

RVMD, Brasília, V. 10, nº 2, p. 406-430, Jul-Dez, 2016

**POSITIVISMO E (NEO)CONSTITUCIONALISMO:
AS TEORIAS DE FERRAJOLI, PRIETO SANCHÍS E GARCÍA AMADO***

LEGAL POSITIVISM AND (NEO)CONSTITUTIONALISM:
FERRAJOLI, PRIETO SANCHÍS AND GARCÍA AMADO THEORIES

André Karam Trindade**

RESUMO

O presente artigo busca discutir a relação existente entre *constitucionalismo* e *positivismo*, tendo em vista o debate reinaugurado, na última década, no campo da Teoria do Direito, a partir do surgimento e difusão do denominado *neoconstitucionalismo*. Para tanto, confronta as teorias jurídicas sustentadas por três importantes juristas: Luigi Ferrajoli e seu *constitucionalismo garantista*, Luís Prieto Sanchís e seu *constitucionalismo positivista flexível* e Juan António García Amado e seu *constitucionalismo positivista rígido*. Ao final, conclui que a discricionariedade judicial permanece constituindo o ponto de estofa das teorias jurídicas positivistas, ainda que pretensamente pós-kelsenianas.

Palavras-chave: positivismo, constitucionalismo, neoconstitucionalismo, teoria do direito.

ABSTRACT

This paper intends to discuss the connections between constitutionalism and legal positivism, considering the last decade legal theory's debate, characterized by the emergence and diffusion of the so-called *neoconstitutionalism*. Therefore, it confronts legal theories held by three jurists: Luigi Ferrajoli and his *guarantist constitutionalism*, Luís Prieto Sanchís and his *soft positivist constitutionalism*, Juan António García Amado and his *hard positivist constitutionalism*. It concludes that judicial discretion remains the central point of legal positivism's theories, although they intend to be post-kelsenian theories.

Keywords: Legal Positivism, Constitutionalism, Neoconstitutionalism, Theory of Law.

* Artigo recebido em: 12/12/2016.

Artigo aceito em: 30/12/2016

** Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (ROMA TRE/ITÁLIA). Mestre em Direito Público (UNISINOS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Guanambi (FG/BA). Membro Fundador e Presidente da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Advogado. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0020455190187187>. **Porto Alegre - RS. E-mail: andre@streckadvogados.com.br**.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. LUIGI FERRAJOLI E SEU CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA**
- 3. LUIS PRIETO SANCHÍS E SEU CONSTITUCIONALISMO POSITIVISTA (FLEXÍVEL)**
- 4. JUAN ANTÓNIO GARCÍA AMADO E SEU CONSTITUCIONALISMO POSITIVISTA (RÍGIDO)**
- 5. CONCLUSÕES**
- 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

Na década de 60, sob a influência dos estudos de Charles McIlwain, Nicola Matteucci deu início a um importante debate acerca da relação entre constitucionalismo e positivismo jurídico¹, defendendo uma conotação garantista da constituição e criticando a filosofia analítica italiana, especialmente a teoria formal do direito positivo desenvolvida por Norberto Bobbio.

No entanto, as críticas formuladas por Matteucci não receberam a devida atenção – com exceção da resposta elaborada por Bobbio² –, uma vez que coincidiram, precisamente, com o apogeu teórico do positivismo jurídico, decorrente da publicação das traduções das principais obras de Kelsen, Hart e Ross, para o italiano.

Tal discussão é retomada, apenas na última década, porém sob outro ângulo, com o surgimento e a difusão do “movimento” denominado *neoconstitucionalismo*³– voltado ao estudo dos fenômenos que caracterizam o Estado Constitucional de Direito e suas consequências no plano da teoria do Direito –, que aparece na Europa⁴, mas vem

¹ Ver MATTEUCCI, Nicola. Positivismo giuridico e costituzionalismo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, anno XVII, n. 3, p. 985-1100, 1963.

² Cf. MARGIOTTA, Costanza. Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, anno XXX, n. 2, p. 387-425, 2000.

³ Tal expressão surge no final da década de 90 e é empregada, pioneiramente, pelos jusfilósofos de Genova: Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis. Na verdade, para ser ainda mais preciso, o termo *neoconstitucionalismo* teria sido utilizado, pela primeira vez, durante a intervenção de Pozzolo no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997. Segundo a autora genovesa: “Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse ao derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino” (POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998).

⁴ Ver, para tanto, POZZOLO, Susanna. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001; MAZZARESE, Tecla (Org.). *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, 2002; CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, além de dezenas de artigos e ensaios publicados em revistas e coletâneas.

conquistando cada vez mais seguidores e simpatizantes na América Latina⁵, em especial no Brasil⁶.

Ocorre que, não obstante a vasta produção bibliográfica resultante das discussões realizadas em nosso país nos últimos anos⁷, ainda se observam incontáveis imprecisões terminológicas, além de inúmeras mixagens e divergências teóricas, sempre que o tema envolve o *neoconstitucionalismo*⁸.

Assim, considerando o debate reinaugurado no campo da teoria e da filosofia do Direito a partir do *neoconstitucionalismo*, este artigo propõe-se a discutir a relação existente entre *constitucionalismo* e *positivismo jurídico*, confrontando a ótica de três importantes juristas da atualidade: Luigi Ferrajoli, que sustenta o *constitucionalismo garantista*; Luís

⁵ Ver, por todos, CRUZ, Luis M. *Estúdios sobre el neoconstitucionalismo*. Mexico: Porrúa: 2006; BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006; JARAMILLO, Leonardo G.; CARBONELL, Miguel (Eds.). *El Canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

⁶ Há mais de dez anos, precisamente em 2004, tive a honra de organizar uma das primeiras publicações brasileiras – o segundo número da *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* (edição impressa), da qual era editor juntamente com Roberta Magalhães Gubert – sobre o tema *neoconstitucionalismo*, que contou com a colaboração de André Copetti, Andreas Krell, Flávia Piovesan, Gilberto Bercovici, Ingo Sarlet, João Maurício Adeodato, Jorge Miranda, José Luis Bolzan de Moraes, Lenio Luiz Streck, Leonel Ohweiler, Martonio Barreto Lima, Menelick de Carvalho Netto e Walber de Moura Agra. Seu subtítulo traduzia bem a proposta daquele volume temático, remetendo à conhecida frase proferida, em 1998, por Paulo Bonavides quando recebera a Medalha Teixeira de Freitas do Instituto dos Advogados Brasileiros: *ontem os códigos; hoje, as Constituições*. Tais palavras foram recordadas por Eros Roberto Grau, em seu discurso, ao receber a mesma Homenagem em 2003. Ver, para tanto, GRAU, Eros Roberto. Discurso de agradecimento pela medalha Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 98, p. 667-683, 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67608/70218>.

⁷ A título meramente exemplificativo do crescimento exponencial da discussão no Brasil, ver: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *20 anos da Constituição cidadã*. São Paulo: Método, 2008. p. 203-249; DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008; ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, p. 9-30, 2008; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; MATIAS, João Luís Nogueira. *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009; QUARESMA, R.; OLIVEIRA, F. M. de; OLIVEIRA, M. L. P. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146; DUARTE, Écio Otto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico* 2. ed. São Paulo: Landy, 2010; FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; e, mais recentemente, BENTO, Milani M. *Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo – postulados e diferenças*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

⁸ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 231-253; e, ainda, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Prietro Sanchís, que defende o *constitucionalismo positivista (flexível)*; e Juan António García Amado, que preserva o *constitucionalismo positivista (rígido)*.

2. LUIGI FERRAJOLI E SEU CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Nos últimos anos, Luigi Ferrajoli tornou-se um dos principais personagens em torno do debate neoconstitucional, especialmente a partir da publicação, em 2010, do ensaio intitulado *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*⁹, no qual propõe, preliminarmente, uma revisão terminológica acerca do denominado *neoconstitucionalismo* para, em seguida, defender sua posição.

Muito embora admita que existam características comuns entre as diversas concepções de constitucionalismo – este é o caso, por exemplo, da importância que assumem os direitos fundamentais –, o jurista italiano entende que há duas maneiras opostas de se conceber tal fenômeno: (a) de um lado, o *neoconstitucionalismo*, sustentado por aqueles que vêem o constitucionalismo como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo; (b) de outro, o *constitucionalismo garantista*, defendido por aqueles que consideram o constitucionalismo a expansão e o completamento do positivismo¹⁰.

Registre-se, todavia, que a noção de positivismo jurídico adotada por Ferrajoli difere, radicalmente, daquela que caracteriza o chamado *paleojuspositivismo*: “denominei *juspositivismo crítico* a visão do direito própria do constitucionalismo rígido, em oposição ao *juspositivismo dogmático* que tende a ignorar a dissociação entre validade e vigência e, igualmente, os vícios de legitimidade do direito vigente”¹¹.

O caráter *crítico* do positivismo defendido por Ferrajoli decorre, precisamente, das transformações resultantes do constitucionalismo do segundo pós-guerra, que evidenciam o

⁹ No original: FERRAJOLI, Luigi. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. Giurisprudenza costituzionale*, Milano, v. 55, n. 3, p. 2771-2816, 2010; em português: In: FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; de maneira mais completa, FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁰ Registre-se, aqui, que Ferrajoli assume a concepção positivista – kelseniana e hartiana – que reconhece como *direito* todo conjunto de normas produzidas por uma autoridade competente, não importando seu conteúdo e/ou eventual injustiça. Na verdade, as raízes desta concepção remetem, certamente, à máxima hobbesiana *authoritas non veritas facit legem*.

¹¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Epistemologia jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004, p. 271.

esgotamento do modelo do Estado legislativo de direito e da teoria positivista a ele subjacente¹².

Neste contexto, observa-se que ambas concepções – tanto o *garantismo* como o *neoconstitucionalismo* – tratam das transformações provocadas pela experiência histórica do constitucionalismo do segundo pós-guerra, marcada pelo advento das constituições rígidas, que instituem uma série de limites e de vínculos – não apenas formais, mas também substanciais – a todos os poderes públicos.

Segundo Ferrajoli, este *constitucionalismo jurídico* (séc. XX) – em oposição ao *constitucionalismo político*¹³ (séc. XVIII) – designa um novo modelo de sistema jurídico e/ou teoria do direito, possibilitando, assim, o surgimento do *neoconstitucionalismo* como uma nova expressão no léxico e no debate filosófico-jurídico¹⁴.

Assim, na tentativa de superar a oposição entre *neoconstitucionalismo* e *positivismo jurídico*, Ferrajoli propõe uma terminologia diversa e uma tipologia correlata, partindo da idéia de que o *constitucionalismo jurídico* equivale ao *Estado constitucional de direito* – em contraste com o *constitucionalismo político*, que corresponde ao *Estado legislativo de direito* – e serve, ao fim e ao cabo, para designar o constitucionalismo rígido que caracteriza as atuais democracias constitucionais.

Neste contexto, portanto, é que Ferrajoli re-introduz aquelas que, atualmente, são as duas maneiras de se conceber este novo paradigma – *constitucionalismo jurídico* –, sobre cujas bases se apresentam uma gama de teorias do direito.

¹² “Existe, em suma, uma interação entre mutações institucionais e mutações culturais. As filosofias jurídicas e políticas são sempre um reflexo e, simultaneamente, um fator constitutivo e, de certo modo, performativo das experiências jurídicas concretas dos seus tempos. O *jus-naturalismo*, mesmo com todas as suas variantes, foi a filosofia jurídica dominante da época pré-moderna, até que faltou um sistema formalizado de fontes fundado sob o monopólio estatal da produção jurídica. O *jus-positivismo* foi depois das codificação e do nascimento do Estado moderno. O *jus-constitucionalismo* é atualmente, ou ainda está se tornando, após a introdução das garantias institucionais resultantes da rigidez conferida às constituições” (FERRAJOLI, *Pill*, *op. cit.*, p. 39 e, ainda, p. 40-45, onde o autor aborda a evolução da racionalidade jusnaturalista [direito pré-moderno] para a racionalidade positivista [direito moderno] e, finalmente, desta para a racionalidade constitucionalista [direito contemporâneo]).

¹³ É neste mesmo sentido, por exemplo, a leitura de Maurizio Fioravanti (*Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 5, 90 e 149; e, ainda, *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999), ao identificar o constitucionalismo com um “movimento do pensamento” que “se afirma no contexto do processo de formação do Estado moderno” e, simultaneamente, com a “segunda face”, o segundo lado do “Estado moderno europeu”, ao lado da “concentração de poder de império sobre o território”.

¹⁴ Tal terminologia, adverte Ferrajoli, mostra-se ambígua e, além disso, equivocada, porque a expressão *constitucionalismo* pertence ao léxico político (e não jurídico) – na medida em que designa uma ideologia, ligada à tradição liberal, servindo de sinônimo para *Estado liberal de direito*, em cujas raízes se encontram ideais jusnaturalistas – e, portanto, não encontra simetria com as noções de modelo de sistema jurídico e/ou de teoria

De um lado, o constitucionalismo *argumentativo* ou *principialista* – considerado como a superação do positivismo jurídico, que não se mostra mais idôneo para explicar, teoricamente, as transformações levadas a cabo pelo modelo do Estado Constitucional de Direito e por isto deve ser superado – é caracterizado por três aspectos: (1) a tese da existência de uma relação conceitual entre direito e moral, restabelecida pela incorporação, nas Constituições, de princípios de justiça de caráter ético-político, resulta no conhecido *constitucionalismo ético*; (2) a idéia de que grande parte das normas constitucionais configura-se como princípios – e, portanto, são estruturalmente diferentes das regras –, que implicam valores e se encontram em constante conflito, sobretudo nos chamados *casos difíceis*; (3) o papel central atribuído à argumentação jurídica, mais especificamente à ponderação, confiada à atividade desempenhada pelos juízes.

De outro, entretanto, o *constitucionalismo garantista* – entendido como a extensão, reforço ou completamento tanto do positivismo jurídico quanto do *Estado de Direito* –, comporta três significados, tal qual ocorre com o *garantismo*¹⁵: (1) como *modelo* ou *sistema jurídico*, é a superação do *paleojuspositivismo*, em face da positivação dos princípios que também deve subjazer toda produção normativa, ampliando os limites e vínculos impostos pelas Constituições, que devem ser garantidos através do controle jurisdicional de constitucionalidade; (2) como *teoria do direito*, aborda o problema do direito constitucionalmente ilegítimo –, resultante de lacunas e antinomias –, levando em conta a tensão entre o *dever ser* (constitucional) e o *ser* (legislativo) do direito, a partir da distinção entre *vigência* e *validade*; (3) como *filosofia* e *teoria política*, consiste em uma teoria da democracia – formal e, também, substancial –, ancorada empiricamente no paradigma do *Estado Constitucional de Direito* e articulada sobre quatro dimensões correspondentes aos direitos fundamentais (de liberdade, sociais, civis e políticos¹⁶).

Observa-se, assim, que Ferrajoli defende uma normatividade forte às Constituições¹⁷, rejeitando expressamente todas as formulações do constitucionalismo *principialista* ou

do direito, de maneira que não pode ser contraposta ao *positivismo jurídico*, sobretudo quando identificado com a ideia de primado da lei.

¹⁵ Ver, para tanto, FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004, cap. XIII, p. 891-946.

¹⁶ Sobre tais categorias, consultar FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2008, p. 5-48, 121-175 e 279-370.

¹⁷ Importante esclarecer que, para Ferrajoli, o constitucionalismo juspositivista e garantista, teorizando o desnível normativo e a resultante divergência entre normas constitucionais sobre a produção e normas legislativas

argumentativo ou *antipositivista*. Em primeiro lugar, para o constitucionalismo garantista, a tese da conexão entre direito e moral resulta no conhecido *cognitivismo ético*:

É precisamente porque o constitucionalismo significa a positivação dos princípios de justiça e dos direitos humanos historicamente afirmados nas cartas constitucionais que, para ele, também vale – ao contrário daquilo que entende Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Atienza e Ruiz Manero – o princípio juspositivista da separação entre direito e moral contra aquela enésima insidiosa versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, uma vez que este princípio não quer dizer, de maneira nenhuma, que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma “pretensão de justiça”. Esta seria uma tese sem sentido, assim como não haveria sentido negar que, no exercício da discricionariedade interpretativa gerada pela indeterminação da linguagem legal, o intérprete é, freqüentemente, orientado por escolhas de caráter moral¹⁸.

Em segundo lugar, o constitucionalismo garantista considera que a crença em uma diferença qualitativa, ou estrutural, entre regras e princípios enfraquece a normatividade da Constituição:

A diferença entre a maior parte dos princípios e as regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo. A formulação

produzidas, impõe reconhecer, como sua virtual e fisiológica consequência, o direito ilegítimo, inválido por comissão ou descumprido por omissão, porque violam seu “dever ser jurídico”. E, portanto, confere à ciência jurídica um papel crítico nos confrontos do próprio direito: das antinomias, geradas pela indevida presença de normas em contraste com os princípios constitucionais; e das lacunas, geradas pela indevida falta de normas por eles implicadas e impostas. Comporta, em síntese, o reconhecimento de uma normatividade forte das Constituições rígidas, em razão da qual, estabelecido constitucionalmente um direito fundamental, 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 a ele correspondente, que compete à esfera pública.

¹⁸ Cf. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista...*, *op. cit.*, p. 21, onde o autor afirma que “o constitucionalismo juspositivista e 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. Admitirá sempre, como ponto de vista autônomo do direito e sobre o 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. Mas é precisamente esta separação que constitui o fundamento de todo liberalismo e da própria democracia constitucional. Na verdade, exatamente porque o constitucionalismo democrático reconhece e busca tutelar o pluralismo moral, ideológico e cultural que atravessa toda sociedade aberta e minimamente complexa, a idéia de que ele se funde sobre alguma objetividade da moral ou que exprima alguma pretensão de justiça objetiva coloca-se em contraste com os seus próprios princípios, antes de todos com a liberdade de consciência e de pensamento. A negação do cognitivismo ético e a defesa da separação entre direito e moral, que formam o pressuposto do constitucionalismo garantista, são, portanto, o fundamento e, ao mesmo tempo, a principal garantia do pluralismo moral e do multiculturalismo, isto é, da convivência pacífica das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedade. Mas são, igualmente, o pressuposto e a principal garantia da submissão dos juízes à lei e da sua independência, contra o cognitivismo ético-judiciário, proveniente da estranha idéia dworkiana de que existe sempre uma *única resposta justa* ou *correta*, identificada, de fato, com aquela mais acreditada e mais difundida na prática jurisprudencial”. Ver, no mesmo sentido, FERRAJOLI, *Pil*, *op. cit.*, p. 16-17.

de muitas normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, na forma dos princípios não é apenas um fato de ênfase retórica, mas tem uma indubitosa relevância política: em primeiro lugar porque os princípios enunciam expressamente, e por isso solenemente, os valores ético-políticos por eles proclamados, em relação aos quais as regras são, por sua vez, *opacas*; em segundo lugar, e sobretudo, porque eles, quando enunciam direitos, servem para explicitar a titularidade das normas constitucionais que conferem direitos às pessoas ou aos cidadãos, e por isso a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos da soberania popular. Mas, à parte o estilo, qualquer princípio que enuncia um direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correlatas, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente¹⁹.

Em terceiro lugar, o constitucionalismo garantista rejeita a técnica da ponderação, visto que sua aplicação mascara o ativismo judicial, relativizando a submissão dos juízes à lei e a certeza do direito:

A idéia de que os princípios constitucionais sempre são objeto de ponderação ao invés de aplicação ou, pior, de que podem ser ponderados com princípios morais inventados pelos juízes, gera evidentemente um perigo – do qual nem sempre os defensores desta tese parecem conscientes – para a independência da jurisdição e para a sua legitimação política. Se, na verdade, sustenta-se que os juízes não devem se limitar a interpretar as normas de direito positivo, mas estão habilitados, eles mesmos, a criá-las – ainda que através da ponderação dos princípios –, então resulta violada a separação dos poderes. E, em tempos como os atuais – de crescente tensão entre o poder político e o poder judiciário e de intolerância do primeiro com os controles de legalidade exercidos pelo segundo –, a teorização deste poder normativo dos juízes arrisca propiciar um potente argumento em favor de sua investidura política, por meio de eleição ou, pior, a sua colocação de dependente do poder executivo²⁰.

Em suma, o constitucionalismo *garantista* – defendido por Ferrajoli – configura-se como este novo paradigma jurídico, inaugurado pelo segundo pós-guerra – com o qual se

¹⁹ Cf. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista...*, op. cit., p. 34.

²⁰ Cf. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista...*, op. cit., p. 36. Anote-se, por oportuno, que o constitucionalismo garantista tem como premissa a tensão entre liberdade e poder – que atravessa a história da civilização ocidental – sobre a qual se constrói o estado de direito, cujo fundamento e finalidade são a tutela das liberdades do cidadão frente às várias formas de exercício arbitrário do poder. Por isto, defende o cognitivismo frente ao decisionismo, ao tratar dos espaços de poder que caracterizam a atividade judicial (*Diritto e ragione*, op. cit., caps. 1 e 3). Para ele, existem quatro espaços de poder específicos e insuprimíveis que devem ser reduzidos e controlados: poder de denotação, poder de verificação, poder de conotação e poder de disposição. Os três primeiros poderes são fisiológicos e constituem o chamado poder de cognição. O quarto – poder de disposição – é, precisamente, aquele no qual residem os problemas levantados por Ferrajoli. Isto porque é nele que se abrem “espaços inevitáveis de discricionariedade” que comprometem tanto o caráter cognitivo do juízo quanto a própria submissão à lei, pois “é o produto patológico de desvio e disfunção politicamente injustificadas dos três primeiros tipos de poder”(p. 146-157).

identifica o modelo garantista –, que exige uma reformulação significativa do positivismo jurídico clássico:

si el rasgo específico del *positivismo jurídico* que diferencia estructuralmente al derecho moderno de los sistemas jurídicos premodernos es, precisamente, su carácter positivo (por lo tanto, artificial y convencional); entonces, el rasgo específico del *constitucionalismo jurídico*, que diferencia al derecho de las democracias constitucionales modernas de los sistemas jurídico-positivos pre o paleoconstitucionales, es una característica no menos estructural y no menos juspositiva: la sujeción de las propias leyes al derecho, de la que también depende el deber ser del derecho, es decir, las decisiones que deben presidir a su creación, son artificiales y se positivizan a través de normas sustantivas de derecho positivo²¹.

Em tal contexto, o juspositivismo crítico é o resultado desta mudança de paradigma – impulsionada pelo advento do Estado Constitucional de Direito – que implica uma revisão radical da atividade jurisdicional, do papel da ciência jurídica, da teoria do direito e, inclusive, da própria noção de democracia²².

Ocorre que, segundo Ferrajoli, esta virada promovida pelo constitucionalismo rígido não deve ser entendida como a superação do positivismo jurídico – como se fosse uma revanche do jusnaturalismo –, mas sim como a sua expansão, o seu reforço, enfim, a sua complementação:

Existe, portanto, uma circularidade normativa entre direito e ciência jurídica, entre paradigma constitucional e teoria do direito, entre juspositivismo e garantismo. A abordagem juspositivista impõe à ciência jurídica levar o direito positivo a sério, excluindo a ideia de que as leis e muito menos as constituições sejam *flatus vocis*, mas sim positivamente existentes, de eficácia vinculante²³.

Em suma, para Ferrajoli, a história do constitucionalismo é a história de uma progressiva expansão da esfera dos direitos²⁴. E o positivismo jurídico é um elemento essencial desta história, desde que devidamente compreendida sua evolução e, sobretudo, sua adaptação ao modelo do Estado constitucional de direito.

²¹ Ver FERRAJOLI, *Epistemologia...*, op. cit., p. 267; e, ainda, FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, n. 16, 2006, p. 9.

²² Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, p. 31-32. Na mesma linha, ver PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Curitiba, n. 22, p. 31-65, 2003.

²³ Cf. FERRAJOLI, *PiI*, op. cit., p. 35-36.

²⁴ Cf. FERRAJOLI, *Epistemologia...*, op. cit., p. 277.

Na mesma direção, aliando-se à proposta de Ferrajoli, Prieto Sanchís afirma categoricamente que, de um lado, o garantismo necessita do constitucionalismo para tornar realidade o seu programa e, de outro, o constitucionalismo alimenta-se do projeto garantista para condicionar a legitimidade do poder ao cumprimento de certas exigências morais que se condensam nos direitos fundamentais²⁵.

É neste sentido, portanto, que deve ser lida a fórmula ferrajoliana segundo a qual o *constitucionalismo é a outra face do garantismo*²⁶; e, a partir dela, afirmar que – ao contrário da associação frequentemente feita na América Latina – o *garantismo é a antítese do neoconstitucionalismo*.

Observa-se, portanto, que o *constitucionalismo garantista* configura-se como um novo paradigma do direito e da democracia, visto que designa um projeto normativo que exige ser realizado através da construção de garantias idôneas aliadas a instituições de garantia²⁷, mediante políticas realizadas através de uma legislação dotada da maior precisão semântica possível, a ser controlada pela ciência jurídica, nos moldes do programa iluminista traçado por Filangieri, Bentham e Romagnosi²⁸.

²⁵ Ver, para tanto, 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, p. 325-354, 2008.

²⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y demoracia*. Madrid: Trotta, 2006, p. 16; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, op. cit., p. 348; FERRAJOLI, *Epistemología...*, op. cit., p. 277; FERRAJOLI, *Pil*, op. cit., p. 35; FERRAJOLI *Democracia y garantismo*, op. cit., p. 65.

²⁷ Eis, aqui, uma das principais lacunas do garantismo: seguindo a linha cognitiva traçada por Kelsen, a interpretação e a aplicação do direito não constituem questões centrais do pensamento de Ferrajoli, que formula a seguinte definição: (D6.6) “Dato un significato, chiamo *interpretazione il suo accertamento*” (FERRAJOLI, *Pil*, op. cit., p. 336). Tal crítica vem assinalada por Atienza: “Ferrajoli, al considerar el derecho esencialmente como un conjunto de normas, de reglas, tiende a pensar que en la aplicación del derecho lo que existe es algo así como subsunción y discrecionalidad, al tiempo que es notablemente escéptico a proposito de la ponderación [...] El resultado es una teoría poco desarrollada de la interpretación y de la argumentación jurídicas y una carencia de instrumentos teóricos con los que poder dar cuenta de un aspecto importante de nuestra practica jurídica: la que concierne a los casos difíciles en materia de derechos fundamentales” (ATIENZA, Manuel. Tesis sobre Ferrajoli. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, p. 213-216, 2008, p. 215). Na mesma linha, criticando a postura dos positivistas, cumpre referir a forte crítica de García Figueroa (*Criaturas de la moralidad...*, op. cit., p. 247): “¿Por qué se detienen en la etapa preinterpretativa y merodean por la interpretativa, pero no se atreven a dar el salto a la etapa postinterpretativa, argumentativa? A veces parece que algunos autores sean tan conscientes de las devastadores consecuencias que dar este paso tiene para el positivismo jurídico, que simplemente parecen extremar su positivismo para evitar esa consecuencia”. No Brasil, Alexandre Moraes da Rosa criticou o apego de Ferrajoli à dimensão semântica da linguagem, apontando para uma espécie de *otimismo semântico* do mestre italiano, que apostaria, ingenuamente, em uma técnica legislativa apurada capaz de colmatar o problema da polissemia dos signos, negligenciando, por assim dizer, todos os avanços percorridos pela hermenêutica nas últimas décadas.

²⁸ Cf. FERRAJOLI, *A democracia através dos direitos...*, op. cit., ; e, no mesmo sentido, ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Entrevista a Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 523-524. No Brasil, Alexandre Moraes da Rosa criticou o apego de Ferrajoli à dimensão semântica da linguagem, apontando para uma espécie de *otimismo semântico* do mestre italiano, que apostaria, ingenuamente, em uma técnica legislativa apurada capaz de colmatar o problema da

3. LUIS PRIETO SANCHÍS E SEU CONSTITUCIONALISMO POSITIVISTA (FLEXÍVEL)

Luis Prieto Sanchís é um importante jurista espanhol, professor Catedrático de Filosofia do Direito da Universidad Castilla La Mancha, conhecido especialmente em razão de sua participação, desde o início, das obras de Miguel Carbonell que buscavam eluciar e caracterizar o paradigma neoconstitucional.

Em sua obra, reconhece que, após as transformações advindas com o surgimento do paradigma do Estado Constitucional de Direito, a teoria positivista tornou-se obsoleta sob três aspectos: a *teoria das fontes*, eis que a lei perde a sua hegemonia; a *teoria da norma*, em face do surgimento dos princípios – que, todavia, para ele não se diferenciam qualitativamente das regras²⁹ –; e a *teoria da interpretação*, em decorrência da insuficiência da lógica da subsunção e da discricionariedade judicial³⁰.

Prieto Sanchís entende, resumidamente, que a teoria do direito neoconstitucionalista é o positivismo jurídico de nossos dias, concordando, assim, com a posição sustentada por Paolo Comanducci³¹. Isso não significa, entretanto, que ele seja um adepto propriamente do neoconstitucionalismo, mas apenas que defende o positivismo normativista aliado àquela que considera uma das mais estimulantes orientações do atual pensamento jurídico: o garantismo, de Ferrajoli³².

polissemia dos signos, negligenciando, por assim dizer, todos os avanços percorridos pela hermenêutica nas últimas décadas.

²⁹ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, onde o autor sustenta uma tese *fraca* da distinção entre princípios e regras.

³⁰ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 28.

³¹ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158; e, igualmente, COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p.75-98.

³² Ver, para tanto, PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional...*, *op. cit.*, p. 105: “A diferencia de numerosos desarrollos neoconstitucionalistas que, como hemos indicado, tienden a ver en la Constitución el compendio de la moral pública de la modernidad, abdicando de la rigurosa separación positivista entre Derecho y moral y, consiguientemente, del punto de vista externo y crítico, para adoptar una actitud moral y políticamente complaciente frente al Derecho positivo, el garantismo se muestra muy firmemente anclado en la mejor tradición ilustrada. En consecuencia, defiende una concepción del Estado como instrumento al servicio de la protección de los derechos, que aparecen así como valores moralmente externos al orden jurídico y que desempeñan frente al mismo una permanente función crítica; lo que conduce a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado” (Ferrajoli). Sobre a afinidade entre os pensamentos de Prieto Sanchís e Ferrajoli, consultar ainda: Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis.

Segundo Prieto Sanchís, quatro seriam os principais sentidos que, freqüentemente, são atribuídos ao neoconstitucionalismo – (a) um *modelo de Estado de Direito*, (b) uma *teoria do direito*, (c) uma *ideologia* ou *filosofia política*, (d) uma *filosofia jurídica*³³ –, embora sua análise recaia somente sobre os dois primeiros.

De um lado, o neoconstitucionalismo é entendido como a representação do *Estado Constitucional de Direito*, que se caracteriza pela presença dos seguintes elementos: (1) a Constituição é uma norma como qualquer outra, e não uma orientação moral dirigida ao legislador; (2) a Constituição é a norma suprema que condiciona a validade de todo o ordenamento jurídico; (3) a Constituição possui força vinculante, de maneira que sua aplicação não depende de qualquer outro ato jurídico; (4) a Constituição deve ser garantida judicialmente, através do controle de constitucionalidade desempenhado por órgãos específicos; (5) a Constituição é marcada por um denso conteúdo normativo – formado por princípios, direitos e diretrizes – cujos destinatários são todos os cidadãos; (6) a Constituição é dotada de rigidez, de tal modo que eventuais maiorias legislativas não estão autorizadas a alterar determinadas cláusulas³⁴.

Mais recentemente, em eus últimos escritos, insistindo na idéia de que o neoconstitucionalismo deve se entendido como uma *nueva cultura jurídica*, Prieto Sanchís apresenta-o através da denominação *constitucionalismo de los derechos*, para o qual a Constituição é concebida como (1) *material*, eis que provida de denso conteúdo substantivo, formado por normas que expressam valores, princípios, direitos ou diretrizes; (2) *garantidora*, de maneira que sua proteção e aplicação consiste em tarefa confiada ao juízes; (3) *onipresente*, na medida em que suas normas se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico, limitando, inclusive, os espaços de atuação do legislador; (4) *principialista*, já que sua regulação não se dá mais somente através de regras, mas de direitos que abarcam uma pluralidade de “mundos constitucionalmente possíveis”; (5) *aplicável através da ponderação*, cuja finalidade é oferecer uma forma de argumentação racional que permite construir uma hierarquia móvel entre os princípios em colisão no caso concreto; (6) *modelo argumentativo*,

“Principia iuris”: una teoría del derecho no neo-constitucionalista para el Estado constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, p. 325-353, 2008.

³³ Cf. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional...*, op. cit., p. 101-102.

³⁴ Cf. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional...*, op. cit., p. 107-117.

no qual não se distinguem a esfera da legislação da esfera constitucional, de maneira que todo problema jurídico possa ser constitucionalizado³⁵.

De outro lado, o neoconstitucionalismo corresponde à nova *teoria do direito* que deve descrever e explicar este modelo, levando em conta os seguintes aspectos:

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 legislativas³⁶.

Esta nova teoria do direito – que pressupõe, como já referido, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e uma nova teoria da interpretação – não se opõe à chamada discricionariedade judicial, que é vista por Prieto Sanchís como “algo más o menos irremediable, pero non aconsejable”³⁷.

Ocorre que, divergindo da posição assumida por García Amado – contrária à ponderação, mas favorável à discricionariedade judicial – Prieto Sanchís afirma que o dilema entre decisão discricional e decisão ponderativa é falso, uma vez que

la ponderación no puede ser entendida como un sustituto de la decisión judicial, diciendo algo así como que, gracias a la misma, por boca del juez habla de modo infalible una Constitución objetiva y plenamente cognoscible (eso sí, sólo para el interprete) [...] a poderación proporciona un modelo de justificación que obliga (que pretende obligar al interprete a mostrar las razones en cuya virtud a partir de un juicio de relevancia acerca de la concurrencia de dos normas en conflicto se desemboca en una decisión que privilegia a una de ellas en detrimento de otra³⁸.

Observa-se, assim, que Prieto Sanchís busca, através do juízo de ponderação, reduzir os espaços de discricionariedade, destacando, inclusive, que a atividade judicial deve adotar como inspiração o princípio da resposta correta:

³⁵ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 213-222; e, ainda, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 101.

³⁶ Cf. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional...*, op. cit., p. 117-135.

³⁷ Cf. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional...*, op. cit., p. 128-129.

³⁸ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. Replica a Juan Antonio García Amado. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 265-288. Ainda sobre a ponderação, ver PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional...*, op. cit., p. 175-216; e PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 143-150.

Por eso también una de las peculiaridades de la actividad judicial es que el principio de unidad de solución justa o correcta se erige en criterio inspirador fundamental. Esto no significa que en las sentencias no pueda existir de hecho algún grado de discrecionalidad, sino que institucionalmente el juez viene llamado no a elegir una solución entre varias posibles, sino a adoptar sólo una solución, la correcta o la más correcta. En nuestro sistema jurídico se considera legítimo que el legislador, dentro de ciertos límites, pueda adoptar cualesquiera decisiones, incluso contradictorias, mientras que el juez ha de dictar inexcusablemente la sentencia correcta y además, como acabamos de ver, queda vinculado a sus propios criterios³⁹.

Todavía, considerando que a Constituição assume uma função transformadora que pretende condicionar de modo determinante as decisões da maioria, o autor afirma que o legislador continua ocupando o papel de protagonista, porém admite que a *última palavra* cabe, irremediavelmente, aos juízes⁴⁰:

donde antes existía discrecionalidad política ahora se alzan los principios y, consiguientemente, la ponderación y sus cultivadores, los jueces, por que donde antes existía indeterminación ahora pretende existir determinación, aunque sea la que modestamente ofrecen los principios. Que ello suponga sustituir um arbítrio por otro como pretende el legalismo menos refinado, o que, por el contrario, signifique um avance decisivo do Estado de Derecho, de manera que en lugar de decidir el legislador simplemente *lo que quiere* ahora decida el juez *lo que debe*, es algo que en buena parte depende de nostra confianza en las posibilidades y alcance de la argumentación jurídica⁴¹.

E esta é, de certo modo, exatamente a mesma aposta que fazem os representantes das teorias da argumentação jurídica.

4. JUAN ANTÓNIO GARCÍA AMADO E SEU CONSTITUCIONALISMO POSITIVISTA (RÍGIDO)

Juan António García Amado é outro renomado jurista espanhol, professor Catedrático de Filosofia do Direito da Universidad de León, igualmente vinculado ao positivismo jurídico, porém crítico do neoconstitucionalismo⁴².

³⁹ Cf. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoria...*, op.cit., p. 222-223.

⁴⁰ Cf. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional...*, op. cit., p. 110.

⁴¹ Cf. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional...*, op. cit., p. 131-132; e, igualmente, PRIETO SANCHÍS, *Apuntes...*, op. cit. p. 223, onde o autor afirma que “al legislador se le pide legitimidad; al juez, racionalidad”.

⁴² Ver, para tanto, GARCÍA AMADO, Juan António. *Razonamiento jurídico y argumentación*. Leon: Eolas Ediciones, 2013.

Uma prova disso é que, em resposta ao *constitucionalismo de los derechos* formulado por Prieto Sanchís⁴³, García Amado propõe outro *constitucionalismo positivista*⁴⁴ – esse *rígido* –, cujas características podem ser resumidas em seis teses:

- (1) as Constituições determinam somente aquilo que está claramente previsto em seus termos e enunciados;
- (2) as Constituições são abertas e, por isto, apresentam zonas de penumbra, podendo ser concretizadas de diversos modos, desde que estes não sejam contrários à semântica constitucional;
- (3) a escolha de uma maneira, entre outras possíveis, de concretizar um preceito constitucional indeterminado cabe aos intérpretes autorizados na Constituição: o legislador, os juízes e o tribunal constitucional;
- (4) os juízes e, em especial, o tribunal constitucional cumprem prioritariamente funções de controle de constitucionalidade – negativo puro –, consistente em inaplicar e declarar inconstitucional, no caso, as normas que violam a semântica dos enunciados constitucionais;
- (5) ao poder legislativo compete a função de realização constitucional, através da escolha entre as alternativas que os enunciados constitucionais permitem;
- (6) a defesa da prioridade do legislador democrático e, com isso, da soberania popular constituem o fundamento político da doutrina positivista⁴⁵.

De outro lado, entretanto, García Amado atribui ao neoconstitucionalismo outras seis teses, todas elas incompatíveis com as anteriores:

- (1) o conteúdo da Constituição não se esgota no significado de seus termos e enunciados, eis que a natureza das normas constitucionais é pré-lingüística e axiológica;

⁴³ Sobre o referido debate, ver BERNAL PULIDO, Carlos. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007, p. 292-293; também publicado em BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 16.

⁴⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007, p. 237-264.

⁴⁵ Cf. GARCÍA AMADO, *Derechos y pretextos...*, op. cit., p. 239.

- (2) as normas constitucionais são mandatos claros, em que pese sua imprecisão lingüística, de maneira que sua indeterminação é compatível com sua plena determinação material;
- (3) os intérpretes autorizados da Constituição não são chamados para escolher interpretações possíveis para os enunciados constitucionais, mas são compelidos a realizar estes mandatos materialmente determinados;
- (4) os juízes e, em especial, o tribunal constitucional cumprem funções de controle de constitucionalidade – negativo e positivo –, consistente em inaplicar e declarar inconstitucional toda norma que não leve a cabo a referida maximização;
- (5) tanto o legislador quanto, principalmente, os juízes têm acesso ao conhecimento desses conteúdos pré-lingüísticos que compõem a Constituição material e axiológica, de maneira que podem determinar a solução que o mandato constitucional prescreve para os casos concretos;
- (6) a crescente desconfiança do legislador e a correlativa fé na virtude dos juízes constituem cenário político da doutrina neoconstitucionalista⁴⁶.

Neste contexto, portanto, é que García Amado sustenta a chamada *tripartição positivista* a respeito da regulação constitucional, pois, segundo ele, há coisas que Constituição (a) diz claramente, mandando, proibindo ou permitindo; (b) sobre as quais não diz absolutamente nada; e (c) sobre as quais não sabemos se diz ou não algo, dependendo de como interpretamos seus enunciados, mas cuja regulamentação deve ocorrer no âmbito da legislação infraconstitucional⁴⁷.

No que se refere, especificamente, ao caráter garantidor da Constituição, García Amado alerta para o fato de que a visão axiológica do neoconstitucionalismo o conduz a atribuir, à aplicação judicial, uma dimensão de *controle de máximos – in dubio pro iudice* –, enquanto o positivismo, embora não negue tal caráter, caracteriza-se por um *controle de mínimos – in dubio pro legisladore* –, sendo aplicável, portanto, apenas às “normas que violem, manifestamente, a semântica dos enunciados constitucionais⁴⁸”.

⁴⁶ Cf. GARCÍA AMADO, *Derechos y pretextos...*, op. cit., p. 239-240.

⁴⁷ Cf. GARCÍA AMADO, *Derechos y pretextos...*, op. cit., p. 238, em oposição à bipartição neoconstitucionalista, segundo a qual a Constituição sempre regula todos os fenômenos (onipresença da Constituição), mesmo que, em algumas situações, isto ocorra de maneira implícita e indeterminada (regulação principialista).

⁴⁸ Cf. GARCÍA AMADO, *Derechos y pretextos...*, op. cit., p. 240-243.

Outra questão criticada por García Amado recaí sobre a tese neoconstitucionalista que distingue, qualitativamente, regras e princípios e, por consequência, sobre a tese de que a aplicação dos princípios ocorre mediante a ponderação, contra a qual opõe os seguintes argumentos:

- (1) é um procedimento irracional, uma vez que não existe um *ponderômetro*, isto é, nenhum critério intersubjetivo para determinar quando um princípio deve prevalecer em um caso concreto;
- (2) é um conceito utilizado pelos tribunais que não serve para fundamentar suas decisões, antes, assume uma função de álibi com o intuito de conferir a tais decisões uma aparência de fundamentação, legitimando, assim, o ativismo judicial;
- (3) incorre num formalismo constitucional ingênuo – que equipara o neoconstitucionalismo à jurisprudência dos conceitos –, tendo em vista que atribui aos tribunais a tarefa de encontrar o ponto de otimização entre os princípios, que institucionalizam a moral e permitem que se identifique uma única resposta para cada caso concreto, a partir da noção de constituição material;
- (4) é irrelevante, considerando que a subsunção e a interpretação oferecem uma fundamentação mais racional das decisões judiciais, na medida em que evidenciam as verdadeiras escolhas do juiz;
- (5) é problemática quando aplicada em sede de controle de constitucionalidade das leis, eis que não há razão para se acreditar que a ponderação judicial seja mais adequada do que a legislativa⁴⁹.

Ocorre que, não obstante sua resistência à ponderação, García Amado nega a existência de respostas corretas e subscreve a tese da discricionariedade judicial – na mesma linha da tradição positivista inaugurada por Kelsen e Hart –, em face da indeterminação das normas jurídicas, admitindo que os juízes dispõem de margens interpretativas dentro das quais podem escolher a soluções para os casos concretos⁵⁰.

⁴⁹ Cf. GARCÍA AMADO, *Derechos y pretextos...*, op. cit., p. 251-252.

⁵⁰ Ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? *Isegoría – Revista de Filosofía Moral e Política*, Madrid, n. 35, p. 151-172, 2006, para quem uma breve revisão histórica do pensamento jurídico moderno permite concluir que: de um lado, encontram-se as doutrinas que nega(ram) a discricionariedade judicial, como é o caso tanto da *escola da exegese* e da *jurisprudência dos conceitos* – marcadas por um *formalismo ingênuo* (séc. XIX) e pela crença no *mito do legislador racional* – quanto da

Em suma, o constitucionalismo positivista de García Amado distingue-se bastante daquele proposto por Prieto Sanchís – que se aproxima nitidamente das teorias da argumentação jurídica – e igualmente, das teses neoconstitucionalistas, apesar de conservar a tese (kelseniana e hartiana) da discricionariedade judicial, sem endossar, todavia, a técnica (argumentativista) da ponderação de princípios.

5. CONCLUSÕES

Como se interpreta e como se aplica as normas jurídicas são problemas absolutamente complexos e que constituem o grande desafio dos juristas na atualidade. Impulsionado pelo debate neoconstitucional, eles também possibilita(ram) a reconciliação entre o Direito e a Filosofia⁵¹.

Nesse contexto, a relação entre constitucionalismo e positivismo jurídico reassumiu uma posição de destaque no campo da teoria e da filosofia do direito, envolvendo diretamente temas como a relação entre direito e moral, o papel do Poder Judiciário no paradigma da democracia constitucional, a distinção entre regras e princípios, a questão da interpretação e da discricionariedade judicial, entre outros.

jurisprudência de valores, do antipositivismo de Dworkin e do neoconstitucionalismo – marcados por um formalismo nada ingênuo (séc. XX) e pela crença no *mito do juiz racional* –; e, de outro, contudo, estão aquelas doutrinas que a admitem que a discricionariedade é inevitável e, de certa forma, até mesmo positiva, como ocorre com o *realismo jurídico* – cujas raízes remetem à *escola de direito livre* e os desdobramentos resultam no movimento do *critical legal studies* – e, sob outra perspectiva, com o *positivismo normativista*, que reconhece a indeterminação das normas jurídicas e para o qual, em razão disto, a única alternativa é exigir que os juízes justifiquem, da maneira racional possível, as opções e valorações em que basearam suas decisões.

⁵¹ Sobre o tema, Ferrajoli esclarece que, durante o século XIX, a cultura jurídica promoveu seu divórcio das doutrinas filosóficas que fundamentaram e, de certa maneira, possibilitaram a moderna construção do Estado de Direito. Tal ruptura, ocorrida inclusive em disciplinas como o direito público, restou favorecida pelo surgimento e consolidação do paradigma paleopositivista, operando uma espécie de *naturalização* do pensamento jurídico, em que a *physys* predomina sobre o *nomos*. Na Itália, por exemplo, os mais ilustres pensadores – tanto de Vittorio Emanuele Orlando a Santi Romano, quanto de Arturo Rocco a Vincenzo Manzini –, antes de reconhecerem a artificialidade do objeto tratado por suas disciplinas, defenderam sua *esterilização filosófica*, a partir do método técnico-jurídico, como condição da ciência do direito (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. I. Teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 38-40). Ocorre que, após as transformações levadas a cabo a partir da consolidação do paradigma do *Estado Constitucional de Direito*, a teoria do direito reaparece como o campo de encontro entre o Direito e a Filosofia, uma vez que os juristas precisaram recorrer ao aparato conceitual oferecido pelos filósofos – especialmente pelas matrizes analítica e hermenêutica –, sobre o qual se baseiam as mais diversas correntes do pensamento jurídico contemporâneo.

Ao confrontar as teorias jurídicas de Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís e Juan García Amado – três importantes juristas que se mantêm vinculados, de algum modo, à tradição do positivismo jurídico –, o presente estudo permite articular cinco conclusões:

- (a) os acontecimentos históricos ocorridos na Europa, durante o século XX, sobretudo a formação dos regimes totalitários, resultaram no surgimento do Estado constitucional de direito e, conseqüentemente, de uma série de teorias jurídicas – fundadas nas mais diversas matrizes filosóficas – que pretendem explicar as transformações ocorridas no campo do direito⁵²;
- (b) esse novo paradigma demandou a renovação da teoria do direito, uma vez que muitos dos pressupostos e elementos que caracterizaram o positivismo normativista, de viés kelseniano, mostram-se insuficientes para responder à complexidade do direito contemporâneo;
- (c) sob o rótulo do *neoconstitucionalismo*, nos termos criados por Susanna Pozzolo, costuma-se reunir juristas que sustentam teorias distintas e que, na maior parte das vezes, sequer adotam tal nomenclatura, de maneira que se mostra recomendável a adoção de outra terminologia⁵³;
- (d) a mesma ressalva aplica-se ao *positivismo* – que, como se sabe, apresenta inúmeras variáveis desde sua versão exegética até aquelas posteriores à normativista⁵⁴ –, o que

⁵² Esta evolução constitucional – que implica o fenômeno da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos ao menos nos regimes democráticos – é um fato que, atualmente, nem mesmo os setores mais conservadores da doutrina ousam negar. Na verdade, a discussão reside, justamente, em saber se a transição do *Estado legislativo de direito* para o *Estado constitucional de direito* implica, necessariamente, o reconhecimento de um novo paradigma jurídico. Ver, para tanto, AGUILÓ REGLA, Josep. Positivism y postpositivism. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 30, p. 665-675, 2007, que analisa o percurso percorrido entre o *império da lei* e o *império da Constituição*.

⁵³ Nesse sentido, basta uma rápida leitura da nominata dos autores a quem se atribui a defesa da bandeira neoconstitucional – por exemplo: Alexy, Dworkin, Zagrebelsky e García Figueroa – e um conhecimento mínimo de suas formulações teóricas para que se verifique o sincretismo no qual incorre a doutrina neoconstitucionalista.

⁵⁴ Cf. NAVARRO Pablo. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 24, p. 133-163, 2001, p. 136, para quem o debate entre as diferentes concepções de positivismo jurídico é tão antigo quanto as reflexões teóricas acerca de suas linhas centrais. Não é à toa que, freqüentemente, encontram-se as seguintes distinções: positivo e negativo, presuntivo e formalismo, simples e sofisticado, brando e duro, includente e excludente. Por exemplo: entre aqueles positivistas que, como Hart, admitem a presença de conceitos morais nos sistemas jurídicos contemporâneos, cumpre referir o *positivismo*

pode ser facilmente verificado a partir das divergências existentes entre as teorias jurídicas de Ferrajoli, Prieto Sanchís e García Amado;

- (e) a discricionariedade interpretativa continua sendo o ponto de estofo das teorias positivistas⁵⁵ – ainda que pretensamente pós-kelsenianas –, que seguem apostando no protagonismo dos juízes, cujo combate será travado somente pelas teorias hermenêuticas⁵⁶.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILÓ REGLA, Josep. Positivism y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 30, p. 665-675, 2007.

ATIENZA, Manuel. Tesis sobre Ferrajoli. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, p. 213-216, 2008.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, p. 9-30, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *20 anos da Constituição cidadã*. São Paulo: Método, 2008. p. 203-249.

incorporacionista, de Jules Coleman; o *positivismo ético*, de Gregorio Peces-Barba; o *constitucionalismo positivista*, de Luís Prieto Sanchís; e, finalmente, o *positivismo crítico*, de Luigi Ferrajoli. Na mesma linha, a respeito dos diversos sentidos de positivismo jurídico, ver DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006, p. 66-165.

⁵⁵ Cumpre referir, aqui, a crítica oferecida por Friedrich Müller, desde a publicação de *Juristische Methodik* (1971), em que o autor emprega o termo *pós-positivismo* para designar, especificamente, as teorias que enfrentavam um problema mascarado pelo positivismo jurídico – a *discricionariedade judicial* –, através de perspectivas teóricas e práticas voltadas à questão da interpretação e da concretização do direito (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007). Na mesma linha, consultar CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21-I, p. 209-220, 1998.

⁵⁶ Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica de Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016; e, ainda, TRINDADE, André Karam. ¿Neoconstitucionalismo? La resistencia garantista de Luigi Ferrajoli y la Crítica Hermenêutica de Lenio Streck. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio. *Neoconstitucionalismo: Avances y Retrocesos*. Valencia: Tirant lo Banch, 2016. p. 135-160.

BENTO, Milani M. *Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo – postulados e diferenças*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21-I, p. 209-220, 1998.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

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

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 9-11.

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

CRUZ, Luis M. *Estúdios sobre el neoconstitucionalismo*. Mexico: Porrúa: 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008.

DUARTE, Écio Otto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. Giurisprudenza costituzionale*, Milano, v. 55, n. 3, p. 2771-2816, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Epistemologia jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y demoracia*. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, n. 16, p. 7-20, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. I. Teoria del diritto. II. Teoria della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999.

FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GARCÍA AMADO, Juan António. *Razonamiento jurídico y argumentación*. Leon: Eolas Ediciones, 2013.

GARCÍA AMADO, Juan António. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? *Isegoría – Revista de Filosofía Moral e Política*, Madrid, n. 35, p. 151-172, 2006.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 237-264.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Entrevista a Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo*. Madrid: Trotta, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Discurso de agradecimento pela medalha Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 98, p. 667-683, 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67608/70218>.

HOBBS, Thomas. *Leviatano*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

JARAMILLO, Leonardo G.; CARBONELL, Miguel (Eds.). *El Canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

MARGIOTTA, Costanza. Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, anno XXX, n. 2, p. 387-425, 2000

MATIAS, João Luís Nogueira. *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

MATTEUCCI, Nicola. Positivismo giuridico e costituzionalismo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, anno XVII, n. 3, p. 985-1100, 1963.

MAZZARESE, Tecla (Org.). *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008;

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NAVARRO Pablo. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 24, p. 133-163, 2001.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Curitiba, n. 22, p. 31-65, 2003.

POZZOLO, Susanna. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001.

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

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, p. 325-353, 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 143-150.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 213-222.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003

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

PRIETO SANCHÍS, Luis. Replica a Juan Antonio García Amado. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 265-288.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

QUARESMA, R.; OLIVEIRA, F. M. de; OLIVEIRA, M. L. P. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica de Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TRINDADE, André Karam. ¿Neoconstitucionalismo? La resistencia garantista de Luigi Ferrajoli y la Crítica Hermenêutica de Lenio Streck. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio. *Neoconstitucionalismo: Avances y Retrocesos*. Valencia: Tirant lo Banch, 2016. p. 135-160.

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

TRINDADE, André Karam. GUBERT, Robert Magalhães (Eds.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo. Ontem os códigos; hoje, as Constituições*, Porto Alegre, n. 2. 2004.