

FRAGILIDADES TEÓRICAS DO PRINCIPIALISMO NO CAMPO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: A Crítica de Luigi Ferrajoli

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2025.64.16362>

Submetido em: 1/9/2024

Aceito em: 28/7/2025

Publicado em: 11/8/2025

Williem da Silva Barreto Junior

Universidade La Salle. Canoas/RS, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0002-3519-7793>

Sérgio Urquhart de Cademartori

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis/SC, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0002-2037-1496>

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Universidade La Salle. Canoas/RS, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0003-2718-4770>

RESUMO

Ante a recente profusão de teorias genericamente intituladas neoconstitucionalistas, antagônicas ao tradicional positivismo jurídico em muitos aspectos, os debates acerca da interpretação, no campo do direito, adquiriram maior relevância e complexidade. Em tal contexto, temas como a natureza principiológica das Constituições e a viabilidade teórica da ponderação ganharam protagonismo nas mais avançadas e atuais discussões travadas no universo acadêmico. A pesquisa, cujo marco referencial teórico é o jusfilósofo italiano, Luigi Ferrajoli, estrutura-se em dois eixos que pretendem discutir, respectivamente, a (in) existência de relevante diversidade conceitual entre regras e princípios e a suposta necessidade do uso da ponderação para a resolução de conflitos normativos. No âmbito da investigação aplicou-se a abordagem hipotético-dedutiva, enquanto os resultados foram extraídos mediante dedução lógica a partir da confirmação/falseamento de hipóteses previamente formuladas. Feita a investigação, foi possível concluir o seguinte: a) não há diferenças estruturais entre regras e princípios; e b) a ponderação, embora útil, deve recair sobre as circunstâncias fáticas do caso concreto em detrimento da norma abstrata.

Palavras-chave: garantismo; principialismo; regra; princípio; ponderação.

THEORETICAL WEAKNESSES OF PRINCIPIALISM IN THE FIELD OF LEGAL INTERPRETATION: THE CRITICISM BY LUIGI FERRAJOLI

ABSTRACT

In view of the recent profusion of theories generically entitled neoconstitutionalists, antagonistic to traditional legal positivism in many respects, debates about interpretation, in the field of law, have acquired greater relevance and complexity. In such a context, themes such as the principled nature of the Constitutions, and the theoretical viability of ponderation, gained prominence in the most advanced and current discussions held in the academic universe. The research, whose theoretical framework is the Italian jusphilosopher, Luigi Ferrajoli, is structured in two axes, which intend to discuss, respectively, the (in) existence of relevant conceptual diversity between rules and principles, and the supposed need to use the ponderation for the resolution of normative conflicts. Within the scope of the investigation, the hypothetical-deductive approach was applied, while the results were extracted by logical deduction, from the confirmation/falsification of previously formulated hypotheses. Done the investigation, it was possible to conclude the following: a) there are no structural differences between rules and principles; and b) the ponderation, although useful, should fall on the factual circumstances of the concrete case, to the detriment of the abstract norm.

Keywords: garantism; principialism; rule; principle; ponderation.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da interpretação jurídica é foco de intensos debates desde a emergência do Estado de Direito. Na segunda metade do século 20, entretanto, com a profusão de teorias genericamente intituladas neoconstitucionalistas, antagônicas ao positivismo em muitos aspectos, as discussões acerca do tema tornaram-se mais robustas e acaloradas também em razão de as abordagens positivistas terem adquirido maior complexidade.

O constitucionalismo garantista, de Luigi Ferrajoli, propõe, nada obstante sua ancoragem nos tradicionais axiomas positivistas¹, uma repaginada visão crítica e projetiva da teoria do direito, o que reverbera diretamente na atividade do intérprete. A interpretação jurídica, nos moldes garantistas, deve manter-se fiel aos limites semânticos do texto constitucional-normativo, inexistindo separação conceitual relevante entre regras e princípios, ou, mesmo, espaço para ponderação de princípios colidentes.

Já segundo os neoconstitucionalistas, por Ferrajoli denominados principialistas, o positivismo fracassou no desiderato histórico de guiar o processo jurídico-interpretativo. Embora o neoconstitucionalismo não constitua escola uniforme do pensamento, tendo em vista a diversidade que permeia os seus expoentes, há, entre muitos deles, consenso sobre as seguintes premissas teóricas, notadamente contrárias aos postulados garantistas: a) regras e princípios são institutos estruturalmente diversos, ou seja, espécies do gênero norma; e b) a ponderação é instrumento idôneo para solucionar colisões entre princípios.

Dada a importância dos recentes debates entre positivistas e neoconstitucionalistas, o objetivo deste artigo é apresentar o olhar crítico, lançado por Ferrajoli, sobre a perspectiva principialista da interpretação, descortinando suas possíveis fragilidades com ênfase na teoria de Robert Alexy. O artigo estrutura-se, então, sob dois eixos: no primeiro, discute-se a (não) diferença estrutural entre regras e princípios, e, no segundo, analisa-se a (in) viabilidade teórica do instituto da ponderação.

A abordagem metodológica empregada na pesquisa é a hipotético-dedutiva, pois busca-se falsear/confirmar as seguintes hipóteses: a) existe, ou não, diferenciação estrutural entre regras e princípios; e b) a ponderação é, ou não, instrumento teoricamente idôneo para resolver conflitos entre princípios. Como técnica de investigação, utiliza-se a revisão de bibliografia mediante análise de artigos, teses e livros cientificamente autorizados.

2 REGRAS E PRINCÍPIOS: DIFERENÇA ESTRUTURAL OU ESTILÍSTICA?

O principialismo², definido por Luigi Ferrajoli, referenda a concepção de constitucionalismo fundada na distinção qualitativa entre regras e princípios (Ferrajoli, 2014, p. 96), em linha teórica endossada por autores como Robert Alexy³ e Ronald Dworkin⁴. De início, é importante ressaltar que o presente artigo se concentra na crítica ferrajoliana à suposta distinção entre regras e princípios e o emprego da ponderação conforme

¹ Por exemplo, a conexão meramente contingente – ou seja, não necessária – entre direito e moral, e a insistência na desconfiança da atividade judicial como fonte privilegiada ou central do ordenamento jurídico (Ferrajoli, 2022b).

² Para os teóricos principialistas, também nominados neoconstitucionalistas, o constitucionalismo contemporâneo guarda relação direta com a superação do paradigma jus positivista. O principialismo, além de endossar a conexão entre o direito e a moral, estabelece rígida separação entre os conceitos de princípios e regras, cujos conflitos são solucionados à base de ponderação e subsunção, respectivamente (Barreto Júnior; Cademartori, 2021).

³ Jurista alemão de grande prestígio nos séculos 20 e 21. É artífice de uma teoria da argumentação jurídica, caracterizada pela busca de um padrão racional para o exercício da atividade interpretativa. Sugere-se, para melhor compreensão das suas ideias, Alexy (2016).

⁴ Jurista norte-americano, amplamente reconhecido pela criação da teoria do direito enquanto integridade, que se notabilizou por estabelecer ferrenha oposição às premissas do positivismo sociológico hartiano. Para mais informações, Dworkin (1999).

sustentado por Alexy, não se ignorando a diversidade de perspectivas teóricas encampadas por outros teóricos neoconstitucionalistas de expressão, cuja temática renderia algo muito além de um artigo⁵.

Segundo os principialistas, guardadas as devidas peculiaridades teóricas, as normas constitucionais que possuem essência política contemplam valores morais e/ou direitos fundamentais e constituem princípios, não sendo, por óbvio, regras (Barreto Júnior; Cademartori, 2021, p. 57). Assim, enquanto as regras são aplicáveis às situações fáticas nelas descritas, por subsunção os princípios, notabilizados por maior grau de generalidade, são sopesados e submetidos à ponderação⁶ quando colidentes entre si (Prieto Sanchís, 2008b, p. 342).

Para Ferrajoli (2012, p. 35), cuja postulação teórica opõe-se às premissas principialistas, conjugou-se, à distinção entre regras e princípios, uma instância empírica que problematiza o seu embasamento teórico, sendo nebulosa tanto a definição de princípio quanto a solidez conceitual da aludida diferenciação.

Ferrajoli corrobora a existência de normas dotadas de carga valorativa e/ou de natureza política, e identifica-as como princípios diretivos em contraposição aos demais princípios, nominados reguladores, ou imperativos, tendo em vista a sua inderrogabilidade (Alexy, 2021, p. 42). Assim, constituem princípios diretivos expressiva parcela dos princípios constitucionais destinados ao fomento das políticas social e econômica, a exemplo dos que estimulam a produção cultural, artística e científica.

Os direitos sociais, em caráter de excepcionalidade, encontram-se no intermédio entre os princípios e as regras, por imporem, ao legislador, a obrigação de regulamentá-los no sentido de instituir as correlatas garantias primárias⁷, ainda que não sejam fixadas a sua forma, a qualidade e o grau de tutela. Logo, os direitos sociais são princípios reguladores e, portanto, inderrogáveis, quanto ao “se” da atividade legislativa, além de diretivos, em relação ao “como”, ou seja, no que se referir às formas e à medida da própria regulamentação (Ferrajoli, 2012, p. 35).

É possível afirmar que, à sombra de toda regra, há um princípio, inclusive, quando a situação em análise envolve triviais normas de trânsito; segundo Ferrajoli, no caso da proibição de ultrapassagem em sinal vermelho, observa-se a atuação de princípios, como o da segurança e o da mais eficiente circulação nas estradas. Em sentido contrário, os princípios reguladores, ao serem desrespeitados, travestem-se de regras sancionadoras, não se submetendo à ponderação; por exemplo: se violado o princípio constitucional da igualdade, incide determinada regra que veda discriminações e comina sanção específica, aplicada por subsunção (García Figuerola, 2005).

Para Ferrajoli, a matriz de diferenciação entre a maior parte dos princípios e as regras não possui cunho estrutural, mas estilístico, e o endosso a essa diferença enfraquece a normatividade das Constituições (Trindade, 2016, p. 413). Por outro lado, a apresentação de inúmeras normas constitucionais – em especial

⁵ Usamos, aqui, como exemplo de diversidade das concepções de Direito e dos princípios entre os principialistas, – embora fosse possível citar outras, como as encampadas por Manuel Atienza e Lenio Streck –, a endossada por Dworkin. Para ele, considerando a pluralidade de vozes existente em uma comunidade política, as resoluções da coletividade precisam, sempre, fundamentar-se em um princípio coerente, cuja influência encontre-se vinculada aos limites naturais da sua autoridade. Desse modo, é possível afirmar que a adoção do direito como integridade faz de determinada comunidade capaz de fomentar a sua autoridade moral para melhor manejar o poder de coerção. Surge, então, a comunidade de princípios, caracterizada pelo governo da sociedade, não a partir de regras explícitas, engessadas e definidas preteritamente, mas por comandos principiológicos, por elas pressupostos. A referida forma de organização permite ao sistema adequar-se às novas circunstâncias histórico-sociais, sem que haja necessidade da criação de legislações superdetalhadas, dado o dinamismo organizacional da comunidade. A política tem, então, a sua capacidade de atuação ampliada, transmutando-se em 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 decisões. 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 anterior (Lages, 2001).

⁶ Constitui técnica de resolução de conflitos entre princípios, arquitetada por Robert Alexy, segundo a qual a incidência de um deles prevalece sem revogação do outro, considerado o peso de ambos no caso em concreto. Ver mais em Streck (2017b).

⁷ As garantias constitucionais são o porto seguro de rigidez e normatividade das Constituições, por constituírem regras idôneas que asseguram a sua efetividade. As garantias primárias podem ser negativas ou positivas, alusivas, respectivamente, à proibição de lesões às liberdades fundamentais básicas e à obrigação de fazer atuar os direitos sociais. Para maior aprofundamento, sugere-se Barreto Júnior (2022).

os direitos fundamentais –, no formato de princípios, ostenta reconhecida importância política, pois: a) os princípios exteriorizam os valores éticos positivados; e b) as liberdades fundamentais atuam para evidenciar a titularidade das normas constitucionais que concedem direitos às pessoas/cidadãos como fragmentos da soberania popular (Ferrajoli, 2014, p. 43).

O referido posicionamento teórico conjuga-se com uma postura *coerentista* dos direitos fundamentais em contraposição ao enfoque *conflitualista*, central na hermenêutica da corrente principialista⁸. Tal afirmação carece de desdobramento teórico para o seu correto entendimento: a conceituação dos direitos fundamentais, por Ferrajoli (2022b, p. 133), revela apego a uma postura analítica, portanto *formal*, necessária condição de sua universalidade:

Chamo de *direitos fundamentais* todos os direitos universais, indisponíveis e imediatamente dispostos por normas téticas, das quais todos são titulares enquanto e somente enquanto pessoas naturais, ou cidadãos ou pessoas e/ou cidadãos capazes de agir.

Desdobrando-se o conceito, encontram-se duas classes de direitos fundamentais: a) os *primários* ou *substantivos*, que reúnem os direitos cujos titulares são todos enquanto pessoas ou cidadãos; e b) os *secundários* ou *instrumentais*, que abrangem os direitos potestativos de autonomia, exercíveis no âmbito político (indiretamente) ou na esfera do mercado (diretamente) (Ferrajoli, 2022b, p. 137-138).

Os direitos primários desdobram-se em duas categorias: a) *direitos de liberdade* ou de não lesão; e b) *direitos sociais* ou de prestação. Já os secundários podem ser decompostos em: a) *direitos políticos* ou de autonomia do cidadão; e b) *direitos civis* ou de autonomia da pessoa (Ferrajoli, 2022b, p. 138).

No que respeita às liberdades, Ferrajoli quadriparte-as, segundo as suas características estruturais: assim, há as *liberdades-imunidades fundamentais*, as *liberdades-faculdades fundamentais*, os *direitos de autonomia* e as *liberdades de fato* (meras liberdades) (Ferrajoli, 2022b, p. 151).

No ápice estão as *imunidades fundamentais*, como a liberdade de consciência e a imunidade ante a tortura, que não são limitadas por outros direitos. Dessa forma, não cabe se falar em colisão de princípios ou de direitos fundamentais, uma vez que a Constituição deixa estabelecidos os âmbitos de atuação de cada espécie de liberdade.

Ademais, Ferrajoli adverte que, afora as peculiaridades de estilo, todo princípio, ao encarnar um direito fundamental, equipara-se à regra implicada na obrigação/proibição correlata. Assim, tendo em vista a universalidade dos direitos fundamentais, estes podem constituir regras, de modo que não há razão para uma visão conflitualista (Cademartori; Strapazzon, 2012, p. 208) entre princípios. Conforme adverte Prieto Sanchís (2008b, p. 342):

El excesivo conflictualismo principialista conduce, en efecto, «a un debilitamiento del paradigma constitucional, cuya normatividad jurídica, si bien respaldada por cartas constitucionales e internacionales, resulta devaluada a genérica normatividad ético-política, como si esas cartas, en lugar de normas supraordenadas a las ordinarias, fuesen, como escribe MAZZARESE, “meras declaraciones de intenciones políticas”.

Com efeito, é crível afirmar que inexistente diferença estrutural relevante entre grande parte dos princípios (os reguladores) e as regras, pois o desrespeito a um princípio torna-o regra que exterioriza as proibições/obrigações correspondentes (Copetti Neto, 2012). Por essa razão, a Constituição é reconhecida, no Estado de Direito, em seu âmbito substancial, não apenas por ser compêndio de direitos fundamentais das pessoas (de

⁸ Ou seja: o principialismo considera a ocorrência de colisão entre direitos fundamentais, algo inerente aos ordenamentos constitucionais, enquanto Ferrajoli defende que tais eventos sucedem apenas em circunstâncias excepcionálíssimas (Ferrajoli, 2022a).

princípios), mas, também, por compor um sistema de limites e vínculos (regras)⁹, cujos destinatários são os titulares da soberania: o próprio povo (Ferrajoli, 2009, p. 271).

A contraposição teórica entre regras e princípios, apontada por Ferrajoli como inconsistente, apresenta expressivos efeitos pragmáticos, a exemplo do radical esfacelamento da natureza vinculante dos princípios constitucionais (Trindade, 2016, p. 414).

Tal esfacelamento decorre da própria conceituação de princípios, conforme delineada pelos mais eminentes principalistas. O fundamento central da distinção alexyana entre regras e princípios reside, em linhas bastante gerais, nas seguintes premissas: as regras são normas que comportam somente observância ou violação, enquanto os princípios comandam a realização de algo na medida do possível (Copetti Neto, 2012, p. 157).

É possível identificar, no entanto, quando realizadas análises concretas de violações jurídicas, a inconsistência da aludida distinção, pois, mesmo princípios encarnados em direitos fundamentais, como a igualdade e a correlata proibição de discriminações, ou a liberdade de expressão e a correlata proibição da censura, podem apenas ser observados ou violados, injustificando-se, em consequência, o emprego de qualquer ponderação (Ferrajoli, 2012, p. 42).

Pode-se deduzir, ainda, um elemento atrelado à perspectiva principalista das Constituições: a ideia de que as normas constitucionais não são rigidamente vinculantes, mas constituem princípios éticos e políticos, derivados de convicções morais, o que revela perigoso legalismo ético (Ferrajoli, 2011, p. 16). Tal compreensão tem fomentado uma jurisprudência criativa, responsável pela invenção de “princípios”¹⁰ destituídos de qualquer fundamento constitucional sólido.

Os princípios constitucionais são normas prescritivas, vinculantes em relação à totalidade dos poderes públicos, não susceptíveis, portanto, de neutralização por valores morais, que passam à condição jurídica ao serem positivados (Trindade, 2012, p. 106). É esta a perspectiva teórica, do constitucionalismo garantista, que o principalismo tem se incumbido de inutilizar: a natureza rigidamente normativa dos princípios contidos nas Constituições, não ponderáveis com princípios nelas expressos, e, menos ainda, com pseudoprincípios, inventados por uma jurisprudência criativa ilegítima (p. 45).

Considerar a possibilidade de sujeição dos princípios constitucionais conflitantes à ponderação – definida por Ferrajoli (2012, p. 49) como “um neologismo para denominar a velha ‘interpretação sistemática’ – ao invés de aplicar-lhes subsunção, é concorrer para evidente retirada da necessária legitimidade política da jurisdição (García Amado, 2007). Streck (2012, p. 60), ao analisar a perspectiva ferrajoliana acerca da ponderação, afirma: “nesse contexto critica o neoconstitucionalismo por este transformar os direitos (fundamentais) em valores ou princípios morais, abrindo caminho à ponderação, o que Ferrajoli considera o modo pelo qual ocorre a fragilização da normatividade do direito”.

Na linha teórica garantista, a distinção regra/princípio concorre para uma indesejável convergência entre o constitucionalismo argumentativo e o realismo jurídico¹¹, cuja associação predomina na prática interpretativo-legal hodierna. A consequência mais prejudicial deste cenário, para o Estado de Direito, é o enfraquecimento normativo dos princípios constitucionais e das próprias bases fundantes da democracia (Ferrajoli, 2014, p. 131).

⁹ A ideia de limites e vínculos deriva do processo histórico-jurídico pelo qual passaram as teorias do direito e da democracia, sobretudo após a Segunda Grande Guerra. Nessa quadra da história, o Estado Liberal, de natureza formal, adquire *status* de substancial, com a supraordenação dos direitos fundamentais e a aquisição de protagonismo pelo Poder Judiciário, que passa a fazer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (Cademartori; Ferri, 2012).

¹⁰ Fenômeno denunciado por Lenio Streck (2017a), por ele cunhado de panprincipiologismo.

¹¹ 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 constitui técnica operacional, realizando-se, pela decisão mesma, em decorrência da vivência social do julgador (Streck, 2017b).

No tópico seguinte tratar-se-á, mais detidamente, de um traço distintivo do principalismo em relação ao garantismo: a perspectiva de que ponderação é a técnica adequada para a resolução de conflitos entre princípios.

3 PONDERAÇÃO: NORMATIVA OU FÁTICA?

Como afirmou-se anteriormente, o enfraquecimento da natureza vinculante dos preceitos constitucionais vem sendo endossado pela inadequada distinção entre ponderação e subsunção. Nesse contexto, o caráter idealmente cognitivo da jurisdição¹², no qual repousa a sua matriz legitimadora, tende a sucumbir diante do ativismo judicial, fenômeno instrumentalizado pela demasiada utilização de discricionariedade pelos intérpretes (Ferrajoli, 2020, p. 24).

Não se pode ignorar a existência de ponderação e argumentação no âmbito da produção e interpretação normativas, pois: a) a ponderação legislativa é elemento intrínseco às escolhas e decisões políticas, desde que não destoem das normas constitucionais; b) a ponderação é inerente à atividade judicante, sobretudo quando os dispositivos legais não se apresentam sob a forma de regras, mas de princípios (Ferrajoli, 2012, p. 46). Os espaços de discricionariedade na jurisdição são, de fato, inegáveis, em razão das vaguesas e ambiguidades comumente presentes nos textos legais (Ferrajoli, 2020, p. 21).

O garantismo não se arvora a questionar a natural existência de ponderação nas searas jurisdicional e de produção do direito; a sua crítica concentra-se, especificamente, na demasiada ampliação do papel daquela nas atividades legislativas e de interpretação das normas constitucionais, em especial com o ativismo judicial (Trindade, 2016, p. 414), que tem efetivamente concorrido para o esvaziamento das normas constitucionais.

A ponderação legislativa, segundo sustenta Ferrajoli, é aplicável se o caso analisado envolve *princípios diretivos*, mas não o é quando a situação fática abrange *princípios reguladores* e vinculantes, que não encontrem limites prévios, impostos por princípios diretivos. As liberdades fundamentais, por exemplo, inadmitem ponderação, pois a sua violação origina antinomias, salvo se existirem condicionantes expressos advindos de princípios diretivos.

Um pouco diverso é o tratamento legislativo a ser dado aos direitos sociais, uma vez que os seus princípios enunciadores, segundo afirmou-se em momento anterior, são reguladores com respeito ao “se” e diretivos em relação ao “como” da sua atuação. A ausência de regulamentação dos direitos sociais corresponde, portanto, à sua violação, a qual redundaria em lacunas¹³ ilegítimas, assim como as antinomias¹⁴. Feitas tais considerações, reitera-se a evidência do uso da ponderação nas escolhas legislativas, inevitavelmente discricionárias em relação aos meios, às formas e aos limites da sua atuação, observadas as barreiras contidas no texto constitucional (Ferrajoli, 2012, p. 47).

A ponderação não deve, no entanto, interferir na escolha de quais princípios constitucionais merecem aplicação, sob pena de violação constitucional, em contraponto à hierarquia das fontes. A concepção, entretanto, em grande medida equivocada, de que a garantia de determinado direito fundamental implica afastamento ou limitação de outro, mediante emprego de ponderação legislativa dos princípios conflitantes, tem sido recorrente na *práxis* política (Trindade, 2011).

Tratando agora da ponderação judicial, Ferrajoli a descreve como criação, que alude à interpretação do sentido de determinada norma à luz da totalidade normativa de um sistema jurídico (Trindade, 2012, p. 60). Há, todavia, uma diferença, que faz da ponderação principalista, enquanto elemento de oposição à

¹² Para Ferrajoli (2011), a atividade interpretativa deve ter natureza cognitiva. Segundo a sua linha de raciocínio, de matriz positivista e analítica, embora a linguagem ordinária apresente limites, o que enseja a inevitável existência de vaguesas e ambiguidades, o julgador não está autorizado a ignorar e/ou criar, deliberadamente, norma jurídica.

¹³ Decorrem da inação do legislador em instituir normas de sua competência (Ferrajoli, 2014).

¹⁴ Advêm de leis que, embora insertas no ordenamento jurídico, conflitam com os termos das Constituições, sendo, portanto, inválidas (Cademartori, 2006).

subsunção, espécie de racionalidade generalizada a todos os princípios, em prejuízo da submissão do juiz à lei, princípio amplamente reforçado pelo garantismo (Prieto Sanchís, 2005, p. 49).

A referida diferença conecta-se à questão do *peso*, que fomenta um Poder Judiciário discricionariamente livre para eleger os princípios aplicáveis e não aplicáveis sobre a base da valoração (Bolaños, 2005, p. 307). A ponderação, consoante sustenta Alexy, resulta em operação pela qual, havendo dois princípios em conflito, um deles deve ceder ao outro, sem que o primeiro seja considerado inválido ou o prevalecente se imponha a partir do princípio da especialidade, supostamente reservado às regras conflitantes (Streck, 2017b).

A ponderação é concebida, se não utilizada nos limites do texto constitucional, como prática judiciária de escolha deliberada pela aplicação deste ou daquele princípio, orientada por uma suposta e etérea “justiça substancial”, que se põe a violar não apenas a necessária submissão do juiz à legalidade, mas, também, os valores democráticos da certeza e da igualdade perante a lei (Prieto Sanchís, 2008b, p. 143-150).

A adequada ponderação não deve ter por objeto as normas incidentes sobre o caso apresentado em juízo, mas as particularidades fáticas a ele associadas, pois as normas, regras ou princípios serão sempre as mesmas, e, por conseguinte, terão peso idêntico. Os elementos inerentemente mutáveis, que necessitam de sopesamento, são as situações concretas, razão pela qual a ponderação das conotações circunstanciais singulares constitui atividade intrínseca à dimensão equitativa de cada juízo (Ferrajoli, 2012, p. 50).

Se com fundamento na excessiva indeterminação semântica das normas o poder dos juízes se transmuta em criativo, logo converte-se em mera liberalidade, de natureza manifestamente ilegítima, independentemente de as normas se apresentarem na forma de princípios ou regras. A discricionariedade interpretativa, de natureza irremediável, embora controlável (Prieto Sanchís, 2003, p. 128), ao se converter em excessiva viola a competência política do Poder Legislativo, a separação dos Poderes e compromete a própria conservação do Estado de Direito.

Valores éticos e políticos discutíveis e multiplamente argumentáveis colocam-se, indubitavelmente, à sombra de qualquer interpretação jurídica, tendo em vista as costumeiras ambiguidade e indeterminação da linguagem legal, esteja ela exteriorizada por regras ou princípios (Ferrajoli, 2020, p. 24). A materialização dos princípios no formato de direitos, por outro lado, tende a reduzir a amplitude da discricionariedade interpretativa, porque, de todas as possíveis interpretações de um mesmo texto jurídico, impõe-se – ou ao menos deveria impor-se –, a opção por aquelas compatíveis com a Constituição (Ferrajoli, 2012, p. 51).

Com efeito, para além do modelo principalista e argumentativo, que confia a solução dos conflitos normativos à ponderação, o paradigma garantista do constitucionalismo rígido (Cademartori; Ferri, 2012, p. 209), sustentado por Ferrajoli, postula impor, ao Poder Judiciário, a maior vinculação possível às leis e à Constituição, consoante o princípio basilar da separação dos poderes, com o fulcro de preservar a natureza cognitiva, e não discricionária, da jurisdição.

Os juízes, à luz do garantismo, não ponderam princípios ou regras, mas as circunstâncias fáticas que referendam a sua aplicação. Os magistrados não possuem, portanto, autorização constitucional para criar normas, o que resultaria em ilegítima invasão no campo legislativo. De outra banda, os julgadores devem cancelar invalidade de norma por violação à Constituição, anulando-a na esfera da jurisdição constitucional, ou, ainda, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária.

Ferrajoli (2012, p. 53) entende que a legitimidade da jurisdição se funda no caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente, por sua vez, do nível de taxatividade e de determinação da linguagem jurídica. Já a excessiva indeterminação normativa e a consequente discricionariedade judicial constituem elemento deslegitimador da atividade judicante, por revelarem-se predatórias ao Estado de Direito.

Assim, seria recomendável que a cultura jusconstitucionalista, ao invés de reiterar, como inafastáveis, a inexistência da linguagem constitucional e os conflitos entre direitos, abandonasse o ativismo judicial e se ocupasse da formulação de um arcabouço legislativo e constitucional, o mais preciso e rigoroso possível (Ferrajoli, 2014, p. 121).

Entre as consequências mais nocivas da discricionariedade judicial e do crescente desiderato argumentativo no exercício da jurisdição, está, segundo afirma Ferrajoli, a crise da linguagem legal, que tem beirado uma autêntica disfuncionalidade, em razão da demasiada ambiguidade das composições normativas, da sua obscuridade e, às vezes, até mesmo contradição. Nesse contexto, diante de tudo o que foi já exposto, faz-se necessário o desenvolvimento de uma técnica científica mais robusta de formulação das normas legislativas e constitucionais, das regras e dos princípios, mediante emprego de linguagem mais simples, clara e precisa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principalismo corrobora a concepção de constitucionalismo fundada na distinção qualitativa entre regras e princípios. Segundo os teóricos principalistas – dentre os quais se destaca, aqui, Robert Alexy –, as regras são aplicáveis, por subsunção, à base do “tudo ou nada”, posto que, em caso de conflito, se aplicarão as tradicionais técnicas de solução baseadas na anterioridade, hierarquia e especialidade; já os princípios, ao conflituarem entre si, são sopesados e submetidos à técnica da ponderação.

Ferrajoli entende, em sentido diverso, que à sombra de toda regra há um princípio, razão pela qual o fundamento de diferenciação entre a maior parte dos princípios e as regras tem caráter meramente estilístico. Afora as peculiaridades de estilo, todo princípio, ao apresentar-se sob a forma de direito fundamental, equipara-se à regra implicada em obrigação ou proibição correlata.

O garantismo não ignora a existência de ponderação e argumentação nas searas da produção e interpretação normativas, tendo em vista as vagezas e ambiguidades inerentes à linguagem jurídica. A crítica garantista concentra-se, especificamente, na excessiva utilização da discricionariedade nas atividades legislativas e jurisdicionais, que tem provocado sistemático enfraquecimento das bases do Estado de Direito.

De acordo com Ferrajoli, a ponderação legislativa é cabível se a situação fática analisada abranger princípios diretivos, sendo inadmitida quando o caso albergar princípios reguladores e vinculantes, não previamente limitados por princípios diretivos. Nesse sentido, a ponderação, inobstante aceitável, não pode justificar arbitrária interferência do intérprete na escolha de quais princípios constitucionais devem ser aplicados, sob pena de violação da hierarquia das fontes normativas.

Em âmbito judicial, a ponderação principalista equivale, na condição de elemento opositor à subsunção, a espécie de pretensa racionalidade, generalizada a todos os princípios, em prejuízo da submissão do juiz à lei. A admissível ponderação, em tal diapasão, não deve incidir sobre a norma em abstrato, mas sobre as peculiaridades fáticas a ela atreladas, porque as normas, sejam elas regras ou princípios, terão sempre idêntico peso.

Para além do modelo principalista e argumentativo, que postula solucionar os conflitos normativos à luz da relação dicotômica entre ponderação e subsunção, o paradigma garantista almeja impor, aos intérpretes, a máxima vinculação aos textos das leis e da Constituição, com o fulcro de preservar o cognitivismo em detrimento do exercício desenfreado da discricionariedade nos âmbitos legislativo e jurisdicional.

A legitimidade da jurisdição e a estabilidade dos sistemas democráticos reclamam a natureza mais cognitiva possível no emprego da subsunção e da aplicação da lei, o que depende, por sua vez, do nível de taxatividade e de determinação da linguagem jurídica, cuja hodierna precariedade enseja urgentes providências no sentido torná-la tecnicamente mais elaborada e, por conseguinte, precisa.

Ao fim, como produto da discussão travada no bojo deste artigo, é possível afirmar que as seguintes hipóteses de pesquisa foram confirmadas: a) não há diferença estrutural entre princípios e regras; e b) as ponderações legislativa e judicial são, conforme propostas pelos teóricos principalistas, inconsistentes, por fomentarem o enfraquecimento da vinculatividade das normas constitucionais.

5 REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. Dos objeciones de Luigi Ferrajoli a la teoría principalista de los derechos fundamentales. In: *Revista cubana de derecho*, Havana, n. 2, jul./dez. 2021.
- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Contraponto, 2016.
- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva. *Crítica garantista ao Estado Constitucional de Direito e o constitucionalismo global*. Curitiba: Juruá, 2022.
- BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Garantismo, principalismo e o dilema da conexão entre direito e moral. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2021.
- BOLAÑOS, Bernardo. La estructura de las expectativas jurídicas. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- CADEMARTORI, Sérgio; FERRI, Caroline. A teoria do garantismo jurídico e a soberania popular: o aparente paradoxo das decisões contramajoritárias. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, v. 4, jan./jun. 2012.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. corrigida e aumentada. Campinas: Millenium, 2006.
- CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: 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.
- CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- COPETTI NETO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: 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.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *A construção da Democracia*. Teoria do garantismo constitucional. Florianópolis: Emais, 2022b.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: 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. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. 2. ed. ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2022a.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoria del garantismo penal. Madri: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito vivente e direito vigente. In: WENDT, Emerson; WENDT, Valquíria Cirolini (org.). *O direito vivo: homenagem a Renata Almeida da Costa*, PHD. Rio de Janeiro: Brasport, 2020.
- 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 do direito. Madri: Trotta, 2011.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Entrevista a Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (ed.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- 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.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2008a.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*. In: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, 2008b.

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

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: 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.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017a.

TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus ativismo*: in difesa d'una teoria garantista della decisione giudiziale. 2011. Tesi (Dottorato) – Università Degli Studi Roma Tre, Roma, 2011.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: 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.

TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo) constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchís e García Amado. In: *RVMD*, Brasília, v. 10, n. 2, jul./dez. 2016.

Autor Correspondente

Williem da Silva Barreto Junior

Universidade La Salle

Av. Victor Barreto, 2288 – Centro, Canoas/RS, Brasil. CEP 92010-000

williem.adv@hotmail.com

Este é um artigo de acesso aberto distribuído sob os termos da licença Creative Commons.

