

Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia

Principia iuris: a normative theory of law and democracy

Sérgio Urquhart de Cademartori*

Carlos Luiz Strapazon**

Resumo

Luigi Ferrajoli em seu novo trabalho chamado *Principia Iuris*, propõe uma ampla revisão conceitual das principais categorias da teoria do direito e realiza uma integração conceitual do direito público e privado a fim de fornecer um novo modelo integrado de ciência jurídica. O autor reformula a teoria do direito a partir de uma visão renovada da teoria deôntica, da teoria política, da teoria da linguagem jurídica e de uma teoria do direito positivo que poderia ser coerente com o Estado Constitucional de Direito. Guiado por uma metodologia do positivismo lógico, a sua tese central é enfatizar que a essência do constitucionalismo rígido contemporâneo é a regulação dos significados jurídicos por normas substanciais (com base no princípio da legalidade substantiva), que limitam todos os ramos do governo, em primeiro lugar, para garantir as liberdades individuais e, por outro lado, vincular o conteúdo do direito positivo para garantir a efetividade dos direitos sociais. O autor sustenta que a concretização dos direitos sociais, como direitos fundamentais, não pode ser justificada por uma carência de direito positivo: a questão atual é mobilizar as técnicas do direito positivo, que é nomoestático em relação aos direitos fundamentais e efetivar a completude e coerência do próprio direito positivo.

Palavras-chave: Teoria Geral do Direito. Teoria normativa da democracia. Garantismo constitucional.

* Doutor em Direito (UFSC), Professor do Centro de Pós-graduação em Direito – mestrado e doutorado (UFSC). Email: scademartori@uol.com.br

** Doutorando em Direito Constitucional (UFSC), Professor de Direito Constitucional e Ciência Política na Faculdade de Direito de Curitiba. Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Email: strapazon.carlos.luiz@gmail.com

Abstract

Luigi Ferrajoli in his new work called by Principia iuris, proposes a broad conceptual review of the main categories of the theory of law and conducts a conceptual integration of public and private law in order to provide an new integrated model of legal science. The author reformulates the theory of law from a renewed vision of deontic theory, political theory, theory of legal language and a theory of positive law that could be consistent with the Constitutional State of Law. Guided by a methodology of logical positivism, its central thesis is to emphasize that the essence of contemporary social constitutionalism is the regulation of the legal meanings through substantive rules (based on the principle of substantive legality), which limits all branches of government, firstly, as guarantee of individual freedoms and, secondly, content links to the law's meaning as guarantees of effectiveness of social rights. The author maintains that the realization of these social rights as fundamental rights is not a problem of absence of positive law: the question now is to mobilize the techniques of positive law, which is nomostatic in relation to fundamental rights and to realize the completeness and consistency of positive law itself.

Keywords: General theory of law. Normative theory of democracy. Constitutional guarantism.

Introdução

No ano de 2007, Luigi Ferrajoli publicou o *Principia Iuris*, alentada obra que tem por finalidade propor uma revisão conceitual das principais categorias jurídicas, abordando os ordenamentos jurídicos como estruturas axiomatizáveis e formalizáveis.

A obra é uma teoria do direito e da democracia que, à diferença das disciplinas jurídicas particulares – a dogmática jurídica – realiza uma ampla integração conceitual do direito público e privado, com o propósito de fornecer um modelo integrado de ciência jurídica, ou seja, um modelo de teoria geral das pessoas, dos atos, das situações, dos bens e das normas jurídicas (FERRAJOLI, 2007, p. 259).

As feições desse complexo sistema conceitual integrado podem ser percebidas também por ser, o *Principia Iuris*, uma teoria que é, ao mesmo tempo, uma teoria deontica, uma teoria política, uma teoria da linguagem jurídica e uma teoria do direito positivo.

Pode-se falar, além disso, que se a dogmática é uma ciência tendencialmente empírico-assertiva, as teses deônticas da teoria do direito, como é o caso do *Principia Iuris*, tendem a desempenhar um papel não só crítico, mas também normativo (deôntico), ou seja, crítico das omissões e incoerências, e normativo (deôntico) na medida em que indica como, a partir do próprio sistema jurídico, tais problemas devem ser resolvidos. (FERRAJOLI, 2007, p. 120)

Este artigo é um esforço de compreensão de pressupostos teóricos da teoria da democracia constitucional apresentada na *opus magna* de Ferrajoli (2007). Por isso é que aborda só as três primeiras partes da obra.

1 Novo paradigma das atuais democracias constitucionais

Ainda que em nenhum momento Ferrajoli admita uma influência da epistemologia aristotélica, mas busque filiação no primeiro neopositivismo lógico (FERRAJOLI, 2007, p. IX), ele encaminha a teoria do *Principia Iuris* pelas vias da causalidade, da centralidade do conceito de *causa*. Ao fazê-lo, aproxima-se de Aristóteles mais do que à primeira vista se possa imaginar. O discurso de Ferrajoli é fundado em pesquisas empíricas, mas é rigorosamente axiomatizado e causal e, se lembrarmos os *Segundos Analíticos* de Aristóteles, notaremos que a essência da epistemologia aristotélica é causal e que *saber* é conhecer por meio de demonstrações (ou seja, por meio de “silogismo científico¹”). Respeitadas as diferenças de significado que o termo *causa* assume na ciência moderna, ainda assim, as lições de Aristóteles, sobretudo o papel dos axiomas para o discurso científico, lembram em muito as preocupações metateóricas de Ferrajoli.

¹ Possuímos a ciência de uma coisa de uma maneira absoluta, e não simplesmente, como os Sofistas – de uma maneira puramente accidental – quando conhecemos a causa pela qual a coisa é, e quando sabemos que essa causa é a causa da coisa, isto é, quando sabemos que de outra maneira não seria possível que a coisa fosse o que ela é. É evidente que esta é a natureza do conhecimento científico. [...] Disso resulta que o objeto da ciência, num sentido preciso, é qualquer coisa que não pode ser distinta do que é. Isso que denominamos aqui por “saber” é conhecer por meio de demonstrações. E por demonstração eu entendo: por meio de “silogismo científico [...]” (ARISTÓTELES, *Segundos Analíticos*, I, 2, traduzido por Carlos Luiz Strapazzon a partir da versão francesa de J. Tricot)

Essa nova orientação positivista é, como se vê, uma teoria lógica axiomatizada.

Para se ter uma ideia de como essa metodologia lógica e axiomatizada se realiza, vale a pena notar que toda a teoria está assentada num conjunto de dezesseis² termos primitivos ou indefinidos, e também de outros dezesseis³ postulados que equivalem a definições implícitas dos termos primitivos e que podem estar associados a eles, já que satisfazem relações instituídas pelos termos primitivos (FERRAJOLI, 2007, p.91).

² Apesar de ser uma teoria geral do direito e da democracia que busca assentar os fundamentos do paradigma da democracia constitucional, a lista de termos primitivos não incluiu, por exemplo, as palavras estado, legitimidade e direito; só as palavras Constituição e Democracia foram tomadas como termos primitivos. É que a própria lista de vocábulos primitivos é também aberta, apesar de não ser muito ampla. Os dezesseis termos primitivos são: permitido (que é ou que não é); comportamento, modalidade, expectativa, interesse, status, sujeito, objeto, significado (prescritivo), regra, conjunto/agregado (insieme), causa, constituinte, comprovação/verificação (ascertamento), força, democrático.

³ 1. Permite-se a omissão daquilo que não se permite a comissão. 2. Cada comportamento supõe a existência de uma modalidade deontica, da qual é argumento. 3. Se de alguma coisa existe a expectativa de comissão, então existe também uma correspondente modalidade, por força da qual não é permitida a omissão, e vice-versa. 4. Todo comportamento, modalidade, expectativa e interesse tem algum sujeito. 5. Os sujeitos têm um status por força do qual não são objetos. 6. Supõe-se que modalidades, expectativas, status e regras são significados prescritivos de algo. 7. As regras ou são modalidades ou expectativas (positivas ou negativas) ou status, ou então, predispõem modalidades ou expectativas (positivas ou negativas) ou status. 8. São regras todas as modalidades, expectativas e status que têm por argumento uma classe de sujeitos ou de comportamentos. 9. Um status supõe sempre a existência de seu argumento. 10. Toda causa é um comportamento que, se não é constituinte, é previsto por uma regra que tem uma causa e que (pré)dispõe as modalidades e aquilo de que ela é causa. (sic). 11. As modalidades e as expectativas de uma causa, quando não são constituintes, supõem, por sua vez, uma causa e, quando não são essas mesmas regras, são previstas por regras que supõem, por sua vez, uma causa. 12. Se alguém está em posição de ser sujeito de um comportamento consistente em uma causa, então não é, por sua vez, produto de uma causa, e é dotado de um status, por sua vez, regulado por uma causa. 13. Aquilo do que alguma coisa é causa, regra, modalidade ou expectativa não constituinte, não é, também, constituinte. (sic). 14. Uma expectativa (positiva ou negativa) ou uma modalidade não pode ser constituinte se seu argumento não permite uma comissão ou uma omissão. (sic). 15. Dada uma causa, uma modalidade, uma expectativa ou um status, a sua verificação é também verificação de seu argumento, 16. O emprego da força é permitido só se for disciplinado por regras produzidas por uma causa.

A partir desses termos primitivos e desses postulados toda a complexa rede de definições, teses e demonstrações jurídicas é desdobrada, até convergir na estruturação do quarto capítulo, que é pura e exclusiva aplicação das partes anteriores. A obra se abre genérica e se encerra aplicada.

Se atentarmos para outra lição clássica de Aristóteles, encontraremos novas e impressionantes coincidências de visão sobre o que é uma teoria científica:

Aquilo que decorre do acaso não pode ser objeto da ciência por demonstração. Ocorre que, aquilo que decorre do acaso não ocorre por necessidade, nem com certa frequência, mas acontece fora dessas duas possibilidades. No entanto, a demonstração só se aplica a uma ou a outra dessas duas coisas, pois o silogismo parte de premissas necessárias, ou simplesmente constantes, e as conclusões são necessárias se as premissas são necessárias, e serão constantes as conclusões se as premissas também o forem. Por conseguinte, já que os fatos casuais não são nem constantes nem necessários, a demonstração não se aplica a eles. (Aristóteles, Segundos Analíticos, I, 30, traduzido por Carlos Luiz Strapazzon a partir da versão francesa de J. Tricot)

Esclarece Ferrajoli (2007, p.264, 279), porém, que a decisão de usar o vocábulo *causa* decorre de sua presença e relevância para o direito civil, e que é um conceito que cá, como lá, permite afastar o termo *fato jurídico* de seu esquema conceitual, pois é inconsistente, panjurídico.

Qual seria, afinal, a natureza dessa causalidade jurídica? Para responder a esta pergunta será preciso notar a ligação existente entre ato, causa e geração de efeitos jurídicos (FERRAJOLI, 2007, p.271). Todos os exemplos dados por Ferrajoli revelam que estes sempre decorrem de atos jurídicos e que os atos jurídicos – não os fatos – são, precisamente, a causa de todos os efeitos jurídicos. Com esta tese Ferrajoli abre caminho para que o vocábulo *ato* substitua o *fato* na teoria do direito e, assim, possa desenvolver uma teoria sistemática do direito positivo, isto é, sem recorrer a elementos externos a ele; essa solução

revelar-se-á decisiva, mais adiante, para suas teses sobre a *expectativa* jurídica como causa e sobre *uma nova concepção de direitos subjetivos* enquanto *efeitos* dela derivados.

Tanto na teoria dos negócios jurídicos da tradição civilística quanto no direito público, a função teórica do conceito de *causa*, enquanto *ato* jurídico, é a mesma do princípio da legalidade e taxatividade: é um limite jurídico. O conceito de *causa*, assim, cumpre uma essencial função garantista: “a de limitar o poder ilimitado, seja ele privado [...], seja ele público” (FERRAJOLI, 2007, p.268). A teoria do direito poderá, a partir desse conceito de *causa*, elaborar toda uma clarificação dos atos e situações jurídicas de que os atos são *atuação* ou *causa* (FERRAJOLI, 2007, p.279).

O *Principia iuris* é, como se vê, uma nova teoria geral positivista (lógica, axiomatizada e causal), mas é também continuação do projeto garantista. Nessa nova teoria o direito é interpretado como uma língua e uma linguagem artificial, um efeito de convenções estipuladas segundo formas preestabelecidas por regras artificiais acompanhadas de sentimento jurídico de obrigatoriedade. Eis o sentido, agora, daquele terceiro postulado positivista: ele indica que o direito e o Estado são artifícios, isto é, são linguagem criada por sujeitos naturais, em carne e osso: é por isso, e só por isso, que os sujeitos naturais constituintes são o fundamento natural do artifício constituído que é o direito positivo (FERRAJOLI, 2007, p.314).

É nesse caráter lógico, axiomático, causal, linguístico, deôntico, e agora humanista que pode assentar a certeza do direito, essencial para sua justificação axiológica, regulativa, garantista e de sua legitimação social (FERRAJOLI, 2007, p.447).

O *Principia iuris* é uma teoria geral do direito e da democracia radicalmente formal nas suas três primeiras partes. Ocorre que essas partes sustentam a premissa epistemológica do esclarecimento conceitual por argumentos demonstrativos, decisivos para a compreensão da quarta parte, que é sua aplicação. Lembremos que se o direito é uma língua e uma linguagem artificial, e se ele também é determinado por regras, então o direito é um sistema deôntico que só pode funcionar como direito se seus significados são socialmente compreensíveis, aceitos, partilhados e, especialmente, praticados na

linguagem jurídica operativa⁴, isto é, aplicados pela atividade jurisdicional, ou seja, efetivados por autoridades públicas competentes para aplicar o direito aos casos reais (FERRAJOLI, 2007, p.446). A teoria (normativa) da democracia (quarta parte) converte-se, assim, no “banco de prova da teoria formal” do direito dos ordenamentos constitucionais atuais; a última parte, que é aplicação da teoria jurídica, foi elaborada tendo em vista a política e gerou uma teoria jurídica normativa da democracia (FERRAJOLI, 2007, p.VIII).

O *Principia Iuris* é, por tudo isso, uma teoria racional e axiomatizada do direito, estágio mais avançado de um projeto teórico iniciado em meados dos anos sessenta (CARBONELL; SALAZAR, 2005, p.516), mas isso não significa que não tenha implicações práticas de grande impacto nos dias atuais, isto é, equivocava-se quem julgar a teoria só pelos seus traços formais e negligenciar sua força doutrinária. É importante ressaltar que Ferrajoli assume que, quanto maior for o rigor lógico da linguagem teórica e das relações que uma teoria geral do direito e da política puder formular, tanto mais qualificada ela será para nominar e esclarecer termos jurídicos e políticos e para tematizar os problemas que afetam a paz e os direitos vitais. Mas não é só isso. O rigor metodológico aplicado à teoria tem, também, mais condições de explicar a crescente complexidade e inefetividade dos ordenamentos modernos e projetar seus modelos normativos e suas técnicas de garantia. (FERRAJOLI, 2007, p.VI-VII).

Essa teoria reconstrói toda a linguagem teórica da ciência jurídica para edificar uma teoria geral formal, porém intensamente preocupada,

⁴ Há cinco características que marcam o sentido da interpretação operativa, tal como exposta por Ferrajoli, em 1966. A primeira é que ela é uma interpretação judicial. A segunda é que ocorre sempre diante de um caso concreto que exige decisão. A terceira é que ela sempre se aplica para resolver uma dúvida. A quarta é que ela tem força normativa. A quinta, e última, é que a interpretação operativa é um ato singular, único. Não está desmembrada em várias etapas sucessivas que implicariam, primeiro, interpretar uma lei; segundo, interpretar os fatos e; terceiro, aplicar a lei ao caso. Ao contrário, para Ferrajoli, a interpretação operativa é um «... procedimento interpretativo... perfeitamente unitário: ela se resolve no único momento da interpretação jurídica da experiência concreta,.... O intérprete não conhece, primeiro, a experiência, e depois interpreta a lei e, em seguida, qualifica normativamente a experiência pela aplicação dessa lei: desde o primeiro momento [...] ele retira da experiência o seu significado normativo» (trad. livre. FERRAJOLI, 1966, p.302-303)

na fase final, em ampliar o alcance e os efeitos de uma axiologia radicada no paradigma do constitucionalismo atual: seu compromisso político é reduzir as divergências existentes entre o *dever ser constitucional atual* e a *realidade do direito atualmente vigente*.

A teoria da validade substancial, por exemplo, chega a lembrar, em muitos aspectos, as discussões doutrinárias do *substantive due process of law*, o que é prova de que, se por um lado o *Principia iuris* tem um radical formalismo lógico, não é, por isso, uma teoria despida de pretensões normativas. Bem ao contrário. Todo o arcabouço conceitual do *Principia iuris* baseia-se, permanentemente, na análise de forma e conteúdo do direito. Para isso a teoria aplica, em diferentes contextos, os termos signo e significado, procedimento e substância, o *como* e a *coisa*, as condições normativas de conformidade e de coerência, mera legalidade e estrita legalidade, validade formal e validade substancial (FERRAJOLI, 2007, p.527). É desse modo que Ferrajoli desenvolve e distingue a estrutura da linguagem jurídica.

Se é uma teoria contemporânea do direito e da democracia radicada no paradigma constitucional atual, e se assume que o direito é uma linguagem, essa teoria não poderia reduzir-se a aspectos formais dessa linguagem, ou por outra, ser uma sintática da formulação dessa linguagem. Deve ser também uma semântica, pois o direito contemporâneo é mais substancialista que formalista, é mais principiológico que legalista; essa teoria da linguagem do direito e dos direitos, então, precisa lidar, explicitar e teorizar os significados, conteúdos e substância dos signos do vocabulário jurídico deste tempo. (FERRAJOLI, 2007, p.492-493).

A teoria jurídica que emerge daí é lógica, axiomática, causal, linguística, deôntica, humanista, democrática, mas é também uma doutrina de direito constitucional com um novo código genético: o do neoconstitucionalismo, ou do constitucionalismo da era da maximização dos direitos humanos e fundamentais.

O *Principia iuris*, por tudo isso, pode ser entendido, como uma teoria garantista geral do direito, da democracia e do constitucionalismo. Não há dúvidas de que Ferrajoli, no *Principia iuris*, está obcecado com o rigor formal, com o desenvolvimento de um neopositivismo jurídico, com um projeto integrador da ciência jurídica, com a definição do direito como uma linguagem, mas é certo também que tudo isso está a serviço de seu maior desejo: redefinir o paradigma teórico e normativo das

atuais democracias constitucionais pela identificação dos diversos tipos de *garantias* que possam, enquanto técnicas já existentes no sistema posto, assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos fundamentais e da paz.

2 Expectativas imperativas e garantismo democrático

O garantismo localiza no direito privado suas origens, dado que é nessa área que foram forjados os institutos que asseguram o adimplemento de uma obrigação: garantias reais e pessoais. O vocábulo foi estendido e, mais recentemente, passou a significar uma *técnica normativa de tutela dos direitos subjetivos* (FERRAJOLI, 2008, p.60), tanto para direitos negativos (liberdades) quanto para direitos positivos (direitos sociais)⁵.

O terreno em que mais se desenvolveu o termo, como é sabido, foi no direito penal, para designar as técnicas de defesa da liberdade contra arbitrariedades públicas, estendendo-se atualmente aos direitos subjetivos, tanto patrimoniais quanto fundamentais (FERRAJOLI, 2007, p.195).

Assim, pode-se falar de uma espécie de evolução da cultura garantista a partir do garantismo patrimonial para o garantismo penal. O desafio mais recente, do qual o *Principia Iuris* é parte, é produzir uma *teoria garantista dos direitos subjetivos enquanto direitos fundamentais*, ou seja, que explicita as técnicas disponíveis no sistema de direito positivo atual para garantir os direitos universais de liberdade e direitos sociais fundamentais. É por aí que Ferrajoli (2008, p.71) vai desenvolver a *teoria garantista da democracia* contemporânea apresentada no *Principia Iuris*.

Se a democracia contemporânea é constitucional e se o constitucionalismo atual é rígido e orientado pela axiologia dos direitos fundamentais é porque a democracia contemporânea é mais do que

⁵ Quanto ao emprego do termo garantias constitucionais, Ferrajoli esclarece que, neste caso, há dois sentidos aplicáveis: um relativo aos direitos fundamentais, previstos na Constituição, e outro relativo à proteção das próprias normas constitucionais, isto é, como sinônimo de rigidez constitucional.

uma democracia formal (*representativa, procedimental e legislativa*): é uma democracia substancialista. A segurança jurídica, princípio que sempre esteve atrelado a esse paradigma formal de democracia e à legalidade dele decorrente (Democracias legislativas), como se a *causa* garantidora da segurança jurídica dos direitos fundamentais fosse a observância de formas e procedimentos, ou por outra, como se a simples existência da legalidade formal produzisse imediatamente a segurança jurídica, com frequência se realiza ao preço de um sistema normativo que nem sempre é aplicável (FERRAJOLI, 2007, p.117).

Ferrajoli reconhece que há graves discrepâncias no funcionamento dos atuais sistemas jurídicos: a vigência (existência de normas) e a validade substancial (coerência de conteúdos) das normas jurídicas não só não coincidem, mas, rigorosamente, divergem (FERRAJOLI, 2007, p.118). E isso porque o sistema de direito positivo das atuais democracias está permeado por *antinomias e lacunas*, ou seja, por *incoerências* e por *omissões* que comprometem a sua efetividade.

As *expectativas*, normalmente, são dadas como externas à teoria do direito. Aparecem, normalmente, como um tema de índole mais psicológica e sociológica do que jurídica. O *Principia iuris*, no entanto, eleva-as ao primeiro nível de importância enquanto categoria da teoria do direito, tanto que qualifica as *expectativas* como termo primitivo que desempenha um papel central para a análise crítica da fenomenologia do dever ser constitucional atual.

Essa categoria teórica – expectativa jurídica – foi transformada por Ferrajoli (2007, p.641) em direito subjetivo sempre que existir um interesse juridicamente protegido. As *expectativas* serão *imperativas*, isto é, terão a *natureza de direitos subjetivos quando garantidas por obrigações e proibições*. (FERRAJOLI, 2007, p.651). Assim, deve-se entender que quando há um direito em sentido positivo ou em sentido negativo é porque o titular do direito tem, em seu favor, uma expectativa imperativa (positiva ou negativa). São casos em que, no *interesse* do titular do direito, uma terceira pessoa tem uma perfeita obrigação de lhe prestar algo ou está perfeitamente proibida de lhe causar lesão (FERRAJOLI, 2007, p.653). As expectativas imperativas são direitos que o titular, ou alguém por ele, pode exercer, ou seja, são situações jurídicas que nem norma, nem fato posterior podem alterar.

Isso significa dizer que direitos subjetivos são, não só aqueles nominativamente previstos como tais, mas também todas as expectativas, de não lesão ou de prestação, geradas para tutelar interesses de seus titulares, a partir da existência dos correspondentes deveres de prestação ou de não lesão. (FERRAJOLI, 2007, p.651).

As *expectativas* decorrentes de obrigações e proibições não são fenômenos sociológicos, meras possibilidades. Todos os direitos subjetivos, mesmo quando incluem uma faculdade, podem ser caracterizados como expectativas de não lesão ou de prestação. (FERRAJOLI, 2007, p.86, 641). Assim, se é permitida uma comissão, então não pode haver expectativa de sua omissão; se é permitida uma omissão, então não haverá expectativa de comissão; por outro lado, se não é permitida uma comissão, então sim haverá expectativa de omissão e se não é permitida a omissão, seguramente haverá expectativa de comissão (FERRAJOLI, 2007, p.152). De acordo com o *Principia Iuris*, então, pode-se dizer que as expectativas de comissão e de omissão são fenômenos jurídicos passivos imperativos, porque são perfeitos direitos subjetivos (FERRAJOLI, 2007, p.151, 651; FERRAJOLI, 2008, p.63).

E por que haveria razão para alçar o termo *expectativa* a uma posição tão relevante numa teoria garantista da democracia? Não custa lembrar que a especificidade do direito em relação a outros sistemas deônticos (moral, costumes) reside no fato de que o direito positivo dispõe de um conjunto de *garantias jurídicas primárias* – como a previsão de uma obrigação ou dever – e de *garantias secundárias*: sancionabilidade de comportamentos ilícitos ou anulação de atos inválidos (FERRAJOLI, 2007, p.166). Ora, essa especificidade, qual seja, a existência de garantias primárias e secundárias, está a serviço, precisamente, da neutralização das frustrações de expectativas imperativas, que são direitos subjetivos.

As categorias do direito apresentam diferenças sutis, como ocorre, por exemplo, com comportamento obrigatório e obrigação; comportamento facultativo e faculdade. O *Principia Iuris* esclarece que se o comportamento obrigatório, proibido ou facultativo é uma *atuação* – ou seja, uma forma de atuar, de agir, a figura deôntica desse comportamento será uma *obrigação, proibição ou faculdade*. Disso se extrai que se há um comportamento jurídico (uma atuação) haverá,

necessariamente, uma situação jurídica correspondente, (por exemplo, um poder, um dever ou um direito subjetivo) (FERRAJOLI, 2007, p.143). Essas figuras que correspondem a comportamentos são chamadas, por Ferrajoli, de *modalidades* deônticas, ou apenas de *modalidades*. O ponto a destacar agora é que cada *modalidade* (obrigação, proibição ou faculdade) gera, por sua vez, *expectativas* (positivas ou negativas) correspondentes, mas não se sabe, de antemão, quais são as condições de efetividade dessas *modalidades* e dessas *expectativas*.

Após definir as modalidades e testá-las com fórmulas lógicas, Ferrajoli (2007, p.144) conclui que há, no direito (inclusive), seis tipos de modalidades: permissão (positiva e negativa), faculdade, obrigação, proibição e imperativos, mas só as modalidades *faculdade, obrigação e proibição* são autônomas, isto é, não se reduzem a outras e são, por isso, as únicas que podem ser apresentadas como *modalidades* que possibilitam a existência de um comportamento em face do que é facultativo, em face do que é obrigatório e em face do que é vedado (FERRAJOLI, 2007, p.150).

Ora, tudo isso ajuda a ver a especificidade do sistema deôntico que é o direito e também a relevância dos postulados garantistas de Ferrajoli. Por um lado, o direito pode bem ser lido como um sistema deôntico semelhante aos demais (moral e costumes) já que, como qualquer sistema, produz *expectativas*, isto é, *expectativas* jurídicas de atuação ou de omissão; de outro, deve ser lido como um sistema peculiar porque contempla *modalidades* que *possibilitam* comportamentos (faculdades) e também é formado por *modalidades* jurídicas que são *imperativas* (obrigações e proibições).

As *garantias* primárias e secundárias são as obrigações correspondentes às *expectativas* de prestações positivas ou negativas, diante das modalidades jurídicas imperativas. Daí que uma *garantia positiva consiste numa obrigação; e uma garantia negativa é uma proibição* (FERRAJOLI, 2007, p.196-197). Nesta teoria Ferrajoli (2007, p.196-197) propõe, a partir dessas conclusões, uma nova extensão ao significado de *garantia*, do campo da teoria do direito para um mais geral, o da deôntica.

Deve-se entender por 'garantia' também a proibição correspondente à expectativa negativa (T3.35). Em seu conjunto, assim, as garantias equivalem à soma das obrigações e das proibições correspondentes,

respectivamente, às expectativas positivas e àquelas negativas e de cuja observância e não observância depende [...] a satisfação das primeiras e a não violação das segundas.

No fundo, tudo isso poderia ser simplificado⁶ dizendo-se apenas que se no sistema jurídico existe uma *expectativa* de comissão (de ação, de um comportamento positivo), então existe também uma correspondente *modalidade* (uma situação jurídica: obrigação) em vista da qual não é permitida a omissão, e essa obrigação de agir é, ela também, uma garantia porque é um direito subjetivo a ser efetivado. E vice-versa, se no direito existe uma *expectativa* de omissão (de um comportamento negativo), então existe também uma correspondente *modalidade* (uma situação jurídica: proibição) em vista da qual não é permitida a *comissão*, e essa proibição de agir é, ela também, uma garantia, porque é um direito subjetivo a ser efetivado (FERRAJOLI, 2007, p.153)

Ora, tais premissas e valores científicos exigem que a *teoria garantista da democracia*: a) constata frustração de *expectativas*, isto é, frustração de direitos subjetivos diante da nova ordem constitucional radicada numa cultura de direitos fundamentais; b) identifique as *causas* da frustração dessas expectativas, precisamente a existência de *lacunas e antinomias*; c) sentencie que no sistema jurídico não existe *expectativa* que não seja *direito subjetivo*, portanto, que não seja garantido pelo próprio direito positivo; é de esperar, no mínimo, que essa teoria crítica e normativa apresente soluções técnicas críticas para solucionar antinomias e soluções técnicas normativas para as lacunas, ou seja, que apresente as soluções jurídicas de efetivação das frações

⁶ O débito, como o crédito, é decorrente de um compromisso firmado entre credor e devedor. Ferrajoli fala de débito como garantia positiva e não se refere, propriamente, ao que garante o débito: o que a civilística qualificaria de garantias reais ou pessoais. Inova ao dizer que o próprio débito é uma garantia. O débito é, portanto, uma decorrência do compromisso comum entre ambos. Isso permite dizer que o débito garante o crédito? Não, para a linguagem dogmática civilística. Sim, para a teoria geral do garantismo. O débito, poder-se-ia dizer, garante a existência do compromisso de adimplir (garantia primária); não garante, no entanto, a efetividade desse compromisso. Quando Ferrajoli usa o qualificativo negativo, como em garantia negativa, quer dizer que o sujeito tem o dever de não agir. Por isso as proibições são, para ele, garantias negativas.

inefetivas dos sistemas jurídicos dos atuais Estados Constitucionais de Direito.

3 Unidade, completude e coerência no paradigma do constitucionalismo rígido

Ferrajoli (2007, p.452) postula que “as antinomias e as lacunas são sempre possíveis num sistema nomodinâmico, em relação ao qual, coerência e completude são *principia iuris tantum e não in iure*.” Isso quer dizer que se a unidade, a completude e a coerência não são vistas pelo pensamento jurídico dominante como *características próprias dos sistemas jurídicos*, mas como pré-condições de seu funcionamento, é porque são vistos como princípios que não esclarecem o “ser” do direito positivo, mas enunciam um “dever ser” não imperativo, ou seja, são orientações teóricas que, por isso, no máximo, facilitam a atuação dos intérpretes para assegurar a funcionalidade e a existência do direito positivo enquanto *corpus iuris*.

É por isso que admite – não sem decepção – que, no atual contexto da teoria do direito, os princípios teóricos da unidade, completude e coerência não são mais que *principia iuris tantum*. O pensamento jurídico atual reconhece-lhes a natureza de *principia iuris*, mas não de *principia iuris et in iure*, pois são vistos e aceitos como externos ao direito positivo – que se identifica com a *artificial reason*, ou seja, com a razão jurídica normativa em face de si mesma (FERRAJOLI, 2007, p.444).

Já foi dito que o direito positivo é um *sistema deontico especial* porque inclui, nas próprias regras, as regras necessárias e suficientes para a produção de suas regras (FERRAJOLI, 2007, p.116). Agora se afirma que o direito positivo é um sistema que tem lacunas, antinomias e que sua coerência, unidade e completude, pela visão dominante, não decorrem do próprio ordenamento, mas de *principia iuris* externos a ele. É clara a existência de um paradoxo entre essas duas sentenças. Reconhecer a validade de ambas é o mesmo que afirmar que a segurança do direito supõe a positividade do direito, mas o direito positivo gera lacunas e antinomias, fenômenos que ele mesmo tem o dever de eliminar, mas não elimina; aceita-os como normais (FERRAJOLI, 2007, p.119).

Ferrajoli não atribui nenhum adjetivo especial a esse paradoxo, mas dada a relevância que ele assume para uma teoria democrática garantista, ele bem que poderia ser chamado de *paradoxo da inefetividade*.

A melhor compreensão do paradoxo e da solução proposta por Ferrajoli parece depender de uma avaliação crítica da tese kelseniana, segundo a qual o sistema jurídico moderno é de tipo dinâmico e que isso significa que uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso (KELSEN, 1992, p.118).

A proposta do *Principia Iuris* para a solução do *paradoxo da inefetividade* tem a ver com dois argumentos: com a concepção que se deve ter de *norma* jurídica num sistema jurídico radicado num constitucionalismo de direitos fundamentais e, em segundo lugar, com a concepção que se deve ter de sistema jurídico depois do fenômeno das constituições rígidas.

O fenômeno da rigidez constitucional afetou e mudou radicalmente a natureza dos princípios da completude, da coerência e da unidade. Se tais princípios sempre foram vistos como pré-condições de funcionalidade do sistema, por óbvio sua natureza era teórica, dado que pertencem à teoria normativa do direito. A teoria do direito, por sua vez, se sempre teve a tarefa de identificar a dimensão sintática (formal) da linguagem jurídica, no paradigma constitucional atual também tem a responsabilidade de identificar a dimensão semântica (conteúdo) desses sistemas. Resolver a divergência entre *dever ser* e *ser*, por sua vez, é uma tarefa pragmática, qual seja, uma tarefa de projetar e confrontar as lacunas e antinomias (FERRAJOLI, 2007, p.444).

Enquanto se aceitou que os princípios da unidade, coerência e completude eram externos ao direito positivo, admitiu-se a naturalidade das lacunas e antinomias e admitiu-se também que a completude só poderia decorrer de um acréscimo normativo, seja ele oriundo do legislativo, do executivo ou das decisões judiciais. E mais, enquanto foi aceita a tese da exterioridade da unidade, coerência e completude, foi preciso teorizar a justiça do direito, confrontando-o com padrões morais aceitos, quaisquer que sejam eles.

Ferrajoli se afasta dessas soluções moralistas, evidentes, por exemplo, na tradição jusnaturalista e até mesmo em autores não

jusnaturalistas, como nos escritos de H. Hart (1994, p.220), a respeito do significado e alcance dos princípios morais no processo de colmatação das lacunas do direito formal.

A questão atual da teoria do direito, segundo o *Principia Iuris*, não é mais como adequar forma e matéria, procedimento e conteúdo, processo formal e direito material, recorrendo a princípios teóricos de interpretação, princípios gerais de direito ou a valores da moralidade dominante, isto é, buscando elementos externos ao direito positivo para dar-lhe unidade, coerência e completude. A questão atual é mobilizar as técnicas do direito positivo, que é nomoestático em relação aos direitos fundamentais, e efetivar a completude e coerência do próprio direito positivo: eis a perspectiva garantista do *Principia Iuris et in iure*.

4 Completude, unidade e coerência qua principia iuris et in iure

Ferrajoli não coloca nestes termos, mas pode-se dizer, nessa leitura do garantismo democrático, que se o estado liberal moderno (o estado de direito) constituiu-se, sobretudo, como um sistema fundado no *devido processo legislativo*, no sistema de *checks and balances* e em *declarações de liberdades individuais negativas*, as democracias constitucionais atuais estão fundadas no *substantivo devido processo legislativo* e num *sistema vinculante* e abrangente de direitos fundamentais sociais e de liberdades. A evolução de um regime para o outro está claramente assentada nas características da liberdade individual e na discricionariedade dos poderes, símbolos do primeiro modelo; e nas noções de igualdade, fraternidade e dignidade da pessoa humana, código genético do segundo.

Ferrajoli, tendo em conta os regimes de constituições rígidas da atualidade, rejeita qualquer definição que restrinja o direito positivo a um sistema precipuamente formal. Essa perspectiva substancialista tem uma consequência prática muito importante em relação aos direitos sociais e direitos humanos, normalmente inefetivos porque carentes de técnicas jurídicas específicas que lhes garantam aplicação. Sob o Estado Constitucional de Direito, a regulação se estende às funções legislativas e aos poderes representativos, mas de uma maneira nova.

As limitações específicas do constitucionalismo contemporâneo são de natureza substancial. Isso significa que além de limitar, no sentido formal tradicional, agora os direitos fundamentais *vinculam* o conteúdo das decisões produzidas, isto é, “o que deve e o que não deve ser decidido por quaisquer maiorias políticas” (CARBONELL; SALAZAR, 2005, p.517)

Essa orientação está presente, de certa forma, já na primeira decisão de legitimidade constitucional pronunciada pela Corte Constitucional italiana. Trata-se da sentença n. 1 de 1956, em sessão presidida por Enrico de Nicola, em julgamento histórico de 30 acusações criminais por abusos de liberdade de imprensa. Nessa primeira decisão a Corte declarou que mesmo as normas programáticas da Constituição italiana têm um caráter preceptivo (imperativo)⁷. Mas pronunciar que *regulae sunt servanda* não tem sido suficiente para que o novo paradigma se difunda pela interpretação jurídica operativa e doutrinária a fim de colmatar as

⁷ “Affermata la competenza di questa Corte, si può passare all'esame della questione di legittimità costituzionale proposta con le ordinanze sopra indicate. Se le disposizioni dell'art. 113 della legge di p.s. possano coesistere con le dichiarazioni dell'art. 21 della Costituzione é questione che ha già formato oggetto di moltissime pronunce della Magistratura ordinaria e di numerosi scritti di studiosi. Ma la questione é stata posta, quasi esclusivamente, sotto il profilo della abrogazione dell'art. 113 per incompatibilità con l'articolo 21 della Costituzione e le discussioni si sono svolte principalmente sul punto se le norme dettate in questo ultimo articolo fossero da ritenere precettive di immediata attuazione o programmatiche. Anche nel presente giudizio queste discussioni sono state riprese dalle parti. Ma non occorre fermarsi su di esse né ricordare la giurisprudenza formatasi in proposito, perché la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non é decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria vogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione. Pertanto é il contenuto concreto delle norme dettate nell'articolo 21 della Costituzione e il loro rapporto con le disposizioni dell'art. 113 della legge di p.s. che dovranno essere presi direttamente in esame, per accertare se vi sia contrasto dal quale derivi la illegittimità costituzionale di queste ultime disposizioni.” (SENTENZA N. 1. Deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 giugno 1956)

lacunas do sistema jurídico italiano e efetivar direitos sociais e vitais. Lembre-se que, nesse novo paradigma evidenciado pelo *Principia Iuris*, é o nexó entre direitos fundamentais e a atuação das pessoas jurídicas (como o Estado), o que justifica politicamente o edifício estatal e o direito positivo. Os poderes precisam estar efetivamente submetidos a *limites* e a *vínculos* para a garantia *de todos*. (D12.22) (FERRAJOLI, 2007, p.366).

Os direitos fundamentais são mais declarações de direitos; são vínculos que se impõem às condutas de todos. Como eles são universais, a eles correspondem deveres absolutos, *erga omnes*, que são, como já dito, as suas garantias primárias. Aos direitos individuais – que são direitos fundamentais negativos – correspondem como garantias primárias, deveres absolutos negativos consistentes em proibições de lesar. Aos direitos sociais – que são direitos positivos – correspondem como garantias primárias os deveres absolutos positivos consistentes em obrigações de prestar.

As garantias primárias dos direitos individuais consistentes na proibição de lesar são chamadas, por Ferrajoli (2007, p.773) de *limites* fundamentais; as garantias primárias dos direitos sociais são denominadas de *vínculos* fundamentais; e deveres fundamentais são o conjunto dessas duas garantias, sejam limites ou vínculos. Com esses limites e esses vínculos, as Cartas Constitucionais atuais podem ser entendidas como Cartas constitucionais de bens fundamentais, pois, de um lado, estipulam os vínculos à produção e distribuição de bens sociais e, de outro, traçam limites rigorosos ao mercado e à política. (FERRAJOLI, 2007, p.781).

Agora, se os direitos fundamentais não são apenas *limites*, Ferrajoli faz emergir o que pode ser a principal questão da obra: a completude, a coerência e a unidade dos ordenamentos jurídicos não podem mais ser vistos como *principia iuris tantum*. Devem ser vistos como *principia iuris et in iure*, pois em regimes de constituições rígidas em que os direitos fundamentais *vinculam* tanto a esfera pública quanto a privada, rigorosamente, não há lacunas, nem antinomias. As funções de garantia do Estado Constitucional são, assim, tipicamente judiciárias, pois as garantias primárias são o dever de completude, coerência e unidade, e as funções de Estado para assegurar as garantias primárias se realizam pelas garantias secundárias, que são jurisdicionais.

É da jurisdição que se reclama, agora, aplicação substancial das normas superiores, como os princípios constitucionais que veiculam direitos fundamentais.

Com isso, Ferrajoli julga ser de pouca importância a diferença entre *princípios e regras* proposta por Ronald Dworkin (2007, p.36), expressa na tese segundo a qual os princípios se *respeitam* enquanto que as regras, sejam formais ou substanciais, *aplicam-se*.

Também as regras, como são tipicamente as normas penais, quando são observadas, não são *aplicadas*, mas simplesmente *respeitadas*. E também os princípios constitucionais, por exemplo, quando são violados, emergem como regras, *aplicáveis* judicialmente – enquanto normas substanciais que preveem ‘hipóteses fáticas vedadas’ – às decisões inválidas que as violam. Contrapor regras e princípios como se umas fossem aplicáveis e as outras respeitadas, a partir de uma ponderação com outras razões de natureza diversa da ponderação exigida em cada interpretação sistemática, arrisca, de fato, a ofuscar e a fragilizar o valor vinculante dos princípios, tão mais seriamente se eles têm natureza constitucional. (FERRAJOLI, 2007, p.564-565).

Seu modelo normativo tutela as necessidades fundamentais como direitos fundamentais e conforma a esfera pública como um sistema de proibições de lesar ou de obrigações de prestar, ou seja, de *limites e vínculos* dispostos para garantir os direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2007, p.674)

Ferrajoli não restringe sua teoria da efetividade dos direitos fundamentais à existência de regras primárias, à funcionalidade de um aparato judiciário que assegure aplicação das normas primárias e de uma teoria jurídica que evidencie que a completude e a coerência são *principia iuris et in iure*. Empenha-se também em demonstrar “fatores sociais da efetividade”, ou seja, que a efetividade do direito e de seu aparato judiciário depende também, e muito, da existência de um “senso cívico” bem estruturado em sociedade (FERRAJOLI, 2007, p.705). Esse senso cívico tem condições de gerar um forte sentimento de observância das normas primárias e também de compreensão e atuação das normas jurisdicionais de garantia secundária.

5 Direitos fundamentais e democracia constitucional

Ferrajoli preocupou-se em elucidar alguns equívocos importantes da teoria dominante da cidadania desenvolvida por Thomas Marshall (1967). Associar a liberdade e os vários direitos civis de cidadania a um ‘pertencimento a uma comunidade cívica’ reflete mais adequadamente uma concepção política da liberdade vigente no mundo antigo. Para o *Principia Iuris*, alocar na *cidadania*, como faz Marshall, o pressuposto de todos os direitos fundamentais é obliterar a figura do *status personae* (ou personalidade) que, na tradição jurídica ocidental, sempre foi distinta da figura do *status civitatis* (*cidadania*).

A teoria das três gerações de direitos fundamentais, desenvolvida por Marshall, não explica a natureza jurídica desses direitos, e muito menos auxilia, segundo Ferrajoli, na efetivação dos direitos sociais. Para o *Principia Iuris*, os direitos fundamentais sociais não são vínculos de pertencimento à comunidade (*cidadania*); são vínculos que, como os direitos de liberdade, impõem-se às condutas de todos, e como são universais, a eles correspondem *deveres* absolutos, *erga omnes*, que são, as suas garantias primárias.

Os direitos fundamentais se distinguem, na realidade, em *direitos individuais*, (divididos em três categorias: as *liberdades a*, as *liberdades de*, e as *autonomias*), e os direitos sociais. (FERRAJOLI, 2007, p.743). Os direitos *sociais* também são “*direitos fundamentais a*” (ou direitos fundamentais positivos). Consistem em *expectativas imperativas de prestação positiva*, como é o caso das expectativas à saúde, à educação, à subsistência, à ocupação profissional etc. São por isso, direitos que garantem uma segurança positiva, “isto é, existem graças às prestações ou serviços de outros sujeitos, públicos ou privados” (FERRAJOLI, 2007, p.746). Os direitos *individuais* são “*direitos fundamentais de*” (ou direitos fundamentais negativos), que consistem em *expectativas imperativas de não violência, lesão ou de não interferência*, portanto, geram expectativas negativas. Por isso podem ser chamados também de *direitos-imunidade*, ou *imunidades fundamentais*, ou, ainda, *liberdades fundamentais*. As três categorias de direitos individuais assim se caracterizam:

1. As “*liberdades a*” (*direitos fundamentais individuais a*), são direitos individuais primários exclusivamente formados por expectativas de não lesão, de não interferência ou imunidades. Ferrajoli não inclui aqui as liberdades que são também

faculdades. São exemplos dessas “liberdades a”: o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à igualdade. É necessário notar que, nessa classificação, Ferrajoli coloca em primeiro lugar as liberdades individuais que não são faculdades, isto é, *que não são formas de agir*, ou, de acordo com a classificação de Isaiah Berlin (1981, p.133), as liberdades que não são liberdades positivas; as *liberdades a* de Ferrajoli são, assim, exclusivamente, direitos individuais primários exclusivamente formados pelas conhecidas liberdades negativas. Viver, nessa perspectiva, não é uma faculdade sujeita a uma escolha. Por isso, na linguagem dos direitos fundamentais, não se deve dizer “liberdade de viver”, mas “direito à vida”, o que equivale a “liberdade plena para viver”, dada a inafastabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade desse direito. Da mesma maneira, a integridade pessoal e a igualdade não são faculdades porque não são formas de ação do titular desse direito e também porque não são direitos disponíveis. Bem observados, estes três direitos individuais são *situações* e não *ações ou comportamentos*. São direitos fundamentais de *ser e estar* sem impedimentos ou lesões. “São direitos passivos que não possibilitam tipo algum de exercício” (FERRAJOLI, 2007, p.757).

2. As “*liberdades de*” são “*potestades de*” ou “*direitos de autonomia*”: “São direitos ativos, que possibilitam o exercício e que, por isso, podem interferir na liberdade de outros” (FERRAJOLI, 2007, p.757). São direitos individuais primários que incluem também as *faculdades*. Aqui Ferrajoli aloca as liberdades de *simples comportamento* (e não de atos jurídicos) e as classificam, todas, com substantivos: liberdade de palavra, liberdade de imprensa, liberdade de associação, liberdade de reunião. Estas *liberdades de* são, agora, *formas de ação*, pois *são as liberdades positivas* da classificação de Isaiah Berlin (1981). É por isso que as “*liberdades de*” podem ser facultativas. São liberdades individuais *de agir sem impedimentos*, mas o titular pode decidir se vai ou não exercer esse direito; se decidir exercer, no entanto, não pode ser impedido, pois são liberdades fundamentais.

3. Os direitos de *autonomia* são, para Ferrajoli, *direitos individuais secundários* que podem ser também potestades privadas ou políticas. Se forem poderes de autonomia privada estarão regidos pelo direito civil; se forem poderes de autonomia política estarão regidos pelos direitos políticos. Os direitos de autonomia civil são os direitos de autonomia *da pessoa*. Os direitos de autonomia política são os direitos de autonomia *do cidadão* (FERRAJOLI, 2007, p.744). O traço decisivo dessas autonomias é que elas dependem da *capacidade de agir* de seus titulares, tanto as privadas quanto as políticas. Ferrajoli reserva esse termo *autonomias* para designar aqueles direitos individuais que, de fato, configuram ocasiões em que *o titular do direito, ao exercê-lo, produz um ato jurídico novo*. Não são, portanto, as autonomias, meros comportamentos. São comportamentos que produzem atos jurídicos originais, seja na vida civil (pessoas e atos unilaterais ou contratos), seja na vida política (cidadãos e votos) e, por isso, estão sujeitos aos limites de forma e substância estabelecidos nas normas de sua produção. Essa é uma diferença que, segundo o autor, é ignorada pela tradição liberal (FERRAJOLI, 2007, p.745; 756).

Conclusão

Nos sistemas jurídicos atuais as *expectativas* geradas por obrigações e proibições em matéria de direitos fundamentais não efetivados não são, rigorosamente, *lacunas*. Essas expectativas têm natureza *imperativa*, pois têm, precisamente, *deveres* correlacionados a elas. A solução inovadora do *Principia Iuris* alça as *expectativas* geradas por obrigações e proibições em matéria de direitos fundamentais à condição de *expectativas imperativas*, ou seja, à condição de perfeitos *direitos subjetivos*. A efetividade do sistema está, portanto, posta e as lacunas, nesses casos, só podem ser compreendidas como ilícitos.

A teoria tradicional usa mais correntemente a expressão *eficácia*; já o termo *efetividade* tem, na tradição, um sentido de comportamento conforme as normas e, neste sentido, tem um traço mais sociológico, realista e menos jurídico. No entanto, no *Principia Iuris*, a palavra *eficácia* é usada para designar exclusivamente a relação entre um *ato* jurídico e seu *efeito* jurídico. Para Ferrajoli, não há sentido em falar de

efetividade em sentido puramente sociológico numa teoria geral do direito positivo. Isso é o mesmo que falar de algo extrajurídico. A efetividade e inefetividade foram introduzidas no *Principia Iuris* como *atributos das modalidades e das expectativas* em relação às suas *atuações* ou não *atuações*. Mas essa definição que se vale do termo *atuação* relaciona-se com *modalidades* e *expectativas* consistentes em regras, as quais se referem a classes de comportamentos gerais e abstratos e não a modalidades e expectativas singulares e comportamentos concretos, como faz a teoria tradicional. Pode-se ver que enquanto a eficácia está ligada aos efeitos jurídicos, isto é, a uma relação de causa e efeito jurídico; a efetividade está ligada à atuação, ou não, de fato, porém num sentido geral e abstrato, num sentido normativo.

É por conta dessa distinção entre efeitos jurídicos ligados a atos (causas) e efetividade ligada a *atuação* que Ferrajoli reintroduz o problema da nomodinâmica jurídica. Esse é o argumento para produzir a segunda importante ruptura com Kelsen (a teoria da *grundnorm*). Para Ferrajoli, também não há sentido em falar de normas hipotéticas numa teoria geral do direito positivo. Isso é falar, como já se disse, de algo extrajurídico. Nesta teoria Ferrajoli admite como originária, ou fundamental, uma modalidade, ou então, uma situação, que prefere chamar de *Poder Constituinte*.

Como se viu, a regulação da produção jurídica é o traço característico do direito positivo moderno, mas o Estado de Direito moderno está calcado no princípio da mera legalidade, nas liberdades individuais, na representação em parlamento e na separação de poderes. No *Principia Iuris*, este é o estado de direito em sentido fraco, pois exige que a produção de significados prescritivos decorra unicamente de atos reconhecidos como jurídicos por força de sua *forma*. É, ao invés, a regulação de significados por meio de normas substanciais que caracteriza o constitucionalismo e o estado de direito *em sentido forte (fundado no princípio da legalidade substancial)*, o qual impõe a todos os poderes, *limites*, em relação a liberdades, e *vínculos* de conteúdo, em relação a direitos sociais. Neste Estado constitucional, caracterizado por regimes de constituições rígidas, toda decisão está sujeita a normas substanciais que lhes condicionam a validade substancial.

Com esta distinção (entre mera legalidade e estrita legalidade) ele rejeita as explicações da teoria kelseniana, que faz um juízo formal da natureza dos ordenamentos jurídicos modernos e retoma Hans Kelsen para produzir uma importante crítica à tese do direito positivo enquanto sistema nomodinâmico: se, atualmente, o fundamento da validade do direito positivo é nomodinâmico em seu aspecto formal; é, por outro lado, nomoestático em seu aspecto substancial.

Referências

ARISTOTELES. *Les seconds analytiques*. Trad. J. Tricot. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1970.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo*: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2008.

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

FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Giuffrè, v. 43, n. 1, p. 290-304, 1966.

_____. *Principia iuris*. Teoria do direito e da democracia. Bari (Italia): Laterza, 2007. (Parte 1, 2 e 3).

_____. *Democracia y garantismo*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

ITALIA. Corte Costituzionale. *Sentenza n. 1*. Deciso in Roma, 5.5.1956. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza>> Acesso em: 20 out. 2009.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges; revisão técnica Péricles Prade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: _____. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 57-114.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Recebido: Fevereiro/2010

Aprovado: Março/2010