

# GARANTISMO JURÍDICO: O ESFORÇO DE FERRAJOLI PARA O APERFEIÇOAMENTO DO POSITIVISMO JURÍDICO

## The judicial safety: the efforts made by Ferrajoli for the improvement of the Judicial Positivism

*Orlando Luiz Zanon Junior<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente texto visa analisar as características da proposta neopositivista intitulada Garantismo Jurídico (ou Teoria Axiomática do Direito), desenvolvida por Luigi Ferrajoli, com relação às quatro plataformas básicas da Ciência Jurídica, consistentes nas teorias das Fontes, da Norma, do Ordenamento e da Decisão.

**Palavras-chave:** Ciência jurídica. Teoria do direito. Garantismo jurídico. Neopositivismo. Garantias legais.

**Abstract:** The main theme of this text is to present the characteristics of the neopositivist proposition entitled Legal Guarantism (or Axiomatic Theory of Law), developed by Luigi Ferrajoli, concerning its four basic structures, that are the theses of Norms, Legal System, Sources and Judicial Decision.

**Keywords:** Legal science. Legal theory. Legal guarantism. Neopositivism. Legal guarantee.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente texto visa analisar as características da proposta neopositivista intitulada Garantismo Jurídico (ou Teoria Axio-

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Direito pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito Pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. E-mail: orlandozanon@hotmail.com

mática do Direito), desenvolvida por Luigi Ferrajoli, com relação às quatro plataformas básicas da Ciência Jurídica, consistentes nas teorias das Fontes, da Norma, do Ordenamento e da Decisão.

No texto, serão analisados os aspectos principais da proposição teórica desenvolvida por Ferrajoli, por meio de um corte analítico atento ao referente de pesquisa proposto. Neste ponto, cabe referir que o mencionado autor procurou desenvolver uma reconstrução ampla dos elementos básicos da Teoria do Direito, inclusive propondo conceitos operacionais novos e classificações específicas para diversas categorias já amplamente debatidas pela Comunidade de Juristas, a exemplo de pessoa (física e jurídica), direitos subjetivos e objetivos, expectativas, fatos e atos jurídicos, situações, faculdades, deveres e obrigações, representação etc. Todavia, o presente texto não se constitui em um resumo compreensivo de todo este arcabouço teórico, mas sim propõe focar apenas os elementos básicos do paradigma neopositivista, ou seja, as noções de Fontes, Normas, Ordenamento e Decisão, fazendo referência a outros aspectos teóricos apenas quando necessário para sua compreensão.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano, e, o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica<sup>2</sup>.

## 2 GARANTISMO JURÍDICO

Luigi Ferrajoli, professor da *Università degli Studi Roma Tre*, desenvolveu uma reconstrução da teoria do Positivismo Jurídico (neopositivista), com base nos postulados clássicos de Kelsen, Hart e Bobbio, a qual pode ser chamada de Teoria Axiomática

---

<sup>2</sup> PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.

do Direito<sup>3</sup>, ou então, alternativamente, de Garantismo Jurídico, em atenção ao aspecto mais amplamente divulgado de seu pensamento nos cenários acadêmico e forense brasileiros.

No concernente à opção pelo método axiomático, caracterizado pelo emprego de fórmulas lógicas com pretensão de precisão matemática, cabe assinalar que a intenção declarada do autor era produzir conceitos operacionais unívocos e maximizar a coerência entre os postulados e as definições ao longo do discurso, de modo a ampliar a clareza de suas proposições<sup>4</sup>.

As teses de Luigi Ferrajoli sobre as plataformas das Fontes, da Norma, do Ordenamento e da Decisão podem ser extraídas, principalmente, dos livros *Principia Iuris* (notadamente o volume 1)<sup>5</sup>, *Democracia y Garantismo*<sup>6</sup>, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*<sup>7</sup> e *Garantismo: Uma Discussão sobre Direito e Democracia*<sup>8</sup>, nos quais estão expostos os elementos nucleares sobre o tema. Adicionalmente, importa acrescentar o teor do diálogo travado entre o jurista italiano e outros pensadores sobre o assunto, reproduzido no conjunto de artigos consolidados no livro *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo*<sup>9</sup>, de modo a conhecer as principais críticas que tece em face das correntes pós-positivistas.

**Primeiro**, cabe anotar o entendimento de Ferrajoli no sentido de que a Ciência Jurídica foi historicamente regida por dois paradigmas, consistentes nos modelos do Jusnaturalismo e do Positivismo Jurídico Legal ou meramente Formal.

---

3 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. VII: "Este libro contiene una teoría del derecho construída con el método axiomático".

4 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 51-64.

5 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1 e 2. Madrid: Trotta, 2011.

6 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2 ed. Madri: Trotta, 2010.

7 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: RT, 2014.

8 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

9 STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

O primeiro (Jusnaturalismo) foi caracterizado pelo pressuposto metafísico de que existiriam normas naturais para reger a conduta humana, fundamentadas em valores universais e atemporais, razão pela qual apresenta uma estrutura nomoestática, ou seja, em que todas as Normas Jurídicas integrariam um Ordenamento em razão de sua compatibilidade com um mesmo conjunto de princípios morais.<sup>10</sup>

Posteriormente, tal construção teórica foi superada pelo segundo padrão teórico mencionado (Juspositivismo Legal ou simplesmente Formal), construído pelos autores clássicos (Kelsen, Hart e Bobbio, notadamente), que estabelecia uma Ordem Jurídica nomodinâmica, ou seja, de Normas Jurídicas artificialmente construídas pela autoridade competente e devidamente organizadas em graus hierárquicos, de acordo com critérios de legalidade fraca ou meramente formal.<sup>11</sup>

Porém, atualmente, estaria sendo construído um terceiro modelo paradigmático para a Ciência do Direito, chamado de neopositivismo ou jusconstitucionalismo, que estabelece a existência de um Ordenamento Jurídico estruturado não apenas formalmente, mas também materialmente, de acordo com o conteúdo axiológico expresso na Constituição, exposto

---

10 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 110: “[...] universos nomoestáticos, esto es, a sistemas deónticos en los que una norma existe y es válida si es deducible de otras normas del mismo sistema. El sistema nomoestático por antonomasia es evidentemente la moral: por muy diferentes que sean los principios adoptados por los distintos sistemas morales, cada uno de ellos exige la coherencia interna y la coherencia con los mismos de las opciones morales llevadas a cabo en cada ocasión”.

11 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 111: “Completamente distinto es el caso de los *universos nomodinámicos*, es decir, de todos los sistemas de tipo *positivo* o artificial en los que la existencia de una modalidad normativa, esto es, de una norma, depende - [...] - del hecho de que haya sido puesta por una *auctoritas*”. Também ver p. 414. E ainda FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 13-14: “Entende-se, sumariamente, por ‘positivismo jurídico’ uma concepção e/ou um modelo de direito que reconhece como ‘direito’ qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça”.

por meio de princípios e de direitos fundamentais, segundo um parâmetro de legalidade forte ou substancial.<sup>12</sup> A proposta teórica desenvolvida pelo autor estaria em consonância com tal novo modelo paradigmático, que reflete uma reconstrução da matriz disciplinar juspositivista, sem olvidar da manutenção de suas teses básicas.

Segundo Ferrajoli, a sua proposição teórica é “um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados em normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo”, tratando-se assim do “resultado de uma mudança de paradigma do velho positivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo”.<sup>13</sup>

**Segundo**, Ferrajoli sustenta que a primeira e mais elementar característica do Positivismo Jurídico, a ser preservada em sua proposta neopositivista, é a da separação entre Direito e Moral, ou seja, de que a juridicidade é um produto artificial cuja origem (fonte) é social (*social fact thesis, social sources of the law* ou *auctoritas, non veritas facit legem*).<sup>14</sup>

O postulado da separação entre juridicidade e moralidade, segundo ele, “é uma tese *metacientífica* sobre a recíproca autonomia do ‘ponto de vista interno’ (ou jurídico) do ‘ponto de vista externo’ (ético-político, ou, ainda, sociológico) no estudo

---

12 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 414-415 e, também, p. 469: “Bajo este aspecto el constitucionalismo es un perfeccionamiento del positivismo jurídico y el estado constitucional de derecho una prolongación del estado legislativo de derecho”.

13 FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo**, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 22.

14 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 3: “A primeira distinção é aquela entre o ‘dever ser externo’, ou ético-político (ou *do* direito), e o ‘ser’ dos sistemas jurídicos no seu conjunto, que nada mais é senão a clássica separação entre direito e moral, ou mesmo entre *justiça* e *validade*, ou entre legitimação externa e legitimação interna”.

do direito”.<sup>15</sup> No seu entendimento, o Garantismo “pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito”<sup>16</sup>.

Tal distinção de pontos de vista é uma derivação do postulado filosófico de David Hume, segundo o qual da observação empírica e científica da natureza (o que é) não se pode extrair leis axiológicas ou morais universais (o que deve ser), outrossim, “trata-se de uma *tese metalógica* – precisamente uma aplicação da denominada Lei de Hume – que preclui como ‘falácia naturalista’ a derivação de um direito válido ou ‘como é’ do direito justo ou ‘como deve ser’ e vice versa”.<sup>17</sup> Nessa linha de raciocínio, confundir o ponto de vista interno com o externo implica, como consequência, misturar indevidamente os critérios para aferição da validade (interno à juridicidade) com aqueles para discussão da justiça (externo ao Direito e relativo à moralidade).<sup>18</sup> Dessa confusão pode resultar “o objetivismo ético, que sempre está na base da conexão entre direito e moral”.<sup>19</sup>.

Na sua ótica, o modelo jusnaturalista e as proposições neoconstitucionalistas incorrem em equívoco ao confundirem

---

15 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 206.

16 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 787.

17 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 205.

18 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 199: “Por *legitimação externa* ou *justificação* refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico. Por *legitimação interna* ou *legitimação em sentido estrito* refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento jurídico, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente, intrajurídicos. O primeiro tipo de legitimação diz respeito às razões externas, isto é, àquelas do direito penal; o segundo, por sua vez, concerne às suas razões internas, ou de direito penal. Substancialmente, a distinção coincide com aquela tradicional entre *justiça* e *validade*”.

19 FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 250.

os pontos de vista interno (científico ou empírico - o que é o Direito - critério de validade) e externo (axiológico ou sociológico - o que deve ser o Direito - parâmetro de justiça).<sup>20</sup> Porém, o autor faz concessões às correntes pós-positivistas principais, no sentido de admitir que seria um “absurdo” afirmar que o Direito não incorpore princípios e valores morais ou, ainda, que não tenha alguma “relação conceitual necessária” com a Moral, haja vista que expressa ao menos as opções axiológicas dos legisladores e dos julgadores. Com efeito, a separação entre moralidade e juridicidade “não quer dizer, de maneira nenhuma, que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma ‘pretensão de justiça’. Esta seria uma tese sem sentido, assim como não haveria sentido negar que, no exercício da discricionariedade interpretativa gerada pela indeterminação da linguagem legal, o intérprete é, frequentemente, orientado por escolhas de caráter moral”.<sup>21</sup> Porém, mesmo assim, ele insiste ser “insustentável a derivação - a partir da óbvia circunstância de que as leis e as Constituições incorporam ‘valores’ - da tese de uma ‘conexão conceitual’ entre direito e moral”.<sup>22</sup>

---

20 FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 48. Ainda FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 834: “‘Ponto de vista externo’ ou ‘de baixo’ quer dizer, sobretudo, ponto de vista das pessoas. O seu primado axiológico, consequentemente, equivale ao primado da pessoa como valor, ou seja, do valo das pessoas, e portanto, de todas as suas específicas e diversas identidades, assim como da variedade e pluralidade dos pontos de vista externos por ela expressos”.

21 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 27. Ver também FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 14: “Com ‘separação entre direito e moral’ deve-se entender, a meu juízo, não a negação de qualquer conexão entre direito e moral. claramente insustentável uma vez que qualquer sistema jurídico exprime ao menos a moral dos seus legisladores, mas sim a tese já recordada segundo a qual juridicidade de uma norma não deriva da sua justiça e a sua justiça não deriva da sua juridicidade” (grifou-se).

22 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 28.

Portanto, para o autor, a distinção entre os dois sistemas de conduta significa tão somente que, primeiro, os preceitos morais não possuem juridicidade, ou seja, não integram o ordenamento jurídico, por melhores que sejam, e, segundo, os dispositivos jurídicos não são necessariamente morais.<sup>23</sup>

Sobre o tema, importa destacar o posicionamento do autor no sentido de que o neopositivismo (ou jusconstitucionalismo) pressupõe um “Estado Constitucional de Direito”, regido por um princípio de legalidade não apenas fraco e formal, mas sim forte e substancial, no sentido de que as Normas Jurídicas respeitem tanto os critérios de validade formal como também axiológicos, em atenção ao conteúdo material plasmado nas modernas Constituições rígidas.<sup>24</sup> Notadamente, uma das mais notáveis marcas do constitucionalismo contemporâneo, para o jurista em tela, reside na positivação dos valores morais socialmente compartilhados por meio de Princípios, consubstanciados como Normas Jurídicas que revelam a dimensão nomoes-

---

23 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 15-16: “En este sentido la separación entre derecho y moral, entre punto de vista jurídico u punto de vista axiológico, entre deber ser externo y ser interno del derecho, nos es sino un corolario o, mejor aún, el significado mismo de ‘positivismo jurídico’. Lo que no quiere decir, obviamente, que el derecho no incorpore valores o principios morales y no tenga en este sentido, según una fórmula a mi modo de ver equívoca pero que desde hace algún tiempo se ha hecho habitual, alguna ‘relación conceptual necesaria’ con la moral: lo cual sería absurdo, dado que todo sistema jurídico expresa al menos la moral (o las morales), cual(es) quiera que sea(n), de sus legisladores, o si se prefiere, como dice Robert Alexy, su ‘pretención de corrección’. Significa simplemente: a) que la moralidad (o la justicia) predicable de una norma no implica su juridicidad (ou su validez, o, en términos aún más genéricos, su pertenencia a un sistema jurídico); b) que la juridicidad (o validez, o pertenencia a un sistema jurídico) de una norma no implica su moralidad (o justicia)”. Também FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 4.

24 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 461-462: “El estado de derecho em sentido estricto o fuerte se há afirmado em cambio como ‘estado constitucional de derecho’ gracias a la que podemos considerar la segunda revolución jurídica moderna: la sujeición de toda la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos sancionados por *constituciones* rígidas, y la consiguiente *legitimación sustancial* de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, em función (*también*) de los contenidos o *significados* que expresan”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 326-329.

tática material do sistema (ao lado da dimensão nomodinâmica formal).<sup>25</sup> Nessa linha de raciocínio, de acordo com a proposição teórica *sub examen*, estaria superada a velha dicotomia entre legitimidade formal e material (*auctoritas/veritas*) que diferenciava o Jusnaturalismo do Juspositivismo, haja vista que os valores morais, antes supostamente extraídos da natureza, agora se encontram positivados.<sup>26</sup>

Nesse particular, Ferrajoli argumenta que, “desaparecendo, com as constituições rígidas, o caráter unidimensional do direito positivo e o caráter unicamente formal da validade jurídica, a velha tese da proibição ao jurista de formulação de juízos críticos a respeito da validade e da invalidade das leis se converte no seu oposto: é o próprio positivismo jurídico que impõe aos juristas e aos juízes, com o reconhecimento dos princípios estipulados nas constituições como normas de direito positivo de grau superior às leis, a formulação de juízos jurídicos relativos à validade substancial das leis (com os inevitáveis e sempre subjetivos juízos de valor àqueles conexos) e, desta maneira, a crítica do direito tido como inválido porque em contrastes com as normas constitucionais”.<sup>27</sup>

25 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 801-804. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 328: “O resultado deste processo de positivação do direito natural tem sido uma aproximação entre a legitimação interna ou dever ser jurídica e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico, quer dizer, a sua juridificação por meio da interiorização no direito positivo de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa que foram expressados pelas doutrinas iluministas do direito natural”.

26 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 463: “Y lleva a cabo por consiguiente, a través de los vínculos de forma y de contenido impuestos a su producción, la superación de la vieja dicotomía expresada por los pares *auctoritas/veritas* y ‘racionalidad formal’/‘racionalidad sustancial’ com la que normalmente se formula la oposición entre paradigma iuspositivista y paradigma iusnaturalista”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 330-331: “Chamarei de ‘vigência’ a validade apenas *formal* das normas tal qual resulta da regularidade do *ato normativo*; e limitarei o uso da palavra ‘validade’ à validade também *material* das normas produzidas, quer dizer, dos seus significados ou conteúdos normativos”. Ver ainda FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 42.

27 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 15-16.

Adicionalmente, o autor lista outras quatro características que entende como elementares à base disciplinar do Positivismo Jurídico, ao lado da separação entre Direito e Moral. Entretanto, essas quatro premissas teóricas não são expressamente assimiladas e adotadas pelos demais integrantes desta corrente de pensamento, a exemplo de Kelsen, Hart e Bobbio, de modo a representar, mais precisamente, os pressupostos teóricos básicos para sua proposta de reconstrução da teoria juspositivista, cuja menção específica é desnecessária para o referente de pesquisa proposto.<sup>28</sup>

**Terceiro**, o pensador italiano sustenta que o Direito não é regido apenas por princípios jurídicos internos a ele (*principia iuris et in iuri*), mas também por postulados que lhe são externos, mas inerentes a todos os sistemas de lógica deôntica (*principia iuris tantum*).<sup>29</sup>

Com efeito, consoante seu entendimento, o Direito consubstancia um subsistema da deôntica e, portanto, fundamentos desta são aplicáveis àquele, ainda que não expressamente recepcionados em seu interior.<sup>30</sup>

---

28 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 88-98. Para o autor, os postulados juspositivistas são os expressos nas fórmulas de fl. 90 e, depois, explicitados na p. 96, cabendo transcrevê-los: "P10 [Primeiro postulado juspositivista] Toda causa es un comportamiento que, si nos es constituyente, está previsto por una regla que a su vez tiene una causa y que dispone o predispone su modalidad y aquello que lo que es causa"; P11 [Segundo postulado juspositivista] Las modalidades y expectativas de una causa, cuando no sean constituyentes, suponen a su vez una causa y, cuando no sean ellas mismas reglas, están previstas por reglas que suponen a su vez una causa"; P12 [Terceiro postulado juspositivista] Si alguien está en condiciones de ser sujeto de un comportamiento consistente en una causa, entonces no es a su vez producto de una causa y está dotado de un estatus a su vez regulado por una causa"; e, P13 [Quarto postulado juspositivista] Aquello de lo que algo es causa, o regla, o bien modalidad o expectativa no constituyente, no es nunca constituyente".

29 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 24-30 e 34. E, principalmente, p. 815.

30 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 105: "Eso significa que el 'derecho' puede ser concebido como un subuniverso del universo del discurso de la 'deôntica' y la teoría deôntica, a su vez, como una primeira parte de la teoría del derecho, dedicada a identificar los conceptos y las tesis elementales comunes a todos los discursos sobre los fenómenos deônticos y por tanto también a los relativos a los fenómenos jurídicos". Também p. 247.

Essa construção teórica é necessária para tentar resolver dois problemas para a teoria juspositivista do Ordenamento Jurídico, consistentes nos defeitos de incoerência (antinomias) e de incompletude (lacunas), presentes na sua estrutura nomodinâmica. Com efeito, de acordo com tal modificação *ad hoc* na matriz disciplinar do Positivismo Jurídico, a contradição (antinomia) e a ausência de Normas Jurídicas (anomia), quando reais (e não meramente aparentes), embora insolúveis pelo ponto de vista interno ao Direito, poderiam ser resolvidas pela perspectiva externa, mediante a observância de postulados lógicos que representam a condição de existência de qualquer sistema deôntico.<sup>31</sup>

Tais preceitos seriam, primeiro, o postulado da plenitude (ou completude), expresso pelo quadrado lógico das expectativas deônticas, que determina a complementação de lacunas e, conseqüentemente, a previsão normativa das chamadas garantias primárias e secundárias de direitos; e, segundo, o preceito da coerência (ou não contradição), o qual comanda a supressão das antinomias.<sup>32</sup> Outrossim, de acordo com o autor em tela, a incidência dos *principia iuris tantum* da plenitude e da coerência representaria não apenas a superação dos problemas do Positivismo Jurídico, mas também permitiria a resolução das viola-

---

31 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 26: “Dicho de otro modo, al no estar expresados por normas jurídicas no constituyen principios *internos* al derecho positivo, es decir, lo que en el párrafo precedente he llamado de *principia iuris et in iuri*. Son, por el contrario, *principia iuris tantum*, que imponem al derecho positivo, como principios *externos* al mismo, la lógica que éste de hecho no tiene pero que, de derecho, debería tener”.

32 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 27: “Estos *principia iuris tantum*, como se verá en el <sup>a</sup> 2.7, non son en última instancia sino los principios de la deôntica expresados por los cuadrados de oposiciones lógicas que serán presentados en los capítulos I y II. [...] Aplicados a las normas, son esencialmente dos: el principio de no contradicción, expresado por el cuadrado de las modalidades deônticas cuya violación genera antinomias; y el principio de plenitud, expresado por el cuadrado de las expectativas deônticas cuya violación genera lacunas. [...] El primer cuadrado se basan las que en su momento llamaré ‘garantías secundarias’ o de justificabilidad de las violaciones de los derechos constitucionalmente establecidos; en el segundo, las que llamaré suas ‘garantías primarias’, esto es, las prohibiciones de lesión y las obligaciones de prestación correspondientes a aquéllos”.

ções de direitos subjetivos no plano concreto, mediante a resolução das antinomias e lacunas.

Tal construção teórica representa uma das características centrais da versão juspositivista de Ferrajoli e, por isso, confere nome à sua principal obra (*opus magnum*), intitulada justamente de *Principia Iuris*.<sup>33</sup>

**Quarto**, importa referir que a teoria neopositivista de Ferrajoli é geralmente intitulada de Garantismo Jurídico, precisamente em razão da importância que atribui às garantias jurídicas, como elementos para superação das promessas não cumpridas pelo sistema jurídico. A expressão refere, em sentido amplo, o conjunto de limites e vínculos impostos a todos, nos âmbitos público e privado, mediante a sujeição à legislação positiva e especificamente aos direitos fundamentais.<sup>34</sup> Para o autor, o traço característico do Direito, entre os demais sistemas deonticos, consiste justamente na previsão de garantias que viabilizem a remoção, a reparação e a prevenção da inefetividade de prerrogativas jurídicas.<sup>35</sup> Daí que, segundo ele, a existência de garantias em face de contradições e de ausência de normas consubstancia a outra cara do constitucionalismo.<sup>36</sup>

33 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 31.

34 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 188. Ainda FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 60: “‘Garantía’ es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.

35 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 159: “La especificidad del derecho respecto a los demás sistemas deonticos reside en hecho de que, como veremos más adelante, él dispone de un conjunto de ‘garantías’ jurídicas - como la previsión de obligaciones o prohibiciones, que llamaré de ‘garantías primarias’ en el § 10.6, y la sancionabilidad u la anulabilidad de sus desobediencias como actos ilícitos o inválidos, que llamaré ‘garantías secundarias’ - dirigidas a asegurar la efectividad de las modalidades y expectativas jurídicas mediante técnicas adecuadas para remover, reparar o prevenir su inefectividad”.

36 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 33: “Justamente porque refleja la estructura del estado constitucional do derecho y el diseño teórico que está tras ella, las relaciones lógicas entre los conceptos formulados por la teoría sirven, por una parte, para fundamentar la crítica de las antinomias y de las lacunas y, por otra, para exigir su superación mediante la reparación de las violaciones de las garantías existentes o la introducción de garantías ausentes. El garantismo es, en este aspecto, la otra cara del constitucionalismo”.

Em sentido técnico, o jurista italiano entende que garantias são as obrigações decorrentes das expectativas positivas, ou seja, estabelecidas no Ordenamento Jurídico.<sup>37</sup> Elas são classificadas como primárias (de primeiro grau ou substanciais), as quais dizem respeito à previsão positiva de consequências jurídicas para a hipótese de descumprimento, como a anulabilidade dos atos, a sanção penal, a perda de eficácia etc; ou, ainda, como secundárias (de segundo grau, instrumentais, processuais ou jurisdicionais), as quais dizem respeito aos institutos de cunho processual que visam conferir eficácia e judiciabilidade no caso de descumprimento das garantias primárias, a exemplo dos diversos preceitos que estabelecem a existência da jurisdição e do processo.<sup>38</sup>

Outrossim, a expressão *juiz garantista* não designa nada mais do que aquele magistrado juspositivista que observa rigorosamente, em sua atividade interpretativa e aplicativa, a incidência das garantias primárias (consequências jurídicas materiais) e secundárias (ditames processuais aplicáveis) na sua atividade jurisdicional. Ou seja, trata-se apenas de uma designação para o *óbvio esquecido* por algumas propostas neoconstitucionalistas que, ao apregoarem um retorno metafísico ao já superado paradigma jusnaturalista, acabam acarretando algum grau de desrespeito ou inobservância aos preceitos positivos, com justificativas de perfil axiológico, de modo a acarretar uma quebra na segurança jurídica, em detrimento da previsibilidade e do nível de certeza do Direito.

---

37 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 188: “‘Garantía’ es la obligación correspondiente a la expectativa positiva de su mismo tema”.

38 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 631-633: “LLamaré ‘*garantías primarias*’, de ‘*primer grado*’ o ‘*sustanciales*’ a las garantías del primer tipo, dirigidas precisamente a realizar una efectividad de los derechos garantizados que es también primaria, sustancial o de primer grado; y ‘*garantías secundarias*’, de ‘*segundo grado*’, ‘*instrumentales*’, ‘*procesales*’ o ‘*jurisdiccionales*’ a las garantías del segundo tipo, orientadas a asegurar al menos una efectividad secundaria, jurisdiccional por los actos cometidos en violación de las primeras”.

Na esfera criminal, o modelo garantista implica a supressão da análise moral dos atos criminosos e a incidência de consequências penais em estrita observância das garantias expressamente previstas na legislação, de modo a fomentar o atingimento de segurança jurídica.<sup>39</sup> Adicionalmente, o autor expressamente declara que a pena não deve ter qualquer função ética, pedagógica ou mesmo de ressocialização (*poena medicinalis*)<sup>40</sup>, servindo apenas para a prevenção geral negativa dos delitos e o desestímulo da vingança privada<sup>41</sup>, ou seja, seu posicionamento aparentemente contraria a posição teórica prevalecente no cenário jurídico brasileiro sobre o tema, quanto à importância da recuperação do detento.

**Quinto**, assevera-se que Ferrajoli entende que Normas Jurídicas são as regras deônticas produzidas por um ato jurídico, ou seja, incorporadas no Ordenamento Jurídico. Com efeito, no seu entendimento, o Direito é um subsistema da deôntica, daí que a Norma Jurídica não passa de uma regra deôntica incorporada na ordem positiva. Outrossim, segundo os conceitos operacionais produzidos de acordo com o método axiomático, regras (em geral) são modalidades, estados (*status*) ou expecta-

---

39 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 41-42: “Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu”.

40 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 42: “Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correccional”. E p. 208-209: “O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar – reeducar, remidigar, recuperar, ressocializar etc. - a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o *direito de ser* internamente ruim e de permanecer aquilo que é. As penas, conseqüentemente, não devem perseguir finalidades pedagógicas ou correccionais, devendo consistir em sanções taxativamente preestabelecidas, não agraváveis por meios de tratamento diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico”. Ainda p. 251-254.

41 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 308-311.

tivas positivas ou negativas (ou ainda predisposições destas)<sup>42</sup>, enquanto Normas (ou Regras Jurídicas) são simplesmente as regras causadas por um ato jurídico.<sup>43</sup>

No ponto, cabe acrescentar que o autor faz inúmeras referências a princípios jurídicos ao longo de sua tese, porém não se preocupou em apresentar o respectivo conceito operacional de forma expressa. Tal vácuo se justificar pelo fato de ele não distinguir modalidades distintas de Normas, entendendo-as todas como Regras Jurídicas aplicáveis por subsunção, ainda que chame algumas de princípios em determinadas circunstâncias, para ressaltar seu aspecto material<sup>44</sup>. Ou seja, para o autor, os princípios se diferenciam das regras apenas porque comportam uma carga substancial e, assim, integram a dimensão nomoestática do Direito.<sup>45</sup> Entretanto, ambos (Regras e Princípios) são Normas Jurídicas aplicáveis por subsunção<sup>46</sup> e servem para

---

42 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 212: “Las reglas o bien son ellas mismas modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus, o bien predisponen modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus” [...] Las modalidades, las expectativas, y los estatus que son el tema de una clase de sujetos o tienen como tema una clase de comportamientos son reglas”.

43 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 395: “Norma jurídica’ o simplemente ‘norma’, diremos, es toda regla producida por un acto jurídico”.

44 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 532-533: “Por otro lado, se clarifica de este modo el bien limitado alcance de la distinción entre ‘principios’ y ‘reglas’ propuesta por Ronald Dworkin y expresada en la tesis de que los principios se *respetan* mientras que las reglas, sean formales o sustantivas, se *aplican*. [...] Y los principios, por exemplo los constitucionales, cuando por el contrario son violados, se manifiestan como reglas, *aplicables* judicialmente, como normas sustantivas que prefiguran ‘supuestos de hecho prohibidos’, a las decisiones inválidas que constituyen su violación”.

45 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 538: “Si es verdad que las normas son sino los significados asociados por el intérprete a actos lingüísticos normativos, también los principios, los aquí llamados *principia iuris et in iuri* por venir formulados directamente en el derecho, son a su vez significados normativos o normas: en concreto, son normas sustantivas pertenecientes a la dimensión nomoestática del derecho” (grifou-se).

46 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 538: “[...] principios se manifiestan como reglas en las que sob subsumibles los actos inválidos que constituyen su violación” (grifou-se).

limitar a amplitude decisória do julgador.<sup>47</sup> Sem embargo, “não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes”.<sup>48</sup>

Continuando na análise, cabe anotar que as Normas (Regras Jurídicas ou Princípios) são previsões abstratas e universais, tratando-se de soluções preexistentes ao problema fático que foram estabelecidas para reger e resolver.<sup>49</sup> Ou seja, se tratam de significados que integram o Ordenamento Jurídico, aguardando serem invocados para solucionar os casos sobre os quais dispõem, como razões para agir ou se comportar de determinada maneira.<sup>50</sup>

Importa ressaltar que, muito embora o autor trate do tema referente à Norma Jurídica em abstrato, não olvida da distinção entre significantes (texto normativo) e significado (Norma Jurídica). Sem embargo, assimilando as lições de seu professor Norberto Bobbio, o autor não desconhece a diferenciação entre, primeiro, Texto Normativo (enunciado ou preceito), que seria

47 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 45-46: “Mas vale também para a jurisdição ordinária, em relação à qual a incorporação limitativa de princípios ou valores na Constituição conduz à redução da discricionariedade na interpretação das leis, por aquela limitada e vinculada à coerência com as normas constitucionais. E este é um fato comumente ignorado. Ainda que vagos e formulados em termos valorativos, os princípios constitucionais servem de qualquer modo para aumentar a certeza do direito, pois limitam a gama de possíveis opções interpretativas, obrigando os juízes a associar às leis os únicos significados com ele compatíveis”.

48 FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 41.

49 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 213.

50 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 228-229: “Las reglas, como se há dicho (T4.40), son ‘significados’. [...] podemos identificar el papel de las reglas como *razones para la acción* que se analizará mejor em los §§ 5.7, 8.9 y 10.22: una regla deóntica – ya sea una norma jurídica, la regla de un juego o una regla de etiqueta – es una razón de la acción si vale para orientar los comportamientos y acaso para generar modelos de comportamiento socialmente compartidos”.

o significante, e, segundo, Norma (proposição ou prescrição), consubstanciada no significado resultante da interpretação do primeiro.<sup>51</sup> Adicionalmente, admite que um mesmo dispositivo legal pode ensejar mais de uma regra, a depender das especificidades da interpretação, que nada mais é, para ele, do que a constatação de um significado.<sup>52</sup> Outrossim, o jurista italiano reconhece a natureza linguística dos sistemas deônticos, a exemplo do Direito.<sup>53</sup>

Também não se pode olvidar que, de acordo com o conceito operacional fornecido pelo pensador em tela, fontes jurídicas são simplesmente os atos jurídicos que são a causa de uma Norma (Regra Jurídica ou Princípio), tratando-se de categorias coextensivas.<sup>54</sup>

**Sexto**, Ferrajoli conceitua Ordenamento Jurídico como o conjunto de Fontes e de Regras Jurídicas instituídas por uma mesma Norma de Reconhecimento e escalonadas em níveis verticais.<sup>55</sup> Todavia, não endossa simplesmente o modelo desenvolvido pelos juspositivistas que o antecederam, haja vista que, a um, estabelece um conceito operacional distinto para Norma

---

51 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 208.

52 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 319: “Dado un significado, llamo ‘interpretation’ a sua constatación”. Ver también p. 506: “[...] todo acto o texto normativo admite varias interpretaciones y por consiguiente varios significados, algunos de los cuales pueden ser coherentes y otros incoherentes con las normas sustantivas sobre su producción”.

53 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 209 e 422-426.

54 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 397-398: “Fuente’ es todo acto que sea causa de una norma. [...] De ello se sigue una relación biunívoca entre fuentes y normas: si las primeras son las causas de las segundas (D8.2), las segundas son los efectos de las primeras (T8.19); de manera que fuentes y normas son términos coextensivos (T8.20)”.

55 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 432: “‘Ordinamiento’ es, o bien el conjunto de las normas instituidas por una misma norma institutiva, o bien el conjunto de las normas de grado subordinado a una misma norma deôntica. [...] ‘Norma de reconocimiento’ es, o bien la norma institutiva del conjunto de las normas que forman un ordenamiento, o bien la norma deôntica de grado supraordenado a ellas”. E, na p. 852: “El ordenamiento constitucional consiste, como todos los ordenamientos (d8.12), en un conjunto complejo de fuentes y de normas dispuestas en orden jerárquico”.

de Reconhecimento, como resultado de uma situação empírica supraordenada e anterior à ordem positiva (inegavelmente um desenvolvimento da proposta de Hart); a dois, incorpora o movimento horizontal de sucessões de negócios jurídicos regidos pelo mesmo nível de Regras Jurídicas (e não apenas a dinâmica normativa vertical proposta por Kelsen); a três, estabelece que o sistema tem a estrutura de uma rede de significantes e de significados, regida pelos princípios externos (*principia iuris tantum*) da unidade, coerência e completude (aperfeiçoando a proposta de Bobbio neste particular); a quatro, argumenta que o escalonamento do sistema na linha vertical não responde apenas a uma lógica formal, mas também substancial, implicando a compatibilidade material dos postulados inferiores com o conteúdo dos superiores; e, a cinco, estabelece que abaixo de uma mesma Norma de Reconhecimento podem ser instituídos diversos subordenamentos.

Quanto ao primeiro aspecto destacado, cabe registrar o posicionamento do autor no sentido de que a origem de determinado Ordenamento Jurídico não remonta até um postulado hipotético (Kelsen)<sup>56</sup> ou empírico (Hart)<sup>57</sup>, mas sim reside em uma situação fática constituinte, externa à ordem jurídica e que lhe dá origem.<sup>58</sup> Tal situação concreta veicula o exercício do

56 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9 e especialmente 217: “Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação de causa de um determinado efeito, perde-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm)”.

57 HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 126: “A norma de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema é, num sentido importante, que procuraremos esclarecer, uma norma última (*ultimate rule*); e quando, como geralmente ocorre, houver critérios hierarquizados por ordem de subordinação e primazia relativa, um deles será considerado supremo (*supreme*)”.

58 FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 277: “El derecho positivo es un fenómeno artificial, cuyo fundamento empírico reside en hechos empíricos de tipo extra- o prejudicial, es decir, externos al derecho mismo”. E também p. 311 e 804-809.

poder constituinte no contexto histórico<sup>59</sup> e, assim, resulta na Norma de Reconhecimento (Constituição), a qual, por sua vez, é a primeira e mais elevada proposição de determinada ordem jurídica.<sup>60</sup>

A situação constituinte confere unidade ao sistema, haja vista que, partindo de qualquer ponto do seu interior, é possível ascender em linha reta vertical até uma mesma situação originária, a qual é constituinte, precisamente no sentido de que não é positiva, pois se encontra subtraída à incidência do princípio da legalidade e funda todo o ordenamento.<sup>61</sup>

No concernente ao segundo ponto, cabe registrar o argumento do escritor em análise no sentido de que a dinâmica do Ordenamento Jurídico não ocorre apenas na linha vertical, representando a produção normativa de cima para baixo, como proposto por Kelsen, tendo em conta que entende existir também uma sucessão de atos jurídicos na linha horizontal, ou seja, no mesmo nível, referente à sequência de transações na seara mercantil.<sup>62</sup> Daí que a produção jurígena ainda ocorre

59 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 805: “[...] el poder constituyente no es más que la hasta aquí llamada ‘situación constituyente’ (T12.1)”.

60 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 841-846: “‘Constitución’ es el estatuto de una institución política consistente en un conjunto de normas sobre la producción dotadas de algun grado de efectividad, cuyo acto institutivo es el acto constituyente y que, en democracia, tiene: a) como normas de reconocimiento de la esfera pública la división de los poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno a través del ejercicio de los derechos políticos y la separación de estas últimas con respeto a las funciones de garantía, b) como normas de reconocimiento de la esfera privada la producción por obra del ejercicio de los derechos civiles de las situaciones disponibles a ella pertenecientes y c) como razón social la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustantivas”.

61 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 419: “Bajo amos aspectos la unidad del ordenamiento es reconocible por el hecho de que, sea cual el acto, la situación o la norma tomados como referencia se insertan en una red de actos, de situaciones y de normas que tienen en común el acto y la situación constituyente. Ante cualquier acto o situación, normativa o no, con que nos encontremos, siempre podemos, recorriendo la red, constatar su pertenencia (o su no pertenencia) al ordenamiento ascendiendo a la situación o al acto de los que el primero es actuación y la segunda es efecto”.

62 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 301-302 e 305.

em linhas retas, voltadas em uma única direção, contudo, pode fluir tanto na vertical como também na horizontal.

Retroceder no mesmo nível (horizontal) permite aferir as origens de determinados negócios jurídicos, enquanto voltar pelos degraus escalonados (vertical) franqueia identificar as fontes jurídicas, até a Norma de Reconhecimento (Constituição) e, se for o caso, chegando mesmo à situação constituinte originária, externa ao sistema e não positiva (poder constituinte). De acordo com a construção teórica em tela, a chave para a compreensão da nomodinâmica é a relação de causalidade, que representa a ligação entre cada degrau na linha vertical e cada sucessão na sequência horizontal.<sup>63</sup>

Sobre a terceira particularidade da proposição em tela, cabe anotar seu entendimento de que o Ordenamento Jurídico possui a estrutura de uma rede de significados e também de significantes<sup>64</sup>, a qual é regida não apenas por princípios que lhe são internos (*principia iuris et in iure*), mas também por postulados externos, inerentes a todas as ordens deônticas (*principia*

---

63 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 100: “Su término clave es ‘causa’, asumido como el concepto fundamental del *positivismo jurídico*. Permite en efecto, gracias a los cuatro principios del positivismo jurídico expresados por los postulados P10-P13 y relativos respectivamente a los actos, las situaciones, las personas y las normas, configurar la totalidad del sistema deôntico en el que consiste el derecho como ‘producido’ o ‘causado’ por comportamientos calificables como actos, en virtud de modalidades y/o expectativas deônticas calificables como situaciones, que pueden adscribirse a sujetos calificables como personas, sobre la base de reglas calificables como normas”.

64 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 303: “Ahora, sin embargo, con los dos pares de secuencias recién demostradas, podemos configurar ya dos imágenes del derecho positivo: de un lado, como una *red* de actos que actúan situaciones y de situaciones producidas por actos, así como actos productores de efectos y efectos consistentes en situaciones; de otro, como un *universo lingüístico* de signos y de significados conectados entre sí por la calificación o inteligibilidad de los primeros a partir de los segundos y por la ulterior producción o expresión de los segundos por parte de los primeros”. E p. 433: “Por otra parte, puesto que las normas son significados (T8.5), un ordenamiento, al consistir en un conjunto de normas (D8.12), no es más que un *mundo de significados* (T8.99). Si además se consideran sus fuentes, o sea, los actos por los que las normas son expresadas y producidas, un ordenamiento se configura asimismo como un *mundo de signos* (T8.100)”.

*iuris tantum*), notadamente os que estabelecem a unidade, a coerência e a plenitude do sistema.<sup>65</sup>

Outrossim, o sistema jurídico não teria a forma de uma pirâmide, mas sim de uma rede escalonada de textos normativos e de suas interpretações, segundo a lógica da causalidade. Ao consultar tal entrelaçamento normativo, o intérprete e aplicador teria acesso às respostas para os problemas sobre os quais precisa decidir, as quais estariam previamente construídas e colocadas à sua disposição.

Atinente ao quarto ponto, o jurista em exame sustenta que a compatibilidade vertical entre as Regras Jurídicas não diz respeito apenas a uma lógica meramente formal, mas também material ou conteudística. Com efeito, conforme já registrado acima, o autor argumenta que o neopositivismo (ou jusconstitucionalismo) apresenta um avanço com relação ao modelo anterior precisamente no ponto em que rejeita um princípio de legalidade estrita, fraca ou meramente formal em favor de uma versão forte e material de tal postulado, no sentido de estabelecer a vinculação substancial entre os diversos graus escalonados de Normas Jurídicas.<sup>66</sup>

Outrossim, aqui opera-se uma outra correção *ad hoc* ao modelo piramidal desenvolvido pelos juspositivistas clássicos (Kelsen Hart e Bobbio), no sentido de admitir que o sistema não é regido apenas por uma lógica nomodinâmica (escalonamento formal), mas também simultaneamente por uma relação

---

65 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 421: “De acuerdo con este análisis se comprende cómo unidade, coherencia y plenitud no son características sino requisitos de los sistemas jurídicos. [...] Más exactamente, unidade, plenitud y coherencia no son más que los *principia iuris tantum*, *iuris* pero *non in iure*, externos y no internos al derecho que, como se ha visto desde la Introducción, se identifican con la *artificial reason*, o sea, con la razón jurídica normativa en relación con el derecho mismo”.

66 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 461-463 e, também, p. 490: “El *principio de mera legalidad* (o de legalidad formal) es aquel en virtud del cual todo acto formal, consista o no en decisiones, supone una norma formal que determina sus formas (T9.92). El *principio de estricta legalidad* (o de legalidad sustancial) es aquel en virtud del cual toda decisión supone una norma sustantiva que limita o vincula sus significados (T9.93)”.

nomoestática (compatibilidade material com um conjunto de princípios).<sup>67</sup> Assim, uma norma é vigente quando produzida em conformidade com alguma das formas autorizadas pelo sistema, contudo, somente será válida quando conforme com todos os ditames formais e também coerente com algum dos conteúdos materiais supraordenados.<sup>68</sup>

Por fim, quanto ao quinto ponto, cabe referir o entendimento do autor de que podem ser instituídos diversos subordenamentos dentro de um mesmo Ordenamento Jurídico.<sup>69</sup> Assim, em um sistema jurídico estatal podem coexistir diversos subsistemas normativos, mediante a instituição de Normas de Reconhecimento inferiores àquela fundante (Constituição), a exemplo dos subordenamentos municipais fundados em Leis Orgânicas. E, da mesma forma, uma mesma ordem normativa estatal pode ser integrada em um sistema mais amplo, como ocorre com o sistema jurídico italiano em respeito à ordem supranacional europeia.

Daí que, para o autor em discussão, não há sentido na distinção cunhada pela doutrina de Direito Internacional entre monismo e pluralismo jurídicos como modelos opostos, considerando-se que a definição de Ordenamento Jurídico como um

---

67 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 497 e também 492: “Luego será posible mostrar, en el § 9.17, que estos dos elementos corresponden a las dos dimensiones de la fenomenología jurídica - la nomodinámica regida por las normas formales y la nomostática regida por las normas sustantivas - que se corresponden a su vez, como mostraré en el capítulo XII y en la cuarta parte, con las dos dimensiones, formal e sustancial, de la democracia constitucional”. Também p. 536-537: “En suma, el paradigma de la estructura gradual del ordenamiento debe ser ampliado a la dimensión sustancial o nomoestática del derecho positivo”. Ainda FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2 ed. Madri: Trotta, 2010. p. 73.

68 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 499: “Llamaré ‘vigencia’ a la existencia de los actos formales producida por la conformidad de al menos alguna de sus formas con alguna de las normas formales; y ‘validez’ a la regularidad de esos mismos actos producida por la conformidad de todas sus formas con las normas formales y de al menos uno de sus significados con todas las normas sustantivas sobre su producción”.

69 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 435: “De ello resulta una red de normas que, cuando entre las de grado subordinado incluya también normas sobre la producción de otros ordenamientos, es también una *red de ordenamientos* o de *subordenamientos*”.

conjunto de Normas submetidas a uma mesma Regra de Reconhecimento não impede a existência de sistemas mais amplos (que englobam a estrutura normativa estatal, a exemplo da União Europeia) ou mais restritos (como os subsistemas municipais, integrantes da República Italiana), sem prejuízo para a manutenção da respectiva unidade.<sup>70</sup>

E, **sétimo**, o autor entende que a decisão é um ato habilitado a produzir os efeitos previstos em todas as Normas Jurídicas que lhe são supraordenadas, mediante a manifestação da vontade quanto ao conteúdo e significado delas.<sup>71</sup> Mais precisamente, o autor segue a linha juspositivista clássica, ao estabelecer que a aplicação jurídica é o ato de subsunção da decisão aos dispositivos legais supraordenados, embora estabeleça que não é regida apenas pelas formas superiores, mas também pelo conteúdo material.<sup>72</sup>

Segundo o autor, a semântica da linguagem normativa apresenta inevitáveis margens de ambiguidade e de imprecisão, de modo que a interpretação e aplicação das Regras Jurídicas não tem natureza meramente cognoscitiva, mas também cons-

---

70 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 435-436.

71 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 2. Madrid: Trotta, 2011. p. 482: “‘Decisión’ es todo acto preceptivo habilitado a producir como efectos las situaciones o las normas prescritas por él como significados, a condición de que se observem todas las normas deónticas de grado supraordenado a éstas. [...] En otras palabras, las decisiones son siempre manifestaciones de voluntad en lo relativo no sólo al *an* sinto también al *quid* del acto, es decir, a su contenido y significado”.

72 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 526: “‘Aplicación’ es el acto formal o la decisión obligatoriamente vinculados, el primero en cuanto a las formas y la segunda también en cuanto a los significados, por las normas, respectivamente formales y sustantivas, sobre su producción”. Também p. 530: “Y llamaré más específicamente ‘subsunción’, o mejor, ‘subsumido’, al significado de una decisión obligatoriamente vinculado a la observância de la norma sustantiva sobre su producción. [...] ‘Subsunción’ es la observancia obligatoria, en relación con el significado de una decisión, de la norma sustantiva sobre su producción”. E ainda p. 532: “El uso de ‘aplicación’ en sentido sustancial resulta en efecto pertinente siempre que la observancia de una norma sustantiva se manifiesta en ese específico tipo de ‘coherencia’ que es la ‘subsunción’, o ‘correspondencia’ de un determinado supuesto de hecho con la norma que lo prevé”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 122: “A subsunção judicial pode muito bem exibir a forma dedutiva”.

titutiva, ou seja, produtora de significados.<sup>73</sup> Tal vagueza resulta em graus variáveis de discricionariedade judicial, a qual difere das margens de decisão política justamente em razão de sua vinculação às fontes e normas do Ordenamento Jurídico<sup>74</sup>. Ou seja, nesse particular, o autor nada apresenta de alternativo com relação às proposições clássicas de Kelsen (moldura)<sup>75</sup> ou de Hart (zona de textura cinzenta).<sup>76</sup>

A par da discricionariedade, o jurista em tela também destaca ser inviável afastar plenamente a subjetividade decisória, pois o magistrado, “por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, seus valores ético-políticos”.<sup>77</sup>

---

73 FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. V 2. Madrid: Trotta, 2011. p. 487: “Y puesto que la semántica del lenguaje normativo presenta inevitables márgenes de ambigüedad y de imprecisión, también la interpretación operativa tiene naturaleza no sólo cognoscitiva sino constitutiva - o, si se prefiere, re-cognoscitiva y re-constitutiva - de los significados formulados en él”. Ver também p. 511.

74 FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. V 2. Madrid: Trotta, 2011. p. 31-32: “Como he mencionado al final del § 9.8, podemos distinguir dos tipos de discrecionalidade: la *discrecionalidade política*, que es propia de las funciones de gobierno y de las funciones legislativas, y la *discrecionalidade judicial*, ligada en cambio a la actividad interpretativa y probatoria exigida por la aplicación de las normas de ley al objeto del juicio. Se trata de dos tipos de discrecionalidade profundamente distintos, que remiten a las fuentes de legitimación a su vez distintas y diferenciadas en los §§ 12.7 y 13.5: la representación política para la legislación y la sujeción a la ley para la jurisdicción”. E, especialmente, p. 75: “[La discrecionalidade judicial] Su espacio está circunscrito por la sujeción a la ley y se limita por ello a la interpretación de las normas aplicadas: las constitucionales, por los jueces constitucionales (acompañada por la interpretación de la ley ordinaria a la que afecta su juicio); las legislativas, por los jueces ordinarios (acompañada por la interpretación de la ley constitucional para valorar los perfiles de invalidez de la ley aplicable). A diferencia de la discrecionalidade política, que se manifiesta en las decisiones legislativas y administrativas que producen nuevo derecho si bien en el respecto a la constitución, la discrecionalidade de la jurisdicción y de las demás funciones de garantía se manifiesta únicamente en las decisiones interpretativas, es decir, relativas al ‘significado’ de las normas aplicables, comenzando por el de los derechos constitucionalmente establecidos”. Ver também FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 42.

75 KELSEN, Hans. Teoría pura do direito. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388 e 392-395.

76 HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 166-167 e 171.

77 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 58. Ainda p. 161-163.

### 3 CONCLUSÃO

Em breve síntese, é possível apontar que as características da proposição neopositivista de Ferrajoli, com relação às quatro plataformas centrais da Teoria do Direito, são as seguintes:

a) As Fontes Jurídicas, para o autor, são as Regras Jurídicas que integram o Ordenamento Jurídico e, em complementação ao paradigma juspositivista clássico, também os postulados deônticos empregados para resolução de lacunas e antinomias (*principia iuris tantum*).

b) No tocante às Normas Jurídicas, Ferrajoli deve que assumem a forma e a estrutura de Regras Jurídicas, as quais resultam da interpretação de textos elaborados pelo legislador. Como emenda *ad hoc* ao Positivismo Jurídico, o autor entende que os princípios morais inseridos na ordem jurídica, principalmente na Constituição, também possuem normatividade, porém, operam de maneira similar às Regras Jurídicas, inexistindo diferença de grau ou estrutural, mas apenas de estilo.

c) Quanto ao Ordenamento Jurídico, o autor o concebe como o conjunto de Fontes e de Regras Jurídicas instituídas por uma mesma Norma de Reconhecimento e escalonadas em níveis verticais. Todavia, não endossa simplesmente o modelo desenvolvido pelos juspositivistas que o antecederam, haja vista que, a um, estabelece um conceito operacional distinto para Norma de Reconhecimento, como resultado de uma situação empírica supraordenada e anterior à ordem positiva (inegavelmente um desenvolvimento da proposta de Hart); a dois, incorpora o movimento horizontal de sucessões de negócios jurídicos regidos pelo mesmo nível de Regras Jurídicas (e não apenas a dinâmica normativa vertical proposta por Kelsen); a três, estabelece que o sistema tem a estrutura de uma rede de significantes e de significados, regida pelos princípios externos (*principia iuris tantum*) da unidade, coerência e completude (aperfeiçoando a proposta de Bobbio nesse particular); a quatro, argumenta que o escalonamento do sistema na linha vertical não responde apenas a uma lógica formal, mas também substancial, impli-

cando a compatibilidade material dos postulados inferiores com o conteúdo dos superiores; e, a cinco, estabelece que abaixo de uma mesma Norma de Reconhecimento podem ser instituídos diversos subordenamentos.

d) No concernente à Decisão Jurídica, por fim, sustenta que as Regras Jurídicas são direcionadas ao juiz, a quem cabe aplicá-las por meio de um procedimento lógico dedutivo, chamado de subsunção dos fatos aos Textos Normativos, com vistas a descobrir a resposta latente preestabelecida pelo legislador, que servirá como solução para o novo caso que se apresenta perante a jurisdição. Ou seja, não apresenta inovações significativas com relação à proposição juspositivista clássica, até mesmo no que toca à aceitação de que a discricionariedade judicial é um problema insuperável, que também implica uma irredutível margem de ilegitimidade no exercício do poder jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2 ed. Madri: Trotta, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: RT, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1 e 2. Madrid: Trotta, 2011.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

Artigo recebido em 20/05/2015  
Artigo aprovado em 28/08/2015