

## DISCUTINDO O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI: SEIS QUESTÕES SOBRE DIREITO E DEMOCRACIA

*DISCUSSING LUIGI FERRAJOLI'S GARANTISM:  
SIX QUESTIONS ON LAW AND DEMOCRACY*

André Karam Trindade<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A relação entre positivismo jurídico e constitucionalismo; 2 O estatuto epistemológico da teoria do direito; 3 A função crítica e normativa da ciência do direito; 4 O conflito entre direitos fundamentais e a separação de poderes; 5 Os desafios da democracia constitucional; 6 As possíveis expansões do paradigma do estado de direito. Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

### RESUMO

Tendo em vista a importância que o pensamento jurídico de Luigi Ferrajoli assume nas últimas duas décadas, especialmente no Brasil e nos demais países da América Latina, o presente estudo aborda as diversas implicações relativas ao *garantismo*. Para tanto, busca reconstruir, analiticamente, a terceira grande discussão realizada em torno de sua obra, a partir das críticas dirigidas por juristas espanhóis e italianos, bem como das respostas a elas formuladas por Ferrajoli, acerca de seis questões: (1) a relação entre positivismo e constitucionalismo; (2) o estatuto epistemológico da teoria do direito; (3) a função da ciência do direito; (4) os direitos fundamentais e a separação de poderes; (5) o princípio da maioria e a democracia constitucional; (6) a ampliação do paradigma garantista. Trata-se, em suma, de um breve balanço deste importante debate internacional sobre direito e 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; Teoria do direito; Democracia Constitucional; Direitos Fundamentais

---

<sup>1</sup> Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (Roma Tre/Itália). Mestre em Direito Público (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.

## ABSTRACT

Due to the importance assumed by Luigi Ferrajoli's juridic thought in the last two decades, especially in Brazil and other countrys of Latine America, the present essay analyses the diferent implications relative to *garantism*. Seeking to analitically reconstruct the third great discussion accomplished over Ferrajoli's work, acknowledging the criticisms from spanish and italian jurists and, also, the answers given by Ferrajoli himself, six main questions can be raised: (1) the relationship between positivism and constitutionalism; (2) the epistemological statute of theory of law; (3) the role of science of law; (4) the fundamental rights and the separation of powers; (5) the principle of the majority and constitutional democracy; (6) the widening of garantist paradigm. In short, this is a brief assessment of the important international debate over theory of law and theory of democracy, of wich the efects 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; Theory of law; Constitutional Democracy; Fundamental rights

## INTRODUÇÃO

Com a publicação de *Diritto e ragione*<sup>2</sup> e a difusão da teoria garantista do direito – sobretudo a partir da tradução das obras de Luigi Ferrajoli para o castelhano –, a discussão inaugurada por Letizia Gianformaggio<sup>3</sup>, ainda nos anos 90, e continuada por Ermanno Vitale<sup>4</sup>, logo na década seguinte, amplia-se e ultrapassa fronteiras, instigando ao debate juristas de outras nacionalidades.

Neste contexto, a proposta do presente artigo consiste na apresentação de um breve balanço do terceiro grande debate realizado acerca do pensamento jurídico de Ferrajoli – mais especificamente, do garantismo e suas implicações –, cujos efeitos ainda não atingiram *terrae brasiliis*, onde as leituras mais difundidas da

---

<sup>2</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1989.

<sup>3</sup> Ver GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.

<sup>4</sup> Ver FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di Ermmano Vitale). Roma-Bari: Laterza, 2002.

obra do jurista italiano ainda se limitam a abordar aspectos de natureza penal e processual penal, salvo raras exceções<sup>5</sup>.

Para tanto, busca-se a reconstrução do diálogo estabelecido em duas importantes obras ainda não traduzidas para a língua portuguesa: *Garantismo: estudios sobre el pensamiento juridico de Luigi Ferrajoli*<sup>6</sup>, organizado por Miguel Carbonell e Pedro Salazar – onde constam as críticas formuladas à teoria garantista –, e de *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*<sup>7</sup>, onde o autor italiano responde às objeções que lhe foram feitas.

Nesta segunda obra, a réplica de Ferrajoli vem estruturada através de seis questões, sendo três delas de caráter metateórico – (1) a relação entre positivismo jurídico e constitucionalismo, além da tese da separação entre direito e moral, (2) o estatuto epistemológico da teoria do direito e as interpretações que lhe conferem a ciência jurídica, a filosofia política e a sociologia do direito e (3) a dimensão pragmática da teoria do direito e a função crítica e normativa da ciência do direito – e as outras três de caráter teórico – (4) o conflito entre direitos fundamentais e a separação de poderes, (5) a relação entre princípio da maioria, direitos fundamentais e democracia constitucional e (6) as possíveis ampliações do clássico paradigma do estado de direito<sup>8</sup>.

Todavia, antes de responder propriamente as objeções que lhe são feitas, Ferrajoli apresenta rapidamente os temas que irá abordar, honrando a tradição analítica ao destacar a importância dos diferentes discursos sobre o direito<sup>9</sup>.

Marina Gascón Abellán ressalta a dupla distinção entre *dever ser* e *ser* do direito – uma de teoria política, outra de teoria jurídica – que caracterizaria o garantismo<sup>10</sup>:

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, merecem destaque as seguintes obras: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; CADERMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>6</sup> Cf. CARBONELL, Miguel; UGARTE, Pedro (Ed.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento juridico del Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

<sup>7</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

<sup>8</sup> Id., *ibid.*, pp. 9-10.

<sup>9</sup> Id., *ibid.*, pp. 11-21.

<sup>10</sup> Ver, para tanto, GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 21-39.

- (a) a primeira diz respeito à distinção entre o *dever ser externo* (ou político) e o *ser* dos sistemas jurídicos, equivalendo à conhecida separação (positivista) entre *direito* (validade) e *moral* (justiça), embora Ferrajoli não negue que o direito tenha incorporado valores ou princípios morais e, portanto, na linha sugerida por García Figuerola, possua uma relação conceitual necessária com a moral;
- (b) a segunda refere-se à distinção entre *dever ser interno* (ou *no direito*) e o *ser* das normas jurídicas, equivalendo à diferença entre *validade* e *vigência*, decorrente da própria estrutura do estado constitucional de direito.

Além destas, entretanto, Ferrajoli acrescenta mais uma distinção: aquela entre *direito* e *realidade*, isto é, entre *normatividade* e *efetividade*, entre *normas* e *fatos*, entre o *dever ser jurídico* e a *experiência jurídica concreta*<sup>11</sup>.

Trata-se, com efeito, daquilo que Ferrajoli denomina *distinções deônticas*, pois todas elas se encontram vinculadas ao caráter normativo dos discursos formulados a partir do *dever ser* – ético-político, constitucional e jurídico – em relação ao *ser*, possibilitando a realização das seguintes modalidades de juízos normativos e de valorações críticas a respeito do direito e sua aplicação: a função crítica do direito vigente em seu conjunto, sob o ponto de vista externo da justiça (filosofia política); a função crítica das leis vigentes, sob o ponto de vista interno da validade; e, por fim, o grau de observância das normas de determinado ordenamento jurídico, sob o ponto de vista externo da efetividade (sociologia do direito)<sup>12</sup>.

Luis Prieto Sanchís se concentrou, especificamente, na relação entre garantismo e constitucionalismo, concluindo que o estado constitucional de direito é o único capaz de realizar o projeto garantista em razão da existência de vínculos

---

<sup>11</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, pp. 11-15.

<sup>12</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 15.

substanciais impostos ao próprio direito pela positivação do dever ser constitucional<sup>13</sup>.

Andrea Greppi e Lorenzo Córdova Vianello destacaram que Ferrajoli associou a dimensão nomodinâmica e a dimensão nomoestática do direito a outras fontes de legitimação jurídica – uma *formal*, ligada ao *quem* e ao *como* das decisões, e outra *substancial*, ligada ao *quê* pode ser decidido –, o que lhe possibilitou redefinir a democracia constitucional<sup>14</sup>.

Alfonso Ruiz Miguel, Adrián Rentería Díaz e Valentina Pazè voltaram-se à proposta sustentada por Ferrajoli de distinguir quatro tipos de discursos, ou enfoques disciplinares – teórico jurídico; dogmático-interpretativo; sociológico ou histórico; filosófico-político –, tanto em relação ao debate dos direitos fundamentais quanto aos demais termos da teoria do direito<sup>15</sup>.

Observa-se, neste contexto, que três seriam os pontos de vista a partir dos quais seria possível contemplar os fenômenos jurídicos e que correspondem às três distinções deontológicas entre o ser do direito e seu dever ser:

(a) entre *ser de hecho* y su *deber ser de derecho*, como muestran las investigaciones sobre em nivel de observancia (o inobservancia) que ofrece la *sociología del derecho*; (b) entre su *ser de derecho* y su *deber ser de derecho*, como muestran los análisis acerca del grado de coherencia (o de incoherencia) con las disposiciones constitucionales elaborados por las *disciplinas jurídicas positivas*; (c) por último, entre su *ser de derecho (incluido su deber ser jurídico)* y su *deber ser ético-político* – en síntesis, la clásica separación entre derecho y moral – que resulta de la *crítica filosófico-política* del derecho en su conjunto<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Ver, para tanto, PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 41-57, em cujo texto afirma, expressamente, que o garantismo representa uma das mais estimulantes versões do constitucionalismo.

<sup>14</sup> Cf. GREPPI, Andrea. Democracia como valor, como ideal y como método. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 341-364; CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. Constitucionalismo democrático y orden global en Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 447-461.

<sup>15</sup> Cf. RUIZ MIGUEL, Alfonso. Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 211-232; RENTERÍA DÍAZ, Adrián. Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 119-145; PAZÉ, Valentina. Luigi Ferrajoli, filósofo político. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 147-158.

<sup>16</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, p. 19.

De acordo com Ferrajoli, tais pontos de vista não se identificam com a teoria do direito – que se limita à análise dos conceitos e suas relações sintáticas –, porém se mostram fundamentais para a crítica do direito desde as perspectivas sociológica, dogmática e filosófico-política<sup>17</sup>.

## 1 A RELAÇÃO ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO E CONSTITUCIONALISMO

A *primeira questão* – talvez aquela sobre a qual gira a maior parte das críticas meta-teóricas dirigidas a Ferrajoli – diz respeito à relação entre positivismo jurídico e constitucionalismo e à defesa da tese da separação entre direito e moral<sup>18</sup>.

Na verdade, embora as objeções sejam efetuadas mediante abordagens distintas, observa-se que todos os críticos pretendem, de algum modo, convencer Ferrajoli a abandonar o positivismo jurídico ou, pelo menos, a aceitar a tese da relação conceitual entre direito e moral como um das características das atuais democracias constitucionais.

Nesse sentido, Alfonso García Figueroa e Marisa Iglesias Vila assumem a posição mais radical, rejeitando a afirmação de Ferrajoli segundo a qual haveria um nexos necessário entre positivismo e constitucionalismo. Para tais autores, é justamente o diferente modo de conceber a relação entre direito e moral que afasta o constitucionalismo do positivismo<sup>19</sup>.

Segundo Alfonso García Figueroa, o pensamento de Ferrajoli é marcado pela tensão entre uma teoria que se declara ser positivista, pretende ser crítica e, no fundo, parece ser neoconstitucionalista. Sua objeção parte da concepção de que o positivismo jurídico se baseia, fundamentalmente, em duas características, que

---

<sup>17</sup> Id., *ibid.*, p. 20.

<sup>18</sup> Id., *ibid.*, pp. 23-38.

<sup>19</sup> Cf. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 267-284; IGLESIAS VILA, Marisa. El positivismo en el Estado Constitucional. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 77-104.

seriam sustentadas por todos os seus defensores e que podem ser formuladas através da tese da separação entre *direito e moral* e da tese da *neutralidade* da ciência do direito<sup>20</sup>.

Tal definição, entretanto, não é compartilhada por Ferrajoli, visto que ele não subscreve nenhuma das duas teses através das quais García Figueroa concebe o positivismo jurídico:

Non comparto ni la primera ni la segunda de estas dos connotaciones del positivismo jurídico. Por *separación entre derecho y moral* debe entenderse, em mi opinión, no tanto la negación de toda conexión entre uno y otra, claramente insostenible dado que cualquier sistema jurídico expresa cuando menos la moral de sus legisladores, cuanto la tesis ya mencionada según la cual la juricidad de una norma no se deriva de su justicia, ni la justicia de su juricidad [...] La *tesis de la neutralidad* (yo diría más bien de la *pura descriptividad*, esto es, de la *neutralidad valorativa*) expresa una supuesta connotación no ya del positivismo jurídico, sino más bien de la ciencia jurídica paleo-positivista<sup>21</sup>.

Tudo isto porque, se no paradigma paleopositivista o *ser* do direito era identificado com a sua existência, no paradigma constitucional o *ser* do sistema jurídico também compreende o *dever ser* constitucional. Esta é, portanto, a grande novidade introduzida pelo constitucionalismo no direito positivo e cujos reflexos devem ser assimilados pelo positivismo jurídico.

Neste contexto, portanto, é que Ferrajoli rebate as críticas formuladas por García Figueroa, convidando-o a fazer duas atualizações: primeiro, quanto à sua definição – *paleopositivista* – do positivismo jurídico; segundo, relativa à estrutura do paradigma constitucional, que resulta no aperfeiçoamento do positivismo jurídico, levando-o à sua forma mais extrema e acabada<sup>22</sup>.

Por outro lado, embora na mesma linha, Marisa Iglesias Vila sustenta que o positivismo jurídico é uma teoria compatível com o constitucionalismo desde que assuma a existência de princípios morais como critérios de validade do direito<sup>23</sup>.

Ocorre que, para Ferrajoli, a tese positivista da separação entre direito e moral rejeita, precisamente, a noção de *constitucionalismo* sustentada por Iglesias Vila

<sup>20</sup> Cf. GARCÍA FIGUEROA, *Las tensiones...*, *op. cit.*, pp. 274-275.

<sup>21</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>22</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 27-28.

<sup>23</sup> Ver, neste sentido, IGLESIAS VILA, *op. cit.*, pp. 77-104.

– amparada por Habermas e Alexy –, segundo a qual a moral integraria o próprio conceito de direito, e não seus conteúdos contingenciais:

Son precisamente estas dos tesis – la idea ético-constitucionalista de Habermas, que identifica en la constitución en cuanto tal el fundamento de la legitimidade moral, y la iusnaturalista de Alexy, que asume la justicia como condición de validez – las que yo no comparto, justo en virtud de la separación iuspositivista entre derecho y moral<sup>24</sup>.

Observa-se, assim, que o ponto de divergência com Iglesias Vila – e, também, com Habermas e, sobretudo, com Alexy, que não admitiriam a existência de uma constituição não-democrática – pode ser resumido do seguinte modo: Ferrajoli considera que o paradigma constitucional é apenas um paradigma formal, como qualquer outra técnica, tese ou modelo teórico jurídico, e aceita, portanto, que, em um sistema jurídico no qual não há normas jurídicas de nível superior, não se examinará a validade ou invalidade, mas apenas a vigência e, sob a perspectiva moral e política de cada um, a justiça ou injustiça.

Na verdade, aquilo que Ferrajoli sustenta, sob o plano da teoria do direito, é um paradigma formal e cujo modelo normativo se mostre capaz, independente dos seus conteúdos, de funcionar como técnica de tutela dos princípios e direitos fundamentais; e, sob o plano da filosofia política, a defesa daquelas constituições que consideramos democráticas<sup>25</sup>.

Por fim, quanto às ambivalências e contradições apontadas por Iglesias Vila e García Figueroa, Ferrajoli agradece a oportunidade de prestar os seguintes esclarecimentos<sup>26</sup>:

- (a) em resposta à afirmação de Iglesias Vila no sentido de que sua concepção de constitucionalismo seria marcada pela ambivalência entre um *constitucionalismo político* e outro *constitucionalismo humanista*<sup>27</sup>, opõe-se

---

<sup>24</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>25</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 30-31.

<sup>26</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 34-38.

<sup>27</sup> Cf. IGLESIAS VILA, *op. cit.*, p. 94-95: «Ciertamente, la cuestión de qué tipo de valores incorpora una constitución es algo muy relevante para el problema de la compatibilidad entre el positivismo y el constitucionalismo, pero lo es por razones diferentes a las que alegan los autores comentados. A mi modo de ver, mantener que el texto constitucional refleja valores positivos o, por el contrario, defender que refleja valores universales, nos puede conducir a dos formas de presentar el constitucionalismo, con visiones muy diferentes respecto a qué tipo de documento es una constitución y cómo interpretamos los principios constitucionales [...] Lo que me interesa destacar aquí es que el constitucionalismo político es claramente compatible con el positivismo jurídico, mientras que el constitucionalismo humanista no lo es. En el primer



não só a todo ontologismo de valores como também a qualquer cognitivismo moral de um suposto *mínimo ético* que estaria na origem no direito;

- (b) a respeito das tensões internas assinaladas por García Figueroa – posição positivista vs. papel crítico da ciência, enfoque analítico vs. teoria de caráter normativo, confiança na razão vs. pessimismo institucional ou antropológico<sup>28</sup> –, responde que é necessário observar que existem diversos tipos de discursos a fim de não se incorrer em equívocos, razão pela qual sempre teve cuidado em distinguir suas teses de acordo com seus respectivos estatutos disciplinares: teoria do direito, metateoria, história do direito, sociologia do direito, filosofia política e dogmática jurídica.

## 2 O ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DA TEORIA DO DIREITO

A *segunda questão* constitui um ponto central do pensamento de Ferrajoli e vem provocando o maior número tanto de divergências quanto de equívocos: o estatuto epistemológico da teoria do direito, que é marcada pelo caráter meramente formal de todos os seus conceitos, e sua relevância pragmática<sup>29</sup>.

Segundo Ferrajoli, por exemplo, a definição de *paradigma constitucional* ou *garantista* é um conceito formal que, no plano teórico, equivale ao sistema de limites e vínculos substanciais – quaisquer que eles sejam – impostos a todos os

---

caso, la constitución no es más que una norma positiva que plasma la voluntad de un conjunto de personas y esa voluntad pretende guiar también la forma de interpretar el texto constitucional. Con independencia de los problemas que esta aproximación pueda enfrentar, el positivismo no tendría ninguna dificultad en aceptar esa imagen del derecho. Para el constitucionalismo humanista, en cambio, la constitución no es una mera norma positivista, sino una presentación abreviada del mínimo moral que el derecho tiene la función de proteger [...] En mi opinión, el constitucionalismo de Ferrajoli, aunque sin pretenderlo, se mueve de forma ambivalente entre estas dos formas de constitucionalismo».

<sup>28</sup> Cf. GARCÍA FIGUEROA, *Las tensiones...*, *op. cit.*, pp. 267-268: «Son diversos los aspectos entre los que laten las tensiones. Por ejemplo, a veces se diría que el Ferrajoli positivista entra en conflicto con el crítico y éste a su vez con el neoconstitucionalista que Ferrajoli parece llevar dentro. Otras veces parece que el Ferrajoli ilustrado y liberal, de rigor analítico, se compadece mal con los propósitos resueltamente normativos y valorativos de su proyecto. Finalmente, su confianza en el poder de la teoría, la razón e incluso el derecho, propia del optimismo ilustrado, contrasta fuertemente con su pesimismo institucional y antropológico de honda raigambre crítica que se proyecta asimismo sobre el derecho».

<sup>29</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, pp. 39-61.

poderes públicos através de normas hierarquicamente superiores àquelas produzidas durante seu exercício. Mais do que isto. É precisamente no seu caráter formal que reside sua inegável força vinculante, visto que uma tese como a da relação conceitual com a moral resulta, ao final, na redução do constitucionalismo a uma ideologia, debilitando, assim, seu valor teórico<sup>30</sup>.

Por isto, então, é que Ferrajoli considera a separação do direito da moral um corolário metateórico do caráter formal – e ideologicamente neutro – da teoria do direito:

Lo que la tesis de la separación entre derecho y moral rechaza no es la idea obvia de la positivación de determinados contenidos moral, sino la idea, de ninguna manera inocua y tampoco inocente, de que la convención jurídica positive *la* moral en cuanto tal, esto es, “lo que era moral” no ya según los constituyentes, sino intrínseca u objetivamente<sup>31</sup>.

O mesmo argumento vale em relação ao positivismo jurídico, de tal maneira que as objeções de Adrián Rentería Díaz, Marisa Iglesias Vila e Alfonso García Figueroa<sup>32</sup> – que insistem em convencer Ferrajoli a repensar sua posição positivista, assim como fizera Uberto Scarpelli – se mostram vãs:

Son muchas das deudas que tengo con mi maestro Uberto Scarpelli. Sin embargo, lo que me separa de él es precisamente su valoración apriorística e incondicional del positivismo jurídico en cuanto tal, como si hubiera un nexo conceptual y no históricamente contingente entre el positivismo jurídico y los valores de la libertad e el estado de derecho de cuya garantía es condición necesaria pero no suficiente. Me separa, en suma, el positivismo ético o ideológico, que identifica la ley como valor en sí y en cual, a su pesar, el propio Scarpelli acaba cayendo<sup>33</sup>.

Tanto é assim que Ferrajoli compartilha com a defesa não apenas teórica e metateórica, mas também política, feita por Scarpelli do positivismo jurídico. Entretanto, sustenta que, para esta defesa não se converter em um positivismo ético, é necessário evitar um salto lógico que apenas a separação entre o direito e a moral é capaz de assegurar:

---

<sup>30</sup> Id., *ibid.*, p. 42.

<sup>31</sup> Id., *ibid.*, p. 43.

<sup>32</sup> Cf. RENTERÍA DÍAZ, *op. cit.*, pp. 132-134; IGLESIAS VILA, *op. cit.*, pp. 95-96; GARCÍA FIGUEROA, *Las tensiones...*, *op. cit.*, pp. 282-283.

<sup>33</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, p. 44.

Reconociendo así que el paradigma iuspositivista es un paradigma, como se ha dicho formal, necesario pero no suficiente – que puede tener cualquier contenido –, para fundar el papel garantista del derecho por medio de la positivación de los valores jurídicos que se consideren merecedores de garantía. Una cosa, en definitiva, es el paradigma, ya sea positivista o constitucional, y otra son los valores y los contenidos positivados gracias a él<sup>34</sup>.

### 3 A FUNÇÃO CRÍTICA E NORMATIVA DA CIÊNCIA DO DIREITO

A *terceira questão*, por sua vez, refere-se à função – normativa – da ciência jurídica no paradigma garantista, que decorre da distinção operada no campo da teoria do direito entre vigência e validade<sup>35</sup>.

E, aqui, Alfonso Ruiz Miguel apresenta, resumidamente, três preocupações a respeito do tema<sup>36</sup>:

- (a) sob o viés epistemológico, alega que uma concepção que não permite distinguir as teses descritivas das normas vigentes daquelas críticas acerca das normas válidas ameaça o caráter descritivo e avaliativo da ciência do direito, bem como a distinção entre dogmática jurídica e política do direito;
- (b) sob o viés teórico-jurídico, afirma que a proposta de Ferrajoli também coloca em risco tanto a certeza do direito quanto a própria submissão do juiz à lei;
- (c) sob o viés teórico-político, insurge-se contra a excessiva discricionariedade resultante da indeterminação da maioria dos princípios constitucionais e, conseqüentemente, contra o poder conferido à jurisdição constitucional.

A tais objeções, Ferrajoli formula uma consideração de caráter epistemológico e duas de caráter fático<sup>37</sup>:

---

<sup>34</sup> Id., *ibid.*, p. 45.

<sup>35</sup> Id., *ibid.*, pp. 63-81.

<sup>36</sup> Cf. RUIZ MIGUEL, *Validez y vigencia...*, *op. cit.*, pp. 217-228.

- (a) o papel crítico atribuído à ciência do direito não depende de quaisquer teses teóricas, mas, por um lado, da estrutura normativa própria dos estados constitucionais de direito e, de outro, da natureza lingüística e do grau de indeterminação das normas constitucionais, da incerteza do direito e da discricionariedade que marca a jurisdição constitucional;
- (b) muito embora a indeterminação lingüística das normas constitucionais e dos juízos de valor de sua interpretação reduzam a certeza do direito e, assim, resultem na discricionariedade judicial, isto não anula o caráter tendencialmente cognitivo da interpretação judicial como aplicação substancial destas normas e, portanto, do fundamento legal de sua legitimação e de sua independência;
- (c) a discricionariedade da jurisdição constitucional certamente não é mais alarmante do que aquela verificada na jurisdição ordinária, de tal maneira que a ambas deve ser aplicada a distinção formulada em *Diritto e ragione* entre *incorporação limitativa* e *incorporação potestativa* de valores e critérios de valoração.

Neste contexto, Ferrajoli entende que o caráter formal da teoria do direito não exclui, mas – ao contrário do que pensa Ruiz Miguel e, igualmente, Riccardo Guastini<sup>38</sup>, entre outros tantos – implica a função crítica e normativa da ciência jurídica, que assume, assim, uma dimensão pragmática específica.

Todavia, ele insiste na necessidade de se levar em conta as três distinções deontológicas entre *ser* e *dever ser*, sob pena de se incorrer em alguma das seguintes falácias ideológicas: falácia *jusnaturalista*, entre vigência ou validade e justiça; falácia *ético-legalista*, entre justiça e vigência ou validade; falácia

---

<sup>37</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>38</sup> GUASTINI, Ricardo. Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 245-249, para quem é impossível reconhecer que uma contradição entre normas, como é o caso das lacunas, possa constituir um juízo de valor. Esta objeção, contudo, vem rejeitada por Ferrajoli (*Garantismo...*, *op. cit.*, pp. 74-75), que nega ter feito qualquer afirmação deste gênero, sustentando, apenas, que juízos de valor são exclusivamente os exigidos por opções interpretativas que os juízes precisam tomar nos juízos de invalidade, quando o texto normativo aplicado se espessa em termos vagos e valorativos.

*paelopositivista*, entre vigência e validade; falácia *realista*, entre eficácia e validade; falácia *normativista*, entre validade e eficácia<sup>39</sup>.

Em suma, Ferrajoli atribui a transformação estrutural do paradigma – que afeta o direito (distinção entre vigência e validade), a democracia (limites e vínculos ao poder legislativo), a jurisdição (juízo de invalidade das normas vigentes) e a ciência jurídica (papel crítico) – ao advento do constitucionalismo do segundo pós-guerra e à formação das atuais democracias constitucionais, de tal maneira que a análise proposta pela teoria do direito

permite reconocer el grado superior de las normas constitucionales respecto de la legislación, permite calificar como antinomias y como lagunas las posibles divergencias deónticas entre los dos niveles normativos y, consiguientemente, permite asignar un carácter (también) crítico y normativo (además de, obviamente, explicativo) a las disciplinas jurídicas positivas; a las que impone denunciar las antinomias y lagunas y, por tanto, criticar el derecho vigente, promover su corrección y, en todo caso, proponer la solución de los inevitables problemas, conflictos y aporías generados por la complejidad estructural de su objeto<sup>40</sup>.

#### **4 O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SEPARAÇÃO DE PODERES**

A *quarta questão* – e, aqui, se iniciam as questões de teoria do direito – tem a ver com o conflito que se estabelece entre os direitos fundamentais e a separação de poderes<sup>41</sup>.

Luis Prieto Sanchís reprovava a concepção garantista *fortemente coerentista* referente ao conjunto de direitos fundamentais, destacando que, segundo a própria visão de Ferrajoli, o sistema jurídico é marcado por conflitos, em face das inevitáveis antinomias e lacunas relativas ao *dever ser* constitucional<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>40</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>41</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 83-84.

<sup>42</sup> Cf. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y garantismo*, *op. cit.*, p. 46, onde o autor afirma que Ferrajoli desconsidera a existência de desajustes e conflitos no interior do próprio documento constitucional: «no parece considerar la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, ni el problema de su limitación legal en nombre de otros derechos o valores constitucionales. Con ello se separa decididamente de las más usuales presentaciones del constitucionalismo contemporáneo, que acaso hace de las colisiones entre

Na mesma linha ainda, cumpre referir as objeções formuladas por José Juan Moreso, Paolo Comanducci e Andrea Greppi, em seus respectivos ensaios<sup>43</sup>.

Entretanto, logo no início, Ferrajoli esclarece que não pensa, de forma alguma, que não existam conflitos em direitos fundamentais – afinal, esta seria uma tese facilmente desmentida por qualquer texto constitucional –, embora deixe claro sua inconformidade com o modo como se apresentam estes conflitos:

Simplesmente he criticado la tendencia habitual en la actual filosofía jurídica a generalizar, enfatizar y dramatizar la existencia de conflictos entre derechos, cualquiera que sea su naturaleza, y una especie de satisfacción en desvelarlos y sacar a la luz el mayor número de ellos, con ejemplos extremos e incluso imaginarios<sup>44</sup>.

Sobre esta questão, especificamente, Ferrajoli responde às críticas que lhe são dirigidas, distinguindo três problemas.

O primeiro deles é relativo à natureza dos conflitos exemplificados com mais frequência, que exige uma análise conceitual diferenciada dos diversos direitos em conflito<sup>45</sup>.

Trata-se, na verdade, de esclarecimentos à crítica de Prieto Sanchís<sup>46</sup> e de José Juan Moreso<sup>47</sup> a respeito dos quatro tipos de relações e possíveis conflitos entre os direitos fundamentais sugeridos por Ferrajoli: (a) entre direitos de liberdades- imunidades e outros direitos, (b) entre direitos de liberdade-ativa e outros direitos, (c) entre os direitos sociais e outros direitos, (d) entre direitos e poderes, isto é, entre direitos de liberdade e sociais, de um lado, e direitos de autonomia civil e política, de outro<sup>48</sup>.

---

preceptos sustantivos de la constitución la más destacada seña de identidad del sistema jurídico constitucionalista».

<sup>43</sup> MORESO, José Juan. Sobre los conflictos entre derechos. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp.159-170; COMANDUCCI, Paolo. Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 105-118; GREPPI, *op. cit.*, pp. 350-353.

<sup>44</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, pp. 83-98.

<sup>45</sup> Id., *ibid.*, pp. 85-91.

<sup>46</sup> Cf. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y garantismo*, *op. cit.*, pp. 49-52.

<sup>47</sup> Cf. MORESO, *Sobre los conflictos...*, *op. cit.*, pp. 161-166.

<sup>48</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, pp. 85-89.

Além disso, Moreso<sup>49</sup> e Comanducci<sup>50</sup> levantam questões que se referem, respectivamente, à restrição dos direitos fundamentais pela autonomia privada e ao estabelecimento de uma hierarquia de tipo normativo, em sentido ético-político, decorrente da submissão dos *direitos secundários de autonomia* a limites e vínculos impostos pela lei<sup>51</sup>.

O segundo problema é relativo aos critérios de solução, resultante do caráter indeterminado dos limites que cada direito encontra nas garantias dos demais<sup>52</sup>.

E, aqui, Ferrajoli acolhe as críticas e agradece pelos apontamentos, concordando que nem sempre existe uma fronteira nítida entre os direitos e os limites que lhes são impostos por outros direitos. Contudo, o problema exsurge quando se confia à jurisdição constitucional a eleição entre as distintas soluções possíveis, admitindo-se um grau, maior ou menor, de discricionariedade interpretativa:

el juicio constitucional, aunque basado en la ponderación entre varios principios constitucionales, no es distinto, en el plano epistemológico, de cualquier otro juicio jurisprudencial. Se trata en todo caso de un juicio vinculado a la *verificación* de sus presupuestos, aunque sea en sentido aproximado y relativo que es propio de toda determinación jurisprudencial<sup>53</sup>.

De qualquer modo, embora reconheça que haja um espaço maior de discricionariedade na ponderação do juízo constitucional em relação à subsunção operada no juízo ordinário, Ferrajoli sustenta que seu grau dependerá, em última instância, da semântica da linguagem das regras ou princípios aplicados, uma vez que:

a jurisdicción, tanto ordinaria como constitucional, implica siempre, por la presencia de espacios inevitablemente abiertos a la discrecionalidad interpretativa y a la valoración probatoria, una específica *esfera de lo decidable*: la ligda precisamente a la *decidibilidad* de la verdade procesal, y en particular al carácter *opinable* de la verdade jurídica y al carácter *probabilístico* de la verdade fáctica. Obviamente, la jurisdicción dispone de una esfera de lo decidable mucho más estrecha que la que se abre a la

---

<sup>49</sup> Cf. MORESO, *Sobre los conflictos...*, *op. cit.*, pp. 164-165.

<sup>50</sup> Cf. COMANDUCCI, *Problemas de compatibilidad...*, *op. cit.*, pp. 112-113.

<sup>51</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, pp. 89-91.

<sup>52</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 91-93.

<sup>53</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 92.

legislación, al estar vinculada a la aplicación y no simplemente limitada por el respeto a las normas sobre su ponderación<sup>54</sup>.

Isto não significa dizer, todavia, que o *poder de disposição* conferido aos juízes não possa se tornar ilegítimo quando incorrer em arbítrios e violações à estrita legalidade. Tanto é assim que Ferrajoli adverte:

En definitiva, el hecho de que las funciones y las instituciones de garantía hayan sido erigidas para tutelar la *esfera de no indecible* – esto es, en la tarea de valorar las indebidas antinomias y las indebidas lagunas, y en general al juzgar y resolver los casos llevados ante ella – la jurisdicción no realice una actividad que se mueve a su vez dentro de una *esfera de lo decidible*, inevitablemente discrecional y caracterizada muy a menudo por la presencia de juicios de valor<sup>55</sup>.

O terceiro e último problema é relativo à separação de poderes e aos espaços de discricionariedade em que grande parte dos conflitos imaginados vêm resolvidos<sup>56</sup>.

Ao abordar tais conflitos de direitos, Ferrajoli distingue dois tipos de discricionariedade: de um lado, a *discricionariedade política*, própria das funções executiva e legislativa, cuja legitimidade advém da representação política; de outro, a *discricionariedade judicial*, ligada à atividade jurisdicional e vinculada à interpretação exigida para a aplicação do direito, cuja legitimidade decorre da submissão do juiz à lei.

A questão a saber, especialmente em relação às objeções feitas por Pablo de Lora e Andrea Greppi<sup>57</sup>, concentra-se na discricionariedade judicial, uma vez que os juízes são quem, ao fim e ao cabo, dão a última palavra, determinando o significado e o alcance normativo da constituição e dos direitos nela previstos, à revelia da autodeterminação política do povo.

---

<sup>54</sup> Id., *ibid.*

<sup>55</sup> Id., *ibid.*, p. 93.

<sup>56</sup> Id., *ibid.*, pp. 93-98.

<sup>57</sup> Ver DE LORA, Pablo. Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 251-265, que questiona por que razão a *maioria dos juízes* deveria triunfar sobre a *maioria dos legisladores*, quando se refere ao procedimento decisório acerca da *esfera do indecível*; e, na mesma linha, GREPPI, *op. cit.*, p. 356, para quem os direitos não podem ser barreiras absolutamente inatingíveis, a menos que estejamos dispostos a renunciar também ao conjunto de princípios segundo o qual, na democracia, a última palavra cabe à comunidade política.



Segundo Ferrajoli, devemos aceitar que tais decisões sejam proferidas pelo Judiciário pela mesma razão – o valor garantista da separação de poderes – porque “las controversias sobre el significado das leyes está (siempre ha estado) confiada, en el paradigma del estado de derecho, a jueces independientes y no al propio legislador: a la juris-dicción, como digo, e non a la legis-lación”<sup>58</sup>.

Neste contexto, portanto, considerando que o espaço referente à discricionariedade judicial restringe-se às controvérsias e decisões interpretativas atinentes ao significado das normas a serem aplicadas, sejam elas ordinárias ou constitucionais, Ferrajoli afirma que não há por que se temer o fantasma do *governo de juízes* e tampouco por que defender que *controvérsias razoáveis* a respeito do sentido das normas constitucionais devam ser deslocadas para o parlamento, a fim de que possam ser deliberadas pela maioria dos legisladores.

Trata-se, em suma, de um problema de filosofia política, e não propriamente de teoria do direito. E a esta, para Ferrajoli, compete apenas definir o princípio da separação dos poderes como independência orgânica (relativa à formação dos órgãos) e funcional (relativa ao exercício das funções) entre as esferas legislativa e a judiciária<sup>59</sup>.

## 5 OS DESAFIOS DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

A *quinta questão* aborda a concepção de democracia sustentada por Ferrajoli, mais especificamente a relação entre princípio da maioria, direitos fundamentais e democracia constitucional<sup>60</sup>.

Antes de adentrar na questão propriamente, Ferrajoli apresenta duas considerações preliminares relativas ao grau de rigidez das constituições<sup>61</sup>:

(a) a primeira, de caráter descritivo e que se refere ao objeto da teoria e da ciência do direito, é que uma teoria jurídica da democracia dotada de

<sup>58</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>59</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 97-98.

<sup>60</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 99-112.

<sup>61</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 99-100.

capacidade explicativa não pode ignorar os limites e vínculos constitucionais impostos, nos atuais ordenamentos jurídicos, ao princípio da maioria;

- (b) a segunda, de caráter valorativo, é que estes limites e vínculos são democráticos, pois se trata de direitos fundamentais que exercem a função de contra-poderes diante da formação de maioria eventuais.

Tais posicionamentos, segundo Ferrajoli, não são compartilhados por muitos de seus críticos, como Pablo de Lora, Andrea Greppi e, sobretudo, José Luis Martí Mármol, que se insurge contra o papel garantista desempenhado pela jurisdição constitucional e, igualmente, considera que uma teoria dos direitos fundamentais deste tipo, *fundamentalista*, produz efeitos arrasadores sobre a democracia, na medida em que impede a reforma constitucional<sup>62</sup>.

Ocorre que, por outro lado, Ferrajoli nega haver defendido qualquer das teses que lhe são atribuídas:

Los derechos fundamentales de ninguna manera tienen, conforme a las tesis teóricas por mí sostenidas, una rigidez absoluta como escribe Martí Mármol, ni tampoco una *absoluta indisponibilidad* (política) como escribe Andrea Greppi, sino exactamente el contenido establecido por las normas en las que se formulan y el grado de inviolabilidad determinado por el grado de rigidez asociado a las decisiones políticas del constituyente<sup>63</sup>.

Ainda sobre o tema, Ferrajoli destaca que outra questão bem distinta – ligada à política do direito, e não à teoria do direito – é a dos diversos graus de rigidez que entendemos justos, desejáveis ou oportuno associar às diferentes classes de normas constitucionais.

Por outro lado, na mesma linha das críticas realizadas por Michelangelo Bovero<sup>64</sup>, Pedro Salazar Ugarte<sup>65</sup> traz à tona problemática relativa aos limites da

---

<sup>62</sup> Ver, para tanto, MARTÍ MÁRMOL, José Luis. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 365-401.

<sup>63</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, pp. 101-102.

<sup>64</sup> BOVERO, Michelangelo. Derechos, deberes, garantías. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 233-244.

<sup>65</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 429-445.

democracia política, fazendo uma série de objeções à tese de Ferrajoli segundo a qual uma concepção meramente formal é inadequada e insuficiente para explicar os atuais regimes constitucionais.

Recordando a lição de Bobbio a respeito da democracia (formal), Ferrajoli sustenta que a sexta regra estabelece o *quê* não é lícito decidir, impondo, assim, um limite substancial às demais regras do jogo democrático, e conclui que:

o nos conformamos con una definición de democracia que identifique requisitos solamente formales, y será entonces una definición de la *democracia del riesgo*, como le gusta decir Anna Pintore, además de una democracia virtualmente antiliberal, expuesta en todo momento a los peligros de la autodestrucción por la omnipotencia (es decir, del absolutismo político) e las mayorías; o bien, si adoptamos la sexta regla, habremos de estar dispuestos a aceptar una definición de la democracia como democracia (no sólo formal, sino también, aunque mínimamente) substancial en cuanto inclusiva de un elemento de substancia o de contenido<sup>66</sup>.

Isto não significa dizer – insiste Ferrajoli – que a teoria do direito defenda determinado modelo ou concepção de democracia substancial. Na verdade, ao contrário do que ocorre na esfera da filosofia política ou da sociologia jurídica, a teoria do direito limita-se a identificar as diferentes dimensões da democracia constitucional.

## 6 AS POSSÍVEIS EXPANSÕES DO PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO

A *sexta questão* – tratada por Miguel Carbonell, Lorenz Córdova Vianello, Ermanno Vitale, Gerardo Pisarello e Antonio de Cabo<sup>67</sup> – refere-se fundamentalmente à ampliação do paradigma garantista em três direções:

- (a) a primeira é relativa à tutela dos direitos sociais, e não apenas dos direitos de liberdade, visto que o estado deixa de ser percebido como um inimigo

<sup>66</sup> Cf. FERRAJOLI, *Garantismo...*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>67</sup> Cf. CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 171-207; CORDOVA VIANELLO, *op. cit.*; VITALE, Ermanno. Ciudadanía, ¿último privilegio? In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 463-480; PISARELLO, Gerardo; DE CABO, Antonio. Guerra y derecho. El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 481-492.

dos direitos fundamentais e passa a ser considerado um de seus promovedores;

- (b) a segunda é sobre a tutela dos direitos fundamentais frente aos poderes privados, e não apenas perante os poderes públicos, uma vez que a violação dos direitos fundamentais não são exclusividade do poder estatal;
- (c) a terceira diz respeito à garantia dos direitos fundamentais não apenas nos limites do estado nacional, mas também em âmbito internacional, o que a torna, provavelmente, a mais complicada das expansões, na medida em que implica a construção de uma esfera pública global<sup>68</sup>.

Tais observações, como se pode perceber, não constituem propriamente críticas, mas possibilidades para a expansão da teoria garantista do direito, que de certo modo serão aprofundadas por Ferrajoli, alguns anos mais tarde, com a publicação de sua *magnum opus*: *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*<sup>69</sup>.

Em suma, após este breve balanço do terceiro debate a respeito da teoria formulada por Ferrajoli, observa-se que o garantismo continua ensejando inúmeras discussões. Como se viu, mais uma vez a maioria das divergências ainda se concentraram em questões de metateoria e de teoria do direito sobre as quais está construído todo o paradigma garantista.

Registre-se, por fim, que todas as críticas dirigidas ao pensamento jurídico de Ferrajoli, ao contrário do que pode imaginar um leitor desavisado, não enfraquece o garantismo, mas, sim, o fortalece e o potencializa ainda mais, demonstrando a crescente importância que ele vem assumindo em todo o mundo diante dos desafios que se apresentam à cultura jurídica dos dias de hoje.

---

<sup>68</sup> Neste sentido, ver FERRAJOLI, *Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, p. 345-354.

<sup>69</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. I. Teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007; e, ainda, FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. II. Teoria della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, ao longo das últimas duas décadas, o pensamento de jurídico de Luigi Ferrajoli ensejou inúmeras discussões acadêmicas – porém com importantes reflexos práticos – que colaboraram, definitivamente, para que o garantismo se solidificasse como uma das principais teorias capazes de explicar as transformações levadas a cabo pelo paradigma que instituiu os estados constitucionais de direito, tanto na Europa quanto na América Latina.

Neste artigo, buscou-se oferecer uma reconstrução analítica de mais um importante debate teórico – ainda pouco estudado em *terrae brasiliis* –, cujas questões levantadas permitiram a não só a difusão, mas especialmente a consolidação da teoria garantista do direito no cenário jurídico internacional.

Isto porque, como se viu, o modelo garantista – cujas raízes remetem ao estudo de *Diritto e ragione* – vem sendo constantemente aperfeiçoado nas décadas sucessivas, sobretudo a partir das críticas a ele dirigidas, de tal maneira que a leitura de suas obras tornaram-se obrigatórias para uma devida compreensão das atuais democracias constitucionais<sup>70</sup>.

Desse modo, a partir do diálogo ora reconstruído, é possível observar não só a envergadura da obra e de toda a teoria desenvolvida por Ferrajoli, mas também conferir o trajeto percorrido até a articulação da teoria do direito e da democracia – formuladas em *Principia iuris* –, cujos elementos vieram a (com)formar, atualmente, o denominado paradigma do *constitucionalismo garantista*<sup>71</sup>, em oposição aos avanços do *neoconstitucionalismo*.

---

<sup>70</sup> Ver IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, v. 3., n. 1, pp. 34-41, 2011. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/107.pdf>.

<sup>71</sup> Ver, para tanto, FERRAJOLI, Luigi. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. Giurisprudenza Costituzionale*, v. 55, n. 3, pp. 2771-2817, 2010.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOVERO, Michelangelo. Derechos, deberes, garantías. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 233-244.

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

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 171-207.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

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

COMANDUCCI, Paolo. Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 105-118; GREPPI, *op. cit.*, pp. 350-353.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. Constitucionalismo democrático y orden global en Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 447-461.

DE LORA, Pablo. Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 251-265.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. **Teoria del garantismo penale**. Roma-Bari: Laterza, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali. Un dibattito teorico** (a cura di Ermmano Vitale). Roma-Bari: Laterza, 2002.

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

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

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

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

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 267-284

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 21-39.

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

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

GREPPI, Andrea. Democracia como valor, como ideal y como método. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 341-364.

GUASTINI, Ricardo. Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 245-249

IGLESIAS VILA, Marisa. El positivismo en el Estado Constitutcional. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 77-104.

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

MARTÍ MÁRMOL, José Luis. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 365-401.

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

MORESO, José Juan. Sobre los conflictos entre derechos. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp.159-170.

PAZÉ, Valentina. Luigi Ferrajoli, filósofo político. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). ***Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli***. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 147-158.

PISARELLO, Gerardo; DE CABO, Antonio. Guerra y derecho. El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). ***Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli***. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 481-492.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). ***Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli***. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 41-57.

RENTERÍA DÍAZ, Adrián. Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). ***Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli***. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 119-145.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). ***Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli***. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 211-232.

SALAZAR UGARTE, Pedro. Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). ***Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli***. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 429-445.

VITALE, Ermanno. Ciudadanía, ¿último privilegio? In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). ***Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli***. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 463-480.