
A teoria do direito e da democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço do “Seminário de Bréscia” e da discussão sobre *Principia Iuris*

Luigi Ferrajoli's theory of law and of democracy: a brief assessment over the “Brescia Seminar” and the discussion on Principia Iuris

André Karam Trindade¹

Resumo: Tendo em vista a importância que o pensamento jurídico de Luigi Ferrajoli assumiu nas últimas duas décadas, especialmente no Brasil e nos demais países da América Latina, o presente estudo aborda as diversas implicações relativas à teoria do direito e da democracia formulada na obra *Principia Iuris*, de Ferrajoli, cuja publicação ocorrera na Itália em 2007 e na Espanha em 2011. Para tanto, busca reconstruir, analiticamente, a grande discussão à qual foi submetida a *magnum opus* de Ferrajoli: o célebre “Seminário de Bréscia”, realizado em dezembro de 2007, ocasião

1 Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Università Degli Studi Roma Tre/Itália. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Titular da Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Membro Fundador e Pesquisador do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Produtor Executivo do Programa Direito & Literatura (TVE/RS e TV JUSTIÇA). E-mail: andre@ihj.org.br

em que juristas italianos e espanhóis dialogaram com o autor, levantando (a) questões de metateoria, (b) questões de teoria do direito e (c) questões de teoria da democracia. Trata-se, em suma, de um breve balanço deste importante debate internacional sobre teoria do direito e da democracia, cujos efeitos ainda não atingiram *terrae brasiliis*, onde as leituras mais conhecidas da obra de Ferrajoli ainda se limitam a abordar aspectos de natureza penal e processual penal.

Palavras-chave: Luigi Ferrajoli. Garantismo. Metateoria. Teoria do direito. Teoria da democracia.

Abstract: Due to the importance assumed by Luigi Ferrajoli's juridic thought in the last two decades, especially in Brazil and other countries of Latine America, the present essay analyses the different implications relative to the theory of law and theory of democracy formulated in the work *Principia Iuris*, from Ferrajoli, of which the publication took place in Italy in 2007 and in Spain in 2011. Thus, seeks to reconstruct analytically the great discussion to which was submitted Ferrajoli's *magnum opus*: the famous "Brescia Seminar", accomplished in december 2007, when italian and spanish jurists discussed with the author and raised (a) questions of metatheory, (b) questions of theory of law and (c) questions of theory of democracy. In short, this is a brief assessment of the important international debate over theory of law and of democracy, of which the effects haven't reached *terrae brasiliis* yet, where the most famous analysis of Ferrajoli's work are still limited on addressing to aspects of criminal law and procedural criminal nature.

Key-words: Luigi Ferrajoli. Garantism. Metatheory. Theory of law. Theory of democracy.

1. Introdução

É possível afirmar, seguramente, que *Principia Iuris: Teoria del Diritto e della Democrazia*,² de Luigi Ferrajoli, é uma das obras mais importantes no direito desde a publicação de *Reine Rechtslehre*,³ de Hans Kelsen. E, por isto, ela não deve ser resumida, mas lida e relida, estudada, pensada e, sobretudo, discutida.

Tanto é assim que, após seu lançamento, nos dias 6 e 7 de dezembro de 2007, na Faculdade de Direito da Universidade de Bréscia (Itália), foi realizado o seminário *Diritto e Democrazia Costituzionale: Discutendo "Principia Iuris" di L. Ferrajoli*,⁴ no qual o autor submeteu sua *magnum opus* à crítica de seus colegas, sob as perspectivas do direito, da filosofia, da lógica, da filosofia política etc.⁵

2 Cf. FERRAJOLI, 2007a e 2007b. Em espanhol: FERRAJOLI, 2011a, 2011b e 2011c.

3 No original, KELSEN, 1960; em italiano, KELSEN, 1966; e, em português, KELSEN, 1979. Registre-se, todavia, que a primeira versão da *Teoria Pura do Direito* foi publicada em 1934.

4 Destaque-se que este debate foi precedido pelo ocorrido no Seminário *Garantismo y Derecho*, organizado pela Fundación Coloquio Jurídico Europeo, em Madrid, nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2006, do qual resultou a publicação da obra *La Teoria del Derecho en el Paradigma Constitucional*. Da mesma forma, cumpre referir a obra *Democracia y Garantismo*, onde foram reunidos textos esparsos que ainda não figuravam em nenhum dos livros de Ferrajoli e que abarca a produção científica que se estende desde a publicação de *Diritto e Ragione* (1989) até o lançamento de *Principia Iuris* (2007).

5 Tal evento contou com a participação de Ernesto Garzón Valdés, Manuel Atienza, Salvatore Senese, Tecla Mazzarese, Riccardo Guastini, Carlo Dalla Pozza, Marina Gascón Abellán, Mauro Palma, Michele Taruffo, Danilo Zolo, Michelangelo Bovero, Geminello Preterossi, Luis Prieto Sanchís, José Juan Moreso, Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Dino Greco, Pier Paolo Portinaro, Alfonso Ruiz Miguel e Gustavo Zagrebelsky.

Esta discussão veio publicada, em 2008, através do número 31 de um importante periódico internacional – *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* – e a sua reconstrução mostra-se fundamental para a devida compreensão da denominada *teoria garantista do direito* – proposta, originalmente, no final da década de 80, com a publicação de *Diritto e Ragione*⁶ –, cuja máxima expressão é alcançada, precisamente, em *Principia Iuris*, conforme assinala Dario Ippolito.⁷

Seguindo a mesma linha de análise adotada por Ferrajoli nas respostas por ele apresentadas às críticas formuladas no “Seminário de Bréscia”,⁸ as questões levantadas durante as intervenções podem ser divididas em três eixos:

- (1) *questões de metateoria*: a aplicação do método axiomático; o estatuto epistemológico da teoria do direito e sua relação com a dogmática, a sociologia jurídica e a filosofia política; a interpretação do constitucionalismo sob o viés positivista e a tese da separação entre direito e moral;
- (2) *questões de teoria do direito*: a relação entre os dois primeiros postulados da teoria do direito; os problemas relativos aos conceitos de lacuna e de antinomia; as relações entre direito e lógica; e
- (3) *questões de teoria da democracia*: os fundamentos dos direitos fundamentais; democracia constitucional e direitos fundamentais; a relação entre direito, política e soberania; o caráter constitutivo do contrato de trabalho e as técnicas para completar as lacunas; a separação de poderes e o garantismo; a guerra e as relações internacionais; o otimismo metodológico.

6 FERRAJOLI, 2004.

7 IPPOLITO, 2008, p. 72; Cf., igualmente, IPPOLITO, 2011, pp. 34-41.

8 FERRAJOLI, 2008c, pp. 393-434.

Nesse contexto, a proposta do presente artigo consiste na apresentação de um breve balanço deste importante debate internacional sobre teoria do direito e da democracia, cujos efeitos ainda não atingiram *terrae brasilis*, onde as leituras mais difundidas da obra de Ferrajoli ainda se limitam a abordar aspectos de natureza penal e processual penal, salvo raras exceções.⁹

2. Questões de metateoria

A *primeira questão* – relativa à aplicação do método axiomático – é levantada por Salvatore Senese, Mauro Palma, Tecla Mazzaresse e Marina Gascón Abellán. Todavia, as críticas não refletem propriamente objeções, mas permitem que Ferrajoli, reconhecendo as dificuldades impostas pela recorrência à linguagem simbólica e ao aparato de fórmulas que acompanha suas teses teóricas, apresente os pressupostos e vantagens do método por ele empregado.

De início, esclarece que a formalização da teoria do direito decorre do caráter artificial de sua linguagem – composta de conceitos (p. ex., *norma, fonte, ato jurídico* etc.) – construídos pelo teórico da maneira mais rigorosa possível –, cujo estatuto é diferente daquele da linguagem dogmática das disciplinas jurídico-positivas – composta por conceitos (p. ex., *mútuo, furto, dolo* etc.) – em que as regras de uso são extraídas da própria legislação.

Neste contexto, Ferrajoli sustenta que:

la teoría dicho brevemente, es formalizable porque es formal, y resulta formal porque es formalizada: entendiendo por formal una tesis o un sistema de tesis – por ejemplo, la definición de norma o la de derecho subjetivo – que no nos dicen nada sobre la realidad, esto es en nuestros

9 Nesse sentido, merecem destaque as seguintes obras: MORAIS DA ROSA, 2011 e CADERMARTORI, 1999.

*ejemplos, sobre cuáles son o cuáles sería justo que fueron las normas o los derechos subjetivos en un ordenamiento dado, sino únicamente qué es lo que convenimos en entender con la palabra norma o derecho subjetivo.*¹⁰

Segundo Ferrajoli, o método axiomático pretende alcançar justamente a univocidade e a precisão da linguagem teórica, cujo rigor semântico, conforme reconhece expressamente Salvatore Senese, falta na linguagem usada pelos operadores, na qual os termos “*formados a través de una tradición plurisecular, [...] se presentan como fuertemente imprecisos y polisémicos*”,¹¹ do que resultam conceitos ambíguos ou indeterminados que deixam espaço para a atividade subjetiva do intérprete.

Por outro lado, aproveitando os comentários de Mauro Palma – no sentido de que sistemas formalizados são coerentes, mas incompletos¹² –, Ferrajoli destaca que tal característica faz com que a teoria axiomatizada do direito esteja sempre aberta para desenvolvimentos posteriores, através da modificação, substituição e aperfeiçoamento de seus postulados e definições.

Além do rigor científico e da capacidade explicativa proporcionada à teoria, Ferrajoli aponta outras vantagens – de natureza epistemológica – decorrentes do emprego do método axiomático:

- (a) sua estrutura sintática e narrativa revela a interdependência da democracia, a partir da relação que se estabelece entre democracia e direito e entre direito e razão;
- (b) sua coerência interna explicita o caráter normativo do direito consigo mesmo, tornando visíveis as

10 FERRAJOLI, 2008c, pp. 395-396.

11 SENESE, 2008, p. 370.

12 PALMA, 2008, pp. 292-293.

- divergências entre direito e realidade;
- (c) a elasticidade de seu discurso teórico, cujo objeto abarca desde os conceitos mais genéricos e elementares até os mais específicos e complexos;
 - (d) a dupla refundação epistemológica da ciência jurídica, que permite tanto a unificação dos diversos setores do conhecimento do direito quanto a compreensão da teoria da democracia como interpretação empírica do paradigma teórico do direito.¹³

Já a *segunda questão* – cujo principal oponente é Riccardo Guastini – diz respeito ao estatuto epistemológico da teoria do direito e à interpretação a ela conferida pela dogmática jurídica, pela sociologia do direito e pela filosofia política.

De acordo com Guastini, a teoria do direito proposta por Ferrajoli tem como objeto, exclusivamente, a análise das formas e das estruturas do direito positivo, e não o estudo dos conteúdos normativos de determinado ordenamento jurídico. Tal concepção, para ele, parece até mesmo ingênua, pois

supone que las operaciones intelectuales llevadas a cabo por los juristas – la interpretación, las construcciones dogmática, la explicitación de normas no expresas (que se pretenden implícitas), etc. – sean un quid externo ao derecho y no una parte integrante del mismo. Supone que se puede hablar sensatamente del derecho (de los textos normativos) independientemente de las elaboraciones conceptuales, de las decisiones interpretativas, y de las operaciones de construcción jurídica llevadas a cabo por la dogmática.¹⁴

Todavia, para Ferrajoli, a posição assumida por Guastini se aproxima, surpreendentemente, daquela adotada pela

13 FERRAJOLI, 2008c, pp. 396-398.

14 Cf. GUASTINI, 2008, p. 254, para quem a teoria do direito é concebida como metajurisprudência, cujo objeto é a *sapientia juris*, entendida como a análise lógica e pragmática dos discursos da *jurisprudência*, isto é, como análise de uma cultura jurídica espaço-temporalmente determinada.

escola histórica do direito, além de confundir discursos que operam em planos distintos: de um lado, o discurso teórico; de outro, o dogmático e sociológico.¹⁵

Isto porque a teoria do direito é uma construção artificial que se ocupa das estruturas formais, isto é, da sintaxe do direito, e se diferencia dos discursos de observação a respeito dos fenômenos que formam o objeto das disciplinas jurídico-positivas:

ella no es otra cosa que un sistema de conceptos y de aserciones conectados entre sí por una red de relaciones sintácticas – las estipuladas y expresadas en los postulados y en las definiciones y las derivadas de ahí y expresadas en los teoremas – las cuales, de por sí, no tienen ningún sentido (no nos dicen nada sobre los contenidos normativos que tienen o que sería justo que tuvieran los concretos ordenamientos jurídicos) sino sobre la base de una interpretación empírica o semántica por obra de la dogmática jurídica, o bien de la sociología del derecho o de la filosofía política. Este es precisamente el nexo (no lógico, sino epistemológico) que une la teoría del derecho con las disciplinas jurídico-positivas, esto es, a lo que llamamos dogmática o doctrina jurídica y, por otro lado, a la sociología del derecho y a la filosofía política.¹⁶

Além disso, com relação à identificação entre teoria do direito e metateoria do direito sustentada por Guastini, Ferrajoli adota uma postura irônica, afirmando que, caso se levasse tal raciocínio às últimas consequências, nenhum texto clássico de teoria do direito, incluindo os do próprio Guastini, poderia ser considerado teoria do direito.¹⁷

Por fim, a *terceira questão* – discutida, mais uma vez, com Manuel Atienza – refere-se ao viés positivista do constitucionalismo. Em sua intervenção, após destacar a importância do pensamento de Ferrajoli, Atienza afirma que *Principia Iuris*

15 FERRAJOLI, 2008c, pp. 398-399.

16 FERRAJOLI, 2008c, p. 399.

17 FERRAJOLI, 2008c, p. 401.

“se asemeja a una máquina formidable en la que, de una forma un tanto sorprendente, se han utilizado algunas piezas obsoletas e que dificultan su buen funcionamiento”.¹⁸

Na verdade, com isso, Atienza se concentra no empenho de Ferrajoli em considerar o novo paradigma instituído pelo constitucionalismo jurídico não somente compatível com o positivismo, mas como seu desenvolvimento completo.¹⁹

Assumindo uma postura antipositivista, Atienza adverte que sua diferença com Ferrajoli não reside nas divergências quanto à relação entre o direito e a moral.²⁰ Para ele, assim como para Dworkin, Alexy e Nino, o direito não pode ser concebido exclusivamente como um sistema de normas, mas sim como uma prática social em que a argumentação jurídica mostra-se imprescindível para a solução dos casos difíceis.

Na sua réplica – recordando as considerações oferecidas por Prieto Sanchís em oposição ao neoconstitucionalismo²¹ –, Ferrajoli reafirma que não há espaço, em *Principia Iuris*, para a tese da conexão entre direito e moral.

Para ele, a banal circunstância de que as leis e as Constituições incorporam *valores* não significa que exista uma conexão conceitual entre direito e moral. Na verdade, é precisamente a tese positivista da separação entre ambos que permite fundar não só a separação entre justiça e validade, como também a autonomia e o primado do ponto de vista externo – moral e político – sobre o ponto de vista interno – jurídico –, evitando incorrer nas falácias jusnaturalista e ético-legalista.²²

18 ATIENZA, 2008, p. 214.

19 ATIENZA, 2008, p. 214.

20 ATIENZA, 2008, p. 216.

21 PRIETO SANCHÍS, 2008, pp. 325-353.

22 FERRAJOLI, 2008c, pp. 403-404.

Da mesma forma, ainda com Prieto Sanchís, Ferrajoli rechaça em *Principia Iuris* a orientação neoconstitucionalista segundo a qual haveria uma distinção qualitativa entre regras e princípios, visto que há uma supervalorização dos conflitos entre direitos, cuja solução dar-se-ia através da ponderação, enfraquecendo assim a normatividade das Constituições e as fontes de legitimação da jurisdição.²³

3. Questões de teoria do direito

A primeira questão – relativa à relação entre os dois primeiros postulados da teoria do direito – vem levantada por Jose Juan Moreso²⁴ e subscrita por Eugenio Bulygin.²⁵ Para ambos, P1 – “*di cioè di cui non è permessa la commissione è permessa l’omissione*” – e P2 – “*ogni comportamento suppone l’esistenza di una modalità deontica della quale è argomento*” – não seriam independentes, mas formariam um teorema na medida em que o segundo estaria implicado no primeiro.

Tal objeção, contudo, é rejeitada por Ferrajoli, que insiste na independência dos postulados, negando que o segundo seja uma derivação do primeiro, uma vez que P2 “*no es demostrable sobre la base de las reglas de transformación de la teoría, y porque permite una interpretación completamente*

23 FERRAJOLI, 2008c, pp. 404-405.

24 Cf. MORESO, 2008, pp. 282-283, para quem os dois primeiros postulados de Ferrajoli não são axiomas que figuram em nossa descrição dos sistemas jurídicos, mas formulações de ideais normativos acerca de como devem ser nossos sistemas jurídicos. Na terminologia do autor de *Principi Iuris*, não seriam princípios *iuris et de iuri*, mas princípios *iuris tantum*.

25 Cf. BULYGIN, 2008, pp. 231-232, que aponta a necessidade de reformulação dos referidos princípios, uma vez que não se trata de verdades lógicas, mas de ideais normativos.

*diferente de la permitida por el primeiro, tanto en sentido intensional como en sentido extensional.*²⁶

Na verdade, ao contrário das leituras propostas por Moreso e Bulygin a respeito dos postulados P1 e P2, Ferrajoli destaca que:

*P1, en efecto, hace uso simplemente del término permitido, que es un predicado monádico (esto es, con una sola variable) el cual designa – al igual que prohibido, facultativo y obligatorio, definidos a través suyo – una propiedad [...] P2, por el contrario [...] introduce el término primitivo modalidad, que es un predicado diádico (esto es, con dos variables) que designa la relación entre una figura deóntica activa y lo que ella cualifica; del mismo modo están definidos como predicados diádicos, por medio de modalidad y el correspondiente predicado monádico, las figuras activas de la permisión [...] de la facultad [...] de la obligación [...] y de la prohibición.*²⁷

E, na sequência, sustenta estar incorreto afirmar que *permitido, não permitido, permitido omitir e não permitir omitir*, além de *permitido, obrigatório e facultativo* sejam predicados somente de comportamentos: “*no es cierto de ninguna manera que modalidad de algo equivalga siempre a modalidad de un comportamiento*”.²⁸

A segunda questão – também debatida com Moreso e Bulygin – refere-se às definições de lacuna e de antinomia.

Conforme Moreso, não faz sentido a insistência de Ferrajoli em declarar que o Estado legislativo de direito consiste num modelo de um único nível normativo e que não apresenta lacunas e antinomias por se tratar de um sistema nomoestático, em que a existência de princípios lógicos de consistência e completude figurem como princípios *iuris et de iuri*.²⁹

26 FERRAJOLI, 2008c, p. 408.

27 FERRAJOLI, 2008c, pp. 408-409.

28 FERRAJOLI, 2008c, p. 409.

29 MORESO, 2008, p. 281.

Na mesma linha, porém advertindo para as especificidades destes conceitos na teoria de Ferrajoli, Bulygin destaca que permanecem abertas duas questões: a primeira é saber se as antinomias e as lacunas, em sentido forte, não podem aparecer em um Estado legislativo de direito; a segunda, se a eliminação de normas, no caso de antinomias, e a introdução de novas normas, mediante o raciocínio analógico, não implicam uma modificação da ordem jurídica.³⁰

Ferrajoli mostra-se categórico em sua resposta. Com relação ao primeiro aspecto, reconhece que o fenômeno da invalidade substancial não é exclusivo dos ordenamentos jurídicos com Constituições rígidas. Isto é inegável e pacífico.³¹ Todavia, declara que suas definições restringem-se aos ordenamentos jurídicos marcados por desníveis normativos.

Neste sentido, cabe referir que as democracias constitucionais trazem consigo duas inovações: (a) a invalidade substancial também das leis, e não somente de atos negociais, administrativos ou jurisdicionais; e (b) a verificação de lacunas decorrentes de violações da Constituição por omissão legislativa, o que justifica sua insistência em afirmar:

antinomias y lagunas legislativas, es decir, estructurales o en sentido fuerte son posibles sólo en el Estado constitucional dotado de normas sustanciales sobre la producción de las leyes: porque mientras en el Estado

30 BULYGIN, 2008, p. 230.

31 Registre-se que, ao responder a Bulygin, Ferrajoli afirma “no pienso e no he afirmado que en el Estado legislativo de derecho exista un sólo nivel normativo: como he dicho antes, he asumido la noción de relación de grado (D5.4-D5.6) entre actos y situaciones y la estructura de grados de los ordenamientos, como rasgos distintivos del derecho positivo en cuanto tal, y por tanto de todos los ordenamientos nomodinámicos, incluidos obviamente los propios del Estado legislativo del derecho” (FERRAJOLI, 2008c, p. 412, n. 16). Contudo, verifica-se em *Principia Iuris* que Ferrajoli caracteriza o Estado legislativo de direito como possuindo um único nível normativo (FERRAJOLI, 2011a, p. 2).

*legislativo de Derecho, caracterizado por un sólo nivel legislativo y por tanto, íntegramente nomodinámico, el legislador es omnipotente y está vinculado sólo a normas formales, en la democracia constitucional, dotada también de una dimensión nomoestática, el legislador está sometido no sólo a normas formales sino también a normas sustanciales, que puede violar por comisión o por omisión.*³²

Já no que se refere ao segundo aspecto destacado por Bulygin acerca da eliminação das lacunas, Ferrajoli afirma que o juiz deve realizar um trabalho de interpretação e integração das normas, mas que sua criação provoca não só a modificação do ordenamento jurídico, como a usurpação da competência legislativa e a violação do princípio da separação de poderes.³³

A terceira questão – envolvendo, novamente, o diálogo com Guastini – incide sobre as relações entre direito e lógica.

Segundo a leitura proposta por Guastini, “*la lógica es vinculante para el legislador como si estuviese incorporada a la constitución [...] al modo de un derecho sobre el derecho, como las normas sobre la producción jurídica*”.³⁴ Ocorre que, não obstante as possíveis implicações lógicas entre as normas, o sistema jurídico é formado apenas por normas postas por uma autoridade competente, de tal modo que não há de se falar na existência de normas implícitas.³⁵

No entanto, afastando-se dos postulados kelsenianos, Ferrajoli admite a possibilidade de normas implícitas, tanto de tipo sintático, implicadas logicamente nas expectativas existentes, como também de tipo semântico, que devem ser interpretadas a partir do significado das normas vigentes, durante a atividade jurisdicional.

32 FERRAJOLI, 2008c, p. 413.

33 FERRAJOLI, 2008c, p. 415.

34 GUASTINI, 2008, p. 256.

35 GUASTINI, 2008, pp. 258-259.

Neste sentido, inclusive recorrendo a Michele Taruffo,³⁶ afirma que a determinação de tais normas constitui um sintoma fisiológico da jurisdição, uma vez que, sob o plano epistemológico, a concepção mecanicista de jurisdição se tornou insustentável e que a solução dos casos difíceis pressupõe a existência de normas implícitas sob cuja base se formulam as decisões.³⁷

4. Questões de teoria da democracia

A *primeira questão* – relativa aos fundamentos ético-políticos dos direitos fundamentais e, de uma forma mais ampla, de própria democracia – é levantada por Alfonso Ruiz Miguel, que indaga se o projeto de constitucionalismo cosmopolita apresentado por Ferrajoli em *Principia Iuris* não constitui uma aberta e genuína proposta moral.

Segundo Ruiz Miguel, a rejeição do cognitivismo ético aliada à definição formal de direitos fundamentais nos termos propostos por Ferrajoli evidenciarão sua pretensão de excluir qualquer caráter moral ou ético-político tanto de sua teoria da democracia constitucional quanto dos direitos fundamentais em que se baseia o constitucionalismo democrático.

Ocorre que tal pretensão vem negada, expressamente, por Ferrajoli:

El modelo normativo del constitucionalismo democrático elaborado en el segundo volumen de Principia iuris equivale ciertamente a una propuesta moral, o si se prefiere, como he escrito desde la Introducción, a una teoría política normativa, es decir, a un programa político. Jamás he pensado, por otro lado, que los fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales sobre cuya garantía se articula tal modelo no

36 TARUFFO, 2008, pp. 383-391.

37 FERRAJOLI, 2008c, p. 415.

*tengan carácter moral o, si se quiere, ético-político, no qui ellos no deban ser racionalmente argumentados en el plano moral.*³⁸

Mais do que isso. Ferrajoli atribui a *perplexidade* de Ruiz Miguel a uma má interpretação de uma crítica que faz, em *Principia Iuris*, à tese de Danilo Zolo segundo a qual a universalidade dos direitos pressuporia uma crença – por ele rechaçada – na natureza moral do homem e, igualmente, na unidade moral do gênero humano.³⁹

Ocorre que, segundo Ferrajoli, não fica claro até que ponto Rui Miguel compartilha a tese de Zolo. De qualquer modo, esclarece que sua crítica não está formulada desde uma perspectiva normativa, mas apenas à falta de solidez – reconhecida por Ruiz Miguel – dos pressupostos sobre os quais se baseiam as doutrinas do *Western Globalist*.

Na verdade, a questão de fundo diz respeito à concepção metaética da ética. E, aqui, Ferrajoli esclarece não pensar que suas teses morais – a começar por aquelas relativas aos fundamentos dos direitos fundamentais – sejam *verdadeiras* e que tampouco sejam ou devam ser universalmente compartilhadas.⁴⁰

Tanto é assim que, ao final, Ferrajoli reafirma a tese – liberal – que vem sustentada tanto em *Diritto e Ragione* quanto em *Principia Iuris*:

*la teoría garantista del Estado constitucional de Derecho, precisamente porque se basa en la separación laica entre Derecho y moral, no sólo no supone sino que ni siquiera demanda, ni debe demandar, la adhesión a los valores ético-político establecidos jurídicamente en él. No sólo no la impone, sino que impone no imponerla.*⁴¹

38 FERRAJOLI, 2008c, p. 416.

39 FERRAJOLI, 2008c, p. 417.

40 FERRAJOLI, 2008c, p. 417.

41 FERRAJOLI, 2004, p. 975, 2008c, p. 418 e 2011b, p. 61.

A *segunda* questão vem tematizada por Tecla Mazzarese, que oferece um inventário das cinco tendências que deslegitimam o papel normativo dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da democracia constitucional.⁴²

Contudo, Ferrajoli limita-se a abordar apenas três delas:

- (a) com relação à tendência que considera o universalismo dos direitos humanos a última forma de imperialismo cultural do Ocidente – tese assumida por Zolo e compartilhada por Ruiz Miguel –, afirma que os fundamentos axiológicos dos direitos fundamentais são a paz, a igualdade, a democracia e a tutela dos mais débeis e que estes direitos são estipulados como *juridicamente universais* porque o pluralismo cultural e político que marca toda a sociedade liberal e democrática impede um universalismo moral;
- (b) no que diz respeito à tendência que, com base no ceticismo face à tutela jurídica, reivindica a natureza moral dos direitos fundamentais, Ferrajoli responde a crítica de *hiperjuridicista* que lhe é dirigida por Moreso,⁴³ esclarecendo que na Suécia funcionam as chamadas garantias primárias, asseguradas pelas correspondentes funções e instituições administra-

42 Cf. MAZZARESE, 2008, pp. 261-278, em que apresenta cinco tendências que pretendem deslegitimar a cultura dos direitos fundamentais: a criação de uma *neolíngua*, na qual a guerra é entendida como uma forma de proteção internacional; a crítica à conotação ocidental e imperialista do direito; a pretensão de uma redefinição minimalista de seu catálogo; o questionamento acerca da necessidade do direito para assegurar sua proteção e execução; o rechaço das declarações jurídicas internacionais e de sua proteção judicial.

43 MORESO, 2008, p. 286.

tivas, independentemente da jurisdição constitucional, enquanto que, no Peru, as garantias primárias, infelizmente, são violadas por razões econômicas, políticas e culturais, o que justifica ainda mais a presença de uma corte constitucional cuja finalidade é, precisamente, garantir os direitos;

- (c) quanto à tendência vinculada ao pessimismo sobre o papel do direito – e aqui se destaca a posição de Pier Paolo Portinaro⁴⁴ –, Ferrajoli indica estar consciente de que não vivemos, e tampouco viveremos, em um mundo deonticamente perfeito: *“lo que la teoría está en capacidad de perfeccionar es únicamente el modelo teórico normativo; en cuanto a la realidad, la teoría sólo puede sugerir, a partir del realismo del diagnóstico, la elaboración de garantías idóneas para implementarlo y para alcanzar su máximo grado de efectividad”*.⁴⁵

A terceira questão, referente à relação entre direito, política e soberania, vem colocada por Geminello Preterossi, que reconhece o valor teórico-político do paradigma da democracia constitucional, inclusive de sua dimensão substancial, mas formula três problemas articulados entre si – primeiro, a relação entre direito e política; segundo, a tensão entre direito e poder; e terceiro, a soberania⁴⁶ –, que vêm abordados analiticamente.

44 Cf. PORTINARO, 2008, pp. 299-314, para quem, se fosse colocado em marcha um programa orgânico de reforma inspirado nos princípios de legislação racional estabelecidos na obra de Ferrajoli, o mundo ocidental assistiria a uma rebelião de $\frac{2}{3}$ da sociedade que apagaria as recordações do fascismo.

45 FERRAJOLI, 2008c, p. 422.

46 PRETEROSSO, 2008, pp. 315-324.

Segundo Ferrajoli, o paradigma constitucional, de fato, vincula a política à execução do projeto por ele estabelecido. Esta é uma das consequências do Estado Constitucional de Direito e não significa que o papel da política seja reduzido, uma vez que a ela é confiada toda a nomodinâmica do direito, além da concretização constitucional no campo da ampla *esfera do decidível*. Como se sabe, existe uma pluralidade indeterminada de *mundos constitucionalmente possíveis*. Por fim, recorda que a política não se esgota naquela institucional, mas se estende, também, às lutas, movimentos e revoltas civis em busca de transformações sociais, econômicas etc.⁴⁷

Da mesma forma, Ferrajoli afirma que a ideia de direito que marca as Constituições democráticas se caracteriza por ser sempre contrária ao poder. Isso porque, na base da teoria da democracia constitucional, existe uma concepção pessimista do poder, cujas origens remontam a Montesquieu. Desse modo, em oposição a Preterossi, não há razão para se preocupar com a excessiva redução do poder e com o aumento dos vínculos substanciais ético-políticos impostos pela Constituição precisamente em face da separação entre direito e moral.⁴⁸

À indagação *o que resta da soberania?*, Ferrajoli responde que, nas democracias constitucionais, não há espaço para a noção de soberania no sentido de *potestas legibus soluta*. Para ele, a soberania pode ser identificada apenas com o poder constituinte, embora se esgote com a realização da função a ele conferida e com a noção de *soberania popular*, constante de quase todas as constituições democráticas, desde que entendida em seu sentido literal.⁴⁹

47 FERRAJOLI, 2008c, p. 423.

48 FERRAJOLI, 2008c, pp. 423-424.

49 FERRAJOLI, 2008c, p. 424.

A *quarta questão* é levantada por Senese⁵⁰ e compreende a natureza constitutiva do contrato de trabalho – tema que não se mostra relevante no âmbito do presente estudo – e as possíveis técnicas para completar eventuais lacunas.

A respeito das garantias dos direitos fundamentais, Ferrajoli adverte que as lacunas estruturais não se submetem à reparação em sede jurisdicional, como ocorre com as antinomias:

*es de hecho evidente que las Cortes Constitucionales, atendiendo al principio de la separación de poderes no pueden, por ejemplo, en ausencia de una legislación de desarrollo en materia de derechos sociales, introducir las garantías correspondientes a éstos. Este límite al control de constitucionalidad por ausencia de norma ha sido, en parte, superado por ejemplo en Italia con la práctica de las denominadas sentencias constitucionales aditivas que, pese a su nombre, sin embargo, apelan a la existencia de normas de Derecho positivo.*⁵¹

A *quinta questão* diz respeito à separação de poderes e constitui outro importante debate – realizado com Perfecto Andrés Ibañez⁵² e Michelangelo Bovero⁵³ – que, dessa vez, gira em torno da *esfera do (in)decidível*.

E aqui Ferrajoli sustenta a necessidade de distinguir as funções e instituições de governo, que atuam na esfera política do decidível, e funções e instituições de garantia, voltadas a assegurar e controlar a esfera do indecidível:

En efecto, los poderes inherentes a las funciones de gobierno, dentro de la esfera de lo decidible, son poderes de disposición, es decir, de producción

50 SENESE, 2008, p. 380.

51 Cf. FERRAJOLI, 2008c, p. 426, onde – ao tratar das lacunas – o autor concorda com a sugestão de Senese, apontando para a importância e a validade do modelo de *recomendação*, adotado no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade por omissão, e sobretudo do modelo de *condenação*, adotado pela Corte Europeia de Estrasburgo e de Luxemburgo.

52 PERFECTO IBAÑEZ, 2008, pp. 207-212.

53 BOVERO, 2008, pp. 217-226.

*y de innovación normativa; en cambio los poderes inherentes a las funciones de garantía de la esfera de lo indecible son, predominantemente, poderes de conocimiento, es decir, de comprobación de los presupuestos jurídicos de las decisiones.*⁵⁴

Neste contexto é que, para Ferrajoli, a distinção estrutural entre *funções e instituições de governo* e *funções e instituições de garantia* exige que toda a estrutura da esfera pública – e não apenas a separação dos poderes – seja repensada, eis que a clássica teoria montesquiana mostra-se anacrônica diante da complexidade da esfera pública das democracias constitucionais:

*todas las funciones administrativas generadas por el desalloro del Estado social – la escuela, la salud, la previsión y similares – no son para nada, funciones del gobierno, sino funciones de garantía cuyo ejercicio, análogamente al de la función judicial, consiste en la comprobación de sus presupuestos legales y requiere, por ello, no ya dependencia y control sino, al contrario, independencia de las funciones del gobierno, es decir, del poder ejecutivo, dentro del que se han desallorado, en cambio, fuera de todo diseño constitucional.*⁵⁵

A sexta questão – suscitada por Portinaro⁵⁶ e Ruiz Miguel⁵⁷ – concerne aos problemas da paz e da democracia constitucional.

Para Ferrajoli, existe uma *diferença radical* entre guerra e uso legítimo da força que não foi suficientemente compreendida por Portinaro e cujos reflexos recaem sobre o *terrorismo* e a única resposta capaz de enfrentá-lo, que – a seu ver – é aquela regulada pelo direito.⁵⁸

54 FERRAJOLI, 2008c, pp. 427-428.

55 FERRAJOLI, 2008c, p. 429.

56 PORTINARO, 2008, p. 313.

57 RUIZ MIGUEL, 2008, p. 367.

58 FERRAJOLI, 2008c, p. 431.

À objeção de Ruiz Miguel – de que uma democracia supranacional federal, baseada sobre um constitucionalismo multinível, não equivale à hipótese de um *governo mundial* como formulada por Kant, Bobbio ou Habermas –, Ferrajoli argumenta que a crítica a ele dirigida é periférica, uma vez que sua pretensão foi, apenas, defender duas posições perante aqueles que temem um governo mundial, sob a alegação de que corresponderia a um novo Leviatã: a *primeira* é que vivemos atualmente uma situação de anarquia planetária e, ao mesmo tempo, de governo global, com as desvantagens de ambos; a *segunda* é que o mundo, hoje, precisa de desenvolvimento, não só através de funções e instituições de governo, mas especialmente de funções e instituições de garantia capazes de tutelar direitos e bens fundamentais – como a paz, a segurança, o mínimo vital e a proteção do meio ambiente –, que, tanto em nível local quanto em nível global, dependem da criação de correspondentes instituições internacionais de garantia.⁵⁹

A *sétima questão* – que não se inscreve nos campos teórico ou filosófico – incide sobre o *otimismo metodológico*, tema apresentado na última seção de *Principia Iuris* e criticado por Ruiz Miguel,⁶⁰ Moreso⁶¹ e Portinaro.⁶²

Contestando que o otimismo metodológico de sua teoria tenha qualquer relação com a filosofia da história,

59 FERRAJOLI, 2008c, pp. 431-432.

60 Cf. RUIZ MIGUEL, 2008, pp. 367-368, para quem Ferrajoli emprega expressões que são compatíveis com uma filosofia da história do tipo *apocalíptico-otimista*.

61 Cf. MORESO, 2008, pp. 286-287, que reprova o otimismo metodológico, entendido como um produto da excessiva confiança de Ferrajoli no direito, em oposição à sua excessiva desconfiança da moral.

62 Cf. PORTINARO, 2008, pp. 313-314, para quem este otimismo metodológico de Ferrajoli é ingênuo.

Ferrajoli esclarece que, enquanto princípio informador da *luta pelo direito*, tal otimismo é, justamente, uma forma de rejeição de toda e qualquer filosofia da história de tipo determinista, visto que

*el futuro de la humanidad depende en gran parte de la humanidad misma, y precisamente de su capacidad de defenderse – cosa improbable, pero no imposible – de sí misma: de los desastres ecológicos, de las catástrofes nucleares, del crecimiento de las desigualdades, de la violencia y del terrorismo en un mundo cada vez más frágil y vulnerable.*⁶³

Ademais, Ferrajoli diferencia o otimismo metodológico por ele proposto do otimismo existencial ou antropológico – ao qual vincula o otimismo moral sustentado por Moreso –, salientando que este é irrelevante sob o plano teórico. Uma vez rechaçada a falácia determinista, segundo a qual não existiria saída para o presente estado das coisas, resta então desenvolver, no plano teórico, a reflexão sobre as técnicas específicas de garantia da paz e dos direitos fundamentais.⁶⁴

Por fim, diante da acusação de um otimismo metodológico ingênuo – no sentido de desconhecer os enormes custos, além dos poderosos interesses, que se oporiam à realização do paradigma garantista –, Ferrajoli sustenta que não se pode confundir a improbabilidade política com a impossibilidade teórica, esclarecendo que

*optimismo metodológico equivale al rechazo de todo determinismo que excluya que cualquier otro mundo es posible, de la desresponsabilización de la política consiguiente al abandono de toda perspectiva de posible transformación y del pesimismo metodológico que puede conducir a la abdicación de la razón y a la renuncia a todo proyecto de progreso político y social.*⁶⁵

63 FERRAJOLI, 2008c, p. 432.

64 FERRAJOLI, 2008c, p. 433.

65 FERRAJOLI, 2008c, p. 433.

5. Considerações finais

Com efeito, desde a publicação de *Diritto e Ragione*, no final da década de 80, o pensamento jurídico de Luigi Ferrajoli vem ensejando inúmeras discussões acadêmicas⁶⁶ – porém com importantes reflexos práticos – que colaboraram para que o garantismo se solidificasse, definitivamente, como uma das principais teorias capazes de explicar as transformações levadas a cabo pelo paradigma que, após a segunda guerra mundial, instituiu os Estados Constitucionais de Direito, tanto na Europa quanto na América Latina.

Neste artigo, buscou-se oferecer um balanço analítico do primeiro importante debate teórico a respeito da *magnum opus* de Ferrajoli – recentemente traduzida em espanhol e ainda inédita em português –, cujo estudo das questões ora apresentadas permite não só a difusão, mas também evidencia a consolidação da teoria garantista do direito no cenário jurídico internacional.

Isto porque, como se viu, o modelo garantista – proposto inicialmente em *Diritto e Ragione* – vem aperfeiçoado na medida em que Ferrajoli vincula sua teoria da democracia à sua teoria do direito, cujas leituras mostram-se imprescindíveis para uma devida compreensão do paradigma inaugurado pelo Estado Constitucional.

Desse modo, a partir da reconstrução desse importante debate realizado em face da publicação de *Principia Iuris: Teoria del Diritto e della Democrazia*, é possível observar não apenas a envergadura da obra de Ferrajoli – onde o garantismo alcança sua máxima formulação – como também verificar o modo através do qual se articulam os elementos que (con)

66 Cf., por todas, GIANFORMAGGIO, 1993, FERRAJOLI, 2002 e 2006 e CARBONELL; SALAZAR, 2005.

formarão o denominado *constitucionalismo garantista*,⁶⁷ em oposição aos avanços do *neoconstitucionalismo*.

Referências

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

BOVERO, Michelangelo. Qué no es decidible: cinco razones del coto vetado. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 217-226, 2008.

BULYGIN, Eugenio. Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en "Principia iuris". In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 227-232, 2008.

CADERMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (orgs.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali: un dibattito teórico* (a cura de Ermmano Vitale). Roma-Bari: Laterza, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 8. ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris I: teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007a.

67 Cf., para tanto, FERRAJOLI, 2010, pp. 2771-2817.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris II: teoria della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2007b.

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

FERRAJOLI, Luigi; MORESO, Jose Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoria del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008b.

FERRAJOLI, Luigi. "Principia iuris": una discusión teórica. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 393-434, 2008c.

FERRAJOLI, Luigi. Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, v. 55, n. 3, pp. 2771-2817, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris I: teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2011a.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris II: teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011b.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris III: La sintaxis del derecho*. Madrid: Trotta, 2011c.

GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.

GUASTINI, Riccardo. Algunos aspectos de la metateoría de "Principia iuris". In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 253-260, 2008.

IPPOLITO, Dario. Garantismo: un accostamento all'opera di Luigi Ferrajoli. In: *L'Acropoli: Rivista Bimestrale Diretta da Giuseppe Galasso*, anno IX, n. 1, pp. 72, 2008. Disponível em: <http://www.lacropoli.it/articolo.php?nid=187>.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, n. 1, pp. 34-41, 2011. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/107.pdf>.

KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. Trad. Mario G. Losano. Torino: Einaudi, 1966.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Franz Deuticke, 1960.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

MAZZARESE, Tecla. "Principia iuris": optimismo metodológico y reafirmación de la cultura de los derechos. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 261-278, 2008.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORESO, Jose Juan. Ferrajoli o el constitucionalismo optimista. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 279-287, 2008.

PALMA, Mauro. "Principia iuris" de Luigi Ferrajoli. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 289-297, 2008.

PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés. Valores de la democracia constitucional. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 207-212, 2008.

PORTINARO, Pier Paolo. Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes: el programa normativo de Luigi Ferrajoli. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía*

del Derecho, n. 31, pp. 299-314, 2008.

PRETEROSSO, Geminello. "Principia iuris" entre normatividad y poder: sobre el estado constitucional de derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 315-324, 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis. "Principia iuris": una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 325-353, 2008.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 355-367, 2008.

SENESE, Salvatore. Consideraciones extravagantes de un "jurista empírico". In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 369-381, 2008.

TARUFFO, Michele. Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 383-391, 2008.

Recebido em 19/12/2011.

Aprovado em 09/04/2012.

