

Entre Dworkin e Ferrajoli: uma distinta compreensão acerca dos princípios enquanto normas de direitos fundamentais

Between Dworkin and Ferrajoli: a different understanding of principles as rules of fundamental rights

Sidney Soares Filho¹

Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Brasil
sid_filho@hotmail.com

José Victor Ibiapina Cunha Morais²

Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil
victoribiapinacunha@hotmail.com

Caio Aragão Mesquita Xerez³

Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Brasil
caio.xeres@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho propõe-se a responder o seguinte problema de pesquisa: quais as principais divergências entre Dworkin e Ferrajoli acerca da compreensão dos princípios enquanto normas de direitos fundamentais? Tem como objetivos específicos: evidenciar a relevância das discussões teóricas para a pesquisa jurídica; compreender como a teoria de Ronald Dworkin aborda a compreensão dos princípios enquanto normas de direito constitucional; compreender como a teoria de Luigi Ferrajoli aborda a compreensão dos princípios enquanto normas de direito constitucional; identificar as principais divergências entre as teorias no tocante à aplicação e compreensão dos princípios constitucionais. A abordagem metodológica é

¹ Pós-Doutorado na Universidade de Czestochowa. Doutor em Direito. Professor do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade Fortaleza (UNIFOR). Universidade de Fortaleza, Av. Washington Soares, 1321, CEP 60811905, Fortaleza/CE, Brasil.

² Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Conciliador de Justiça pelo Conselho Nacional de Justiça. Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rua Meton de Alencar, s/n, Centro, CEP 60035-160, Fortaleza - CE, Brasil.

³ Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Universidade de Fortaleza, Av. Washington Soares, 1321, CEP 60811905, Fortaleza/CE, Brasil.

qualitativa, de natureza exploratória e bibliográfica para o desenvolvimento teórico dos modelos teóricos estabelecidos por Dworkin e Ferrajoli no que tange a aplicação dos princípios. Conclui-se que ambos os modelos teóricos representam dois padrões operacionais de aplicação de direitos fundamentais. Ocorre que, os direitos fundamentais enquanto princípios possuiriam elementos axiológicos que aproximam o direito da moral. Isto ocorre em razão da ideia de Dworkin de que os avanços jurídicos dependem de uma adoção de valores. Contudo, esta aproximação de direito e moral materializa as reservas de Ferrajoli sobre a colonização de um sobre o outro. Logo, o plano de fundo das discussões ainda está centrado na separação do direito e da moral.

Palavras-chave: Luigi Ferrajoli; Ronald Dworkin; Direito e Moral; Princípios.

Abstract

The present work proposes to answer the following research problem: what are the main differences between Dworkin and Ferrajoli regarding the understanding of principles as norms of fundamental rights? Its specific objectives are: to highlight the relevance of theoretical discussions for legal research; understand how Ronald Dworkin's theory addresses the understanding of principles as norms of constitutional law; understand how Luigi Ferrajoli's theory addresses the understanding of principles as norms of constitutional law; identify the main differences between theories regarding the application and understanding of constitutional principles. The methodological approach is qualitative, exploratory and bibliographical in nature for the theoretical development of the theoretical models established by Dworkin and Ferrajoli regarding the application of the principles. It is concluded that both theoretical models represent two operational patterns of application of fundamental rights. It so happens that fundamental rights as principles have axiological elements that bring the right to morality. This is due to Dworkin's idea that legal advances depend on the adoption of values. However, this approximation of law and morals materializes Ferrajoli's reservations about colonizing one over the other. Therefore, the background of the discussions is still centered on the separation of law and morals.

Keywords: Luigi Ferrajoli; Ronald Dworkin; Law and Morals; Principles.

Introdução

A obra de Ronald Dworkin traz uma compreensão importante e relevante para a estrutura do Direito notadamente quando trata das normas constitucionais, precisamente entre os princípios, a partir de uma perspectiva prática jurídica, defendendo que a compreensão, interpretação e aplicação da norma jurídica, mesmo que de natureza constitucional devem ser interpretadas levando em consideração as especificidades dos casos práticos. Sua obra impacta consideravelmente no processo de interpretação e aplicação da norma em diversos segmentos do direito e na práxis jurídica.

De outro lado, Luigi Ferrajoli traz em sua teoria garantista um modelo de direito, ou o que se pode chamar de sistema jurídico cuja base epistemológica concentra pilares justamente no positivismo jurídico, reforçado pela nova compreensão que ele busca conferir a essa teoria, a de um constitucionalismo garantista, que segundo ele seria um reforço do positivismo jurídico tradicional.

Contudo, por essas razões, as teorias de Dworkin e Ferrajoli apresentam compreensões e interpretações distintas das normas jurídicas de caráter constitucional, notadamente dos princípios e sua maneira de aplicá-los. É justamente nesse cerne que se concentra o presente trabalho que possui como problema de pesquisa o seguinte questionamento: quais as principais divergências entre Dworkin e Ferrajoli acerca da compreensão dos princípios enquanto normas de direitos fundamentais?

A pesquisa apresenta como objetivos específicos: evidenciar a relevância das discussões teóricas para a pesquisa jurídica; compreender como a teoria de Ronald Dworkin aborda a compreensão dos princípios enquanto normas de direito constitucional; compreender como a teoria de Luigi Ferrajoli aborda a compreensão dos princípios enquanto normas de direito constitucional; identificar as principais divergências entre as teorias no tocante à aplicação e compreensão dos princípios constitucionais.

Como metodologia a ser empregada, define-se a abordagem como qualitativa, descritivo-analítica, com base em revisão de literatura. Como fontes de pesquisa utiliza-se as principais obras dos autores Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli bem como artigos científicos que analisam, extraídos de bases de dados científicas como Scielo, vlex, Revista dos Tribunais, com o intuito de fornecer um estudo teórico de ambas as teorias a partir de um corte epistemológico no tocante à compreensão deles no tocante às normas de direito constitucional.

A escolha dos autores se justifica pela relevância que possuem na compreensão do Direito enquanto sistemas que possuem compreensões e pilares distintos, mas que repercutem na práxis diária. Dessa forma, o artigo será desenvolvido e estruturado de forma a garantir em uma primeira seção a evidenciar a relevância e importância do estudo teórico e da pesquisa de natureza bibliográfica. Após, analisar (na segunda seção) a teoria de Ronald Dworkin e sua compreensão do direito enquanto sistema normativo com ênfase para sua perspectiva conferida às normas e sua categorização notadamente às normas de direito constitucional.

A terceira seção será destinada a estudar a teoria de Luigi Ferrajoli e sua construção de um sistema jurídico pautado em bases positivistas, mas a partir de uma nova compreensão, o “constitucionalismo garantista” e como esse sistema jurídico compreende as normas de direito constitucional especificamente no tocante aos princípios. E na quarta e última seção analisar comparativamente as duas teorias no tocante à abordagem conferidas aos princípios enquanto normas de direito constitucional com o intuito de identificar quais as principais diferenças entre ambos.

A relevância teórica do estudo consiste em compreender com maior profundidade as diferenças entre duas teorias que compreendem as normas constitucionais com especificidades exclusivas, mas que repercutem de maneira incisiva na práxis jurídica, pois em cada caso pode-se ter repercussões relevantes em direitos constitucionalmente

assegurados, e o domínio da compreensão teórica dessas teorias pode auxiliar em casos práticos.

A relevância dos aspectos metodológicos teóricos no Direito

O Direito enquanto ciência depende de um método para sua aplicação, interpretação e compreensão devida, e por se caracterizar como uma ciência social que estuda e investiga fenômenos do ponto de vista social e jurídico dos cidadãos, é convencionalizado que a utilização de ferramentas metodológicas bibliográficas seja mais acertada e adequada para a compreensão de tais realidades.

A abordagem qualitativa de pesquisa tem suas raízes no final do século XIX. Foi na área das ciências sociais que primeiro se questionou a adequação do modelo vigente de ciência aos propósitos de estudar o ser humano, sua cultura, sua vida social. Ela busca a interpretação em lugar da mensuração, buscando examinar o mundo como é experienciado, compreendendo o comportamento humano a partir do que cada pessoa ou pequeno grupo de pessoas pensam ser a realidade (Teis; Teis, 2006, p. 1-2), mediante uma estrutura de pesquisa flexível (Duarte, Machado, Matos, 2013, p. 207).

O predomínio da abordagem qualitativa na ciência jurídica verificado em estudos acadêmicos está intimamente ligado com a necessidade de interpretar a realidade e os fenômenos sociais a partir de elementos de caráter discursivos pautados muitas vezes na argumentação dialética. Visível a partir de uma construção articulada de ideias e conceitos teóricos que explicam determinada temática e possibilitam a compreensão de determinada realidade. Contudo, está bastante presente o pensamento que prega a necessidade de rever esse modelo, a partir da adoção de técnicas de configurações numéricas capazes de conferir uma maior acuidade, profundidade à análise de determinados fenômenos jurídicos (Andrade, Remígio, 2019, p. 387).

Essa tendência científica que exige a adoção de técnicas quantitativas para complementar o raciocínio comumente descritivo da pesquisa qualitativa está presente no Direito, pois essa análise poderia ser insuficiente, uma vez que a depender da complexidade de determinado fenômeno objeto de estudo, a abordagem puramente qualitativa não conferiria a robustez necessária à pesquisa (Andrade, Remígio, 2019, p. 387).

Contudo, é necessário ter em mente que a relevância da pesquisa está centrada nos impactos que pode provocar e nas mudanças práticas que se pode conferir à realidade a partir da problematização de investigação de um fenômeno. Por essa razão, a articulação de uma pesquisa unicamente pautada por esse novo ideal de superar a tradicional abordagem qualitativa no Direito, por si só não vai conferir robustez a pesquisa, pois o que vai definir sua relevância é a capacidade de provocar impactos dentro de uma perspectiva prática.

Pesquisadores podem realizar pesquisas empíricas sobre qualquer questão, não importando o quão restritas ela possam ser, não importando se eles são os únicos interessados nela e não importando se ela praticamente não possui implicações para o mundo real (King; Epstein, 2013, p. 71) ou qualquer relevância prática, isso retira do estudo a

importância e a relevância que a inovação da pesquisa quantitativa poderia trazer à ciência jurídica.

Nesse sentido, Gray King e Epstein Lee (2013, p. 71) coadunam-se ao afirmar que a explicação para determinado fenômeno a partir da pesquisa pauta-se em dois requisitos que boas perguntas de pesquisa exigem: se elas contribuem ao conhecimento existente e se possuem alguma importância para o mundo real. Isso demonstra que mesmo um estudo puramente bibliográfico marcado pela utilização de fontes documentais e de caráter teórico podem contribuir para uma pesquisa de relevância e impacto sociais.

O exercício científico não necessita que a todo tempo seja preciso “reinventar a roda”, sendo um processo dinâmico e continuado, interligado a partir de ideias e estudos preexistentes que culminarão no aprofundamento de um conceito a partir de novas perspectivas guiadas por problemas de pesquisas mais atuais e precisos. Nisso destaca-se a realidade dos estudos bibliográficos, muito comuns no Direito, que partem de estudos anteriores do mesmo assunto. E isso não minimiza a relevância da pesquisa.

Ao reanalisar as mesmas informações, ou perseguir novas formas de olhar para os mesmos problemas, ou trazer novas informações para dar-lhes suporte, mesmo que trabalhando com questões já existentes, deve-se levar em conta as lições dos estudos anteriores. Falhar nesse ponto é mais que um desperdício, na medida em que diminui as possibilidades de que a “nova” pesquisa seja tão bem-sucedida quanto a original, porque o pesquisador estará ignorando a sabedoria coletiva adquirida desde aquele primeiro passo (King; Epstein, 2013, p. 74).

Não se trata de formular a mesma pergunta de partida feita por outros, mas sugere-se que a pesquisa deveria contribuir para fazer conexões, ou tentar interessar outras pessoas em uma área específica de investigação, a partir de várias formas, seja formulando uma pergunta que a comunidade jurídica possa ver como importante, mas que nenhum outro acadêmico abordou, ou tentando resolver uma questão que invocou respostas conflitantes. Ou ainda levantando uma “velha” questão, mas tratando-a de uma forma única e até mesmo coletando novos dados sobre as mesmas implicações observáveis ou implicações completamente diferentes e até através da aplicação de melhores métodos para reanalisar as informações existentes (King; Epstein, 2013, p. 74).

Assim, estudar e compreender as obras de Dworkin e Ferrajoli a partir de uma pesquisa bibliográfica e de outras comparações já feitas, de estudos teóricos já realizados, mas com um enfoque diferenciado e que pode auxiliar os operadores do Direito em sua prática judicial, asseguram a relevância do presente estudo, a partir de uma verticalização mais específica de tais conceitos teóricos repercute profundamente na práxis jurídica e na defesa de direitos fundamentais a partir da articulação daquela teoria que melhor se adequa e que represente maior amparo constitucional.

O campo de estudo do Direito é dinâmico e deve estar ligado às demandas sociais dentre as quais ele emana. Assim, rever conceitos e viabilizar novas e mais atuais interpretações, opostas à objetividade das respostas codificadas na lei, é assegurar um trabalho importante. Nesse diapasão, a pesquisa qualitativa pode ajudar a responder a questões bem específicas, detendo-se a um nível de realidade que não seria possível ser utilizado ou replicado apenas

por meio de números. Possui características interpretativas e compreensivas da realidade social, em que toda a pesquisa social empírica se seleciona evidência para argumentar e necessita justificar a seleção como a base de investigação, de descrição, de demonstração, de prova ou de refutação de uma afirmação específica (Duarte; Machado; Matos, 2013, p. 211).

Com base nessa perspectiva, o estudo a seguir será realizado com base em obras dos teóricos da ciência jurídica que apresentam bases epistemológicas distintas e conferem ao Direito noções diferentes acerca da aplicação prática e compreensão teórica das normas constitucionais, e se apresentará uma verticalização específica do tema que trará uma nova contribuição à problemática antes abordada, mas de maneira distinta.

A Teoria de Ronald Dworkin e sua compreensão acerca dos princípios

Ronald Dworkin, jurista e filósofo norte-americano que se dedicou, dentre outras temáticas, ao estudo dos princípios jurídicos, desenvolveu um sólido e fecundo contraponto ao trabalho de Hebert Hart, de quem foi sucessor da cátedra na Universidade de Oxford.

O trabalho de Hart possuiu como foco a elaboração de uma teoria que supera as teses positivistas de Austin e Kelsen. Para tanto, buscou conceituar o direito de maneira a abraçar qualquer sistema jurídico vigente sem adentrar a justificação moral das práticas jurídicas.

O modelo proposto por Hart, na visão de Dworkin (2007a, p. 31), é mais complexo que de Austin dado que ele reconhece tipos lógicos diferentes de regras (primárias e secundárias). As regras que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade são denominadas de primárias, ao passo que as secundárias são aquelas que estipulam como e por quem regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas.

Assim, Hart identificava que o direito resultaria da combinação de regras primárias de obrigação (regras impositivas de deveres em sentido positivo e negativo) e de regras secundárias de reconhecimento, de alteração e modificação, responsáveis pela imprescindível complementação estrutural do sistema jurídico, em função de fatores sociais externos.

O modelo criado por Hart possui um destaque especial sobre a relação da regra de reconhecimento. Segundo Gonçalves e Quirino (2018, p. 102-103), esta nova regra é o instrumento pelo qual pode haver o reconhecimento de outras regras primárias como regras jurídicas. Ainda na visão dos referidos autores, ela é uma noção geral, um entendimento de que a conformidade com o quadro normativo transfere validade à regra e deve ser obedecido.

É nesse cenário que se atinge o caráter de validade de Hart. Nesse sentido, a demonstração de que uma regra particular é válida pode, portanto, exigir que se remonte a uma complexa cadeia de validade que vai da regra particular à regra fundamental. Ademais, pode ser dito que Hart admite a ingerência dos dados sociais no aspecto validador das normas jurídicas, uma vez que a regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação.

Como descreve Dworkin (2007a, p. 35), Hart também reconhecia que as regras possuíam limites imprecisos, possuidoras de textura aberta, circunstância que faria surgir incertezas

quanto à forma de comportamento exigido por estas. Pelo pensamento hartiano, a indeterminação seria uma das características da norma jurídica, sendo certo que todo intento de guiar o comportamento humano mediante normas gerais é suscetível ao fracasso.

Nessa pisada, e corroborando o pensamento de Kelsen, Hart defendia que o Direito apresentava-se parcialmente indeterminado ou incompleto, circunstância sanada quando o julgador, ao debruçar-se na norma em sua imprecisão, extraía-lhe o sentido a partir da linguagem nela empregada, através do exercício da discricionariedade.

Conforme coloca Abdouch (2018, p.80), a discricionariedade em Hart era colocada como uma virtude intelectual, racional, não ditada por caprichos pessoais momentâneos e colocada em condições ótimas para se alcançar a decisão, assim, o juiz, quando se depararia com um caso difícil, exerceria o procedimento mental com base no ordenamento jurídico e as razões públicas, no sentido de que esta seria a única forma de raciocínio compatível com um Estado de Direito.

Posto isso, Dworkin pretende reduzir o arbítrio da atividade judicial, sem chegar ao excesso de limitar tal atividade a uma aplicação mecânica das regras. Em compensação a esse objetivo, aquele também defende que o sistema jurídico deve ser aberto e plural, composto, além de regras, por princípios, estes, inclusive, compreendendo a maior parte do sistema.

A partir de então, há um esforço para definir o que são os princípios e onde eles se situam. Dworkin (2007a, p. 39) estava interessado nos padrões que não eram enquadrados como regras jurídicas dentro de diferentes casos jurídicos, e esta seria a presença dos denominados princípios. Quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis, o problema com esses conceitos parecem mais agudos. Assim, impera a primeira distinção que Dworkin realiza, ou seja, a distinção entre o que é princípio e política.

Na visão de Dworkin (2007a, p. 36), a política seria definida como o padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, ao passo que o princípio é um padrão que deve ser observado, porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma dimensão da moralidade.

E nesse aspecto conceitual, é visível uma aproximação entre o direito e a moral, uma das principais características do neoconstitucionalismo, da qual decorre a normatividade dos princípios. Portanto, em uma interpretação livre, a política estava voltada as metas coletivas, enquanto os princípios visavam à proteção de direitos individuais.

Conforme preceitua Lopes (2021, p. 466), fica claro que os princípios se sustentam em razões substanciais que não podem ser separadas de um componente avaliativo. Igualmente não existem como fatos brutos, “desinvestidos” de valor. Possuem razões substanciais, e valem nas justificações morais que podem ser reconstruídas para sua normatividade.

Em sequência, Dworkin (2007a, p. 39) constrói o esqueleto de diferenciação das regras e princípios, classificando-os em uma distinção de natureza lógica, segundo a qual os dois apontam para decisões, mas com diferentes naturezas de orientações. A estrutura lógica da aplicação das regras remete ao tudo ou nada. Logo, diante dos fatos apresentados, a regra será válida, tendo sua consequência objetivamente considerada, ou será inválida, em nada

influindo no resultado extraído.

Em sentido contrário estariam os princípios, ou seja, não se submetem a essa dimensão do tudo ou nada. Em verdade, possuem características que lhe são próprias, quais sejam, as dimensões de peso e relevância, que não são igualmente verificáveis na formação das regras.

Na hipótese de haver incidência de mais de um único princípio, caberá ao julgador valorar o peso e a relevância de cada um dos princípios sobre a situação fática. Importante frisar que o resultado não invalida o princípio que não subsistiu, ou seja, não haverá a sua revogação, mas a preponderância do outro de maior importância prática. Situação oposta a dimensão das regras, posto que o conflito de regras naturalmente exclui a validade da outra.

Nesse âmbito, segundo Torres Filho e Lima (2018, p. 115), as digressões acerca da concretização dos princípios, irremediavelmente passam pelo questionamento de sua importância e valor casuístico. Os princípios, mesmo com toda sua indeterminação, permeiam e incidem sobre qualquer fato tido pelo sistema jurídico. Ademais, em razão de suas representações como anseios do Direito, naturalmente expressam exigências sobre a ordem jurídica.

Os princípios não estabelecem um critério formal exaustivo de imediata aplicação, tampouco uma solução instantânea e preestabelecida. Em verdade, proclamam a intenção regulatória do próprio sistema jurídico, apresentando o fundamento axiológico para a solução do caso em destaque.

Fica claro o papel desempenhado pelos princípios neste primeiro momento como padrões não positivados, mas fundamentais na argumentação das decisões jurídicas, de acordo com o construído na obra levando direitos a sério de Dworkin.

Em sua obra seguinte, o império do direito, Dworkin desenvolve um aprofundamento do seu estudo. Nesta, o autor conclui que os princípios agora incorporam o direito para além da sentença jurídica. O direito é então concebido como uma integridade de princípios onde estes possuem juridicidade independente de sua positivação.

A construção do direito como integridade de princípios é colocada a partir de uma atitude interpretativa de integração de cada uma das decisões individualmente consideradas com o sistema legal, bem como com os precedentes, de maneira a identificar o princípio que norteou cada decisão.

Segundo Dworkin (2007b, p. 200-201), a integridade é desenvolvida mediante relação com a equidade enquanto distribuição do poder político de forma adequada, mais a justiça na sua preocupação com as decisões tomadas por equidade, e, por fim, com o devido processo legal no correto cumprimento dos procedimentos para julgamento. Na interação entre estes três princípios subsiste a veracidade das proposições jurídicas. A combinação de ambos vai constituir a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade.

Em complemento a referida construção teórica, Dworkin (2007b, p. 291) destaca que os magistrados devem admitir que o direito é constituído pelo conjunto coerente de princípios, os quais necessitam ser aplicados aos casos concretos a fim de estabelecer uma situação justa e equânime. Como produto, será construída e obtida uma decisão judicial que observa o desejo de integridade, qual seja ser uma comunidade de princípios.

As pessoas também são abarcadas pela integridade quando admitem serem governadas

por princípios comuns, em outras palavras, as regras advindas da convenção política perdem a exclusividade sobre a gerência das relações entre pessoas e o Estado. Dessa forma é construído e endossado um sistema de princípios por meio de decisões tomadas em instituições políticas.

Na visão de Dworkin (2007b, p. 254-255, 260), cada membro da comunidade aceita a integridade como parte intrínseca e basilar de sua política. Os membros reconhecem que os demais possuem direitos e deveres oriundos do sistema de princípios, ainda que as obrigações não tenham sido formalmente positivadas ou declaradas.

A comunidade política entendida através de uma concepção de associação de princípios “oferece uma base atraente para exigências de legitimação política em uma comunidade de pessoas livres e independentes que divergem sobre moral política e sabedoria”. (Dworkin, 2007b, p. 490).

O direito possui uma atitude interpretativa e construtiva, uma prática social da qual as pessoas enquanto comunidade devem se comprometer, superando a ideia centrada apenas no texto legislativo, ou seja, posiciona o princípio como elemento norteador da melhor prática.

A relação entre princípio e direito ainda foi explorada novamente por Dworkin em sua obra denominada *Justice for Hedgehogs*, na qual o autor aprofunda a ideia do direito como integridade de princípios e fundamenta o porquê da necessidade de tratar o tema a partir dessa compreensão.

Especificamente no capítulo dezenove do livro *Justice for Hedgehogs* há uma apresentação do direito como parte essencial do arranjo político. Nesse aspecto Lois, Almeida e Cademartori (2014, p. 166) expõem que o objetivo da obra é dedicado a esclarecer e defender aspectos em sua teoria moral do direito, centrando sua discussão nos conceitos interpretativos e de responsabilidade moral indispensáveis a sua concepção de teoria do direito.

Desde os primeiros dias de faculdade é ofertada aos estudantes a percepção sobre a potencialidade de conflito entre o direito e a justiça. Nessa ótica, não há garantia de que as leis sejam justas, e sendo injustas, as autoridades e cidadãos devem respeito a estas em razão do Estado de Direito, comprometendo o ideal de justiça.

Como alternativa ao apontado conflito entre direito e justiça, o autor fornece uma visão do direito não como algo apartado, paralelo ou conflituooso com a moralidade, mas como um ramo da própria moralidade.

A ideia posta traduz a compreensão da moralidade como uma árvore, na qual o direito representa um ramo da moralidade política com execução própria e instituições que independem da legislação, a qual advém do ramo da moralidade geral e este ainda integraria uma teoria geral sobre o viver bem.

Costa (2014, p. 205) denota que Dworkin realiza uma unificação das esferas de valor de uma sociedade (ética, moral, política e jurídica) e promove a subordinação de todas à virtude da responsabilidade ao passo que atribui o dever objetivo de buscar nossa convivência.

Apesar de toda possível e pretensa discussão envolvendo princípios, extrai-se sua atividade orientativa da atuação do julgador. De outra forma, mesmo nos *hard cases* em que as normas são colocadas como insuficientes para apresentar uma resposta, o julgador deve se utilizar dos princípios, a fim de encontrar a solução correta, rechaçando qualquer ideia

positivista de discricionariedade para formular a decisão.

Logo, conforme Torres Filho e Lima (2018, p. 120), os princípios são apresentados por Dworkin como instrumentos de fechamento do sistema jurídico, exercendo um papel vinculativo assim como das regras, carregados de carga axiológica. Noções, contudo, diametralmente opostas ao que prega Luigi Ferrajoli.

A teoria garantista de Luigi Ferrajoli e sua base neopositivista: uma nova compreensão das normas de direitos constitucionais

A teoria de Luigi Ferrajoli é comumente associada a uma teoria que visa a proteção desmedida e desarrazoada de direitos do acusado sofrendo críticas por vezes infundadas e incoerentes. Contudo, a teoria garantista apresenta uma construção e articulação epistemológica muito mais aprofundada e que não se coaduna com a simplicidade das adjetivações que lhe são atribuídas de maneira negativa.

Inobstante adentrar essa discussão não seja o objeto desta seção, é importante introduzi-la com o objetivo de demonstrar a profundidade dos conceitos trazidos pelo garantismo de Ferrajoli e sua importante relação com o constitucionalismo, cujas bases são extraídas do positivismo jurídico a partir do que ele chamará de um reforço do juspositivismo. Isso ajudará a melhor compreender a relevância e força teórica do garantismo.

O garantismo pode ser entendido como um sistema de segurança social que procura salvaguardar os sujeitos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais (partindo daqueles conexos à subsistência) através de um plano de reformas que diz respeito tanto à esfera pública quanto à privada. Contudo, a teoria apresentada por Ferrajoli, como dito, apresenta conceitos mais densos que esse, podendo ser compreendida como uma “doutrina político-constitucional que propõe uma sempre mais ampla elaboração e introdução de tais instrumentos”, compreendendo-a como dimensão específica do constitucionalismo rígido, e como teoria normativa do constitucionalismo rígido (Ippolito, 2011, p. 34-35), melhor explica a seguir.

Contudo, sem perder se vista sua compreensão acertada, mas que vai além disso, como uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrárias, ou seja, como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos (Ippolito, 2011, p. 36).

Nas palavras de Ferrajoli (2002a, p. 684), o garantismo designada um modelo autônomo normativo de Direito, pautado na estrita legalidade sob a qual o próprio Estado de Direito se caracteriza como um sistema cognitivo mínimo (plano epistemológico), caracterizando-se ainda como uma técnica idônea com vistas a maximizar a liberdade (plano político) e como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (plano jurídico).

O autor então estabelece sua teoria como um projeto normativo respeitado e alcançado através da construção de leis e políticas que se voltem ao respeito máximo de garantias, não

admitindo conexão entre direito e moral, cuja separação manifesta-se como um corolário do princípio da legalidade que assegura a garantia das liberdades fundamentais e que impede a aplicação de um direito suposto pelo condão moral dos magistrados, reforçando a vinculação destes às leis e com maior ênfase, à constituição (Ferrajoli, 2012b, p. 25).

A interpretação das normas deve voltar-se à própria constituição sendo excluídas aquelas interpretações que não se mostrem plenamente compatíveis com a norma constitucional. Isso afasta a perspectiva subjetivista dos juízes e assim assegura um sistema jurídico mais justo, igualitário e imparcial, baseado unicamente no respeito à constituição (Ferrajoli, 2012b, p. 34).

Dois sentidos são atribuídos à separação entre moral e direito: um assertivo ou teórico e outro prescritivo ou axiológico. O primeiro, diz respeito ao problema jurídico da *legitimação interna* do direito (ou de sua validade), de modo que para o direito ser válido, não precisa (não deve) subordinar-se a valores morais. Já o segundo é uma tese científica que exclui a ideia falaciosa de que a justiça seja uma condição necessária ou mesmo suficiente à validade das normas jurídicas. O direito sobre o qual se fala é inteiramente positivo, o que foi alcançado a partir do fenômeno das codificações e do advento das Constituições escritas. Essa tese pode ser afirmada por meio do princípio da legalidade, que foi incorporado nos Estados de Direito e que é uma norma de reconhecimento de todas as normas válidas (Pinho; Albuquerque; Sales, 2019, p. 169-170).

Esses elementos desde a maximização da liberdade à separação entre direito e moral promovida por Ferrajoli, formam, dentre outros, aqueles que constituem a base de uma teoria essencialmente positivista, contudo, a partir de um reforço proporcionado por sua teoria. A superação do Estado de Direito marcado pelo liberalismo essencial ao positivismo, para o advento do Estado Constitucional de Direito, a partir do qual se prega a obediência à constituição.

O advento de um constitucionalismo rígido, da maneira defendida por Ferrajoli ocorre com as transformações resultantes do segundo pós-guerra, que evidenciam o esgotamento do modelo do Estado legislativo de direito e da teoria positivista a ele subjacente, instituindo uma série de limites e de vínculos – não apenas formais, mas também substanciais – a todos os poderes públicos (Trindade, 2016, p. 410-411).

Com o surgimento desse novo modelo de positivismo, reforçado e pautado na normatividade da constituição, Ferrajoli vai propor uma nova terminologia que partirá da ideia de que o constitucionalismo jurídico equivale ao Estado Constitucional de Direito servindo para designar o constitucionalismo rígido que caracteriza as constituições da atualidade, ou constituições democráticas (Trindade, 2016, p. 411), é o chamado “constitucionalismo garantista”.

Entendido como reforço, extensão ou complemento do positivismo jurídico e do Estado de Direito que possuirá três conceitos equivalentes ao conceito de garantismo abordado alhures: como modelo ou sistema jurídico (pautado na positivação de princípios que deverão embasar toda a produção normativa); teoria de direito (prega a distinção existente entre o dever ser – constitucional – e o ser – legislativo – do qual resultam as lacunas da norma que devem ser afastadas); e como filosofia e teoria política (ancorada empiricamente no

paradigma do Estado Constitucional de Direito e articulada sobre quatro dimensões correspondentes aos direitos fundamentais) (Trindade, 2016, p. 412).

A positivação dos princípios e o respeito máximo a tais normas de caráter constitucional integram o programa axiomático⁴ de Ferrajoli (2002, p. 90), princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Os axiomas garantistas expressam proposições que prescrevem o que deva ocorrer (dever ser – constitucional), não enunciando condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. São implicações deônticas, normativas ou de dever ser, cuja conjunção nos diversos sistemas, que aqui se tornarão axiomatizados, dará vida a modelos deônticos, normativos ou axiológicos.

Em razão do caráter de macro importância e relevância dos princípios constitucionais é que a teoria do constitucionalismo garantista prega uma aplicação integral de seu conteúdo, não admitindo uma aplicação gradual como defende Dworkin e outros autores, rechaçando a atuação por meio da ponderação que assegura aos magistrados um elevado nível de discricionariedade na aplicação da norma constitucional.

As diferenças entre Dworkin e Ferrajoli no tocante às normas de direitos fundamentais

As principais diferenças extraídas das teorias acima entre Dworkin e Ferrajoli no tocante aos seus sistemas normativos, especificamente no tratamento conferido às normas constitucionais, podem ser condensados em cinco pontos elementares que serão articulados nesta seção de modo a alcançar uma compreensão coesa e precisa.

O primeiro deles corresponde à base normativa em que ambas as teorias se solidificam, enquanto uma concentra elementos além do positivismo a outra propõe um reforço. Os dois teóricos encontram um marco temporal bastante significativo no pós-guerra. Todavia, enquanto Dworkin utilizou-se da fragilidade evidenciada do positivismo para acentuar a crítica sobre a teoria, ao afirmar, dentre outros argumentos já vistos, a inadequação da rigidez normativa com a fluidez da sociedade, Ferrajoli utilizou-se para trazer um reforço acostando-se ao novo movimento do constitucionalismo rígido, mediante a propositura do constitucionalismo garantista em contraponto ao que ele classifica de constitucionalismo principialista, no qual categoriza Dworkin.

Esse constitucionalismo principialista, é segundo Ferrajoli (2012b, p. 20-21) um sistema jurídico que configura as normas constitucionais, especificamente os princípios enquanto normas de direito fundamental, como suscetíveis de ponderação ou balanceamento porque estariam potencialmente em conflito. O direito poderia ser chamado como um sistema de normas mas também como uma prática jurídica. Acrescenta valores aos princípios a partir de

⁴ *Nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione, nulla actio sine culpa, nulla culpa sine iudicio, nulla iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione* (Ferrajoli, 2002, p. 74-75), São correspondentes aos princípios: da retributividade; princípio da legalidade; princípio da necessidade ou economia, princípio da lesividade ou da ofensividade; princípio da materialidade; princípio da culpabilidade; princípio da jurisdicionalidade; princípio do encargo da prova; princípio do contraditório e princípio acusatório

uma inevitável conexão entre direito e moral e isso resvala no papel determinante dos valores para configurar o direito como uma “prática interpretativa” conforme considerado por Dworkin.

Já para Ferrajoli, seu constitucionalismo defendido é o garantista, já explicado na seção anterior. Isso resvala em um elemento que vai formar as bases de ambas as teorias, que é a relação entre direito e moral, segunda diferença. Para Dworkin os princípios consistem em padrões que representam dimensões específicas do aspecto moral o que leva a aproximação entre direito e moral pregados em sua teoria, na proteção de direitos individuais.

Contudo, para Ferrajoli (2012b, p. 32) é insustentável que as leis e Constituições incorporem valores, pois seria justamente essa separação entre direito e moral que agiria como pressuposto de submissão dos juízes à lei e da independência delas ao cognitivismo ético-judiciário, provenientes da teoria dworkiana de que existiria uma única resposta correta ou justa, que seria aquela mais identificada na prática jurisprudencial que equivaleria ao elemento subjetivo e moral dos juízes.

Essa dualidade na compreensão entre direito e moral leva ao terceiro elemento de distinção entre ambas as teorias, a separação ou não entre regras e princípios. Se para Dworkin, o elemento moral é indissociável do jurídico, é isso que consagrará a estrutura dos princípios (aplicação gradual, ponderada) e assim os dissociará das normas enquanto regras (aplicação de tudo ou nada), Ferrajoli (2012b, p. 39), caracteriza essa distinção como incerta e heterogênea no tocante à noção de “princípio” e à sua própria definição, em razão da compreensão de determinados princípios com caráter regulador e assim são deonticamente proibidos sua inobservância, o que configura em suma um caráter próprio de regras segundo aqueles que defendem essa distinção, sendo apenas formulados de maneira diversas dela⁵.

Diretamente associado a essa distinção, extrai-se a quarta diferença elencada. A compreensão da aplicação dos princípios a partir do exercício da ponderação. Dworkin ao organizar uma estrutura normativa em sua teoria atribuindo aos princípios peso e relevância a serem observados pelos juízes no caso concreto para decidir qual aplicar e em que medida assegurando um exercício amplo de discricionariedade judicial, encontra profunda resistência na teoria garantista que rechaça a ponderação justamente pela crítica feita ao elemento discricionário que chama de “excessiva dimensão empírica associada à noção de ponderação” (Ferrajoli, 2012b, p. 48).

Ferrajoli não encontra espaço na sua compreensão do exercício discricionário para aplicação de normas constitucionais, notadamente princípios, pois esse exercício estaria limitado a uma interpretação gramatical conferida à norma, análise probatória e os pesos atribuídos a seus elementos e identificação e adequação de determinada figura penal a uma prática (já no aspecto criminal) (Ferrajoli, 2012, p. 46). A compreensão distinta acerca da discricionariedade é o quinto elemento que congrega as diferenças entre ambas as teorias no corte da presente pesquisa.

⁵ Por trás de cada regra existiria um princípio e inversamente há princípios reguladores quando violados manifestam-se como regras (à exemplo do princípio da igualdade que quando violado faz surgir regras que proíbem a discriminação).

Conclusões

As teorias de Dworkin e Ferrajoli apresentam compreensões e interpretações distintas das normas jurídicas de carácter constitucional, especialmente no que tange aos princípios e sua aplicação. É justamente nesse cerne que se concentra o esforço do presente trabalho, trazer as principais divergências entre tais pensamentos acerca da compreensão dos princípios enquanto normas de direitos fundamentais.

As teorias abordadas neste estudo albergam tradições jurídicas distintas, todavia com um ponto em comum, são abordagens direcionadas a uma construção do direito a partir do modelo legal anterior a segunda guerra mundial. Dworkin centra seus esforços na edificação do direito como uma superação do positivismo reconhecendo a necessidade dos princípios integrarem o ordenamento jurídico, ao passo que, Ferrajoli desenvolve uma reformulação crítica do positivismo centrada na efetividade de direitos fundamentais de uma democracia constitucional.

Dworkin adota a ideia de que os avanços jurídicos dependem de uma adoção de valores, o que implicaria em uma aproximação do direito com a moral. Esta proximidade axiológica materializa as reservas de Ferrajoli sobre a possibilidade de o direito ser colonizado pela moral, sobretudo na forma de exposição de concepções pessoais de justiça originadas de desenvolvimentos políticos externos.

Como consequência dessa relação entre o direito e a moral, a discussão desagua no aspecto de distinção entre regras e princípios, bem como da própria conceituação do que é o direito. O pensamento dworkiano descreve o elemento moral intrínseco ao jurídico, em outras palavras, o princípio, não sendo este invalidado na hipótese de sua não aplicação, ao contrário da percepção da regra, cuja aplicação se reproduz no tudo ou nada. Por sua vez, Ferrajoli não considera esta distinção como ideal, sobretudo em razão da própria característica deôntica do princípio, assemelhando-o a natureza de regra.

Os princípios na visão de Dworkin, ao serem colocados como possuidores de uma dimensão de peso e relevância, encontram resistência na teoria garantista, pois esta não admite a ponderação daqueles pelo magistrado. O pensamento de Ferrajoli critica a grande margem de discricionariedade conferida ao juiz nessa esfera de aplicação dos princípios. Há na visão deste, uma dimensão empírica muito vasta, de outra forma, esse elemento discricionário deveria submeter-se interpretação gramatical conferida à norma e a prática factual.

Ambos os modelos teóricos representam dois padrões operacionais de aplicação de direitos fundamentais. Ocorre que, os direitos fundamentais enquanto princípios possuiriam elementos axiológicos. Logo, o plano de fundo das discussões ainda permanece na separação do direito e da moral.

Bibliografia

ABDOUCH, R. P. 2018. Discricionariedade em Hart e Dworkin: o debate reconsiderado à luz do

- artigo perdido de H.L.A Hart. *Revista Publicum*, **4**(2):73-82.
- ANDRADE, M. D. de; REMÍGIO, R. F. de Castro. 2019. A desnecessária separação entre abordagem qualitativa ou quantitativa para a pesquisa jurídica: repensando as vantagens do pluralismo metodológico para a pesquisa em direito processual civil. *REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual*, **13**(20):384-406.
- BRAGA, I. F.; SIQUEIRA, N. S. 2020. Entre o liberalismo de Dworkin e o garantismo de Luigi Ferrajoli – aproximações e divergências teóricas. *Revista Meritum*, **15**(4):196-210.
- COSTA, A. A. 2014. Teologia moral para ouriços: a teoria da justiça de Ronald Dworkin. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, **1**(1):199-219.
- DUARTE, R. G.; MACHADO, D. de Q.; MATOS, F. R. N. 2013. Pesquisa qualitativa nas ciências sociais: uma discussão acerca de sua complexidade e perspectivas futuras. *Caderno de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas*, **14**:203-224.
- DWORKIN, R. 2007a. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. São Paulo, Martins Fontes.
- _____. 2007b. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo, Martins Fontes.
- FERRAJOLI, L. 2002. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo, RT.
- _____. 2012. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: L. Ferrajoli; L. L. Streck; A. K. Trindade (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre, Livraria do Advogado. p. 13-56.
- GONÇALVES, A. S.; QUIRINO, R. H. R. 2018. A norma hipotética fundamental de Hans Kelsen e a regra de reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do sistema jurídico. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, **78**:91-118.
- KING, G.; EPSTEIN, L. 2013. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Tradução de Fábio Morosini et al. São Paulo, Direito GV.
- LOIS, C. C.; ALMEIDA, D. dos S.; CADEMARTORI, L. H. U. 2014. Elementos para uma crítica à concepção de análise conceitual de Ronald Dworkin em Justice for Hedgehogs. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, **19**(1):157-180.
- LOPES, Z. F. 2021. O direito como um ramo da moral: desvio ou ápice da teoria de Ronald Dworkin? *Revista Direito, Estado e Sociedade*, **58**:460-480.
- RIBEIRO, J. C.; SILVA, G. F. 2020. Uma questão de princípio: há distinção entre regras e princípios na teoria de Ronald Dworkin? *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, **6**(2):18-38.
- TEIS, D. T.; TEIS, M. A. 2006. A abordagem qualitativa: a leitura no campo de pesquisa. *Biblioteca on-line de Ciências da Comunicação*, p. 1-8.
- TORRES FILHO, C. M.; LIMA, R. A. 2018. Uma análise dos princípios jurídicos sob a visão de Ronald Dworkin e seu uso indiscriminado no Brasil. *Caderno do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, **13**(1):107-123.
- TRINDADE, A. K. 2016. Positivismo e (neo)constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchis e Garcia Amado. *Revista do Mestrado em Direito – UCB*, **10**(2):406-430.

Submetido: 25/07/2023

Aceito: 03/09/2022