

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

GARANTISMO, PRINCIPIALISMO E O DILEMA DA CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL

GUARANTISM, PRINCIPIALISM AND THE DILEMMA OF THE CONNECTION BETWEEN LAW AND MORAL

Williem da Silva Barreto Júnior¹

<https://orcid.org/0000-0002-3519-7793>

<http://lattes.cnpq.br/6745290713947534>

Sérgio Urquhart de Cademartori²

<https://orcid.org/0000-0002-2037-1496>

<http://lattes.cnpq.br/8714992651258119>

RESUMO

O presente artigo postula debater o fenômeno histórico do constitucionalismo a partir da análise das teorias principialista e garantista. Pretende, também, discorrer sobre a crítica do garantismo à tese que correlaciona o direito e a moral. Conclui-se pela necessidade de reforço ao paradigma juspositivista em rejeição ao cognitivismo ético, endossado pelo principialismo. Para tanto, utiliza-se a metodologia hipotético-dedutiva, em associação à técnica bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Principialismo; Garantismo; Direito e moral; Cognitivismo ético.

ABSTRACT

This present article proposes to debate the historical phenomenon of constitutionalism based on the analysis of principialist and guaranteeist theories. It also intends to discuss the critique of guarantism to the thesis that correlates law and morality. It is concluded that there is a need to reinforce the legal positivist paradigm in rejection of ethical cognitivism endorsed by principlism. Therefore, the hypothetical-deductive methodology is used in association with the bibliographic technique.

KEYWORDS: Constitutionalism; Principialism; Guarantism; Law and morals; Ethical cognitivism.

INTRODUÇÃO

O dilema da (não) conexão entre o direito e a moral vem permeando os debates teóricos entre juristas há séculos. Com o advento do estado legal de direito, e

¹ Advogado. Mestrando em direito pela UNIFG, Guanambi, Bahia, Brasil. E-mail: williem.adv@hotmail.com.

² Doutor em direito pela UFSC. Professor do programa de mestrado da UNIFG, Guanambi, Bahia, Brasil. E-mail: sucademartori@gmail.com.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

ainda mais com a ascensão do paradigma do estado constitucional, aprofundaram-se as discussões cujos resultados influenciaram/influenciam sobremaneira no modo como se organizaram/organizam os sistemas jurídicos.

Desde a segunda metade do século XX, os teóricos principialistas – corrente teórica que advoga a retomada de uma conexão necessária entre direito e moral - vêm pregando uma pretensa superação do positivismo jurídico, por entenderem que esta corrente do pensamento se mostrou/mostra insuficiente para subsidiar a resolução dos complexos problemas inerentes às sociedades contemporâneas. Daí, então, a necessidade de se admitir a natural correlação entre o direito e a moral pela incorporação de valores éticos e políticos aos textos constitucionais.

O garantismo advoga, ao contrário, um reforço ao paradigma paleopositivista, apontando a conexão meramente contingente e não necessária entre o direito e a moral como recurso de combate ao cognitivismo ético e, por conseguinte, ao subjetivismo judicial. Assim, se opõe fortemente ao principialismo, por entender que os seus defensores estimulam uma indesejável e perniciosa confusão entre justiça e validade normativa.

Este artigo tem por desideratos: a) teorizar brevemente acerca do constitucionalismo em suas modalidades política e jurídica; b) apresentar os principais postulados do constitucionalismo principialista; c) discorrer sobre a teoria do direito garantista, expondo as suas peculiaridades; e d) criticar a tese da conexão entre o direito e a moral sustentada pelo principialismo e repelida pelo garantismo. Para tanto, utiliza-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica bibliográfica, mediante análise de livros, artigos científicos e teses de prestígio no cenário acadêmico.

1. CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS PRINCIPIALISTA E GARANTISTA

1.1. Breves considerações sobre o fenômeno histórico do constitucionalismo

O constitucionalismo é um conjunto de vínculos formais e substanciais rigidamente superpostos às diversas fontes normativas. Outrossim, como teoria do direito refere-se à ideia de que a validade das leis não resta mais exclusivamente atrelada

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

a normas formais - procedimentais e de competência - reclamando também coerência dos conteúdos legais com os princípios de justiça positivados no texto constitucional³.

O constitucionalismo pode ser entendido, ora como fenômeno jurídico, ora como político. No primeiro caso afigura-se um arquétipo jurídico e/ou uma teoria do direito, enraizado na experiência do constitucionalismo pós-segunda guerra, quando se afirmou a rigidez das constituições. Já a segunda compreensão é coisa diversa, bem mais antiga – remete às revoluções liberais do século XVIII -, e diz respeito à instauração de mecanismos jurídico-políticos direcionados à limitação do poder estatal absolutista, que se consubstanciaram na proteção das conhecidas liberdades individuais básicas⁴⁵.

É possível então associar o constitucionalismo político ao estado legal de direito⁶, no qual inexistia qualquer espécie de rigidez constitucional ou controle de constitucionalidade, e a política se fazia onipotente. O constitucionalismo jurídico, por outro lado, ascendeu mediante a supremacia dos direitos fundamentais à totalidade dos poderes, conectando-se com o novo paradigma representado pelo estado constitucional de direito⁷, sob a égide do qual foi instituído o controle jurisdicional dos conteúdos das leis⁸.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho e de la democracia 1. Teoria del derecho. Madri: Trotta, 2011.

⁴ Decorreram das revoluções burguesas ocorridas no século XVIII, em especial a francesa, mediante limitação de poder imposta ao estado que, em seu formato absolutista, não estava sujeito a qualquer espécie de controle. Referem-se basicamente à autonomia individual dos cidadãos, dentre as quais é possível citar as liberdades de consciência e de crença religiosa. Ver mais em STRECK, Lenio; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 14.

⁶ Constituiu o formato de estado adotado após o advento das revoluções liberais do século XVIII. Acorado na representatividade política dos cidadãos, foi marcado pela onipotência do poder legislativo, cuja atuação não era suscetível de controle externo. Para um melhor entendimento a respeito, sugere-se BOBBIO, Norberto; BOVVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

⁷ Refere-se à modalidade de estado que emergiu após a segunda guerra mundial, quando as constituições passaram a ser rígidas e incorporaram os direitos fundamentais como fragmentos da soberania popular. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014, p. 146.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

Há, na atualidade, duas importantes e opostas visões teóricas sobre a natureza do constitucionalismo: a) ele representa uma superação do positivismo⁹ jurídico, conforme aduzido pelos teóricos principialistas¹⁰; ou b) ele complementa o paradigma juspositivista, segundo afirma Luigi Ferrajoli, expoente maior do garantismo¹¹. Os principialistas consideram os direitos fundamentais valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras e endossam a tese da necessária conexão entre o direito e a moral, enquanto os garantistas, ao revés, sustentam que grande parte dos princípios constitucionais não difere das regras e pugnam por uma radical separação entre o direito e a moral¹².

A principal reserva teórica do constitucionalismo garantista ao constitucionalismo principialista será adiante analisada e amplamente criticada, com a pretensão de se demonstrar a fragilidade da tese da necessária conexão entre o direito e a moral. Todavia, antes de iniciar a discussão central a ser travada neste artigo, convém apresentar as principais características das diferentes abordagens de constitucionalismo anteriormente citadas.

⁹ Trata-se de uma teoria surgida no século XVIII, com o advento do racionalismo cartesiano e o iluminismo, sobretudo na Europa continental. Possui firme enraizamento no direito, desde o surgimento da sua versão exegética, bem assim a partir do desenvolvimento de uma série de outras roupagens, com destaque para a jurisprudência dos conceitos, o positivismo normativista, o positivismo sociológico e o juspositivismo crítico. Caracteriza-se por rejeitar o direito natural, cabendo a produção jurídica somente a uma autoridade previamente legitimada para tal (com base no axioma *auctoritas on veritas facit legem*). Para ver mais, sugere-se o verbete "positivismo jurídico" em STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

¹⁰ O termo principialista é usado por Luigi Ferrajoli para definir os críticos do positivismo que surgiram a partir da segunda metade do século XX, dentre os quais destacam-se Robert Alexy, Manuel Atienza e Ronald Dworkin. Para um melhor entendimento das ideias desses autores, recomenda-se: ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1994 ; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Forense Universitária, 2014 e DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹¹ O garantismo é uma filosofia política e uma teoria jurídico-normativa que, ao endossar a supra ordenação dos direitos fundamentais, postula resguardar as minorias e preservar a estabilidade do estado democrático. Para tanto, reivindica a criação e implementação de um sistema de garantias e de instituições de garantia correlatos, cujo objetivo é evitar que os cidadãos sejam subjugados por eventuais arbitrariedades perpetradas pelo estado.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.**, p. 18.

1.2. O constitucionalismo principialista

O principialismo vem ganhando prestígio teórico, em especial desde o deslocamento dos debates de matriz constitucionalista do campo filosófico-político para o filosófico-jurídico. Segundo os filósofos do direito principialistas, também chamados de neoconstitucionalistas, a emergência do constitucionalismo contemporâneo possui relação direta com a superação do paradigma juspositivista, o qual em tese mostrou-se incapaz de atender às necessidades das democracias constitucionais.

Entendem os neoconstitucionalistas, portanto, que estaria aniquilada a peculiaridade distintiva mais emblemática do positivismo jurídico, a separação entre o direito e a moral, tendo em vista a adição nas constituições de princípios ético-políticos como a igualdade e a dignidade da pessoa¹³. Para os principialistas os padrões de moralidade, que durante a predominância do paradigma juspositivista posicionavam-se externamente à juridicidade, passaram ao seu interior. Referida visão é compartilhada por uma série de teóricos expressivos, dentre os quais se destaca Ronald Dworkin, com a sua teoria do direito enquanto integridade¹⁴.

O principialismo, além de julgar inafastáveis o direito e a moral, não considera muitas normas constitucionais (inclusive os direitos fundamentais) regras observáveis ou não. Em sentido diverso, as concebe como princípios aplicáveis em maior ou menor grau, daí estarem sujeitos, quando de um eventual conflito, à ponderação¹⁵ ou balanceamento. Não se cogita, *in casu*, de revogação de uma

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli., p. 19.

¹⁴ A teoria do direito enquanto integridade, de Ronald Dworkin, se afirmou, desde meados do século XX, como uma referência para estudos da área, pela instituição de uma nova perspectiva para o campo da ciência jurídica, de caráter interpretativo. Com a sua matriz hermenêutica, opõe-se ao ideário das tradicionais correntes positivistas, jusnaturalistas e realistas, por julgá-las insuficientes para atender às complexas demandas apresentadas pelo direito contemporâneo. Ver mais em DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁵ Caracteriza uma técnica de resolução de conflitos entre princípios, desenvolvida por Robert Alexy, através da qual afasta-se a incidência de um deles sem que haja a sua revogação. Isso ocorre, segundo o autor, pelo fato de os princípios serem mandados de otimização, dotados de maior indeterminação e generalidade. Para um maior domínio do conceito sugere-se ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

norma por outra, mas de afastamento da incidência de um dos princípios que, mesmo preterido, segue produzindo os seus efeitos normalmente¹⁶.

Dworkin, aqui usado como exemplo de teórico principialista, trabalha com o conceito de direito enquanto integridade, relacionado à ideia de que o estado deve atuar conforme um conjunto uníssono e coerente de princípios, mesmo ante a existência de desacordos entre os membros da comunidade política sobre como se posicionarem acerca de determinada questão¹⁷. Em consequência, a técnica argumentativa assume considerável importância na aplicação do direito, que se impõe como prática interpretativa. Assim, os direitos fundamentais se transmutam em valores éticos e políticos, daí a inevitável conexão (necessária) entre o direito e a moral nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Ainda com Dworkin, a política tem a sua capacidade de atuação ampliada, tornando-se um núcleo de debates acerca de que princípios devem ser considerados elementos referenciais, assim como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem pressupor. Em decorrência, as questões jurídicas relativas aos membros da comunidade não dependem exclusivamente de decisões institucionais, mas do sistema de princípios referendados por tais decisões¹⁸.

Pode-se afirmar que, para Dworkin, tendo o legislador procedido à sua escolha durante o processo legislativo, os membros da comunidade política têm direitos, não somente em relação ao conteúdo explícito do texto legal, mas em questões outras derivadas de princípios subjacentes à lei, quando não houver solução anterior¹⁹.

O constitucionalismo principialista, conforme se abstrai da análise anteriormente empreendida, centra-se nas seguintes premissas: a) rejeição ao positivismo; b)

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político, p. 28.

¹⁷ CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovaneli. O Direito como Integridade na Jurisdição Constitucional: análise sobre o aborto segundo a proposta de Ronald Dworkin. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 67, dez. 2013, p. 257.

¹⁸ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

¹⁹ LAGES, Cíntia Garabini. **A proposta de Ronald Dworkin em "O Império do Direito"**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas. v. 4. n. 7 e 8, jan./jun. 2001, p. 17.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

defesa intransigente da tese de conexão entre o direito e a moral; c) argumentação como fator de destaque na aplicação do direito, tendo em vista a diferenciação entre princípios (valores) e regras; e d) o direito enquanto prática deve ser confiado aos juízes²⁰.

No que se refere à letra 'd', o constitucionalismo principialista se aproxima bastante da escola do realismo jurídico²¹, desenvolvida no século XX na Europa escandinava e, sobretudo, nos EUA. Esta tem por princípio a premissa de que o juiz deve se concentrar na aplicação prática do direito, ou seja, cabe ao magistrado deliberar conforme lhe convier, segundo o seu entendimento quanto à melhor solução para o litígio, independentemente de outras influências, colocadas apenas como auxiliares no processo cognitivo²². A modalidade mais robusta do realismo sustenta que a representação ideal de uma proposição jurídica se vincula ao contexto vivenciado²³.

O principialismo, segundo a concepção garantista, reduz o direito à realidade de fato. Nessa perspectiva, o direito não tem um singular apelo descritivo, mas prescritivo, como representação da *práxis* ou de como o direito é e é justo que seja, em prestígio à íntima relação observada entre direito e moral. Desse modo, a eficácia²⁴ se confunde perigosamente com a validade normativa²⁵, tendo em vista que a prática judicial se afigura critério de identificação e fonte de legitimidade do direito²⁶.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 20.

²¹ Nos EUA, o realismo jurídico foi desenvolvido por teóricos como John Chipmann Gray, Morris Cohen e Oliver Wendel Holmes, enquanto na Escandinávia destacaram-se filósofos como Karl Olivecrona e Alf Ross. Embora haja diferenças entre elas, ambas as tendências compreendem, enquanto premissa básica, que o direito deve ser encarado como uma técnica operacional, realizando-se pela decisão mesma, em decorrência do que o julgador é. Ver STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito.

²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 7.

²³ Ver ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: EDIPRO, 2007.

²⁴ Trata-se da aplicabilidade prática das normas inseridas no ordenamento jurídico. Ver KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998.

²⁵ Refere-se aos requisitos materiais impostos para a inserção das normas no ordenamento jurídico. No atual paradigma do estado constitucional é necessário que o conteúdo das leis se amolde aos ditames constitucionais. Ver FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 21.

1.3. O constitucionalismo garantista

O garantismo, por seu turno, não representa uma alternativa teórica para a superação do positivismo, mas uma evolução sua, ocorrida através da inclusão, nas constituições, dos direitos fundamentais supraordenados a todas as fontes normativas. Trata-se, portanto, de um complemento ao paleopositivismo²⁷ e ao próprio estado de direito, por endossar tanto a positivação do ser legislativo quanto do dever ser normativo constitucional. Com essas novidades, a tradicional democracia representativa, consubstanciada na onipotência da vontade das maiorias políticas, sofreu a adição de uma dimensão substancial²⁸.

A legalidade, que no contexto paleopositivista era condicionante da validade normativa, passou a ser condicionada na sua validade, porque imperativa a observância das regras contidas nas constituições rígidas. Com efeito, o direito imergiu numa condição de completa artificialidade, por meio da qual se passou a regulamentar, além dos mecanismos legislativos formais, os conteúdos das leis, tendo por referências os limites e vínculos impostos pelo novo paradigma constitucional. É inegável o vínculo indissolúvel entre o positivismo e a democracia sob a égide da sua modalidade constitucional. Tal ocorre em razão de, somente a rigidez positiva da produção jurídica, preencher os requisitos exigidos para a democratização dos ordenamentos contemporâneos, tanto em sua forma quanto em sua substância²⁹.

O paleopositivismo desempenhou a tarefa de positivar o ser legal do direito, democratizando os seus mecanismos de produção no âmbito da validade formal, tendo como norte a natureza representativa do estado liberal. Já o positivismo garantista – um positivismo crítico, nas palavras de seu maior autor - se incumbe de positivar o dever ser constitucional ao implementar a democratização dos

²⁷ Termo utilizado por Luigi Ferrajoli para definir o primeiro positivismo, afeito ao estado legal ou formal de direito. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho e da democrazia 1. Teoria del derecho.

²⁸ COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do direito, 2016, p. 75.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 23.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

conteúdos normativos e condicionar a sua validade à concordância com os direitos fundamentais sobre os quais se funda a dimensão substancial da democracia³⁰.

Enquanto o paleopositivismo, no contexto do constitucionalismo político, cuidava de “quem” e “como” eram concebidas as leis, o constitucionalismo jurídico refere sobre “o quê” as normas podem versar. Com efeito, é crível inferir que a dicotomia entre o governo das leis e o governo dos homens foi finalmente liquidada mediante a positivação da lei da razão, assegurada por limites e vínculos incidentes sobre a lei da vontade das maiorias políticas, inteiramente soberana durante o estado legal de direito e fomentadora de uma série de regimes totalitários no século XX^{31,32}.

O constitucionalismo garantista apresenta três dimensões: é modelo jurídico, teoria do direito e filosofia política. Como sistema jurídico aprimora o arquétipo paleopositivista por promover a positivação dos princípios ético-políticos informadores da produção legislativa, impondo-se como um conjunto de limites e vínculos inerentes às constituições rígidas. Com efeito, referidos limites se prestam à garantia das liberdades individuais básicas, cujas violações de natureza comissiva ensejam o surgimento de antinomias consubstanciadas em leis inválidas, que devem ser afastadas por força da atuação jurisdicional. Os vínculos atuam para assegurar o respeito aos direitos sociais, cujo descumprimento se manifesta por omissão do poder executivo e origina lacunas normativas, as quais reclamam intervenção legislativa para o seu afastamento³³.

Enquanto teoria do direito, o garantismo se debruça sobre a clássica dicotomia entre o ser legislativo e o dever ser constitucional. Tomando mais uma vez como referência o paradigma paleopositivista, o constitucionalismo garantista cristaliza

³⁰ Ver CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade** – Uma abordagem garantista. 2ª. Ed. Campinas: Millennium, 2006.

³¹ Os regimes totalitários observados no século XX, sobretudo o nazismo e o fascismo, ascenderam ao poder por vias legais, tendo em vista as constituições da época não estarem aparelhadas com mecanismos protetivos do próprio regime democrático. Os eventos pavorosos decorrentes dessa ascensão foram motivos deveras proeminentes para que a rigidez constitucional e a supremacia dos direitos fundamentais fossem instituídas no pós-segunda guerra. Ver BUENO, Roberto; RAMIRO, Caio Henrique Lopes (Org). **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar** – Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. São Paulo: Libertas, 2017.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 197.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho e de la democracia 1. Teoria del derecho, p. 514

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

a diferença entre validade e vigência das leis³⁴, admitindo a existência de normas vigentes porque formal e regularmente gestadas, todavia inválidas pela incompatibilidade com as normas substanciais alusivas à sua produção³⁵.

Como filosofia política, o garantismo se traduz em teoria da democracia, amparada não apenas na velha concepção do governo de matriz representativa, mas numa teoria da democracia substancial adicionada à dimensão formal anteriormente instituída. Nesse interim, constitui um sistema jurídico-político engendrado em quatro espectros distintos, que albergam os direitos políticos, civis, sociais e liberdades individuais, os quais têm *status* diferenciado e são sempre passíveis de expansão, além de estarem atrelados às respectivas garantias primárias e secundárias^{36,37}.

Com efeito, o constitucionalismo garantista é uma teoria normativa necessariamente impulsionada por políticas e leis, ambas associadas às correspondentes garantias, que são a outra face dessa relação. Tal projeto rejeita qualquer conexão direta entre o direito e a moral, porque imperativo o reforço ao princípio da legalidade e a conseqüente submissão dos juízes à estrita observância das leis. Logo, o garantismo não admite derivação de direito válido a partir de um pretense direito justo, nem suposto direito justo advindo de direito válido. À moral, por outro lado, é reservado um papel de crítica jurídica externa e independente³⁸, como forma de aprimoramento do sistema e combate aos arbítrios judicial e legislativo.

³⁴ Refere-se aos requisitos formais exigidos para a inserção das normas no ordenamento jurídico. Quando predominante o estado legal de direito, bastava a lei estar em vigência para que produzisse efeitos. Ver FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político.

³⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008, p. 26.

³⁶ Son éstas las garantías no ya simplemente de la rigidez constitucional, sino inmediatamente de los principios y los derechos constitucionalmente establecidos: por un lado, las garantías primarias consistentes en las prohibiciones de lesión de los derechos individuales y en las obligaciones de satisfacción de los derechos sociales; por el otro, las garantías secundarias consistentes en la reparación de las violaciones de las garantías primarias. Em FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho e de la democracia 2. Teoría de la democracia, pp. 92-93.

³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008, p. 53.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 25.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

O mestre florentino³⁹ leciona que este modelo repousa sobre quatro postulados, a saber: a) o *princípio de legalidade*, tanto formal/legal quanto substancial/constitucional que estabelece que onde houver um poder devem existir regras – formais e substanciais – que regulem o seu exercício através de limites e vínculos (*garantias primárias*) correspondentes aos direitos fundamentais; b) o princípio de *completude deôntica*, por força do qual onde houver direitos deverá haver garantias primárias (normas que veiculem proibições de lesá-los (no caso de liberdades) ou obrigações de satisfazê-los (no caso de direitos sociais); c) *princípio de jurisdicionalidade*, de acordo com o qual onde houver garantias primárias (proibições de lesar ou obrigações de satisfazer) deve haver garantias secundárias ou jurisdicionais para reparar a violação daquelas; e d) princípio da *acionabilidade*, que determina que onde houver jurisdição deve haver a sua ativação pelos titulares dos direitos/interesses lesados, com a possibilidade de intervenção do poder público em caso de vulnerabilidade daqueles.

Esta estrutura básica irá permitir para a teoria a denúncia de *antinomias* porventura existentes nos ordenamentos e da mesma forma a presença de *lacunas*. Essas duas anomalias ocorrem, as primeiras, pela edição, por parte dos poderes, de normas infraconstitucionais contrárias às liberdades, e as segundas, pela inércia dos poderes em cumprir seu dever de satisfação dos direitos sociais.

De outra parte, Ferrajoli abraça uma concepção dos princípios diferente daquela neoconstitucionalista: para ele, existem duas classes de princípios na constituição: os *diretivos*, que são normas que enunciam objetivos políticos, tais como aquele que determina o pluralismo de concepções pedagógicas no ensino, ou o da soberania nacional e função social da propriedade quanto à atividade econômica, exigindo a implementação de políticas públicas para sua realização; e os *regulativos*, caso da maioria dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade, sendo que aqui princípios e regras são duas caras da mesma moeda⁴⁰.

O garantismo se coloca então como um novo paradigma juspositivista do direito e da democracia. Por sua atuação, os valores éticos e políticos, que nada são além

³⁹ Ver FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político, pp. 110-111.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

dos clássicos e conhecidos direitos naturais⁴¹, são positivados, deixando de funcionar como fontes de legitimação de ordem política apenas, passando à condição de fontes de legitimação jurídica cuja atuação confere razão social ao direito e ao estado constitucional⁴².

Em contraponto ao principialismo, o constitucionalismo garantista apregoa a necessária desconexão entre o direito e moral e, por consequência, entende não haver diferença relevante entre regras e princípios. Do contrário, como se observará mais adiante, reinariam o cognitivismo ético⁴³, o enfraquecimento do papel normativo das constituições⁴⁴ e o pernicioso ativismo judicial⁴⁵.

2. A CRÍTICA GARANTISTA À TESE PRINCIPIALISTA DA CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL

É por conta de o constitucionalismo ter positivado os princípios éticos e políticos historicamente consolidados que se exige uma rígida separação entre o direito e a moral. Referida visão se contrapõe às premissas albergadas pelo cognitivismo ético, inobstante não se negue a evidente influência moral sobre as normas jurídicas - incluídas as constituições -, afinal, em toda atividade patrocinada pelos seres humanos naturalmente se incorpora algum senso de justiça⁴⁶.

O problema central da tese da união conceitual entre o direito e a moral reside no fato de os seus defensores considerarem as normas constitucionais princípios de

⁴¹ São os direitos que se reputa existentes independentemente da sua positivação por uma autoridade previamente constituída. Historicamente, foram extraídos da natureza (jusnaturalismo cosmológico), de crenças religiosas (jusnaturalismo teológico) e de padrões morais adotados pelos seres humanos (jusnaturalismo racionalista). Ver BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e o estado de direito. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a, p. 251.

⁴³ Na esfera jurídica, endossa a necessária conexão entre o direito e a moral, promovendo uma confusão entre validade normativa e justiça. Ver FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**.

⁴⁴ Ver HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

⁴⁵ Fenômeno por meio do qual o julgador se utiliza de subjetividade para decidir questões jurídicas. Está associado e conceitos como solipsismo e panprincipiologismo, cunhados por Lenio Streck. Ver STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**, p. 27.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

natureza política. Rejeitam, com efeito, a ideia de que os aludidos princípios sejam na verdade regras a agasalhar indiretamente as pretensões morais advindas de um ponto de vista externo e independente, conforme sustenta o garantismo⁴⁷.

Os teóricos principialistas evidentemente não protagonizam a visão mais simplória da relação entre direito e justiça, segundo a qual se reconheceria a já citada influência moral que permeia a todos, de espectro subjetivo. Ostenta maior gravidade o fato de se postular a fixação de um padrão objetivo para a moralidade, como faz, por exemplo, Dworkin, ao afirmar a existência juízos morais objetivos⁴⁸.

A concepção objetiva de padrões morais remete a um prejudicial cognitivismo ético, marcado pela indesejada confusão entre validade normativa e um apelo de justiça que, embora subjetivo, acaba por ser perigosamente transformado em objetivo. Assim, o cognitivismo ético resulta em absolutismo moral, que tende a se manifestar arbitrariamente na prática de intolerância a valores dissidentes, os quais são repelidos por não seguirem determinado padrão pré-estabelecido⁴⁹. Esse processo promove o enfraquecimento do constitucionalismo, pois os valores pertencentes a determinada ideologia, tendem a ser impostos a todos como representações da verdade.

Seguindo o raciocínio, é razoável inferir que, se os ordenamentos jurídicos viessem a postular a satisfação objetiva de alguma pretensão de justiça, como sustentam os teóricos principialistas, a moralidade se colocaria como condição de validade das normas jurídicas, em prestígio à velha tese jusnaturalista. Com efeito, se os principialistas propugnam uma justiça objetiva a partir dos princípios, se pode falar, com segurança, numa óbvia tendência à figura do constitucionalismo ético, tese oposta à sustentada pela corrente juspositivista, que apregoa a radical separação entre o direito e a moral⁵⁰.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político, p. 28.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 29.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 30.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho e de la democracia 2. Teoría de la democracia., p. 42.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

A teoria garantista entende que a existência/validade das leis não possui relação direta com referenciais de justiça, aplicando-se o mesmo raciocínio em sentido contrário. Nesse interim, tendo em vista a inafastável separação entre o direito e a moral, nem mesmo as constituições são sinônimas de justiça somente por serem constituições, considerando haver, tanto normas constitucionais injustas – conforme o parâmetro de subjetividade –, quanto valores morais reputados justos e não positivados⁵¹.

A proposta garantista confere à moral um lugar destacado, responsável pela crítica externa e independente ao sistema, que atua no sentido de combater as antinomias e lacunas legislativas geradas, respectivamente, pela sanção de leis inválidas e a omissão consubstanciada na não elaboração de normas voltadas para a garantia de direitos⁵². Na medida em que a moral exerce o seu desiderato crítico, estabelece-se um ciclo teórico virtuoso, segundo o qual as diferentes tendências valorativas podem se manifestar democraticamente, sem desconsideração formal de qualquer delas pela ação de um padrão único e arbitrariamente imposto.

A separação entre o direito e a moral constitui corolário do liberalismo e da democracia constitucional, na medida em que tais institutos visam à tutela do pluralismo ideológico e cultural, os quais se apresentam como traços distintivos das complexas sociedades contemporâneas⁵³. Daí a pretensão de justiça, ancorada em alguma concepção moral objetiva, constituir um contrassenso em relação aos princípios norteadores do estado de direito como hoje se conhece.

É importante observar também que a alegada racionalidade argumentativa proposta pelo principialismo é equivocada, pois a sua própria estrutura carece de solidez de fundamento. Assim, tendo em vista a impossibilidade de um raciocínio cognitivista refutar outro da mesma espécie, dada a carga de subjetividade que o

⁵¹ VILA, Marisa Iglesias. El positivismo en el estado constitucional. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2008, p. 79.

⁵² SASTRE ARIZA, Santiago. Mas allá de una ciencia jurídica contemplativa. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2008, p. 290.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político, p. 35.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

permeia, resta comprometida a suposta argumentação racional através da qual são construídas as decisões sob o espectro do neoconstitucionalismo⁵⁴.

Por outro lado, conforme assente o garantismo, é razoável conceber decisões racionais, levando-se em conta que os valores ético-políticos presentes na sociedade deixaram de sê-los quando positivados pelas constituições rígidas enquanto regras, às quais os juízes devem submeter-se às inteiras. Isso não significa, por exemplo, justiça objetiva dos direitos fundamentais, mas sim que, com base na crítica moral externa e independente derivada de escolhas legislativas, aqueles valores deixaram de ter natureza estritamente moral e passaram à condição de normativamente vinculantes. A separação entre direito e moral proposta pelo constitucionalismo garantista não desconsidera a influência ético-política sobre o direito. Ao revés, reforça a sua autonomia como elemento externo de crítica condicionante do acontecer interno ou jurídico, que é transformado a partir de uma atuação institucional, repelindo padrões de moralidade como critérios de validade normativa⁵⁵.

Enfim, o que propugna a postura garantista é ao lado do postulado voltado ao legislador de *auctoritas non veritas facit legem*, o axioma não menos importante de *veritas non auctoritas facit iudicium*, ressaltando-se assim a necessária dimensão cognitivista da jurisdição, em menoscabo da dimensão voluntarista/decisionista da mesma.

Mediante a separação entre validade legal e justiça, evita-se uma involução jurídica aos tempos do velho jusnaturalismo, que manifestamente estabelece uma indesejável deferência à perspectiva teórica ético-legalista. Com efeito, somente o positivismo renovado pode manter o caráter normativo das constituições, deixando claras as diferenças entre vigência, validade e eficácia das normas, em

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 32.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

superação, tanto do normativismo kelseniano⁵⁶, que equipara vigência e validade, quanto do realismo, que iguala validade e eficácia⁵⁷.

Daí se entender que a divergência entre o ser legislativo e o dever ser constitucional não pode ser resolvida por meio de argumentação moral, como em última análise propõem os teóricos de matriz neoconstitucionalista, em verdade jusnaturalistas repaginados. No garantismo, outrossim, as lacunas e antinomias não são reparadas pela discricionariedade desenfreada ou mesmo pela ponderação principiológica, mas pelo próprio aperfeiçoamento do sistema e a observância normativa estrita, restando os juízes vinculados aos conteúdos legais⁵⁸.

Esse processo de colmatação das lacunas estruturais ocorre pela atuação dos poderes legislativo e judiciário nos limites que lhes são postos pelas disposições constitucionais e legais, quando agem para fomentar a instituição de garantias relativas aos direitos previamente estabelecidos. Aos juízes, como também à crítica externa de natureza político-moral, cabe identificar e apontar as falhas do sistema (em sua maioria, lacunas e antinomias), que deverão ser, espera-se, reparadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo é um fenômeno histórico surgido após as revoluções liberais do século XVIII, em seu arquétipo político, quando foi necessário frear os poderes ilimitados do estado absolutista. No século XX, posteriormente à segunda guerra mundial, apresentou-se em sua modalidade jurídica, no momento em que as constituições, deixando a condição de meras cartas de direitos, foram dotadas de

⁵⁶ A teoria pura do direito buscou dar um tratamento radicalmente metodológico à ciência jurídica, com pretensão de excluir, do seu estudo, influências científicas externas, sob o pretexto de resguardá-la de incursões ideológicas consideradas não científicas. Notabilizou-se por não estabelecer diferenciação entre vigência e validade normativa, tendo em vista a sua natureza de formalidade estrita. Ver KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 34.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e o estado de direito. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 251.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

rigidez e incorporaram em si os direitos fundamentais supra ordenados, responsáveis pela submissão de todas as instâncias ao controle jurisdicional.

O principialismo, também chamado de neoconstitucionalismo, propugna uma versão de constitucionalismo baseada na tese da conexão entre o direito e a moral, materializada pela pretensa inserção, nas cartas constitucionais, de valores ético-políticos nominados de princípios, os quais supostamente diferem das regras por constituírem mandados de otimização dotados de conteúdo valorativo. Por conta disso, os teóricos principialistas rejeitam o positivismo jurídico, por entenderem que, ante a absorção dos padrões de moralidade pelas constituições, a desconexão entre o direito e a moral, por ele endossada, restaria liquidada.

O garantismo, em sentido oposto, subscreve a não conexão entre o direito e a moral por considerar a estrita legalidade o fio condutor da estabilidade das democracias constitucionais. A moral, nesse interim, exerce uma crítica externa e independente aos ordenamentos jurídicos, cujas antinomias e lacunas devem ser reparadas pela atuação dos poderes constituídos (judiciário e legislativo). Assim, os padrões de moralidade, então positivados constitucionalmente, deixam a condição de institutos ético-políticos e adquirem roupagem de normas, daí a tese da diferenciação estrutural entre regras e princípios não possuir substância, pois tanto os princípios podem vir a se comportar como regras, quanto as regras podem vir a se comportar como princípios.

A conexão entre o direito e a moral, sob a ótica garantista, depõe contra o próprio fundamento do estado constitucional, por referendar um cognitivismo ético responsável pela confusão entre validade normativa e justiça. Desse modo, somente um paradigma que reforce a rigidez constitucional, e reconheça os princípios enquanto regras, pode ser efetivo na luta contra o subjetivismo dos julgadores e o conseqüente ativismo judicial, cuja prática vem corroendo as bases do estado de direito e trazendo insegurança jurídica às sociedades contemporâneas.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1994

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Forense Universitária, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto; BOVVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BUENO, Roberto; RAMIRO, Caio Henrique Lopes (Org). **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar** – Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. São Paulo: Libertas, 2017.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade** – Uma abordagem garantista. 2ª. Ed. Campinas: Millennium, 2006.

CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. O Direito como Integridade na Jurisdição Constitucional: análise sobre o aborto segundo a proposta de Ronald Dworkin. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 67, dez. 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto Observação**: Percursos jurídicos da teoria contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e o estado de direito. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.).

Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018.

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

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho e de la democracia 1. Teoria del derecho. Madri: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho e de la democracia 2. Teoria de la democracia. Madri: Trotta, 2013.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998.

LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em "O Império do Direito". **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas. v. 4. n. 7 e 8, jan./jun. 2001.

PEDRON. Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

JÚNIOR BARRETO, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, princípalismo e o dilema da conexão entre direito e moral. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n1.p53-72>

PRIETO SANCHÍS, Luis Constitucionalismo y garantismo. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: EDIPRO, 2007.

SASTRE ARIZA, Santiago. Mas allá de una ciencia jurídica contemplativa. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008.

STRECK, Lenio; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do direito, 2017.

VILA, Marisa Iglesias. El positivismo en el estado constitucional. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008.

RECEBIDO EM 09/2021

APROVADO EM 03/2022