

# O Constitucionalismo Multidimensional: a Democracia sob o Positivismo Crítico de Ferrajoli



César Collin Lavallo<sup>1</sup>; Pedro Manenti Vieira da Silva<sup>2</sup>;

PUCPR<sup>1</sup>; UFPR<sup>2</sup>;

## RESUMO

*O presente artigo tem por tema a teoria do direito e o constitucionalismo, na medida em que visa identificar o conceito de democracia constitucional sob a perspectiva do positivismo crítico de Ferrajoli. Nesse sentido, há que se percorrer quatro momentos chave: a) em primeiro lugar serão apresentados os questionamentos do autor ao que ele chama de formalismo jurídico, identificado nas obras de Kelsen e Bobbio, que levam em consideração apenas os aspectos procedimentais para avaliar a validade normativa; b) em seguida, apresentar-se-ão os principais limites do formalismo, bem como as teses de Ferrajoli para superá-lo; c) delimitar-se-ão as concepções de direitos fundamentais, de constitucionalismo multidimensional; d) estabelecer-se-á a diferença entre o aspecto formal e o aspecto substancial do ordenamento jurídico, a partir dos raciocínio desenvolvido pelo autor. Dessa forma, destaca-se que o positivismo crítico de Ferrajoli permite a reformulação do direito enquanto uma experiência mais democrática, baseando-se nos direitos fundamentais enquanto projeto político-social. A pesquisa empreendida foi bibliográfica e qualitativa, além de panorâmica, de modo que a principal fonte são os artigos publicados por Ferrajoli, autor cujo pensamento é objeto deste texto.*

*Palavras-chave: Positivismo Jurídico Crítico, Democracia Constitucional, Direitos Fundamentais*

## ABSTRACT

*The present article has as its theme the theory of law and constitutionalism, insofar as it aims at identifying the concept of constitutional democracy from the perspective of Ferrajoli's critical positivism. In this sense, it is necessary to go through four key moments: a) firstly, the author's questioning of what he calls legal formalism, identified in the works of Kelsen and Bobbio, which take into consideration only procedural aspects to evaluate normative validity, will be presented; b) next, the main limits of formalism will be presented, as well as Ferrajoli's theses to overcome it; c) the conceptions of fundamental rights and multidimensional constitutionalism will be delimited; d) the difference between the formal aspect and the substantial aspect of the legal system will be established, based on the reasoning developed by the author. Thus, it is emphasized that Ferrajoli's critical positivism allows the reformulation of law as a more democratic experience, based on fundamental rights as a political-social project. The research undertaken was bibliographic and qualitative, as well as panoramic, so that the main source are the articles published by Ferrajoli, the author whose thought is the object of this text.*

*Keywords: Critical Legal Positivism, Constitutional Democracy, Fundamental Rights*

## 1. INTRODUÇÃO

O problema da relação entre direito e moral é um dos principais debates presentes na filosofia do direito, que atravessa a história sem solução. Seja no jusnaturalismo racionalista de Grócio ou no positivismo legalista de Kelsen, a cada irrupção histórica particular uma resposta diferente é proposta, dependente de tempo e lugar. O século XX, em particular, foi período marcado por acontecimentos históricos de escala global, sobretudo pela Primeira e Segunda guerras mundiais. Diante das atrocidades produzidas mesmo sob regime democrático, uma crise jurídica se instalou obrigando a reformulação do paradigma positivista vigente na época (FERRAJOLI, 2011a, p. 357). Após a Segunda Guerra, com o intuito de restringir o poder da maioria, desenvolveu-se o paradigma constitucionalista, o qual tem por objetivo obrigar os Estados a respeitar os Direitos Humanos, além de proteger e promover as garantias fundamentais estabelecidas na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, elaborada pela Organização das Nações Unidas, em 1948.

Se no Estado Democrático pelo olhar do positivismo legalista a separação entre direito e moral é absoluta, de modo que o único direito que importa é o positivado - independente dos motivos para que tenha sido tornado lei -, no paradigma do constitucionalismo é preciso estabelecer restrições para o que pode ser positivado e para o que não pode ser alienado sob nenhuma circunstância. É nesse debate que Ferrajoli propõe sua teoria, partindo da constatação da insuficiência do positivismo clássico, como elaborado por Kelsen e Bobbio, que só leva em consideração o aspecto formal para atestar a validade de uma lei.

Distanciando-se desses autores, Ferrajoli propõe um positivismo crítico e um constitucionalismo multidimensional. O presente artigo tem por objetivo, justamente, compreender o significado do positivismo e do constitucionalismo tais como elaborados por Ferrajoli, como uma resposta para aquelas correntes que se fundamentam na separação radical entre direito e moral. Para esse autor, o direito está vinculado diretamente ao projeto político de respeito aos direitos fundamentais. Portanto, para delinear o panorama da teoria de Ferrajoli e identificar seus principais conceitos, o presente artigo parte da delimitação do positivismo jurídico de Kelsen e Bobbio, avança para a compreensão do direito para além de sua validade meramente formal ao estabelecer a noção de positivismo crítico em Ferrajoli, segue em identificar o conceito de direitos fundamentais e sua primazia no paradigma constitucional e, por fim, apresenta a ideia do autor de um constitucionalismo como um projeto político definido pelas normas fundamentais.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 A validade normativa enquanto resultado de procedimentos pré-definidos, o positivismo jurídico de Hans Kelsen e Norberto Bobbio.**

O positivismo jurídico é um método de análise do direito que possui como princípio basilar a separação entre direito e moral, como ensina Marmor (1999, p. 135), existem diversos positivismos jurídicos, mas todos eles compartilham a ideia de que o direito é o resultado de um processo legislativo formal que transforma regras morais em regras jurídicas, que passam a ser exigíveis pelo Estado, regulamentando a vida em sociedade e impondo sanções ao descumprimento de tais regras, como Maranhão (2012 p. 39) ensina, para os positivistas clássicos, o positivismo é “o conjunto das regras provenientes das fontes sociais convencionadas como dotadas de autoridade”.

O direito é então um conjunto de normas, que para o positivismo kelseniano, são construções sociais que resultam do órgão legiferante, sendo que uma norma é um mandamento que prescreve, permite ou proíbe condutas (KELSEN, 2000 p. 51). Kelsen defende que o direito é um sistema organizado de normas, que possuem hierarquias diferentes entre si, isto é, existem normas com maior poder em relação a outras normas, inferiores, nas palavras do teórico (KELSEN, 2000, p. 135):

Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é “vigente”), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma (...). O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.

O positivismo kelseniano então considera que é válida a norma existente no ordenamento jurídico, pois foi introduzida e está relacionada a outra norma, com status superior. Tal concepção se afasta do jusnaturalismo, na medida em que desconsidera o aspecto valorativo, ou um juízo quanto a justeza de uma norma. Bobbio (1995, p. 227) explica que “na definição da lei dada pelo positivismo jurídico não está compreendido o requisito da justiça, mas somente o da validade”.

Ferrajoli (2011a, p. 356) mostra que o formalismo kelseniano não leva em consideração o conteúdo de uma norma, o que pode servir de base para excessos e autoritarismos por parte do poder legislador, eis que é geralmente composto por políticos eleitos nas democracias. Não há, na *Teoria Pura do Direito*, nenhum óbice à positivação de leis que sejam contrárias, por exemplo, à direitos humanos. Bobbio (2002, p. 8), nesse sentido, explica que “no positivismo jurídico, o problema da justiça está separado do da legitimação interna do ordenamento ou da validade”.

Aliado ao conceito de direito enquanto conjunto de normas, o positivismo kelseniano e bobbiano propõe uma ciência avalorada do direito, isto é, uma teoria que descreve o direito como ele é, e não como ele poderia ou deveria ser. A principal missão do jurista, nesta ótica, é o de produzir um conhecimento que explica quais as normas são válidas e quais normas são inválidas dentro de um sistema jurídico. Ferrajoli (2015a, p. 89) ensina que:

Essa ideia bobbiana da avaliação da ciência jurídica representa uma herança, creio eu indefensável, de muitas tradições, todas fortemente presentes nos anos cinquenta: antes de mais nada, daquela própria do neopositivismo lógico original, que como sabemos rechaçava como não sênsicos os juízos de valor, em segundo lugar, da ideia kelseniana de “pureza” da teoria do direito e da weberiana da avaliação das ciências sociais; enfim, o modelo apolítico é técnico do jurista próprio da tradição pandectista, ainda dominante na cultura jurídica da época.

Um dos problemas que o positivismo jurídico enfrenta é justamente a crença de que o direito não possui nenhuma obrigação moral ou política. Gonçalves (2001, p. 76-79) argumenta que para Kelsen, a justiça não é um dos critérios de avaliação da validade de uma norma, mas tão somente a sua conformidade em relação a uma norma superior. Discorre ainda que para Kelsen, “não sendo positiva, norma posta, não é Direito” (GONÇALVES, 2001, p. 117).

Tais motivos levam à constatação de que o positivismo tal como proposto por Kelsen e Bobbio é um “paleopositivismo” (FERRAJOLI, 2015a, p. 90), pois não basta preencher uma dimensão formal para uma norma ser válida, ela deve ser medida também no seu aspecto principiológico constitucional, como será apresentado no presente artigo.

## **2.2 O direito para além da validade formal: a necessária análise do conteúdo normativo.**

A insuficiência da perspectiva paleopositivista não fez com que Ferrajoli abandonasse por completo o intento positivista, mas culminou na reformulação do método. Ferrajoli (2011a, pgs. 356-357) afirma que existem dois principais problemas que o positivismo jurídico kelseniano

e bobbiano provocam, em primeiro lugar, ao aceitar somente a validade formal como suficientes, poderão legitimar normas antidemocráticas, e em segundo lugar, poderia os três poderes acabar com direitos fundamentais, desde que respeitassem o respectivo rito.

Segundo Ferrajoli (2011a, pgs. 355-356), o positivismo formalista ao fazer uma análise da validade de uma norma está preocupado em responder duas principais perguntas, a primeira delas é “quem fez essa norma?” e a outra é “como essa norma foi feita?”. Esses juízos dizem respeito ao procedimento adotado, se ele satisfizer as regras prévias que disponham quanto a criação do direito. Existe uma dimensão completamente esquecida em tal análise, que é a dimensão de “o que esta norma diz?”, que segundo o autor, não pode ser esquecida, especialmente face aos abusos cometidos pelos regimes nazista e fascista, pois o direito em tal condições satisfazia as condições formais, o problema nascia quando da análise de seu conteúdo.

Em uma análise apressada, é possível que se conclua que o aspecto formal seja desnecessário para a construção de um direito justo. Mas não é isto que Ferrajoli defende, pois é necessário que em um estado de direito haja respeito aos ritos legislativos, judiciários e do poder executivo. O autor (FERRAJOLI, 2011, p. 358) afirma inclusive que:

Nas democracias constitucionais ainda é verdade que *quod principi placuit habet vigorem* (o que agrada ao governante tem a força da lei) - isto no plano da existência; mas já não é verdade que isto também seja válido; pois pode muito bem acontecer que uma norma, formalmente válida porque produzida de acordo com procedimentos formais normativos, possa no entanto ser substancialmente inválida porque está em contraste com as normas constitucionais.<sup>1</sup>

Para que o positivismo se mantenha plausível do ponto de vista teórico, ele deve incorporar para si a dimensão crítica que advém em considerar a ciência do direito não apenas descritiva, mas também prescritiva (FERRAJOLI, 2015a, p. 93). Assim, é possível evidenciar que a constituição estatui normas com dimensões políticas, cuja natureza é estruturante, isto é, elas estruturam o ordenamento jurídico, delineando limites do que pode ou não ser realizado em sociedade. Essas normas respondem à terceira questão levantada acima, que foi renegada pelo

---

<sup>1</sup> Tradução nossa, trecho original: Thus in constitutional democracies it is still true that *quod principi placuit legit habet vigorem* (what pleases the ruler has the force of law)—in other words, existence; but it is no longer true that this amounts to validity as well; for it can well occur that a norm, formally valid because produced according to normative formal procedures, can however be substantially invalid because in contrast with constitutional norms. p.358

paleopositivismo, justamente por terem o seu conteúdo, isto é, a sua substância, como aspecto principal de validade.

A análise da substância do direito só é possível se for considerado haver nos ordenamentos jurídicos normas fundamentais, usadas como limites e também como obrigatórias para o estado e as relações privadas. O autor (FERRAJOLI, 2011a, p. 359) explica que essas normas estão “geralmente estabelecidas na primeira parte das cartas constitucionais, incluindo os direitos fundamentais, o princípio da igualdade, o princípio da paz e afins, aos quais correspondem limites e constrangimentos substantivos ao que as maiorias podem decidir.” .

Considerar os direitos fundamentais como balizas para o exercício do direito é satisfazer ao requisito substantivo de validade, e isto somado ao preenchimento dos requisitos formais para a criação do direito, resulta no que o autor chama de modelo multidimensional da democracia contemporânea (FERRAJOLI, 2011a, p. 358). Esta visão, ao considerar a substância das normas, restringe a liberdade da democracia tanto em um aspecto positivo quanto em um aspecto negativo. A restrição positiva diz respeito a considerar os direitos fundamentais como limites para o exercício dos poderes e das relações privadas, criando uma “esfera do que não pode ser decidido” (FERRAJOLI, 2011a, p. 360). A restrição negativa diz respeito ao fato de que existem direitos que obrigam o Estado a prestar algum serviço considerado pela norma constitucional como essencial, e neste ponto surge uma “esfera do que não pode ser decidido negativamente” (FERRAJOLI, 2011a, p. 360).

Somente no espaço entre as esferas acima elencadas é que, para Ferrajoli, poderá ser criado e existir um direito genuinamente democrático. A estrutura do ordenamento jurídico, para o positivismo crítico de Ferrajoli, ganha uma nova forma, pois não considera a validade de uma norma apenas em relação à outra, superior àquela, como considerava Kelsen (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 15). O ordenamento jurídico teria uma estrutura quadridimensional (FERRAJOLI, 2011a, p. 360), que compreenderia os direitos políticos e as liberdades civis como os pressupostos formais para tomada de decisão e criação de norma, e os direitos de liberdade e sociais como os pressupostos substanciais.

Dessa forma, tanto os poderes legislativo, judiciário e executivo, quanto os cidadãos em suas relações privadas, sobretudo nas econômicas, jamais poderão atentar contra esses princípios constitucionalmente positivados. Considerando os direitos fundamentais como normas constitutivas da ordem jurídica, comum a todos, se tornam eles os limites para o agir dentro de

um ordenamento jurídico, Ferrajoli (2011a, p. 362) argumenta que a maioria não pode abolir um direito fundamental pois “uma maioria não pode dispor de aquilo que não possui”<sup>2</sup>.

O aspecto substancial funciona como um limite em um estado democrático, pois neste não poderá ser suprimido o direito de uma minoria. Ferrajoli (2011a, p. 362) afirma que a única maneira de extinguir um direito fundamental seria através de um golpe de estado, pois em uma ordem democrática constitucionalmente estabelecida os direitos fundamentais encontram-se positivados na constituição, podendo ser apenas ampliados, mas nunca reduzidos.

O coração do positivismo crítico de Ferrajoli é, portanto, a noção de direitos fundamentais, que servem, junto com os pressupostos formais, como o elemento último de validade em um ordenamento jurídico, vinculando as todas as normas e ações a seu crivo. O autor (FERRAJOLI, 2011, p. 362) afirma que:

Todos os outros poderes, incluindo os da maioria, estão subordinados aos poderes que derivam dos direitos fundamentais. Em suma, todas as condições legais supremas, às quais todos os outros estão subordinados e tornados funcionais, e que nenhum outro pode ultrapassar, pertencem inteiramente ao povo e a cada pessoa.<sup>3</sup>

Uma visão comprometida com o direito enquanto construção democrática em uma sociedade pressupõe o reconhecimento da importância dos direitos fundamentais como intrínsecos à toda população, bem como compreender o caráter normativo de tais direitos. Percebe-se, portanto, que para uma melhor compreensão do constitucionalismo de Ferrajoli, é necessário que seja investigado o conceito de direito fundamental para o autor, o que será realizado a seguir.

### **2.3 Os direitos fundamentais como núcleo do sistema jurídico**

Conforme afirmado, para Ferrajoli os direitos fundamentais devem ser a fundação de um sistema jurídico. O autor acredita que, após o desenvolvimento de teorias da democracia constitucional, o positivismo legalista clássico de Kelsen não é mais adequado para captar as leis do Estado de Direito contemporâneo (FERRAJOLI, 2001, p. 30-31), de modo que seria

---

<sup>2</sup> Tradução nossa, trecho original: A majority cannot dispose of what it does not own. “The normative paradigm of constitutional democracy.” 362.

<sup>3</sup> Tradução nossa, trecho original: All other powers, including those of the majority, are subordinated to the powers deriving from fundamental rights. In short, all supreme legal conditions, to which all others are subordinated and made functional, and which none other can overcome, pertain wholly to the people and to each and every person.

necessário repensar as bases teóricas do direito a partir do positivismo crítico, que preconiza a primazia de normas fundamentais.

Dentro desse panorama, um problema fundamental ao autor é: “o que são direitos fundamentais?”. Desse forma, o jusfilósofo visa definir o conceito de direito fundamental, com o intuito de estabelecer as bases de uma teoria geral dos direitos fundamentais. Sustentando a precisão e o rigor, Ferrajoli esclarece que se trata apenas de uma definição teórica e formal. Em outras palavras, é teórica porque não é dogmática - já que não depende das normas de um sistema legal em sua concretude - e é formal ou estrutural porque se baseia somente no seu caráter de atribuição universal, independente dos interesses em jogo ou das necessidades tuteladas pelos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2001, p. 2).

Sendo assim, o autor oferece o seguinte conceito: “‘direitos fundamentais’ são todos aqueles direitos subjetivos os quais ‘todos’ os seres humanos são titulares pela virtude de ter o status de pessoa, cidadão, ou pessoa capaz de agir”<sup>4</sup> (FERRAJOLI, 2001, p. 1). Esclarecendo que para o autor os “direitos subjetivos” são quaisquer expectativas positivas ou negativas atribuídas a um ator por uma norma legal e “status” significa condição de um ator prevista pela norma legal positivada, operando como condição para ser titular de situações legais (FERRAJOLI, 2001, p. 1). Em outras palavras, “direito fundamental” é um direito universal não disponível atribuído a um ator designado pela norma positiva.

São quatro as teses que sustentam esse conceito como a base de uma teoria da democracia constitucional. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais devem ser considerados indisponíveis, ao se oporem à construção jurídica dos direitos patrimoniais - os quais determinam a disponibilidade da coisa e a individualidade de tal direito -, trata-se de uma diferença estrutural radical já fomentada pela tradição jurídica (FERRAJOLI, 2001, p. 13). Em segundo lugar, os direitos fundamentais devem ser tomados como a dimensão substancial da democracia (em oposição à democracia formal), já que seriam a própria limitação mais fundamental do poder da maioria (FERRAJOLI, 2001, p. 30-31) - resultando no constitucionalismo, quando tais direitos encontram-se positivados -, isto é, consistiria numa dimensão construída pelo conjunto de paradigmas do Estado de Direito (FERRAJOLI, 2001, p. 16) .

Em terceiro lugar, a cidadania deve ser considerada como uma categoria regressiva, já que é fonte de desigualdade - o que pode ser verificado através de fatos históricos quando no passado a maior parte da humanidade restava excluída com base em gênero, idade,

---

<sup>4</sup> Tradução nossa. No original: “‘fundamental rights’ are all those subjective rights to which ‘all’ human beings are universally entitled by virtue of having the status of persons, or of citizens, or of persons capable of acting”.



nacionalidade e etc (FERRAJOLI, 2001, p. 4) -, como os direitos fundamentais são categorias reconhecidas em convenções internacionais, torna-se desnecessária a classificação dos atores pelo critério de cidadania. Em quarto lugar, o autor (FERRAJOLI, 2001, p. 7) afirma que é necessário distinguir entre direitos fundamentais e garantias, que protegem esses direitos. Os direitos fundamentais são expectativas a que correspondem deveres (de serviços) ou proibições, sendo que as proibições ou os deveres em si são as garantias, de modo que a distinção sustentada pelo autor se justifica pelo argumento de que a não separação consiste em lacuna na lei, possivelmente impedindo a performance desses direitos positivados.

Tais teses sobre os direitos fundamentais tem a finalidade de conceber as bases teóricas para pensar a democracia constitucional a partir de um outro ponto de vista que não o do positivismo legalista clássico. Segundo Ferrajoli (2001, p. 32), o constitucionalismo é um movimento derivado de acontecimentos históricos do século XX, produzindo um paradigma jurídico de posituação de direitos fundamentais em cartas constitucionais. Nesse paradigma, a lei não é mais considerada apenas em sua existência por derivar da moral positivada pelo legislador, mas também pela sua condição de validade ao instituir limites para a própria produção legal. Como destaca o autor (FERRAJOLI, 2001, p. 33), não se trata de uma refutação do positivismo, mas de complementação a partir do Estado de Direito, sobretudo a partir dos direitos fundamentais:

Ao elevar os direitos fundamentais a um status supra-ordinário no sistema jurídico, sua constitucionalização confere aos titulares de tais direitos - i.e. todos os cidadãos e cada pessoa concreta - um lugar superior a todo poder público e privado, que são unidos para resguardar e garantir esses mesmos direitos, e cuja própria existência é funcional a seu respeito.<sup>5</sup> (FERRAJOLI, 2011a, p. 362)

É nesse sentido que os direitos fundamentais devem ser considerados como o núcleo do sistema jurídico a partir da perspectiva do positivismo crítico, essa modulação do positivismo clássico a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito.

## **2.4 O sistema jurídico enquanto um projeto político definido pelas normas constitucionais.**

---

<sup>5</sup> Tradução nossa. Do original: “By elevating fundamental rights to a supra-ordinate status within the legal system, their constitutionalisation confers upon the holders of such rights—i.e. all citizens, and each concrete person—a place superior to all public and private powers, which are bound to uphold and guarantee those very rights, and whose very existence is functional to their respect. “

Já foi apresentada a visão de Ferrajoli sobre o positivismo jurídico formalista, que falha em não considerar os aspectos substanciais das normas. A alternativa dada pelo filósofo é manter a tese de que o direito é fruto de procedimentos pré-definidos, mas considerar também “a subordinação da jurisdição à legislação; em seguida, a subordinação da legislação à Constituição” (FERRAJOLI, 2015b, p. 31).

Defender o viés positivista é um desafio frente às teorias principialistas, em especial a de Ronald Dworkin. Isso porque o célebre autor ganhou notoriedade ao constatar, em um artigo chamado *O modelo de regras I* (DWORKIN, 2007, pgs. 23-73), que existe uma distinção lógica entre as regras e princípios. Estes seriam mandamentos normativos com aplicabilidade mediata, que servem como guias decisórios e que necessitam uma interpretação que engloba o aspecto moral, e aquelas são normas de aplicabilidade imediata, pois operam na base do “tudo ou nada”, isto é, são passíveis de subsunções objetivas (DWORKIN, 2007, p. 39). É esta tese dworkiniana que colocou em xeque a separação positivista entre direito e moral, conforme Porto Macedo (2013, p. 164):

O que é relevante asseverar é que os princípios funcionam segundo uma gramática lógica que exige algum tipo de ponderação - e, portanto, prática argumentativa e de justificação - e envolvem a referência a um valor como o seu foco intencional determinante. Isto é, o point (a intencionalidade) dos princípios é valorativo e exige uma atitude interpretativa (ou melhor, "interpretista" ou "interpretativa interpretativista", para que se evitem confusões nesse ponto) da parte do operador do direito. Princípios não funcionam dentro da gramática da subsunção, do "tudo ou nada".

Ferrajoli enfrentou o desafio de manter o positivismo como um método teórico, absorvendo a teoria interpretativista de Dworkin de maneira *sui generis*. O autor se define como um constitucionalista juspositivista (FERRAJOLI, 2015b, p. 29), e não um neo-constitucionalista, justamente porque compreende o princípio da legalidade como a base de um sistema jurídico, sendo que para ele os princípios, em especial os direitos fundamentais, não possuem uma dimensão completamente valorativa, ao contrário, nas palavras do filósofo (FERRAJOLI, 2015b, p. 30), “o constitucionalismo será configurado como um modelo normativo de ordenamento jurídico fundado na rígida sujeição de toda a produção normativa às normas constitucionais e aos direitos nela estabelecidos”.

Para o constitucionalismo juspositivista de Ferrajoli, os princípios constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, serão tomados também como regras, no sentido de que são eles os limites do que pode ou não ser decidido ou realizado. Mas para além disso, será a constituição um projeto político, e é nesse ponto que Ferrajoli mescla a segurança jurídica do

positivismo com a necessidade de se realizar um direito que seja democrático e justo, presente nas teorias jusnaturalistas e no interpretativismo de Ronald Dworkin.

Levar em consideração a constituição como projeto político supera a concepção jurídica de que a única fonte legítima do direito é a lei. Isso porque nas democracias constitucionais contemporâneas, “o poder do povo ou dos seus representantes não é ilimitado, mas submetido aos limites e aos vínculos impostos pelos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos” (FERRAJOLI, 2015b, p. 38). O filósofo italiano sustenta que os direitos fundamentais são princípios de justiça no ordenamento jurídico, mas não por isso são essencialmente ponderáveis, isto significa dizer que eles funcionam muitas vezes como regras.

É esta defesa dos princípios morais como padrões objetivos a serem respeitados no ordenamento jurídico que mantém a tese da separação entre direito e moral. Um constitucionalismo que não considera a tese da separação, para Ferrajoli, é um “tendencioso jusnaturalismo conjugado com aquela variante do legalismo ético” (FERRAJOLI, 2015b, p. 108). Em contrapartida, o constitucionalismo garantista de Ferrajoli defende que “os direitos fundamentais são regras deônticas, isto é, figuras de caráter universal” (FERRAJOLI, 2015b, p. 120), e assim toma os direitos fundamentais como regras basilares da conduta humana em um estado de direito.

Um exemplo que podemos encontrar no ordenamento jurídico que ilustra o conceito de princípio para Ferrajoli é o do princípio da presunção de inocência. Positivado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, traz tal princípio que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Observa-se que não há nenhuma margem de interpretação em tal direito fundamental, funcionando muito mais como um limite para o poder legislativo criar normas processuais penais e também impedir decisionismos contrários a tal sentido. O respeito aos direitos fundamentais enquanto normas reguladoras transforma o positivismo jurídico em uma teoria do direito eminentemente democrática ao mesmo tempo que se torna garantidora de segurança jurídica. Ferrajoli (2011b, p. 100) explica que:

Ao contrário do que entendem Dworkin, Alexy e Atienza, para quem as Constituições haveriam incorporado a moral no direito e, portanto, deveria se tratar de uma conexão entre direito e moral – continua a valer, contra aquela enésima e insidiosa versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, o princípio juspositivista da separação entre direito e moral, uma vez que este princípio não quer dizer, de todo modo, que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma “pretensão de justiça”.

Assim sendo, o direito se torna um projeto político, mas mantém em pé a tese da separação entre direito e moral, justamente por ter de efetivar objetivamente o que foi positivado como direito fundamental. O Estado, em especial o legislativo e o judiciário, tem como norte de atuação a defesa dos direitos fundamentais, agindo através de seus princípios, tendo-os como horizonte limitante. Diferente do neoconstitucionalismo de bojo principialista, onde os princípios podem ser ponderados ilimitadamente, Ferrajoli (2011b, pgs. 103-104) explica que:

O constitucionalismo rígido limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário, em conformidade com o princípio da separação de poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base em tal paradigma, não podem criar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, desaplicando-as ou suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política.

A teoria constitucional de Ferrajoli fornece um modelo jurídico democrático comprometido com a justiça do direito sem cair em decisionismos ou a possibilidade de uma ditadura da maioria, isso porque os direitos fundamentais amarram a liberdade criativa de normas bem como a liberdade interpretativa do direito. Normas formalmente válidas mas que ferem os direitos fundamentais constituem o que o autor chama de direito ilegítimo (FERRAJOLI, 2011b, p. 113). No constitucionalismo multidimensional, a dimensão formal e a dimensão substancial se concatenam e fornecem um modelo democrático para o ordenamento jurídico positivo, superando os engodos do paleopositivismo kelseniano e bobbiano sem abrir mão da segurança jurídica. As normas constitucionais se tornam um projeto político na medida em que devem ser garantidas dentro do Estado de Direito.

### **3 CONCLUSÃO**

O presente artigo teve por finalidade identificar o significado do conceito de democracia constitucional sob a perspectiva do positivismo crítico de Ferrajoli, posicionamento através do qual o autor sustenta a tese da separação entre direito e moral, mas com afastamentos em relação ao positivismo clássico. O autor aponta como principal argumento para tal afastamento a insuficiência da teoria de Kelsen e Bobbio para captar a operação da sistemática jurídica após o desenvolvimento de teorias da democracia constitucional. O formalismo jurídico característico

do positivismo clássico fornece margens para a emergência de regimes totalitários, já que não se atenta ao conteúdo próprio das normas positivadas.

Desse modo, é no paradigma constitucional que Ferrajoli propõe sua visão de um positivismo crítico, no qual há a separação entre direito e moral ao mesmo tempo em que direitos fundamentais devem ser positivados para serem resguardados e promovidos. Trata-se de produzir um positivismo jurídico comprometido com a democracia e com os direitos humanos sem abandonar o aspecto formal para atestar a validade das normas.

Para tanto, o autor propõe uma dimensão substancial em seu positivismo, estabelecendo que apesar do ordenamento jurídico ser um sistema escalonado de normas, estas devem necessariamente estar de acordo com os direitos fundamentais positivados na Constituição. Sendo assim, os direitos fundamentais, entendidos como direitos universais não-disponíveis, são o núcleo fundamental da democracia constitucional sob a ótica do positivismo crítico de Ferrajoli.

Dessa forma, ao elaborar um constitucionalismo multidimensional - que combina o aspecto lógico-formal do positivismo clássico com a segurança jurídica basilar dos direitos fundamentais -, a corrente jusfilosófica do positivismo sofre uma reformulação que possibilita sua adequação teórica ao contexto histórico e jurídico pós Segunda Guerra Mundial, no qual é premente uma visão do direito estreitamente relacionado à justiça ao localizar os direitos fundamentais como pedra de toque do sistema jurídico. Por fim, pode-se afirmar que, para Ferrajoli, pensar um direito democrático na contemporaneidade depende de considerar a Constituição como projeto político que resguarda inalienáveis as mais básicas garantias universais emanadas da virtude de ser humano, como estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

#### 4 REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. Prefácio à primeira edição italiana. In: Ferrajoli, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: editora Ícone, 1995

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CHAMON JUNIOR, L. C. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, L. **The Normative Paradigm of Constitutional Democracy**. Res Publica 17, 355 (2011a). <https://doi.org/10.1007/s11158-011-9169-8>

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDconst, 2011b, p. 95-113. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em: 01 de setembro de 2021.

\_\_\_\_\_. **Fundamental Rights**. International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique. 14 (1):1-33, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no Século XX**. Tradução e organização de Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Junior. São Paulo: Saraiva, 2015a.

\_\_\_\_\_. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araújo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015b.

GONÇALVES, J. **Herança Jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: Editora da Universidade Católica Dom Bosco, 2001.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

MARMOR, A. **The Separation Thesis and the Limits of Interpretation**. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, 12(1), 135-150. doi:10.1017/S0841820900002174, 1999.

MARANHÃO, J. S. A. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PORTO MACEDO, R. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.