

DOIS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO: ENTRE O PRINCIPIALISMO DE DWORKIN E O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

TWO MODELS OF CONSTITUTIONALISM: BETWEEN DWORKIN'S PRINCIPALISM AND LUIGI FERRAJOLI'S GUARANTEE

Sergio Cademartori¹

Lucas Kuhn²

RESUMO

A investigação tem objeto em tematizar duas posturas distintas de abordagem relativa ao Direito, tendo por alvos o constitucionalismo garantista de Ferrajoli e o principialista de Dworkin. O intuito foi de tematizar ambas as posturas, nas suas características, para traçar um comparativo e apontar aspectos que, em conclusão, favorecem a alternativa pelo garantismo, de matriz positivista. Ainda que compartilhem de preocupações com o controle das decisões, bem como de críticas ao positivismo moderno, a diferença central é a referente à separação entre Direito e Moral, adotada no garantismo e rechaçada por Dworkin. Conclui-se que as confusões possíveis pela não adoção do corolário científico do princípio da legalidade sugerem a menor contribuição à realidade jurídica brasileira do que a possível pela adoção do garantismo, que resulta num reclame à criticidade à ciência do Direito, bem como à não relativização da normatividade dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Teoria do Direito; Luigi Ferrajoli; Ronald Dworkin.

ABSTRACT

The investigation has the object of thematizing two distinct positions of approach related to the Law, having as its target the constitutionalism guaranteeing Ferrajoli and the principialist Dworkin. The intention was to discuss both positions, in their characteristics, to draw a comparison and point out aspects that, in conclusion, favor the alternative through guarantism, of a positivist matrix. Although they share concerns about control over decisions, as well as criticisms of modern positivism, the central difference is related to the separation between Law and Morals, adopted in the guarantor and rejected by Dworkin. It is concluded that the possible confusions for not adopting the scientific corollary of the principle of legality suggest a lesser contribution to the Brazilian legal

¹ Doutor em Direito. Professor permanente dos PPGDs da Unilasalle e do UniFG. E-mail: sucademartori@gmail.com.

² Doutorando em Direito pelo PPGD da Unilasalle. E-mail: sucademartori@gmail.com.

reality than the possible one for the adoption of the guarantor, which results in a claim to the criticality to the science of Law, as well as to the non relativization the normativity of fundamental rights.

KEYWORDS: Constitutionalism; Theory of Law; Luigi Ferrajoli; Ronald Dworkin.

INTRODUÇÃO

O termo “Constitucionalismo” designa um *Estado Constitucional de Direito*, centrado numa Carta Constitucional dotada de um catálogo de direitos fundamentais, força normativa e rigidez. O Direito, e, mais ainda, o Estado que se pauta por ele, assume a tarefa de *garantir*, efetivar justamente este amplo catálogo. O problema, entretanto, é *significar* direitos fundamentais e princípios, tornar este modelo de Estado em um modelo operacional.

Isto passa pela elaboração, então, de *um modelo de Direito*, ou abordagem apta a pensar o fenômeno do constitucionalismo do segundo pós-guerra, tradição do Direito ocidental seguido pela Carta de 1988, além de várias outras que ecoam o grito humanitário – liberal e social – entoado pela Declaração Universal de Direitos Humanos.

No Brasil, e em boa parte do mundo jurídico ocidental que passou a lidar com constituições rígidas, esta elaboração passou pela crítica ao juspositivismo moderno – ou paleojuspositivismo – e também pela adoção e desenvolvimento de matrizes teóricas e abordagens que pretendiam superá-lo.

Para Ferrajoli³, isso significa a adoção de posturas teóricas ético-objetivistas ou, ainda, tendencialmente jusnaturalistas, visto que a principal característica do juspositivismo moderno é justamente a quebra da relação necessária entre Direito e Moral, e, portanto, as polêmicas consequências abstratas que isso poderia legar no que Dworkin⁴ chama de *evil law*.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho e de la democracia**: 1. Teoría del derecho. Trotta: Madrid, p.13. 2011. ISBN 978-84-9879-415-1.

⁴ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. London: Bellknap Press of Harvard University Press, p.410. 2011.

Dworkin⁵ afirma num primeiro momento – e depois aprofunda⁶ – uma concepção completamente distinta daquele paleojuspositivismo preponderante, eminentemente kelseniano e examinado à exaustão por Bobbio. O positivismo jurídico, entretanto, chega ao constitucionalismo rígido renovado na forma do *constitucionalismo garantista*: crítico, centrado nos direitos fundamentais e na questão de sua efetividade, como condição de legitimidade.

O objetivo deste artigo é tematizar, portanto, paralelamente, uma das posturas e modelos teóricos difundidos como pós-positivistas – ou, como argumenta Ferrajoli⁷, tendencialmente jusnaturalistas –, qual seja, a de Ronald Dworkin, e a abordagem juspositivista contemporânea, desenvolvida por Luigi Ferrajoli.

O objetivo é construir um panorama das correlações e disputas entre o constitucionalismo juspositivista e o constitucionalismo princípalista ou jusnaturalista contemporâneos, de forma sintética, e debater aspectos de ambas para o desenvolvimento relativo à realidade constitucional brasileira. A pesquisa é bibliográfica, e segue o método fenomenológico.

1. RONALD DWORKIN E O CONTROLE DAS DECISÕES

A obra de Ronald Dworkin é vasta e complexa, o que dificulta, mas não impossibilita um esforço investigativo sintético. O primeiro ponto de análise é a base do seu conceito de direito, o direito como integridade⁸. Após situar – sem pretensões exaurientes – esta concepção, passa-se à tematização, então, de um dos aspectos mais conhecidos de sua obra, a crítica ao positivismo jurídico e à discricionariedade jurisdicional, que deságua na tese dos direitos, propondo uma solução aos *hard cases*.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, p. 81, 1978.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p.402/403.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho e de la democracia**: 1. Teoría del derecho, p.13.

⁸ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, p.225. 1986.

1.1 O Direito como integridade

Ao delinear o seu conceito de Direito como integridade, Dworkin o faz, primeiramente, erigindo dois princípios de integridade política: o primeiro, que demanda dos legisladores uma produção legislativa que seja moralmente coerente; e o segundo, que instrui que o direito seja lido como coerente neste mesmo sentido⁹.

Aqui também presente outra ideia importante ao conceito de Direito como integridade: a coerência. Para Dworkin, é importante esclarecer ambos os princípios porque a coerência *moral* para legislar é um ponto de partida importante para a possibilidade de uma coerência como princípio adjudicativo. Seria, como o jusfilósofo afirma, dispensável em um mundo utópico, pois, nele, “[a] coerência seria garantida porque os encarregados sempre fariam aquilo que fosse perfeitamente justo e razoável”¹⁰.

Defendendo a integridade e a coerência como valores aceitos e defendidos, Dworkin¹¹ passa a erigir o que ela implica ao conceito de direito. E nisto, levanta três conceitos de direito, o *convencionalista*, o *pragmatista* e o *direito como integridade*. No primeiro, o conceito de direito se explica e extrai do conteúdo de decisões políticas passadas, ou seja, de convenções legais das quais se passa a extrair um Direito que, segundo Dworkin não teria a capacidade de ser questionado enquanto verdadeiro, mesmo que advogados e juízes discordassem sobre o seu conteúdo moral ou político. Daí se nota que o convencionalismo possui um elo com o passado, expresso nos estatutos e leis em geral promulgadas. O pragmatismo, por sua vez, é delineado cuidadosamente para ser distinto do conceito anterior:

⁹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, p. 176.

¹⁰ E continua: “Na política comum, entretanto, devemos tratar a integridade como um ideal independente se ao menos a aceitamos, porque ela pode entrar em conflito com estes outros ideais. Ela pode cobrar que suportemos legislações que acreditamos que seriam inapropriadas na sociedade perfeitamente justa e razoável e a reconhecer direitos que não acreditamos que as pessoas teriam nela. (In ordinary politics, however, we must treat integrity as an independent ideal if we accept it at all, because it can conflict with these other ideals. It can require us to support legislation we believe would be inappropriate in the perfectly just and fair society and to recognize rights we do not believe people would have there.”) DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, p.176-177.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, p. 177/180.

O pragmatista tem uma atitude cética relativa à presunção que assumimos incorporada ao conceito de direito: ele nega que as decisões políticas passadas forneçam em si mesmas qualquer justificativa para usar ou impedir o uso do poder coercitivo do estado. Ele acha a justificativa necessária para a coerção na justiça ou eficiência ou outra virtude contemporânea da decisão coercitiva em si, quando e conforme feita pelos juízes, e ele acrescenta que a consistência com quaisquer decisões legislativas ou judiciais passadas não contribui, em princípio, com a justiça ou virtude de qualquer decisão presente¹².

Para Dworkin, então, o conceito pragmatista possui um elo com o futuro, fruto, exatamente, do ceticismo em relação ao passado das convenções políticas, as quais o convencionalismo assume como a totalidade das fontes de Direito. O Direito como integridade, entretanto, rejeita e assume, paradoxal e simultaneamente, ambas as posturas, já que as "reivindicações jurídicas são juízos interpretativos e portanto combinam elementos prospectivos e retrospectivos; eles interpretam a prática jurídica contemporânea como uma narrativa política em desenvolvimento"¹³.

Daí que, para o jurista, o Direito possui um caráter inexoravelmente interpretativo. E um elo tanto com o futuro, quanto com o passado. Para elucidar essa visão interpretativa, Dworkin traz à baila o conceito de *chain novel*, onde o intérprete, como um, em uma cadeia de romancistas, deve interpretar os capítulos anteriores para, ciente dos traços dos personagens e da trama, continuar a escrever o seu destino, interpretando e

12 "The pragmatist takes a skeptical attitude toward the assumption we are assuming is embodied in the concept of law: he denies that past political decisions in themselves provide any justification for either using or withholding the state's coercive power. He finds the necessary justification for coercion in the justice or efficiency or some other contemporary virtue of the coercive decision itself, as and when it is made by judges, and he adds that consistency with any past legislative or judicial decision does not in principle contribute to the justice or virtue of any present one." DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, p.151.

13 O trecho integral é este: "O direito como integridade nega que afirmações jurídicas sejam afirmações fáticas retrospectivas convencionalistas ou os prospectivos programas instrumentais do pragmatismo jurídico. Ele insiste que reivindicações jurídicas são juízos interpretativos e portanto combinam elementos prospectivos e retrospectivos; eles interpretam a prática jurídica contemporânea como uma narrativa política em desenvolvimento. Então o direito como integridade rejeita como inútil a pergunta acerca dos juízes descobrirem ou inventarem o direito; nós entenderemos o raciocínio jurídico, como ele sugere, apenas ao ver o sentido que fazem ambos e nenhum dos dois". ("Law as integrity denies that statements of law are either the backward-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretive judgments and therefore combine backward-and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative. So law as integrity rejects as unhelpful the ancient question whether judges find or invent law; we understand legal reasoning, it suggests, only by seeing the sense in which they do both and neither.") DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, p.225.

decidindo os casos conforme a integridade. Entramos, entretanto, em outra *nuance* teórica de Ronald Dworkin, pois não são todos os cotidianos casos que são relevantes ao conceito de Direito como integridade, mas sim determinados casos difíceis (*hard cases*)¹⁴.

1.2 Os *hard cases* e a crítica de Dworkin ao positivismo

Casos não cobertos por uma lei clara ou precedente são os que se enquadram num conceito de *hard cases* (casos difíceis). Nestes casos, Dworkin¹⁵ assenta uma séria e forte crítica à discricionariedade judicial na forma adotada pelo positivismo de Hart. Se o positivismo afirma que apenas regras jurídicas enunciam um dever ao juiz de decidir em favor de alguém, por certo que na ausência de regras não há um dever, e, portanto, o juiz pode decidir em favor de qualquer das partes.¹⁶

Dworkin¹⁷, em contrapartida, defende que mesmo ausentes regras jurídicas claras, que determinem uma decisão em um sentido ou outro, os juízes ainda possuem o dever de encontrar os direitos que as partes possuem, no caso concreto. Neste passo, ele apresenta ainda o caminho para uma decisão de um *hard case*: a sua distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política (*policy*).

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, p.229.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, p.81.

¹⁶ O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando um processo particular não pode ser resolvido de forma clara por uma lei, posta por uma instituição anteriormente, então o juiz tem, de acordo com aquela teoria, uma "discrição" para decidir o caso em qualquer sentido. A sua decisão é escrita em uma linguagem que assume que qualquer das partes tinha um direito preexistente a vencer o processo, mas tal ideia é apenas uma ficção. Na verdade, ele legislou novos direitos, e então os aplicou de forma retroativa ao caso em mãos. "Legal positivism provides a theory of hard cases. When a particular lawsuit cannot be brought under a clear rule of law, laid down by some institution in advance, then the judge has, according to that theory, a 'discretion' to decide the case either way. His opinion is written in language that seems to assume that one or the other party had a pre-existing right to win the suit, but that idea is only a fiction. In reality he has legislated new legal rights, and then applied them retrospectively to the case at hand." (DWORKIN, 1978, p. 81).

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, p.82/87.

1.3 Argumentos de princípio e política: a integridade e a conexão entre Direito e Moral em Dworkin

Se não há argumentos convencionais, ou seja, que venham de convenções políticas que tenham força jurídica, para fundamentar uma decisão judicial, como proceder para encontrar uma resposta em um *hard case*? O caminho, para Ronald Dworkin, vai passar por uma distinção que ele retira da filosofia política, entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política*, cuja justificação é distinta, segundo o objetivo seja atingir um objetivo da coletividade ou proteger direitos.¹⁸

É a partir dessa distinção que Dworkin estabelece a possibilidade do que ele entende como o dever do juiz de encontrar os direitos que as partes possuem, ou a tese dos direitos. De fato, ele evidencia que os sujeitos de direito estão inseridos no relato histórico com seres concretos, ao tempo em que condensam a moralidade prevalente.¹⁹

18 "Argumentos de política [(policy)] justificam uma decisão política ao mostrar que a decisão avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para construtores de aviões, que o subsídio protegerá a defesa nacional, é um argumento de política. Argumentos de princípio justificam uma decisão política ao mostrar que a decisão respeita ou assegura os direitos de um grupo ou indivíduo. O argumento em favor das leis antidiscriminação, que uma minoria tem o direito ao igual respeito e consideração, é um argumento de princípio". ("Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. The argument in favor of a subsidy for aircraft manufacturers, that the subsidy will protect national defense, is an argument of policy. Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right. The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern, is an argument of principle.") DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, p.82.

19 A tese dos direitos, de que decisões judiciais dão força a direitos políticos existentes, sugere uma explicação que é mais bem-sucedida em ambos os lados. Se a tese se sustenta, então a história institucional não age como uma amarra ao julgamento político dos juizes, mas como um ingrediente deste julgamento, porque a história institucional é parte do plano de fundo que qualquer julgamento plausível sobre os direitos de um indivíduo deve acomodar. Direitos políticos são criaturas tanto da história quanto da moralidade: o que um indivíduo tem direito a ter, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça das instituições políticas. Então a suposta tensão entre originalidade judicial e história institucional é dissolvida: juizes devem fazer julgamentos novos sobre os direitos das partes que comparecem diante dele, mas estes direitos políticos refletem, ao invés de opor, decisões políticas do passado. Quando um juiz escolhe entre a regra estabelecida em precedente e outra nova regra que pensa mais justa, ele não escolhe entre história e justiça. Ele faz um julgamento que requer um compromisso entre considerações que normalmente estão combinadas em qualquer cálculo de direito político, mas aqui competem: "The rights thesis, that judicial decisions enforce existing political rights, suggests an explanation that is more successful on both counts. If the thesis holds, then institutional history acts not as a constraint on the political judgment of judges but as an ingredient of that judgment, because institutional history is part of the background that any plausible judgment about the rights of an individual must accommodate. Political rights are creatures of both history and morality: what an individual is entitled to have, in civil society, depends upon both the practice and the

Nessa ideia, especialmente, pode-se ver um aspecto relevante da visão que Ronald Dworkin trabalha e defende em sua obra: a problemática da relação entre o Direito e a Política, que é relevante em contextos de *common Law*. Por exemplo, quando ele se refere à questão do julgamento político dos juízes, o que poderia evitar que isso fosse visto como decisionismo? Até que ponto afirmar que uma natureza política dos julgamentos, e uma responsabilidade política aos juízes implica afirmar que se deve decidir por razões políticas pessoais de cada juiz?

A resposta é: *integridade*:

O princípio adjudicativo da integridade instrui os juízes a identificar os direitos e deveres legislados, tanto quanto possível, assumindo que eles todos foram criados por um autor singular – a comunidade personificada – expressando uma coerente concepção da justiça e da equidade. Nós formamos nossa terceira concepção do direito, nossa terceira visão sobre quais direitos e deveres fluem das decisões políticas do passado, ao reafirmar esta instrução como uma tese sobre os fundamentos do Direito. De acordo com o Direito como integridade, afirmativas jurídicas são verdadeiras se elas figuram como ou subscrevem os princípios de justiça, equidade e devido processo legal que fornecem as melhores interpretações construtivas da prática jurídica da comunidade²⁰.

A saída de Dworkin, portanto, é apostar na integridade como uma tentativa de suplantar uma teoria *negativa* de lacunas – no sentido kelseniano – com, justamente, a tese da resposta correta. Apostando, portanto, em um primeiro momento de sua obra, no que

justice of its political institutions. So the supposed tension between judicial originality and institutional history is dissolved: judges must make fresh judgments about the rights of the parties who come before them, but these political rights reflect, rather than oppose, political decisions of the past. When a judge chooses between the rule established in precedent and some new rule thought to be fairer, he does not choose between history and justice. He rather makes a judgment that requires some compromise between considerations that ordinarily combine in any calculation of political right, but here compete". DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, p.87.

20 "The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author—the community personified—expressing a coherent conception of justice and fairness. We form our third conception of law, our third view of what rights and duties flow from past political decisions, by restating this instruction as a thesis about the grounds of law. According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice." **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, p.225.

Olney²¹, chama de flerte com a hermenêutica filosófica de Gadamer, no sentido de tratar as lacunas não apenas como passíveis de colmatação, mas esta integração como o *coração* do discurso político.

1.4 Justiça para ouriços: o Dworkin tardio

“Justiça para Ouriços”²² não apenas é um dos maiores livros de Dworkin, mas também onde faz as maiores alterações e reposicionamentos de sua obra. Primeiramente, porque visa a reformular o conceito de Direito como integridade, como afirma Olney²³. Isto passa pela crítica de seu posicionamento anterior, que instrui *como* um juiz deverá agir tendo em vista a integridade, mas não *por quê* agir com integridade²⁴.

Para resolver o problema, Dworkin irá apostar na *unidade*, como uma forma diferente de tratar a integração buscada pelo direito. O movimento, que renegará a abordagem gadameriana de apostar na compreensão como a construção de pontes nas lacunas, é

“[...] um ato colonizante, uma tentativa de forçar coerência e sentido. Este esforço só pode produzir uma falsa forma de fechamento, na qual o intérprete afirma ter descoberto a verdade que ele mesmo, de fato, criou. Em nome da verdade, o ouriço elimina a possibilidade da compreensão²⁵”.

²¹ OLNEY, Charles. **The Differend of Justice: Violence and Redemption in Dworkin's Justice for Hedgehogs**. Journal of the American Philosophical Association, Cambridge, v. 5, n. 2, p. 159, 2019. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-the-american-philosophical-association/article/differend-of-justice-violence-and-redemption-in-dworkins-justice-for-hedgehogs/689D9191D03EB18C854AE5D724683B1A>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

²² DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. 2011.

²³ OLNEY, Charles. **The Differend of Justice: Violence and Redemption in Dworkin's Justice for Hedgehogs**, p. 160.

²⁴ OLNEY, Charles. **The Differend of Justice: Violence and Redemption in Dworkin's Justice for Hedgehogs**, p. 160.

²⁵ “[...] a colonizing act, an attempt to compel coherence and meaning. This effort can only produce a false form of closure, in which the interpreter claims to discover truth that she herself has in fact created. In the name of truth, the hedgehog eliminates the possibility of understanding.” OLNEY, Charles. **The Differend of Justice: Violence and Redemption in Dworkin's Justice for Hedgehogs**, p. 163.

Ainda, entretanto, Olney²⁶ afirma não haver uma distinção tão massiva nestas abordagens de Dworkin, quem, para ele, continua apostando em uma narrativa de redenção, onde as lacunas – ou diferenças – possuem o potencial para a recuperação da ordem. “Justiça para Ouriços” é a aposta em um sistema unificado de valores que coloca o Direito como ramo da moralidade política²⁷, como tentativa de justificar a escolha de tratar o Direito como íntegro e, ao mesmo tempo, superar a oposição entre os sistemas normativos da Moral e do Direito: ao colocá-lo como ramo da moralidade política, que por sua vez é ramo da moral, preserva portanto o intento de coerência que já existia na sua argumentação pelo interpretativismo, que afirmava a moralidade como parte do esforço interpretativo jurídico – e necessariamente, conectando Direito e Moral no sentido de que as reivindicações jurídicas se afirmam a partir de leituras morais.

1.5 A *Common Law* e o problema da determinabilidade do Direito

Dworkin é um jusfilósofo norte-americano, o que se traduz na necessidade de pensar a sua proposta de um Direito como integridade situando a discussão e pensamento também dentro de um debate muito diverso daquele que ocorre em países como o Brasil, se isso já não fosse suficientemente evidente pelos aspectos sociohistóricos tão particulares já levantados, por exemplo, por WOLKMER²⁸, em todas as contradições internas²⁹.

A formação histórica do fenômeno jurídico em países de tradição anglo-saxã, como os EUA, difere fortemente da historicidade que se apresenta no Brasil. Este último acaba por herdar uma tradição de *civil law*, e um Direito formalista pautado em codificações. Não por meras razões de estilo que, por exemplo, o próprio Código Civil descreve as fontes do

²⁶ OLNEY, Charles. **The Differend of Justice: Violence and Redemption in Dworkin's Justice for Hedgehogs**, p. 164.

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p.405.

²⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, p. 89. 2015.

²⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**, p.49/50.

Direito³⁰ e esboça uma Teoria do Ordenamento Jurídico³¹, no que se conhecia como Lei de Introdução ao Código Civil, e que agora se desenha como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Um dos aspectos de maior relevância para contextualizar a diferença entre ambas as culturas jurídicas é pensar que a tradição jurídica estadunidense é construída ao redor de uma Constituição. Por outro lado, a tradição dos países de *civil law* é centrada na legislação codificada civilista, ou seja, de direito privado, numa tradição constitucional moderna onde as constituições meramente enunciavam intenções políticas sem força normativa, e nenhum rol de direitos fundamentais ou garantias.

O constitucionalismo do segundo pós-guerra introduz em países desta tradição um rol de Direitos Fundamentais e garantias positivados, além de uma solidificação dos procedimentos políticos e legislativos e estabelecimento de vínculos e limites ao exercício dos mesmos, até para a sua conservação³²; o constitucionalismo estadunidense, por sua vez, se constrói, historicamente, muito mais centrado na atividade judicial³³. Basta, para fins exemplificativos, citar o fato de que o controle de constitucionalidade nos EUA se afirma a partir de um caso, *Marbury vs Madison*, enquanto aqui navegou inconstantemente, avançando ou recuando de acordo com o estabelecido nas sete (ou oito) Constituições Federais que já teve o Brasil desde que se tornou República.

Para fins de melhor elucidar, entretanto, a grande diferença entre as duas culturas e contextos jurídicos em questão, pode-se também perceber a diferença como sendo entre:

a) uma reflexão sobre um Direito construído de cima para baixo pelo Estado, com o

30 Estabelece, o Art. 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

31 Mais notadamente, nos Artigos 1º, 2º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, ressalte-se, é o *Decreto-lei nº 4.657 de 1942*, cujas maiores alterações se deram às décadas de 50 e 60, e a única grande mudança pós-Constituição de 1988 foi *ampliar o seu alcance e renomeá-la*, além de breve alteração em norma removendo o Art. 1º, §2, que falava sobre uma hipótese de vigência de leis estaduais estabelecidas por autorização do Governo Federal.

32 FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho e de la democracia**: 1. Teoría del derecho, p. 723.

33 BLANCO VALDÉS, R. **El valor de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

estabelecimento de códigos que submetem o juiz à Lei, na *civil law*, ou b) um pensamento de um Direito construído de forma jurisprudencial, de baixo para cima³⁴.

Shapiro³⁵ exemplifica a diferença nos dois universos jurídicos: onde o desenvolvimento jurídico é mais institucional e difuso, ser um positivista passa por um estudo das doutrinas desenvolvidas nos tribunais, tarefa que aqui poderia ser conferida à sociologia do Direito.

A linguagem, ainda, indica de forma nítida a diferença de culturas: a jurisprudência aqui tida como fonte subsidiária de Direito é o termo que define, nos EUA, a Teoria do Direito – ou o que Dworkin³⁶ chama de *concepção doutrinária de Direito*, ou seja, uma concepção sobre como descobrir qual o Direito que existe e que deverá ser aplicado em casos concretos, esquema no qual ele inclui o positivismo jurídico e o interpretativismo, sua concepção anterior de Direito como integridade que, como se viu, foi substituída por este esquema unificado que inclui o Direito como ramo da moralidade política.

34 Em contraste a um planejamento de cima para baixo característico a algumas formas de legislação, o raciocínio da common law representa o paradigma do planejamento jurídico de baixo para cima. Consideremos por exemplo o desenvolvimento do ilícito de negligência. Até a parte inicial do século vinte, as cortes estavam em sua maioria contentes em desenvolver regras bem específicas para cada caso em relação aos deveres cíveis de cautela. Deveres eram classificados baseados na capacidade do réu (adulto, criança, cego, mentalmente incapaz), relação do réu com a propriedade (dono, locatário, fiador), e o tipo de relacionamento que o réu tinha em relação com a vítima (réu como transportador, produtor, vendedor, locador; vítima como passageiro, cliente, empregado, locador, estranho). As cortes então começaram a aumentar os padrões de responsabilidade e eventualmente consolidaram a regra moderna da negligência, que afirma que todos devem a todos os outros uma cautela razoável. (“In contrast to top-down planning characteristic of some forms of legislation, common law reasoning represents the paradigm of bottom-up legal planning. Consider for example the development of the tort of negligence. Until the early part of the twentieth century, courts were mostly content to develop very case-specific rules regarding the civil duties of ordinary care. Duties were classified based on the capacities of the defendant (adult, child, blind, mentally challenged), relationship of the defendant to property (owner, renter, bailee), and the kind of relationship the defendant bore to the victim (defendant as common carrier, manufacturer, salesman, employer, landlord; victim as passenger, customer, employee, renter, stranger). Courts then began to broaden the standards of liability and eventually settled on the modern rule of negligence law, which holds that everyone owes everyone else a duty of reasonable care.”) SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, p.198. 2011.

³⁵ SHAPIRO, Scott J. **Legality**, p. 118/119.

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p.402.

2. LUIGI FERRAJOLI E O GARANTISMO: POSITIVISMO CRÍTICO E APLICAÇÃO DA LEI

Luigi Ferrajoli (re)inaugura o juspositivismo sob novas bases, com uma perspectiva bem diversa da de Ronald Dworkin. Primeiro, porque se situa em uma tradição de *civil law*. Segundo, porque tem como ponto de partida jusfilosófico a obra de Norberto Bobbio. Terceiro, mas não menos relevante, porque constrói seu manancial teórico em um contexto histórico diferente, orientando a produção para um fenômeno jurídico diverso daquele dos positivistas que o antecedem na mesma tradição (Kelsen e, especialmente, Bobbio).

O juspositivismo, em sua formulação moderna inaugura a cisão entre direito positivo e direito natural, identificando o primeiro com o Direito. Retirando, então, a sedimentação linguística, a própria separação entre Direito e Moral se dá, no campo teórico, a partir da identificação do Direito exclusivamente ao conceito de direito positivo³⁷.

E é construindo sob esta perspectiva, de que o direito equivale à sua normatividade, que Hans Kelsen³⁸ estabelece uma visão clara não apenas do direito, mas também da reflexão sobre o mesmo como uma ciência, específica a um objeto: a normatividade do direito positivo. Na Teoria Pura do Direito, a pureza é delineada nos seguintes termos:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental³⁹.

O intento kelseniano delineado, portanto, é o de construir um estatuto científico para abordagem da ciência jurídica ao seu objeto de estudo, colocando, portanto, a separação entre Direito e Moral como a utilização do princípio da legalidade para definição do objeto

³⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, p.26. 1995.

³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, p.1. 1998.

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 1.

científico. Ferrajoli⁴⁰ afirma este traço como sendo o núcleo constitutivo do direito moderno, que define portanto o Estado (moderno) como o local de produção do Direito.

Entretanto, Ferrajoli⁴¹ vê o constitucionalismo rígido – e todo o cenário jurídico ocidental do segundo pós-Guerra – como um chamado para um segundo positivismo jurídico, que vai atender a uma mudança empírica: a constitucionalização do projeto jurídico da paz e dos direitos humanos em sentido amplo, incluídos os direitos fundamentais sociais no plano interno.

Este segundo positivismo jurídico é a construção do *constitucionalismo garantista*, que irá renovar e avançar de forma crítica sobre as bases do positivismo moderno – ou primeiro positivismo – também criticando algumas das formulações contemporâneas do constitucionalismo principialista, como se verá.

2.1 O garantismo: breve conceituação e contextualização

Quando se alude ao garantismo, deve-se atentar para o fato de que há diversos significados para o termo. Com efeito, ele pode ser descrito, como alude Ferrajoli⁴², como um *modelo normativo de Direito*, e, portanto, sempre a ser pensado como *modelo ideal*, ou ainda, *modelo limite*, nunca plenamente realizável. Como modelo normativo de Direito, é descrito como um *modelo cognitivo*, que visa reduzir a violência e maximizar a liberdade, enquanto limita o poder punitivo do Estado.

Ainda, é também uma vertente constitucionalista, que interpreta as constituições que seguem o ocaso da Segunda Guerra Mundial como *um complemento de uma*

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**, p.61.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**, p. 12.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Trad. De P.A. Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, p.851. 1995.

*democracia constitucional*⁴³. Nesse âmbito, o estabelecimento de constituições significa uma

[...] posituação do 'dever ser' constitucional do próprio direito, que permite a democratização dos seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais e sobre os quais se funda a dimensão substancial da democracia constitucional. Graças ao primeiro positivismo jurídico, foi confiado o 'quem' e o 'como' da produção normativa a sujeitos politicamente representativos dos governos. Graças ao segundo, foi vinculado o 'quê' das normas produzidas à garantia dos seus interesses e necessidades vitais⁴⁴.

Ferrajoli⁴⁵ caracteriza então, o garantismo enquanto *modelo de direito*, a partir do reconhecimento dos vínculos que a entrada dos princípios e direitos fundamentais nas constituições rígidas do segundo pós-guerra significam. Ainda, entretanto, o garantismo enquanto Teoria do Direito, é juspositivista, mas com duas relevantes mudanças: a) primeiramente, o garantismo afirma uma distinção clara entre validade e vigência: um direito pode ser vigente, ainda que inválido; b) em decorrência dessa margem irreduzível de ilegitimidade⁴⁶, o garantismo quebra com o caráter acrítico do paleojuspositivismo, dado o caráter valorativo dos juízos de validade. De fato, ao comparar não já as condições *formais* de edição das normas (competência e procedimento), mas os *conteúdos materiais* entre o que dispõem de um lado a norma superior e de outro a inferior, o juízo de adequação sempre poderá variar de acordo com o intérprete⁴⁷.

Para isto, o garantismo vai *afirmar* novamente a separação entre Direito e Moral, como corolário da estrita submissão dos juízes à Lei, o que, como afirma Ferrajoli⁴⁸, impede a derivação do Direito a partir de concepções pessoais de justiça, assim como assevera a

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, L., STRECK, L. L. e TRINDADE, A. K. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.23. 2012.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**, p.23.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**, p. 24/26.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, p.38. 2006.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal, p.874.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**, p.25.

autonomia crítica do ponto de vista da sociedade ao valorar o direito (ponto de vista externo), reafirmando a democracia assentada, justamente, na separação dos poderes.

2.2 O garantismo e a jurisdição como cognição

A partir deste breve desenho, o garantismo se configura como um *modelo cognoscitivo de interpretação e aplicação do Direito*. E a aplicação se dá, como reafirma Ferrajoli⁴⁹, numa relação entre saber e poder: ficam correlacionados numa decisão que combina o conhecer (*veritas*) e o decidir (*auctoritas*), mas onde, quanto menor o saber, maior será o poder e vice-versa.

Entretanto, os problemas epistemológicos acerca da impossibilidade de uma verdade absoluta - tal qual o problema da irreduzibilidade completa de margens semânticas de um texto legal - não autorizam um ceticismo estéril. Ainda, a entrada de princípios nas constituições rígidas do segundo pós-guerra também não é um convite ao relativismo interpretativo.

Ferrajoli⁵⁰ reafirma que a indeterminação, devida às margens linguísticas dos textos legais e também dos constitucionais não anula o caráter cognitivo e nem a tarefa dos juízes constitucionais de aplicarem as normas constitucionais. O próprio dever-ser interno do Direito serve, como afirma o jusfilósofo “para promover un lenguaje constitucional más preciso y riguroso⁵¹”.

Designa, então, à Ciência Jurídica, a crítica tarefa de apontá-las, e aos juízes que, então, procedam em eliminar normas inválidas, ou determinem ao legislativo que sejam supridas as lacunas⁵². Com isto, adota o constitucionalismo rígido como um projeto político cuja realização depende tanto de sua expansão, quanto de uma ciência jurídica permanentemente crítica, ante o caráter irreduzível das margens de ilegitimidade.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**, p.46.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**, p. 64/65.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**, p.64.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**, p.34.

Tais proposições garantistas, como a estrita submissão do juiz à Lei, não possuem um caráter de redução do Juiz ao aspecto de *boca da lei*, mas sim um cuidado que, mesmo reconhecendo a necessidade de uma teoria argumentativa, há ainda limites para a interpretação, principalmente em tempos contemporâneos em que as hostilidades dos demais poderes podem tornar vulnerável a legitimidade democrática do Judiciário, podendo “[...] propiciar um potente argumento em favor de sua investidura política, por meio de eleição, ou pior, a sua colocação de dependente do Poder Executivo⁵³.”

Ainda, entretanto, há lugar para uma teoria da argumentação, segundo Ferrajoli⁵⁴, para ponderar não a normatividade dos princípios e direitos fundamentais, mas sim, no molde juspositivista calcado na separação dos poderes, ponderar as circunstâncias fáticas, e orientar a fundamentação racional das decisões tomadas nos espaços discricionários das normas não só constitucionais, como infraconstitucionais.

2.3 O garantismo e a crítica ao constitucionalismo principialista; a aposta renovada na separação entre Direito e Moral

Um dos grandes incentivos empíricos à adoção das posturas constitucionalistas principialistas, como a de Dworkin, foi a entrada de princípios nas constituições, com força normativa, um fenômeno distinto do ordenamento construído ao redor de uma legislação civilista eminentemente dotado de regras. Para Ferrajoli⁵⁵, um dos marcos distintivos entre as duas correntes constitucionalistas é justamente o tratamento dado aos princípios.

O intento de integração, visto por Olney⁵⁶, se traduz num tratamento que diferencia regras e princípios, colocando-os como estruturalmente distintos cuja interpretação sempre pende à ideia de ponderação, de conciliação. Nisto, portanto, a contribuição

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**, p.46.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**, p.53.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**, p.18/19.

⁵⁶ OLNEY, Charles. **The Differend of Justice: Violence and Redemption in Dworkin's Justice for Hedgehogs**. p. 164.

dworkiniana tende a enfraquecer a força normativa dos princípios, já que os coloca sujeitos à ponderação judicial, enquanto a abordagem garantista dos princípios

[...] caracteriza-se por uma normatividade forte, de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não de todos) princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias⁵⁷.

O tratamento destes princípios constitucionalizados como princípios morais é, como aponta Ferrajoli⁵⁸, o fundamento para a afirmação de que a separação entre Direito e Moral é tornada obsoleta ou superada, pela incorporação da Moral ao Direito. Opera-se assim uma retomada da conexão *necessária* entre Direito e Moral operada pelo principialismo, ou neoconstitucionalismo, como muitos autores o denominam⁵⁹, já que a conexão *contingente* entre as duas áreas, como é óbvio, nunca foi negada pelo positivismo. Esta posição se embasa no pressuposta da existência de apenas *uma* moral objetiva, o que propiciaria a postura de mero cognoscitivismo moral para os intérpretes⁶⁰.

As implicações vistas por Ferrajoli⁶¹ nessa adoção da tese da conexão necessária entre Direito e Moral deságuam em um abraço ao objetivismo moral, visto que colocam os princípios como valores morais compartilhados. Acaba, portanto, por prejudicar o caráter laico da separação entre Direito e Moral que não apenas os afirma como normatividades distintas, mas reciprocamente autônomas, bem como reconhece que não há como falar em “*a Moral*”, mas sim em *uma* moral específica entre outras.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**, p.18/19.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político. Trotta: Madrid, p.97. 2014.

⁵⁹ CARBONELL, M. (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

⁶⁰ Esta tesis se funda, pues, en la idea de que existe, no una pluralidad de concepciones morales y políticas diversas y a veces en conflicto, sino la moral; y que esta se identifica, en todo o en parte, con el conjunto o con la mayor parte de los valores establecidos por las actuales constituciones democráticas. Por tanto, para quienes sostienen una idea semejante, los principios formulados en nuestras constituciones —la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales— no son simplemente valores de justicia compartidos y firmemente defendidos por ellos, sino principios y contenidos de justicia «verdaderos» y, en algún misterioso sentido de la palabra, «objetivos». FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político, p.100.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político, p.102/103.

Sob esta égide, afirmar um objetivismo moral que reclama valores morais como universais – ou, mais ainda, reclama a adesão moral à princípios jurídicos pela sua natureza jurídica, ou presume da sua posituação um caráter ou adesão universal – é apostar em uma visão objetivista, onde conceitos como liberdade, igualdade podem ser tidos, erroneamente, como verdadeiros⁶².

Para além, portanto, das apostas reconciliatórias interpretativas e também das apostas em uma visão unitária, que conecta e obscurece as distinções entre Direito e Moral, o constitucionalismo garantista partirá da distinta ótica de interpretar as constituições rígidas do segundo pós-Guerra como um *reforço* do positivismo jurídico: da posituação não apenas do *ser* do Direito, mas de seu *dever-ser*, de seu projeto político⁶³.

3. CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS: UM LEVANTAMENTO COMPARATIVO PRÉ-CONCLUSIVO

Primeiramente, há que se reconhecer que ambas as posturas teóricas trazem, no seu cerne, grande complexidade e erudição, embora desenhem-se a partir de tradições jurídicas e filosóficas distintas. Por tal sorte, não há qualquer intento em exaurir estas posições neste artigo. Já ressaltadas as divergências entre tais contextos, entretanto, pode-se esboçar uma comparação.

Podemos categorizar os quadros teóricos quanto à: a) natureza epistemológica; b) relação entre o Direito e Moral; c) método para controle das decisões; d) *locus* de significação dos princípios. A comparação, então, resultaria assim:

⁶² Como diz FERRAJOLI: “[...] los valores morales y políticos últimos —la democracia, la igualdad, la libertad, la dignidad de las personas— no se demuestran, no se deducen, y tampoco se inducen de la más o menos amplia aceptación compartida. En definitiva, no tienen nada que ver con la verdad. Simplemente, se eligen, se postulan y se defienden. Podemos argumentar la racionalidad de estas opciones a los fines de la convivencia pacífica y civil y del respeto que tenemos por nosotros mismos. Pero frente a un fascista o un racista que parte de asunciones morales opuestas el debate se detiene”. FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político, p.104/105.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo princípalista e constitucionalismo garantista**, p.22.

	Ronald Dworkin e o Direito como Integridade	Luigi Ferrajoli e o Constitucionalismo Garantista
Natureza epistemológica	Pós-positivista	Positivista crítica
Relação entre Direito e Moral	Conexão necessária entre Direito e Moral, afirmando o primeiro como um ramo da moralidade política, dentro do esquema unitário;	Conexão contingente entre Direito e Moral, traduzido na autonomia recíproca que se traduz na laicidade do Estado bem como na crítica externa ao direito vigente e válido;
Método para controle das decisões	Aposta na tentativa de colocar a interpretação como integrativa, conciliatória, apostando numa abordagem unitária onde todos os princípios são integráveis, pois parte de um todo;	Reclama um caráter cognoscitivo de abordagem interpretativa, com juízos de verdade fática e jurídica aproximáveis que devem ser cada vez mais denunciados e trabalhados pela academia;
<i>Locus</i> de significação dos princípios	A atividade dos juízes, pautada na integridade, deverá significar os princípios	Aplicabilidade tanto nas funções judiciárias de garantia, quanto no desenvolvimento das garantias obrigatórias no Legislativo

Não se pode, entretanto, confiar demasiadamente em rótulos: ambas as propostas possuem profundidade tamanha para que simples definição possa levar a equívocos. Não se pode, por exemplo, olvidar que para uma parte da academia jurídica ambas as posturas são tidas como leituras de um mesmo movimento: o neoconstitucionalismo. Ferrajoli⁶⁴ contesta essa posição integradora, pois isso erroneamente significa confundir estas duas vertentes tão distintas, nos pontos que foram expostos sinteticamente acima. Alguns outros cuidados também são essenciais para tematizar paralelamente duas posturas tão distintas: a cautela recomenda a lembrança de que o juspositivismo garantista compartilha de várias das críticas do constitucionalismo principialista – muitas, do próprio Dworkin – ao paleojuspositivismo, especialmente nos seus aspectos concernentes à cultura acadêmica acrítica.

Ferrajoli⁶⁵ vai, ainda, colocar a crítica acadêmica não como uma posição eticamente recomendável ou politicamente boa, mas como uma exigência de rigor científico, reclamada pela realidade dos princípios e direitos fundamentais que impõem à academia o dever de denúncia.

Ainda, entretanto, que as preocupações de Dworkin com o positivismo sejam relevantes, o cerne das discussões continua sendo a separação entre Direito e Moral. É nela que se concentram as críticas e preocupações mais severas, como aponta Ferrajoli⁶⁶.

O garantismo, portanto, ainda que veja um valor na ponderação para elaboração legislativa de garantias, vai se distinguir de forma aguda das posturas principialistas como a de Dworkin ao abordar o fenômeno dos princípios não como negação do positivismo, mas como reforço. Positivar o dever-ser do Direito não é dar protagonismo

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**, p. 13/15.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**, p. 853.

⁶⁶ O constitucionalismo principialista, da mesma forma como o realismo e o neopandectismo, comporta, portanto, um enfraquecimento e, virtualmente, um colapso da normatividade dos princípios constitucionais, além de uma degradação dos direitos fundamentais neles estabelecidos em genéricas recomendações de tipo ético-político. Subverte, ademais, a hierarquia das fontes, confiando à ponderação legislativa e àquela judicial a escolha de regulamentar uma à outra norma constitucional e, portanto, à discricionariedade potestativa do legislador ordinário e dos juízes constitucionais. FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**, p.55.

político aos juízes, nem protagonismo moral ao Direito: é designar ao judiciário a tarefa democrática do controle jurisdicional do direito ilegítimo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente, foram expostas e trabalhadas duas abordagens teóricas tão distintas quanto possível: partem de pontos distintos, e foram trabalhadas em tradições jurídicas essencialmente distintas. Dworkin e Ferrajoli não poderiam se distanciar mais, senão por um único ponto convergente: a preocupação em construir uma orientação para trabalhar o Direito a partir das inaptidões e obsolescências do paradigma moderno paleojuspositivista.

Ainda que seja difícil o equilíbrio entre um texto prolixo, indecifrável, e um esforço sintético que não comprometa a profundidade, foi possível expor e trabalhar os pontos centrais destas duas vertentes distintas: uma, principialista, que propõe respostas para tratar o Direito e os princípios a partir do caráter interpretativo do direito vivo, nas instituições; a outra, positivista, que propõe uma abordagem científica rígida, que demanda a crítica ao direito ilegítimo e a efetividade dos direitos fundamentais e princípios sem quaisquer meias-palavras, com olhos à democracia constitucional que é tão nova, estranha, ao mundo jurídico ibérico de uma cultura jurídica formal, civilista, dogmática.

A cultura jurídica brasileira, em busca de remédios e orientações para uma democracia constitucional inaugurada em 1988, continua a renegar o positivismo jurídico como símbolo de seu formalismo e dogmatismo característicos, bem como também pela grande influência kelseniana em tempos de princípios e direitos fundamentais com força normativa – aspectos alienígenas a uma abordagem moderna do Direito.

Entretanto, pelos aspectos tematizados, vários aspectos problemáticos da adoção do constitucionalismo radicado no pensamento de Dworkin emergem. Para além dos

problemas e críticas mais profundas, como as de Olney⁶⁷, pode-se referir às inúmeras características da *common law* que mostram como a ênfase dworkiniana na interpretação e no protagonismo judicial não possuem significados idênticos aos possíveis aqui.

Reclamar, por exemplo, uma percepção unitária da moral, e colocar a interpretação jurídica num local de prestígio, com a leitura moral dos princípios, e assumir um significado compartilhado a conceitos como democracia, igualdade e dignidade pouco diz a uma realidade tão desigual e cada vez menos privilegiadora do aberto diálogo político e da igual dignidade que requer elaboração de garantias aos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Não se pode olvidar, entretanto, que a aposta de Dworkin em uma teoria unitária traz em seu cerne um grande avanço, que é a compreensão de que avanços jurídicos dependem também de uma cultura política equivalente. Renegar tal relação não é apenas um equívoco político ou filosófico do positivismo moderno, mas um equívoco científico de um horizonte teórico preocupado apenas com a observação e justificação do direito positivo.

Entretanto, o garantismo retoma esta preocupação também a partir da separação entre Direito e Moral: é a autonomia recíproca entre as duas esferas que significa o desenvolvimento da política como ponto de vista externo ao Direito, crítico, denunciador dos espaços de ilegitimidade e das garantias inexistentes ou ineficientes. É a reciprocidade que também preserva a laicidade que impede a colonização da Moral pelo Direito, especialmente na forma do legalismo ético que suprime o diálogo democrático vital à política ao defender uma obediência ao direito vigente simplesmente pela qualidade de vigente.

É também, por fim, a autonomia recíproca que importa na não colonização do Direito pela Moral; daí, portanto, se retira a possibilidade antidemocrática das concepções pessoais de justiça suplantarem o resultado destes desenvolvimentos políticos oriundos do ponto de vista externo, garantidos pela laicidade e tolerância.

⁶⁷ OLNEY, Charles. **The Differend of Justice: Violence and Redemption in Dworkin's Justice for Hedgehogs**, p. 162.

Ainda que haja pontos teóricos de preocupação comum nas duas obras, há vários indicativos que permitem sugerir o constitucionalismo garantista como alternativa ao difundido manancial teórico de Dworkin. Não apenas a orientação específica ao fenômeno do constitucionalismo do pós-Guerra, mas todo o tratamento centrado na separação entre Direito e Moral falam de forma mais íntima às questões mais conexas às inefetividades estruturais dos direitos fundamentais: a exigência de uma cultura jurídica crítica que reclame os claros papéis institucionais e desenvolvimentos políticos necessários à democracia substancial, não apenas como bandeira política, mas teórica e ética.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BLANCO VALDÉS, R. **El valor de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CARBONELL, M. (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Justice for hedgehogs**. London: Bellknap Press of Harvard University Press, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho e de la democracia**: 1. Teoría del derecho. Trotta: Madrid, 2011. ISBN 978-84-9879-415-1.

_____. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, L., STRECK, L. L. e TRINDADE, A. K. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

_____. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006.

_____. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. Trad. De P.A. Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995. 991 p.

CADEMARTORI, Sérgio; KUHN, Lucas. Dois modelos de constitucionalismo: Entre o princípalismo de Dworkin e o garantismo de Luigi Ferrajoli. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **La democracia a través de los derechos**: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político. Trotta: Madrid, 2014. 259 p.

_____. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018. 92 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

OLNEY, Charles. The Differend of Justice: Violence and Redemption in Dworkin's Justice for Hedgehogs. **Journal of the American Philosophical Association**, Cambridge, v. 5, n. 2, p. 158-173, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-the-american-philosophical-association/article/differend-of-justice-violence-and-redemption-in-dworkins-justice-for-hedgehogs/689D9191D03EB18C854AE5D724683B1A>. Acesso em: 13 mar. 2020.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 207 p.

Recebido em: 12/05/2020

Aprovado em: 01/07/2020