

O pensamento de Luigi Ferrajoli e as aporias na obra de Hans Kelsen



André Karam Trindade
Professor de Direito

Nessa sexta-feira (22/4), os professores Alfredo Copetti (Unijuí) e José Luis

Bolzan de Moraes (Unisinos) estiveram com Luigi Ferrajoli, participando do *Seminario Internazionale Stato e Costituzione IX*, na Universidade de Roma *La Sapienza*. Entre os temas debatidos no evento, o mais recente livro do renomado jurista italiano: *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* (ed. Laterza, 2016), cuja tradução para o português já se encontra em estágio avançado, sob a coordenação de Alexander Araújo de Souza.

Image not found or type unknown



“A lógica é aplicável ao Direito? A produção do Direito está vinculada à

coerência lógica com os princípios constitucionais? É contraditório falar de direito ilegítimo? Existem direitos mesmo na ausência de garantias que os tornem efetivos? Qual é a relação entre existência, validade e eficácia das normas e qual o fundamento último do Direito? A jurisdição é somente aplicação ou também criação do Direito? Essas e outras questões fundamentais para a Teoria do Direito e da



democracia continuam a ser postas pela obra de Kelsen, o mais importante teórico do Direito do século XX. Luigi Ferrajoli reconstrói as teses de Kelsen, mostrando seus méritos, mas também suas contradições, à luz do novo paradigma da democracia constitucional” (contracapa).

O livro se estrutura, analiticamente, em uma premissa e dez capítulos, que correspondem às aporias kelsenianas: (I) a assunção do *dever ser* da sanção como categoria explicativa de toda a fenomenologia do direito; (II) a ideia de que os direitos subjetivos são apenas reflexos e pressupostos dos correspondentes deveres e das relativas sanções; (III) a desconfiança pela incorporação dos direitos fundamentais nas constituições; (IV) a confusão entre existência, validade e eficácia das normas e a negação do direito ilegítimo; (V) as ambivalências sintáticas e semânticas da noção de norma, incluindo a ficção antipositivista da norma fundamental; (VI) a progressiva remoção da dimensão estática dos ordenamentos jurídicos, em favor de sua dimensão puramente dinâmica nos estados constitucionais de direito; (VII) a tese da inaplicabilidade da lógica ao direito; (VIII) o caráter criativo e puramente volitivo da jurisdição em oposição ao caráter descritivo da ciência jurídica; (IX) a democracia política como autogoverno e a jurisdição como fonte de direito; (X) a concepção tão-somente formal das democracias atuais.

Como adverte Ferrajoli, o interesse pelas aporias de Kelsen não se deve ao seu caráter historiográfico, mas porque elas dizem respeito ao “mais importante aparato teórico de que dispõe a ciência do direito e também porque uma grande parte delas ainda se encontra na base — graças à autoridade de Kelsen — de uma difundida interpretação reducionista do constitucionalismo baseada sobre a desvalorização do papel da lógica na racionalidade jurídica, nos juízos sobre a validade das normas e na proteção das garantias implicadas e impostas pela sintaxe do paradigma constitucional”.

Trata-se, em suma, de uma obra extremamente crítica e corajosa. Isso porque, como todos sabem, Ferrajoli nunca abriu mão de sustentar uma concepção positivista de direito. Seu pensamento — em cujas bases se encontra a filosofia analítica — foi nitidamente influenciado pelas teses normativistas de Kelsen e, sobretudo, de Bobbio.

No entanto, o projeto levado a cabo por Ferrajoli — conhecido, mundialmente, por modelo *garantista* — sempre assumiu uma perspectiva crítica, especialmente diante do denominado *paleo-juspositivismo*. Ao longo de sua vasta obra, cujo início remete à década de 60, Ferrajoli foi identificando e corrigindo os *gaps* do pensamento do mestre de Viena. Ou melhor: Ferrajoli foi ajustando e adaptando, gradualmente, a Teoria Geral do Direito Positivo — formulada por Kelsen, em 1934, com a primeira edição da *Reine Rechtslehre* —, atualizando-a de acordo com as exigências resultantes da consolidação do paradigma do Estado Constitucional de Direito.

Eis um livro cuja leitura certamente vale a pena. Hoje ninguém duvida da importância de Kelsen. Ele é genial. Deu-se conta de que era impossível fazer ciência no entremeio do agir dos juristas e da aplicação do Direito. Por isso, enquanto os positivistas que o antecederam e rodeavam procuravam lidar diretamente com o Direito, Kelsen escolheu outro caminho: fazer Ciência do Direito. E, para isso, era necessária uma perspectiva externa. Descritiva. Enquanto os positivistas limitavam-se a separar direito e moral, Kelsen, realisticamente, buscou separar a ciência do direito da moral. E até hoje os juristas correm atrás do próprio rabo. Talvez o grande mistério seja descobrir o modo como um discípulo de Kelsen como Ferrajoli tenha conseguido lidar com esses dois níveis da teoria kelseniana. Esse novo livro talvez nos ajude a compreender essa intrincada problemática: como ser positivista depois de Kelsen e



conservar um olhar prescritivo *do* e *no* Direito?

Date Created
23/04/2016