POSITIVISMO E DEMOCRACIA EM BOBBIO E FERRAJOLI: ALGUMAS DISTINÇÕES

POSITIVISM AND DEMOCRACY IN BOBBIO AND FERRAJOLI: SOME DISTINCTIONS

Lilian Castro de Oliveira¹

Nisslane Magalhães de Siqueira²

Resumo: O presente artigo objetiva analisar as distinções existentes entre o pensamento de Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli, especificamente seus conceitos de positivismo jurídico e democracia. Para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, notadamente de artigos e obras dos dois autores, bem como de outros estudiosos do ramo do direito que se debruçam sobre as teorias dos autores italianos. Constatou-se, a partir do referido estudo, que o constitucionalismo garantista de Ferrajoli parte dos conceitos formulados por Bobbio e antes dele por Hans Kelsen, para a estes acrescentar a validade material à validade formal da lei e a dimensão substancial à dimensão formal da democracia, criando assim, um novo paradigma do Direito.

Palavras-chave: Norberto Bobbio. Luigi Ferrajoli. Positivismo jurídico. Democracia.

Abstract: This article aims to analyze the distinctions between the thinking of Norberto Bobbio and Luigi Ferrajoli, specifically their concepts of legal positivism and democracy. To this end, bibliographic research is used, notably articles and works by the two authors, as well as other scholars in the field of law who deal with the theories of Italian authors. It was found, from that study, that Ferrajoli's guaranteeing constitutionalism starts from the concepts formulated by Bobbio and before him by Hans Kelsen, to add the material validity to the formal validity of the law to these and the substantial dimension to the formal dimension of democracy, creating a new paradigm of Law.

Keywords: Norberto Bobbio. Luigi Ferrajoli. Legal positivism. Democracy

1 INTRODUÇÃO

Luigi Ferrajoli foi aluno de Norberto Bobbio, um dos maiores pensadores e escritores jurídicos do século. Naturalmente, as ideias de Bobbio inspiraram a formação e a construção das teorias desenvolvidas por Ferrajoli. O próprio Ferrajoli em troca de e-mails com Juan Ruiz Manero que, tornou-se o livro *Dos tipo de constitucionalismo* (Editorial Trotta, 2012), afirma dever a Bobbio grande parte de sua formação, e o encorajamento para realizar as primeiras tentativas de axiomatização da sua teoria do direito.

¹ Advogada. Mestre em Direito - PPGD UNIFG. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Especialista em Docência Universitária. Coordenadora adjunta do curso de direito e professora de Direito Processual Penal da Faculdade Dom Pedro II. Barreiras/Ba – Brasil.

² Advogada. Mestranda PPGD UDF. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Docência Universitária. Coordenadora do curso de direito e professora de Direito do Trabalho e Direitos Humanos da Faculdade Dom Pedro II. Barreiras/BA – Brasil.

Não obstante existam muitas semelhanças entre o pensamento de ambos, são também marcantes alguns traços distintivos em suas ideias. Na mesma obra supracitada, Ferrajoli contrapõe a afirmação de Manero de que sua teoria seria, dentre as italianas a mais *bobbiana*, “a mais nitidamente inserida na tradição de positivismo normativista que Bobbio encarnou” (2012, p. 25, tradução nossa). O garantista, no entanto, afirma ser seu positivismo jurídico muito distinto do de Bobbio.

Assim, partindo destas questões, o presente artigo objetiva analisar as semelhanças e diferenças existentes entre o pensamento de Bobbio e Ferrajoli. Não se pretende, no entanto, analisar a todas as distinções, mas algumas marcadamente selecionadas, sendo elas o positivismo jurídico e a ideia de democracia em cada um dos autores.

2 NORBERTO BOBBIO

2.1. O positivismo jurídico de Bobbio

Os escritos de Norberto Bobbio são de extrema relevância ao estudo da filosofia e da teoria geral do direito, bem como da política do século XX. No campo dos estudos jurídicos, a autoridade de Bobbio encontra-se principalmente no estudo do positivismo normativo. (DAL RI, 2017)

A principal obra de Bobbio sobre o tema surge de dois cursos por ele ministrados nos anos cinquenta sobre “teoria da norma” e “teoria do ordenamento”, sendo ambos de clara inspiração kelseniana. O material destes cursos, foi utilizado por vários professores como material de apoio a seus alunos. Ganha especial relevo a difusão realizada por intermédio do professor Eduardo Rozo Acuña, na Colômbia. Tanto que a primeira edição de *Teoria Geral do Direito*³, obra que reúne o material dos dois cursos, foi publicada pela primeira vez na Colômbia, em 1987, antes mesmo da edição em italiano que só veio a ser publicada em 1993⁴. No Brasil, a obra foi publicada em dois livros: *Teoria da norma jurídica*⁵ e *Teoria do ordenamento jurídico*⁶. (LOSANO, 2007).

³ Norberto Bobbio. *Teoria general del derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987, XIV-269 p. tradução de Eduardo Rozo Acuña.

⁴ Norberto Bobbio. *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, 297p.

⁵ Norberto Bobbio. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001.

⁶ Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1997

Professor emérito da Universidade de Turim e Senador vitalício da Itália, Norberto Bobbio é também um dos grandes autores do positivismo jurídico, sendo fortemente influenciado por Hans Kelsen. O próprio autor alude que seus estudos seriam ora um complemento, ora um desenvolvimento da teoria kelseniana. (BOBBIO, 2010). Neste sentido, o autor defende a ideia de que a ciência jurídica, assim como qualquer ciência, deva ser estudada de maneira avaliativa, devendo consistir unicamente em juízos de fatos e não juízos de valor (BOBBIO, 1995).

Dentro dessa perspectiva, Bobbio busca o conceito e o valor do direito, por meio da distinção entre fatos e valores e, por este pensamento, separa o direito da ciência do direito, visto que, perseguindo um ideal de torná-la uma ciência autêntica, qualquer análise deve afastar-se de juízos valorativos. Assim, o positivismo, conforme defendido por Bobbio representa o estudo do direito como um fato e não como valor.

Em *Giusnaturalismo e giuspositivismo*, Bobbio afirma que:” [...] o direito é um fenômeno social, um mero fato, que deve ser estudado como o cientista da natureza estuda a realidade natural, isto é, independentemente de qualquer julgamento de valor”. (BOBBIO, 1994, s/p, tradução nossa)⁷

Tal concepção visa aproximar a ciência do direito dos demais ramos da ciência, excluindo-se das análises quaisquer conceitos valorativos sobre o objeto de estudo, bem como afastar o juspositivismo do jusnaturalismo. Evidencia ainda, a base kelseniana da teoria de Bobbio, haja visto ter sido o renomado autor austríaco o primeiro a defender a separação entre o direito e ciência direito.

Bobbio, assim, assevera que a análise da ciência do direito deve vincular-se a um conhecimento puramente *objetivo* da realidade (BOBBIO, 1995). Neste sentido, Ferrajoli (2012) assevera:

[...], a abordagem "científica" do Direito deve consistir, para Bobbio, em lidar apenas com "o direito como é" e não também com "o direito como deveria ser", e em abster-se de "qualquer posição crítica": em resumo, na rigorosa "neutralidade" ético-política, [...].(FERRAJOLI, MANERO, 2012, p. 27, tradução nossa) 8

⁷ [...] il diritto è un fenomeno sociale, un mero fatto, che deve essere studiato come lo scienziato della natura studia la realtà naturale, cioè prescindendo da qualsiasi giudizio di valore.

⁸ la aproximación «científica» al Derecho debe consistir, para Bobbio, en ocuparse solamente del «Derecho como es» y no también del «Derecho como debe ser», y en abstenerse «de toda toma de posición» crítica: en resumen, en la rigurosa «neutralidad» ético-política, [...].

O professor de Turim, defendia, portanto, uma teoria geral do direito marcadamente formal e isenta de valorações, buscando a objetividade da ciência, que procura apenas conhecer a realidade e não valorá-la. (ALVES, 2001) É, portanto, a distinção entre juízos de fato e juízos de valor, direito e ciência do direito, a primeira característica marcante no positivismo bobbiano.

Partindo da premissa de uma análise avaliativa do direito, Bobbio defende também uma concepção puramente formal da validade das normas jurídicas. (FERRAJOLI, MANERO, 2012). A validade seria constatada sempre que a norma fizer parte de um ordenamento jurídico real, ou seja aquele que existe de fato em uma sociedade. Para o autor:

O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica. (BOBBIO, 2001, p.46)

Para a determinação de validade de uma norma, portanto, seria necessário analisar três aspectos, enumerados por Bobbio: 1) se autoridade de quem emanou a norma tinha autoridade para tal; 2) se a norma não foi ab-rogada; 3) se não é incompatível com outras normas do sistema. (BOBBIO, 2001). Destarte, para constatar-se a validade da norma jurídica, bastaria a verificação de requisitos estritamente formais, relativos a “*quem*” e “*como*” de sua produção. (FERRAJOLI, MANERO, 2012).

Já o valor (ou justiça) da norma se verifica quando esta estiver de acordo com o direito ideal. O positivismo, no entanto, se ocupa do estudo do que o direito é, e não do que deveria ser e, portanto, o valor da norma não constitui um elemento a ser analisado, confundindo-se com a validade. Com o escopo de transmitir a inexistência de valoração no Direito, o autor apresenta os conceitos de validade e de valor:

A validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, segundo a qual existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade. O valor de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, pela qual esta é conforme o direito ideal (entendida como síntese de todos os valores fundamentais nos quais o direito deve se inspirar); dizer que uma norma jurídica é válida ou justa significa dizer que esta corresponde ao direito ideal. (BOBBIO, 1995, p. 136).

Acerca do valor da norma, o jurista afirma ainda: “basta constatar que todo o ordenamento jurídico persegue certos fins e convir sobre o fato de que estes fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra.” (BOBBIO, 2001, p.46)

Para Bobbio, portanto, valor e validade não dependem um do outro, são critérios independentes. Assim, uma norma pode perfeitamente ser justa sem ser válida e ser válida, ainda que injusta. Inobstante, a análise da justiça ou não da norma não faz parte da ciência do direito, seria papel da filosofia do direito, e, portanto, problema deontológico do direito, enquanto que a validade consiste em problema ontológico. (BOBBIO, 2001)

Tal concepção bobbiana demonstra novamente sua posição positivista, haja vista que, enquanto que para o jusnaturalismo a validade de uma norma está necessariamente atrelada ao fato de ela estar de acordo com o direito ideal, ou, em outras palavras, em ser valorosa⁹, para o positivismo, validade e valor não se confundem¹⁰. No entanto, o posicionamento de Bobbio não é o do positivismo clássico, vez que defende que uma norma pode até ser válida e injusta, mas que a análise do valor da norma (justa ou injusta) afasta-se da ciência do direito. (BOBBIO, 1995)

Validade e existência, portanto, se confundem na concepção avalorativa do direito defendida por Bobbio, visto que uma norma só pode ser considerada válida se tiver emanado de um fato ou de um ato competente para produzir normas jurídicas. Em outras palavras, a norma jurídica apenas será válida se existir juridicamente.

2.2 Democracia em Bobbio

Partindo desta premissa, e da clara indistinção entre validade e existência da norma jurídica, parte-se ao estudo do conceito de democracia na obra de Norberto Bobbio, que para ele pode ser compreendida como o cumprimento das *regras do jogo*.

Assim como com relação à validade da norma, Bobbio adota um conceito meramente formal da democracia. Para o jusfilósofo, estabelecer um conceito mínimo de democracia

⁹ “Há uma teoria que *reduz a validade à justiça*, afirmando que uma norma só é válida se é justa; em outras palavras, faz depender a validade da justiça. O exemplo histórico mais ilustre desta redução é a doutrina do direito natural” (BOBBIO, 2001, p.54)

¹⁰ “Uma outra teoria *reduz a justiça à validade*, quando afirma que uma norma é justa somente pelo fato de ser válida, isto é, faz depender a justiça da validade. O exemplo histórico desta teoria é dado pela concepção do direito que se contrapõe à naturalista, que é a concepção positivista (no sentido mais restrito e limitado do termo). (BOBBIO, 2001, p. 54)

consiste em caracterizá-la como um conjunto de regras fundamentais (ou primárias) que estabeleçam quais são as pessoas autorizadas a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. (BOBBIO, 2000) Em outras palavras:

[...] para que uma decisão por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos. (BOBBIO, 2000, p.31)

No que concerne aos agentes que são chamados a exercer o poder de tomada das decisões coletivas, para que se tenha uma democracia é necessário que seja conferido a “um número muito elevado de membros do grupo” (BOBBIO, 2000, p.31). Inobstante ser o termo “número muito elevado” deveras vago e impreciso, é importante salientar a impossibilidade de expressão ou número exato de agentes a ser estabelecido. Assim é que o autor explicita que por tal termo deve-se entender que quanto mais pessoas e quantos menos requisitos se tiver, mais democrático será o regime.

Desta feita, será mais democrático um regime onde votam homens e mulheres a partir de certa idade, independente de raça, condição social e religião, do que aquele em que apenas os homens têm direito ao voto. Cumpre esclarecer que conforme bem explicitado pelo autor, a onicracia, como governo de todos é um ideal limite, no entanto, intangível, visto que mesmo no mais democrático dos regimes o direito ao voto só é conferido a partir de determinada idade. (BOBBIO, 2000)

Acerca da modalidade de decisão, deve valer sempre o critério da maioria. Uma decisão só pode ser oponível a todo um grupo se tomada pela maioria daqueles a quem compete a tomada das decisões. O autor entende ainda que a unanimidade seria o ideal, no entanto, trata-se aqui também de critério dificilmente alcançável, possível apenas em sistemas muito homogêneos e portanto, apenas exigível em duas situações: “no caso de decisões muito graves em que cada um dos participantes tem direito de veto, ou no caso de decisões de escassa importância, em que se declara de acordo quem não se opõe”. (BOBBIO, 2000, p.32)

Bobbio ainda assevera que apenas se pode falar em democracia caso cumprida uma terceira condição, a de que aqueles que votarão, tanto para a eleição dos representantes quanto para a tomada decisões por estes, tenham de fato liberdade de escolha. Desta feita, a existência de democracia pressupõe a existência dos direitos de liberdade.

Por fim, as chamadas “regras do jogo”, que pressupõem a existência da democracia, conforme estabelecidas por Bobbio, podem ser entendidas como o cumprimento a nove requisitos, quais sejam:

1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo. (BOBBIO, 1998, p.327)

Outro aspecto importante a ser ressaltado acerca do conceito de democracia de Norberto Bobbio é que, conforme se verifica pelas regras enumeradas, não há em sua teoria uma preocupação com *o que* se decide. Para o autor, as regras do jogo determinam apenas *como* se deve chegar à decisão democrática, sendo irrelevante ao conceito, o conteúdo de tais decisões.

Demonstra-se assim, que, tal qual no que concerne ao positivismo, também no estudo da democracia Bobbio vale-se de critérios meramente formais.

3 LUIGI FERRAJOLI

3.1 O positivismo jurídico de Ferrajoli

Luigi Ferrajoli é um jusfilósofo italiano, principal teórico do garantismo e atualmente reconhecido com um dos mais destacados autores do direito. Formou-se em Direito pela Universidade de Sapienza-Roma, em 1962. Entre os anos de 1967 e 1975 atuou como juiz, período em que também esteve vinculado à associação de juízes progressistas denominada “Magistratura Democrática”. Foi professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito,

além de diretor da “Facoltà di giurisprudenza” na Universidade de Camerino e a partir de 2003 assumiu cargo de professor na Universidade de Roma Tre. (DEMARCHI, WLOCH, 2017)

Suas preocupações iniciais sobre lógica jurídica filosofia analítica levou-o a um relacionamento discipular próximo com Bobbio, que assina o prefácio de sua obra mais conhecida *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Em dito prefácio, Bobbio assevera algumas características do positivismo jurídico adotado por Ferrajoli:

Como teórico do direito, Ferrajoli pertence à família dos positivistas na tradição de Kelsen, Hart e do positivismo italiano deste último quarto de século. Mas é um positivista particularmente atento a distinguir a validade formal, ou vigência, das normas de sua validade substancial e a sublinhar que, em um ordenamento que tenha recepcionado os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser apenas formal; que, portanto, existe nesse ordenamento um problema de justiça interna das leis e não só externa: um positivista bem consciente de que, uma vez produzida na maior parte das constituições modernas a constitucionalização dos direitos naturais, o tradicional conflito entre direito positivo e direito natural, entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, tem perdido grande parte de seu significado, com a consciência de que a divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser, expressa tradicionalmente sob a forma de contraste entre a lei positiva e a lei natural, tem-se transformado na divergência entre o que o direito é e o que direito deve ser no interior de um mesmo ordenamento jurídico ou, com palavras usadas repetidamente pelo autor, entre "efetividade" e "normatividade"(BOBBIO, 2002)

Para compreender o positivismo de Ferrajoli é necessário partir da crítica que este mesmo faz à concepção de que o neoconstitucionalismo “representaria uma revanche do jusnaturalismo e conseqüentemente uma derrocada do positivismo jurídico.” (STRECK, 2017, p. 189). Para o autor, o constitucionalismo não representa o reforçamento do jusnaturalismo em contraponto ao positivismo. Pelo contrário, o constitucionalismo seria uma forma de fortalecimento do positivismo por trazer a este a análise não só da forma da lei mas também seu conteúdo normativo. (FERRAJOLI, 2012)

Para Ferrajoli, do constitucionalismo garantista deriva uma mudança de paradigma do velho positivismo (ou paleopositivismo, como prefere chamar) preocupado unicamente com critérios formais da produção legal. Os direitos e garantias fundamentais expressos na constituição são, portanto, a partir desta nova visão, um norte e um limite à produção da norma. (FERRAJOLI, 2012)

Ferrajoli desenvolve suas ideias no segundo pós-guerra, período marcado pelo surgimento das constituições rígidas em que direitos e garantias fundamentais, antes vistos como direitos naturais pelos adeptos do jusnaturalismo, foram nelas positivados. Para o

estudioso, portanto, não é mais possível analisar a validade das leis apenas em seu aspecto formal, estando a validade atrelada também à verificação do aspecto material.

Neste sentido:

A primeira alteração que produziu o constitucionalismo jurídico no paradigma juspositivista refere-se às condições de validade das normas. Se a passagem do direito pré-moderno ao direito positivo do estado legislativo de direito a *existência* das normas havia se dissociado da sua *justiça*, com a passagem para o estado constitucional de direito, a existência ou a vigência das normas se dissociam por sua vez da *validade*. (FERRAJOLI, 2002, p. 10, tradução nossa)¹¹

Assim, ao contrário do quanto defendido pelos autores do chamado paleopositivismo (dentre os quais se encontra Norberto Bobbio), a validade de uma norma não se abstrai unicamente de ter sido ela produzida obedecendo a critérios formais. Não é suficiente a verificação do *quem* e do *como* da produção legal. A validade da norma jurídica, portanto deriva também da análise de sua conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente previstos. Torna-se necessária, portanto a verificação do conteúdo da norma (o *quê* da norma). Segundo o autor:

Todo o direito se configura, desta maneira, como uma construção inteiramente artificial, na qual são regulados não apenas as *formas*, como ocorria no velho paradigma formalista do paleopositivismo, mas também os *conteúdos*, através dos limites e vínculos a ele impostos pelo paradigma constitucional. (FERRAJOLI, 2012, p.23)

Desta feita, no positivismo defendido por Ferrajoli, é salutar a separação entre validade e vigência da norma jurídica. Sob este prisma, validade não se confunde com mera existência (como se verifica em Bobbio), estando ela também atrelada à conformação material da norma jurídica às premissas constitucionais. Para o autor, portanto, é perfeitamente possível a existência de uma norma vigente, porque produzida de acordo com os ditames procedimentais estabelecidos, no entanto, não válida, porque em desacordo com o conteúdo material constitucionalmente previsto. (FERRAJOLI, 2012).

Torna-se relevante observar, portanto, que a teoria defendida por Ferrajoli traz para dentro do direito o *dever ser*, compreendido este como as normas constitucionais. Já as normas as normas infraconstitucionais constituem o *ser* do direito. Inobstante, embora possa parecer ao

¹¹ La primera alteración que produjo el constitucionalismo jurídico en el paradigma juspositivista se refiere a las condiciones de validez de las normas. Si con el traspaso del derecho premoderno al derecho positivo del estado legislativo de derecho la existencia de las normas se había disociado de su justicia, con el traspaso al estado constitucional de derecho, la existencia o vigencia de las normas se disocian a su vez de su validez.

leitor menos atento, não há na teoria defendida pelo autor a conexão entre direito e moral, que para Ferrajoli devem permanecer separados.

Segundo o jusfilósofo, não há que se falar em união entre direito e moral, sendo esta separação corolário do princípio da legalidade, segundo o qual o juiz deve submissão unicamente à lei e evitando a confusão entre o direito válido e um direito justo (assim suposto pelos juízes). A cisão também garantiria uma limitação ao poder legiferante, evitando que este possa interferir na vida moral do indivíduo. (FERRAJOLI, 2012). A mera característica de que há valores incorporados nas Constituições não permite concluir pela existência de conexão conceitual entre direito e moral.

Inobstante, o fato de separar direito e moral não significa dizer que não há conteúdo moral na norma jurídica, mas sim que tais valores são aqueles positivados nas Constituições. Assim, o fato de terem os ordenamentos jurídicos absorvido, por intermédio do constitucionalismo, alguns conceitos morais, não significa dizer que os juízes podem valer-se da moral para correção do direito, uma vez que só se considera válido o direito que estiver em consonância com o quanto estabelecido pela Constituição. (STRECK, 2012)

Por fim, cabe frisar que Ferrajoli não defende uma análise unicamente descritiva do direito, entendendo que mudança de paradigma do positivismo impõe uma mudança de paradigma também na ciência do direito, a partir dos critérios mais específicos de validade das normas. Neste prisma, se pelo viés paleopositivista a crítica do direito só poderia ser exercida por meio de uma visão externa ao próprio direito, o constitucionalismo permite a crítica partir da visão interna, sendo esta não apenas possível, mas também necessária. Neste sentido, o jurista assevera:

Frente à mudança estrutural do próprio objeto de pesquisa imposta pelo constitucionalismo rígido, o jurista não pode limitar-se, a meu ver, a tomar nota do Direito vigente. Deve também tomar “posição” contra sua possível ilegitimidade. É precisamente a abordagem científica e iuspositivista do direito que nos impõe destacar as divergências entre o dever ser jurídico (constitucional) do Direito e seu ser (legislativo): não ignorar nem esconder, mas, pelo contrário, advertir e denunciar as antinomias e lacunas estruturais – as normas indevidamente existentes, ou indevidamente ausentes em contraste, em ambos os casos, com as normas Constitucionais - inevitavelmente presentes no Direito positivo vigente. (FERRAJOLI, MANERO, 2012, p. 30, tradução nossa)¹²

¹² Frente al cambio estructural del propio objeto de investigación producido por el constitucionalismo rígido, el jurista no puede limitarse, a mi parecer, a tomar nota del Derecho vigente. Debe también tomar «posición» contra su posible ilegitimidad. Es precisamente el enfoque científico e iuspositivista del Derecho el que nos impone poner de relieve las divergencias entre el deber ser jurídico (constitucional) del Derecho y su ser (legislativo): no ignorar ni ocultar, sino, por el contrario, advertir y denunciar las antinomias y las lagunas estructurales —las normas

O papel da crítica interna do direito se encontra principalmente, portanto, em identificar as lacunas legais, bem como as antinomias e propor, *de dentro*, as soluções fornecidas por técnicas garantistas de que dispõe o próprio ordenamento. Consiste ainda na tarefa de elaborar e sugerir, *de fora*, novas formas de garantia adequadas para reforçar os mecanismos de autocorreção do direito.

A tese de Ferrajoli de compatibilização do constitucionalismo com o positivismo, lhe rendeu algumas críticas, como por exemplo a de ATIENZA (apud TRINDADE, 2011). Para o autor espanhol, a obra *Principia iuris* se assemelha a uma máquina formidável que se houvera colocado peças obsoletas, dificultando seu bom funcionamento.

Inobstante as críticas, sua teoria é hodiernamente, uma das mais reconhecidas e respeitadas pelos juristas.

3.1 Democracia em Ferrajoli

Acerca da democracia, Ferrajoli também parte da ideia positivista original para a ela, a partir das características do estado constitucional de direito, acrescentar o critério da conformação substancial.

Segundo uma premissa muito repetida pelo autor, “o garantismo é a outra face do constitucionalismo” (FERRAJOLI, 2012, p. 25), e neste sentido, a mudança de paradigma no que concerne ao positivismo, também reflete uma mudança de paradigma no conceito de democracia. Enquanto que para os autores do paleopositivismo a democracia consistia no cumprimento das regras do jogo, no sentido formal do termo, para Ferrajoli:

[...] essas mesmas teses, a meu ver, tornaram-se insustentáveis na presença dos limites e dos vínculos substanciais e não apenas procedimentais – relativos à substância (ao “*que*”) e não apenas às formas (ao “*quem*” e “*como*”) das decisões que foram introduzidas pelas constituições rígidas do segundo período do pós-guerra. (FERRAJOLI, MANERO, 2012, p. 28, tradução nossa)¹³

indebidamente existentes o indebidamente ausentes, en contraste en ambos casos con las normas constitucionales— inevitablemente presentes en el Derecho positivo vigente.

¹³ [...] estas mismas tesis, a mi parecer, han llegado a ser insostenibles en presencia de los límites y de los vínculos sustanciales y no solo procedimentales —relativos a la sustancia (al «qué») y no solo a las formas (al «quién» y al «cómo») de las decisiones— que se han introducido por obra de las constituciones rígidas de la segunda posguerra.

O surgimento das constituições rígidas e a consequente positivação dos direitos fundamentais, com a passagem do estado legislativo de direito para o estado constitucional de direito, acrescentou à democracia, uma “*esfera do indecível*”. Estando constitucionalmente garantidos os direitos de liberdade e direitos sociais, fazem parte agora do direito não apenas o *dever ser*, mas também o *dever não ser*.

Em outras palavras, no que concerne aos direitos de liberdade, nenhuma decisão, ainda que por maioria pode violá-los. Acerca dos direitos sociais, sequer a maioria pode decidir por deixar de provê-los. Decisões neste sentido seriam formalmente válidas, mas ilegítimas em uma democracia.

A democracia deixa, portanto, de ser avaliada apenas no seu critério formal, passando a possuir também análise substancial do conteúdo das decisões, ainda que proferidas pela maioria. Desta forma, como efeito do surgimento das constituições rígidas, e alteração das condições de validade da norma jurídica, surge também uma alteração de paradigma da própria democracia, no que concerne à validade material da decisão política.

A revisão da teoria validade puramente formal, induzida pelo paradigma constitucional com base na dissociação da vigência, relativa à forma e à *validade*, relativa ao conteúdo das decisões implica, paralelamente, uma revisão da concepção puramente formal da democracia. A positivação de princípios e direitos fundamentais nas normas constitucionais, condicionando a legitimidade do sistema político à sua total tutela e observância, incorporou também na democracia uma dimensão substancial, que se soma à dimensão formal ou política tradicional. Quero dizer que dimensão substancial da validade das leis no estado constitucional de direito, determinado pelos princípios substantivos que não podem ser derogados por seu conteúdo, resultando em uma dimensão substancial da própria democracia. Da mesma forma, a dimensão formal de validade, determinada pelo regulamento interno na forma de decisões, corresponde à dimensão formal da democracia. (FERRAJOLI, 2002, p. 12/13, tradução nossa)¹⁴

Portanto, a partir do constitucionalismo surge a democracia constitucional, caracterizada pela adesão da análise de um critério substancial ao critério meramente formal anteriormente previsto, bem como pela esfera do indecível imposta aos poderes políticos.

¹⁴ La revisión de la teoría puramente formal de la validez, inducida por el paradigma constitucional y basada en la disociación entre la *vigencia*, relativa a la *forma*, y la *validez*, relativa a la *sustancia*, de las decisiones, implica, paralelamente, una revisión de la concepción puramente formal de la democracia. La positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia, ha incorporado también en la democracia una *dimensión sustancial*, que se añade a la *dimensión formal o política* tradicional. Quiero decir que la dimensión sustancial de la validez de las leyes en el estado constitucional de derecho, determinada por los principios sustanciales que no pueden ser derogados por sus contenidos, se traduce en una dimensión sustancial de la democracia misma. De la misma manera en la que la dimensión formal de la vigencia, determinada por las reglas de procedimiento sobre la forma de las decisiones, corresponde a la dimensión formal de la democracia.

Em suma, se a característica específica do *positivismo jurídico* que diferencia estruturalmente o direito moderno de sistemas jurídicos pré-modernos é precisamente o seu carácter positivo (e, portanto, artificial e convencional); então, a característica específica do *constitucionalismo jurídico*, que diferencia o direito das democracias constitucionais modernas dos sistemas jurídico-positivos do tipo paleo-constitucional, é uma característica não menos estrutural e, portanto, não menos juspositivista: a sujeição das próprias leis ao direito, e também ao "dever ser" do direito, ou seja, as eleições que devem reger a sua criação, são artificiais e positivadas através de regras materiais de direito positivo. (FERRAOLI, 2002, p. 9)

Ferrajoli, portanto, analisa a democracia por meio não unicamente por meio de critérios formais, trazendo também ao conceito de democracia a alteração de paradigma proveniente do surgimento das constituições rígidas do segundo pós guerra.

5 CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo foi possível marcar as distinções existentes entre o positivismo jurídico e o conceito de democracia na obra de Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli.

Bobbio, enquanto influenciado pela teoria pura do direito concebida por Hans Kelsen, defende um positivismo jurídico baseado unicamente em critérios formais, no qual não se distingue vigência de validade. Para o autor, considera-se como norma jurídica válida aquela pertencente ao ordenamento jurídico real; validade e existência confundem-se. Bobbio, portanto, considera apenas a estrutura formal do Direito, *como* ele se produz.

No mesmo sentido é sua conceituação da democracia, a qual limita-se ao cumprimento das regras do jugo, através das regras do sufrágio universal e o princípio da maioria. Não há, neste sentido, para Bobbio, análise do conteúdo das decisões, mas sim e unicamente da forma de produção destas.

Ferrajoli, embora aluno de Bobbio e reconhecidamente fortemente influenciado por este, acresce aos conceitos Bobbianos de positivismo jurídico e democracia, a critério substancial. Para o jusfilósofo, o surgimento das constituições rígidas e a consequente positivação dos direitos fundamentais causou uma mudança de paradigma que tonou insustentável a manutenção dos antigos conceitos de positivismo e democracia.

Assim, Ferrajoli sustenta a tese da separação entre vigência e validade da norma jurídica. A validade exsurge da conformação do conteúdo da norma aos direitos assegurados na constituição, ou seja, a adequação substancial da norma ao conteúdo constitucional. O mesmo

se infere acerca da democracia que deia ser vista unicamente a partir dos critérios do sufrágio universal e da maioria para exigir a análise também do conteúdo das decisões.

Como se denota, o paradigma do constitucionalismo garantista introduzido por Ferrajoli traz uma grande inovação, qual seja, a existência de um direito ilegítimo. Assim, a evolução da ciência do direito, partindo de uma concepção meramente formal da norma jurídica para uma constatação acerca da substância das normas, influenciou tanto a análise estrutural da norma e seu comportamento no mundo jurídico, quanto o próprio conceito de democracia.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e giuspositivismo. In: *Enciclopedia delle scienze sociali*. Roma: Treccani, 1994. Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, acesso em 15 dez. 2018.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da democracia. In: BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. Título original: Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 29-52.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1997

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de política*.vol.1. Brasília: Editora UnB, 1998.

BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 145-162, jan. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15097/13752>. Acesso em: 16 dez. 2018.

DAL RI, Luciene. Entre positivismo e pós-positivismo: flexibilização de elementos nos escritos de Norberto Bobbio. *Quaestio Iuris* Rio de Janeiro, n.1, v. 10, p. 24-43 2017.ISSN 1516-0351 Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20030>. Acesso em: 15 dez. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002-A.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. *Dos modelos de constitucionalismo*. Una conversación. Madrid: Editorial Trotta, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional, in *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Núm. 16, abril 2002 - B. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcrv0z1>. Acesso em 18 de dez. de 2018.

LOSANO, Mario G. Prefácio à edição brasileira in BOBBIO, Norberto *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007.

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