da pessoa humana, que contempla uma gama quase ilimitada de situações passíveis de proteção por uma interpretação que, necessariamente, a concretize no caso específico.

Ferrajoli parece acreditar que seja possível aplicar um direito fundamental sempre sem levar em consideração outros que entrem com ele em colisão e que eventuais conflitos podem ser resolvidos por meio de critérios hermenêuticos tradicionais como especialidade e hierarquia¹⁶. Como explicar, porém, uma decisão entre a preservação da intimidade e a liberdade de informação? Como negar colisão entre a honra e a liberdade de expressão? Todos esses são bens de igual hierarquia e que entram eventualmente em rota de colisão.

Em muitas passagens de sua crítica, Ferrajoli afirma que a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade permitem que juízes escolham por uma opção mais justa - segundo suas compreensões arbitrárias - em detrimento da lei. Alexy separa, no entanto, as normas regras, sobre as quais não há maiores dúvidas acerca de sua aplicação e interpretação - que se dá por subsunção - e as normas princípios, que devem ser solucionadas sem que se declare uma delas inválida.

A colisão entre direitos fundamentais é inevitável diante da estrutura das Constituições atuais. A Constituição brasileira prevê a liberdade de expressão e não possui uma religião oficial, mas protege a liberdade religiosa daqueles que entenderem por bem ter uma. Até que ponto alguém poderá fazer proselitismo em relação à sua opinião religiosa ou um discurso ofensivo a uma divindade de crença determinada, é algo que precisará ser respondido em casos concretos.

Resta saber se e por quais argumentos, negar a teoria dos princípios e a proporcionalidade garantiria uma melhor justificativa na decisão. A alternativa aos critérios de proporcionalidade seriam interpretar se alguém possui ou não um direito, por exemplo, de proferir um discurso ofensivo negando que o caso seja de colisão com outros bens fundamentais. Num caso bastante representativo, apresentado no qual debatem Müller e Alexy¹⁷, contrapõem-se duas formas de solução de conflitos onde teríamos a situação de um jovem que pretenda pintar um quadro no meio de uma avenida, atrapalhando o tráfego dos veículos.

Nesse pressuposto teórico se encontra a chave para a resposta acerca do grau de racionalidade argumentativa nas restrições a direitos fundamentais. Trata-se da dicotômica distinção entre suporte fático amplo (próprio da teoria da ponderação e dos

¹⁶ FERRAJOLI, 2011, p. 50.

¹⁷ V. ALEXY, p. 313.

princípios) e do suporte fático restrito¹⁸ (peculiar à rejeição de ponderação). Para os que negam a ponderabilidade dos princípios em colisão, seria preciso interpretar se o pintor teria ou não direito à liberdade artística¹⁹. Em primeiro lugar, o jurista intérprete da norma precisaria de um conhecimento cultural e técnico sobre artes. E mais, num tema como a valoração artística, uma decisão deste tipo implicaria num juízo de valor sobre o belo ou sublime; sobre o que o Estado-juiz considera como arte, limitando a garantia constitucional.

A interpretação parece mais arbitrária do que se se considerar, por mais escandalosa que seja, a situação fática como opção artística contemplada pela proteção constitucional. Por outro lado, mesmo considerando-se a pintura de uma tela de mau gosto no meio de uma avenida algo protegido pelo direito à expressão artística, o que o aplicador da norma precisaria fazer seria verificar quais direitos fundamentais estão em rota de colisão com o direito reconhecido.

Há, de uma outra parte, tanto a liberdade de tráfego das pessoas como a segurança no trânsito. Aqui o suporte fático é amplo e encampa quase irrestritamente a posições jurídicas protegidas pela constituição. Aceita a colisão, o aplicador passa a enfrentar um caminho argumentativo no qual precisará justificar por quais motivos um direito deve ceder em relação ao outro no caso concreto. Assim, por exemplo, para fomentar a liberdade artística não é necessário garantir a um pintor que restrinja a liberdade de trânsito das pessoas.

Não há razão para um artista não realizar suas atividades, da forma como quiser, em um lugar reservado. Já o peso para aqueles que transitam em uma avenida é maior se não puderem seguir em seus caminhos em razão do obstáculo. A argumentação para fundamentar a decisão é mais complexa no segundo caso, exigindo maior esforço na justificativa sobre qual direito deve prevalecer e não apresenta o inconveniente de precisar teorizar acerca de questões que exijam uma especialização técnica ou cultura, como julgar se determinada atividade é ou não artística²⁰.

A opção por reconhecimento de suporte fático amplo, formulação de Alexy, exige justificação do aplicador que, observada e sistematizada a partir de diversos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão, deve passar, pelo menos, pelos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A lei do sopesamento exige que quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior terá de ser o de satisfação e otimização do outro que com ele colida.

¹⁸ SILVA, V. A. da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014. .

¹⁹ SILVA, 2005, p. 137.

²⁰ ALEXY, 2008, p. 174.

As soluções, ademais, se dão no caso concreto, pois as possibilidades de concretização de um direito fundamental com natureza de princípios levam em consideração - na teoria de Alexy – condições tanto jurídicas como fáticas. Assim, é necessária a correspondência argumentativa com as situações empíricas do caso que farão prevalecer um direito fundamental em detrimento do outro no caso concreto. A alternativa, com suporte fático restrito, próprias dos não-positivistas como Ferrajoli e Müller exigem uma interpretação por situações, como a liberdade artísticas, arbitrariamente protegidas ou não por normas de direitos fundamentais.

A aparente rigidez na defesa da constituição, com o Garantismo, não resiste à comparação com as exigências de argumentação próprias de uma concepção constitucionalista principiológica e que aceita a colisão e ponderação de princípios. À eventual crítica de mau uso da teoria, arbitrariedade judicial e panprincipiologismo, conforme crítica Streck²¹, deve ser debitados os erros a quem os cometerem. O fato de que eventualmente juízes ou tribunais decidiram de forma arbitrária e fizeram alguma referência à teoria dos princípios ou justificaram suas decisões alegando uma ponderação não legitima a crítica aos formuladores teóricos originais dessas teorias.

3 - Conclusão

Neste artigo pretendeu-se uma reflexão filosófica acerca das teorias constitucionalismo, a partir de uma contraposição entre os modelos garantista e principialista. Em primeiro lugar, é preciso compreender que o garantismo de Luigi Ferrajoli não é compatível com a teoria dos princípios nos modelos propostos por Dworkin e Alexy. Ferrajoli rejeita a possibilidade de padrões normativos além daqueles que entende estarem claros por subsunção como decorrência de uma interpretação dos textos jurídicos – seja constituição ou outra lei.

Ferrajoli sustenta que o fato de as constituições incorporarem cláusulas gerais e direitos fundamentais consiste em um triunfo do positivismo jurídico, e não do jusnaturalismo, pois agora os direitos naturais estariam positivados. Rechaça a incorporação de elementos morais no Direito posto, rejeitando a teoria dos princípios por entender que seria absurdo permitir que a norma jurídica seja ponderada com argumentos de justiça “inventados pelo juiz”.

Ademais, aponta que o paleopositivismo estaria superado, pois o controle da constitucionalidade atual exige não apenas uma conformação formal entre lei e

²¹ STRECK, 2013, on line.

Constituição, mas também uma compatibilidade substancial. Sua teoria garantista é também uma teoria política de exigência de uma democracia substancial.

O adepto do garantismo, coerentemente com o pensamento de Ferrajoli, deve rejeitar a ponderação, pois esta é vista como uma flexibilização do dever do juiz de respeitar a lei, importando em insegurança jurídica, mitigação da separação dos poderes e prejudicando a legitimidade jurisdicional. Deve ser afastada a possibilidade de se ponderar com direitos fundamentais expressos padrões de justiça construídos no caso concreto pelos aplicadores da norma.

Ocorre que, como visto, a teoria dos princípios e a máxima da ponderação não implicam em arbitrariedade, exigindo uma argumentação complexa e até mais elaborada do que a proposta garantista. Ao trabalhar com um suporte fático restrito de aplicação dos direitos fundamentais, o modelo Garantista acaba restringindo o âmbito de reconhecimento de posições jurídicas. A teoria dos princípios, por outro lado, aceita uma gama maior de posições jurídicas contidas em disposições de direitos fundamentais com natureza de princípio, reconhecendo, por outro lado, que os direitos podem e não raramente entram em colisão.

Há diversas críticas que podem ser feitas ao modelo não positivista, sobretudo em defesa de um positivismo contemporâneo. A filiação à uma corrente, contudo, não pode ser o fator mais importante de discussão. Para além da questão da incompatibilidade teórica, a relevância prática do tema se dá no fato de que rejeitar a ponderação de direitos fundamentais na fundamentação de decisões concretas não garante uma maior segurança jurídica. O Garantismo, assim, não oferece necessariamente uma maior segurança. Diversamente, o modelo de princípios, ao reconhecer o conflito entre direitos e um suporte fático amplo que deve ser ponderado criteriosamente nos casos concretos apresenta uma proposta metodológica adequada ao rol de direitos fundamentais previstos nas Constituições contemporâneas.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Edição. Edições Almedina. Coimbra. 2003.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo:

WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **The model of rules**. The University of Chicago Law review. Vol. 35:14, 1967.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em:
<http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>
Acesso em 22 de setembro de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, 34 (2011). ISSN: 0214-8676 pp. 15-53

HIMMA, Kenneth E. **Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em <https://www.iep.utm.edu/legalpos/>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

STRECK, Lênio. **O pamprincipiologismo e flambagem do direito**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

SILVA, Virgílio Afonso. **“Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”**. In Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação constitucional, São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014.