

SERGIO CADEMARTORI

**ESTADO DE DIREITO E LEGITIMIDADE - UMA
ABORDAGEM GARANTISTA**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
como pré-requisito para obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientador:

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Jr.

Florianópolis/1997

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

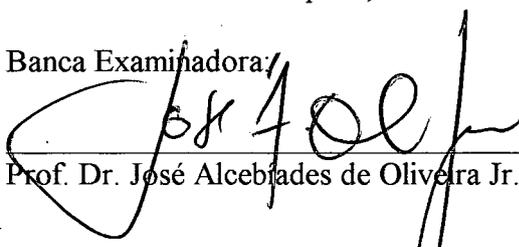
**TESE: ESTADO DE DIREITO E LEGITIMIDADE - UMA ABORDAGEM
GARANTISTA**

Elaborada por: **SERGIO CADEMARTORI**

E aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Florianópolis, 29 de setembro de 1997

Banca Examinadora:



Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Jr. - Presidente

Prof. Dr. José A. de Oliveira Baracho - UFMG

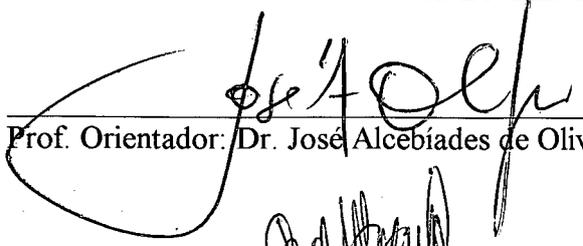
Prof. Dr. Lenio Luiz Streck - Unisinos

Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold - UFSC

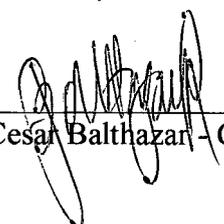
Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UFSC

Prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Mello - UFSC (suplente)

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer - UFSC (suplente)



Prof. Orientador: Dr. José Alcebiades de Oliveira Jr.



Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar - Coordenador do CPGD

“De todos os fatos da Era da Catástrofe, os sobreviventes do século XIX ficaram talvez mais chocados com o colapso dos valores e instituições da civilização liberal cujo progresso seu século tivera como certo, pelo menos nas partes ‘avançadas’ e ‘em avanço’ do mundo. Esses valores eram a desconfiança da ditadura e do governo absoluto; o compromisso com um governo constitucional com ou sob governos e assembléias representativas livremente eleitos, que garantissem o domínio da lei; e um conjunto aceito de direitos e liberdades dos cidadãos, incluindo a liberdade de expressão, publicação e reunião. O Estado e a sociedade deviam ser informados pelos valores da razão, do debate público, da educação, da ciência e da capacidade de melhoria (embora não necessariamente de perfeição) da condição humana.”
Eric J. Hobsbawm, “Era dos Extremos”

AGRADECIMENTOS

Ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na pessoa de meus colegas professores, pelo apoio constante;

Às funcionárias do CPGD, pela disposição entusiasmada de todos os momentos;

Aos professores do Departamento de Filosofia del Derecho, Moral y Política da Universidad de Granada, pela calorosa acolhida;

Ao Mestre Nicolás López Calera, pela sua disponibilidade e afeto;

Aos meus irmãos granadinos José Luis e Maritina;

Aos meus filhos, Fernanda e Matheus, por existirem;

Aos meus familiares, pela torcida e incentivo;

Aos amigos José Luis Bolzan de Moraes, Luiz Ermani Araújo e Maurício Berni, pelos diálogos frutíferos;

Ao Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Jr., pela cumplicidade acadêmica na condução deste trabalho.

Para Daniela,
com todo meu amor

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a examinar (1) o Estado de Direito enquanto estrutura normativa complexa subordinada ao atendimento dos direitos fundamentais, e (2) o processo de deslegitimação que, no caso brasileiro, o mesmo sofre nos últimos tempos, pelo surgimento de um novo padrão de legitimação, aqui chamado de legitimação pela eficácia, a qual tenta solapar as bases tradicionais de legitimação política, em nome de um discurso salvacionista de corte economicista.

Para a concretização desse objetivo, o trabalho foi organizado da seguinte maneira: 1) um estudo do Estado de Direito em sua perspectiva diacrônica, examinando como se desenvolve o mesmo a partir da falência do Estado absolutista, passando pelo Estado legal de Direito até chegar-se ao contemporâneo Estado Constitucional de Direito; 2) uma abordagem conceitual dos direitos fundamentais como limites intransponíveis da atividade estatal nesta última forma política; 3) uma análise das relações normativas próprias do Estado de Direito no estrito campo da validade, desvinculando-as do plano da realidade fática, estabelecendo assim a diferença entre validade e eficácia das normas; 4) a adoção de uma teoria - no caso, a teoria geral do garantismo - que possibilita dar conta do fenômeno da separação entre vigência e validade das normas, para além da separação

validade/eficácia; 5) com base nessa teoria, a postulação de novos papéis tanto para a atividade judiciária quanto para a ciência jurídica, a partir de um redimensionamento dos conceitos de lacunas e antinomias normativas; 6) o exame das diferentes teorias sobre a legitimidade hegemônicas ao longo do século XX; 7) uma análise da abordagem garantista da legitimidade, entendida como ancoragem externa do Estado às finalidades impostas ao mesmo pela sociedade, qual sejam a implementação e promoção dos direitos fundamentais; 8) uma leitura do discurso constitucional brasileiro como sistema de garantias; e 9) a denúncia da violenta deslegitimação sofrida pelo Estado brasileiro a partir do encobrimento do modelo de legitimação jurídica por um discurso que erige a eficácia econômica a pilar de sustentação das relações de obediência política e produção de consenso.

Assim, a revisão desta temática indica a necessidade de resgatar-se a abordagem axiológica da legitimidade - sempre dentro do paradigma garantista - como forma de recolocar-se a dignidade da pessoa, entendida esta como titular de direitos fundamentais, no papel de valor fundante da obrigação política.

RESUMEN

El presente trabajo se propone examinar (1) al Estado de Derecho como estructura normativa compleja supeditada a la satisfacción de los derechos fundamentales, y (2) el proceso de deslegitimación que, en el caso brasileño, aquél sufre en los últimos tiempos, por el surgimiento de un nuevo standard de legitimación, aquí llamado de legitimación por la eficacia, la cual intenta minar las bases tradicionales de legitimación política, en nombre de un discurso salvacionista de corte economicista.

Para la concreción de ese objetivo, el trabajo ha sido organizado en la siguiente forma: 1) Un estudio del Estado de Derecho en su perspectiva diacrónica, examinando como se desarrolla el mismo a partir de la quiebra del Estado absolutista, pasando por el Estado legal de Derecho hasta desembocar en el contemporáneo Estado Constitucional de Derecho; 2) un abordaje conceptual de los derechos fundamentales como límites insalvables de la actividad estatal, en esta última forma política; 3) un análisis de las relaciones normativas propias del Estado de Derecho, en el estricto plano de la validez, desvinculándolas del plano de las realidades de hecho, estableciéndose así la diferencia entre validez y eficacia de las normas; 4) la adopción de una teoría - en el caso, la teoría general del garantismo - que posibilita dar cuenta del fenómeno de la separación entre vigencia y validez de las normas, más allá de la separación validez/eficacia; 5) con base en esa teoría, el planteo de nuevos

roles tanto para la actividad judicial como para la ciencia jurídica, a partir de un redimensionamiento de los conceptos de lagunas y antinomias normativas; 6) el examen de las diferentes teorías sobre la legitimidad consideradas hegemónicas a lo largo del siglo XX; 7) un análisis del abordaje garantista de la legitimidad, entendida como anclaje externo del Estado con las finalidades impuestas al mismo por la sociedad, como sean la implementación y promoción de los derechos fundamentales; 8) una lectura del discurso constitucional brasileño como sistema de garantías; y 9) la denuncia de la violenta deslegitimación sufrida por el Estado brasileño a partir del encubrimiento del modelo de legitimación jurídica por un discurso que coloca a la eficacia económica como eje de fundamentación de las relaciones de obediencia política y producción de consenso.

De esa forma, la revisión de esa temática indica la necesidad del rescate del abordaje axiológico de la legitimidad - siempre dentro del paradigma garantista - como forma de recolocarse a la dignidad de la persona, entendida ésta como titular de derechos fundamentales, en el papel de valor fundante de la obligación política.

RÉSUMÉ

Le but de ce travail est d'examiner (1) l'Etat de Droit en temps que structure normative complexe subordonnée à l'assistance des droits fondamentaux, et (2) le procès de délégitimation qui l'affecte. Dans le cas brésilien, il s'agit du surgissement d'un nouveau modèle de légitimation appelé légitimation par l'efficacité. Celle-ci essaie de saper les bases traditionnelles de légitimation politique, au noms d'un discours salavtioniste de coupe economiciste.

Pou atteindre l'objectif, le travail a été organisé de la façon suivante: 1) un étude de l'Etat de Droit dans sa perspective diachronique, examinant comment il se développe partant de la faillite de l'Etat absolutiste, passant par l'Etat légal de Droit jusqu'à l'Etat Constitutionnel de Droit contemporain; 2) un abordage conceptuel des droits fondamentaux comme limite absolue de l'activité étatique en ce dernière forme politique; 3) une analyse des relations normatives propres de l'Etat de Droit dans le champ restreint de la validité, en les déliant du plan de la réalité factuelle, établissant ainsi la différence entre validité et efficacité des normes; 4) l'adoption d'une théorie - dans ce cas, la théorie générale du garantisme - qui permette de s'occuper du phénomène de la séparation entre viguer et validité des normes, au-delà de la séparation validité/efficacité; 5) sur cette base théorique, la postulation de

nouveaux rôles aussi bien pour l'activité judiciaire que pour la science juridique, en partant d'un redimensionnement des concepts de lacunes et antinomies normatives; 6) l'examen des différentes théories sur la légitimité hégémoniques au long du XXème siècle; 7) une analyse de l'abordage garantiste de la légitimité, entendue comme ancrage externe de l'Etat aux finalités imposées par la société, c'est à dire le respect des droits fondamentaux; 8) une lecture du discours constitutionnel brésilien comme système de garanties; 9) la dénonciation de la violente délégitimation soufferte par l'Etat brésilien à partir du recouvrement du modèle de légitimation juridique par un discours qui érige l'efficacité économique en pilier de sustentation des relations d'obéissance politique et de production du consentement.

De cette façon, la révision de cette thématique indique le besoin de retrouver l'abordage axiologique de la légitimité - toujours dans le paradigme garantiste - comme façon de replacer la dignité de la personne, entendue comme titulaire de droits fondamentaux, dans le rôle de valeur fondante de l'obligation politique.

SUMARIO

INTRODUÇÃO.....	18	
PARTE I - O ESTADO DE DIREITO.....	23	
CAPÍTULO I - O ESTADO LEGAL DE DIREITO		
E O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....		24
<i>1.1 Considerações Introdutórias.....</i>	<i>24</i>	
<i>1.2 O Governo Per Leges.....</i>	<i>27</i>	
<i>1.3 O Governo Sub Lege.....</i>	<i>35</i>	
<i>1.4 O Estado Constitucional de Direito.....</i>	<i>38</i>	
<i>1.5 Os direitos fundamentais.....</i>	<i>48</i>	
<i>1.5.1 Direitos como limites.....</i>	<i>48</i>	
<i>1.5.2 Direitos fundamentais e Poderes.....</i>	<i>52</i>	
<i>1.5.3 A Construção da Idéia de Direitos Fundamentais como</i> <i>“Direitos Subjetivos Públicos”.....</i>	<i>56</i>	
<i>1.5.4 Direitos individuais e Direitos transindividuais.....</i>	<i>58</i>	

<i>1.6 A natureza contrafática das normas</i>	60
---	----

CAPÍTULO II - A RELAÇÃO VALIDADE/EFICÁCIA

NA TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA.....	62
---------------------------------------	----

<i>2.1 Considerações Preliminares</i>	62
---	----

<i>2.2 A relação validade/eficácia em Kelsen</i>	67
--	----

<i>2.3 A relação validade/eficácia em Hart</i>	75
--	----

<i>2.4 Normas e princípios: a concepção de Dworkin</i>	78
--	----

<i>2.5 A abordagem de Alf Ross</i>	81
--	----

<i>2.6 Aulis Aarnio</i>	87
-------------------------------	----

<i>2.7 Joseph Raz</i>	89
-----------------------------	----

<i>2.8 A relação em Norberto Bobbio</i>	90
---	----

<i>2.9 A relação validade/eficácia na perspectiva pragmática de Tercio Sampaio Ferraz Jr.</i>	94
---	----

<i>2.10 Resumo das posições apresentadas</i>	99
--	----

CAPÍTULO III- A TEORIA GERAL DO GARANTISMO..	102
3.1 <i>Características gerais do Garantismo</i>	108
3.1.1 <i>Generalidades</i>	108
3.1.2 <i>Os conceitos garantistas de validade, vigência e eficácia no moderno Estado constitucional de Direito</i>	110
3.2 <i>O garantismo como teoria jurídica</i>	115
3.2.1 <i>Uma teoria positivista crítica</i>	115
3.2.2 <i>Antinomias e lacunas</i>	118
3.3 <i>Juízos de vigência e juízos de validade</i>	119
3.4 <i>Direitos e garantias dos direitos</i>	121
3.5 <i>Distinção garantista entre direitos fundamentais e garantias</i>	122
3.6 <i>O Estado de Direito em julgamento</i>	125

PARTE II - AS TEORIAS SOBRE A LEGITIMIDADE E O ENFOQUE GARANTISTA.....	126
--	-----

CAPÍTULO IV - ALGUMAS TEORIAS

TRADICIONAIS SOBRE A LEGITIMIDADE.....	127
4.1 <i>Considerações Iniciais</i>	127
4.2 <i>Legitimidade e Legitimação</i>	130
4.3 <i>A Legitimidade na sociologia Weberiana</i>	134
4.4 <i>Legitimidade e valores</i>	139
4.5 <i>Legitimidade e consenso das maiorias</i>	147
4.6 <i>Legitimidade e eficiência do direito</i>	157
4.7 <i>Valores e performances</i>	163

CAPÍTULO V - O ENFOQUE FUNCIONALISTA - SISTÊMICO DA LEGITIMIDADE.....	167
5.1 <i>Niklas Luhmann</i>	167
5.2 <i>A Contribuição habermasiana</i>	171
5.3 <i>Derivações da teoria habermasiana</i>	193
5.4 <i>A legitimação através do Direito</i>	198
5.5 <i>Legitimidade e Legalidade</i>	203
5.6 <i>Maiorias e ética comunicativa</i>	214
5.7 <i>Os limites da decisão majoritária</i>	217
CAPÍTULO VI - O MODELO GARANTISTA DE LEGITIMIDADE.....	224
6.1 <i>O Garantismo como filosofia da política</i>	224
6.2 <i>Legitimação formal e legitimação substancial garantistas</i>	226
6.3 <i>Democracia e estado de direito</i>	229
6.4 <i>Estado de direito liberal e estado de direito social</i>	231
6.5 <i>Garantismo e democracia substancial</i>	233

<i>6.6 Autopoiese e heteropoiese - Novas aplicações dos termos.....</i>	<i>235</i>
<i>6.7 Diferenças e Desigualdades.....</i>	<i>240</i>
<i>6.8 Falácia Politicista e Falácia Garantista.....</i>	<i>242</i>
<i>6.9 Do modelo à realidade.....</i>	<i>245</i>
CONCLUSÃO.....	247
<i>1. Considerações Introdutórias.....</i>	<i>248</i>
<i>2. O Discurso Normativo da Constituição Brasileira como Sistema de Garantias.....</i>	<i>251</i>
<i>3. Da Ilegitimidade dos Governos pelo Desrespeito aos Direitos Fundamentais.....</i>	<i>256</i>
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	266

INTRODUÇÃO

Esta tese, intitulada *Estado de Direito e Legitimidade - uma Abordagem Garantista*, busca empreender uma análise introdutória de alguns dos fatores - principalmente no nível jurídico - que demarcam a situação de crise pela qual passam hoje os Estados de Direito, bem como oferecer uma proposta de recuperação - mantendo-se sempre na esfera do jurídico - das práticas normativas e administrativas que se coadunem com um verdadeiro Estado Constitucional de Direito.

Serve-se para isso de uma teoria jurídica - a teoria geral do garantismo, tal como apresentada por Luigi Ferrajoli - que é entendida como capaz de : a) dar conta de uma análise rigorosa da estrutura normativo-institucional desse fenômeno de dominação conhecido como “Estado de Direito” em sua versão contemporânea; b) propor um caminho para a correção das distorções que hoje determinam a crise desse modelo.

O trabalho se divide em quatro partes, a saber: 1) a presente introdução, onde se oferece um panorama geral do trabalho; 2) o capítulo primeiro, no qual se apresenta em linhas gerais a estrutura do estado de direito, a partir do modelo de dominação racional-legal proposto por Max Weber; encetando, a partir daí, a análise da formação histórica do Estado de

Direito, a partir de sua configuração como Estado Legal de Direito até chegar-se ao seu perfil contemporâneo, que evidencia um poder limitado pelo Direito. Esses limites de atuação impostos hodiernamente a essa estrutura juridico-política são conhecidos como direitos fundamentais, os quais foram formulados como direitos naturais na aurora da modernidade, tendo sido posteriormente incorporados às diversas Constituições a partir de finais do século XVIII. Aqui postula-se, como exigência mínima de legitimidade de um Estado Democrático de Direito, na esteira de Bobbio, o respeito aos direitos fundamentais das pessoas que o instituem. Faz-se então uma sucinta apresentação destes verdadeiros direitos naturais positivados, a partir de autores de direito constitucional positivo, com o travejamento teórico bobbio. Estabelecem-se as distinções necessárias entre direitos de diversas gerações, com atenção aos direitos transindividuais.

A idéia de direitos fundamentais como limitadores da ação do poder soberano (representante das maiorias no Estado de Direito) é central na análise da crise desse artifício político, eis que se constata hoje um processo de colonização do discurso jurídico por um outro discurso de corte economicista, o qual impõe uma subordinação dos direitos individuais e coletivos à eficácia de planos econômicos, promovida por governos que têm como padrão de legitimação a eficácia no domínio econômico. No nível jurídico, verifica-se que essa *legitimação pela eficácia* tem como reflexo a coonestação de normas inconstitucionais, dando como *válidas* as normas que implementam a *eficácia* dos referidos programas de intervenção econômico-

financeira. Surge assim a necessidade de analisar-se a relação validade/eficácia das normas na teoria jurídica contemporânea, a fim de verificar-se a possível incongruência entre esses dois níveis. Consequentemente procede-se ao exame das posições de diversos autores sobre a relação referida, tomando-se como referenciais alguns dos mais importantes juristas da contemporaneidade, tais como Kelsen, Hart, Dworkin, Ross, Bobbio e outros. Conclui-se que muitos autores de fato reduzem a validade à eficácia, sendo que outros as mantêm como distintas, mas suas análises são limitadas por não manterem a importante distinção entre *validade* e *vigência*. Assim, a quase totalidade das teorias jurídicas, no que diz com esse problema, mostram-se inoperantes para lidar com algumas disfunções centrais do estado de direito, quais sejam as antinomias normativas que se apresentam entre normas constitucionais ineficazes e normas infra-constitucionais inválidas. Aparece então a necessidade de operar com uma teoria que dê conta desses problemas. Por via de consequência, adota-se a teoria garantista, tanto para examinar as referidas disfunções do Estado de Direito - por entender-se que ela se mostra extremamente capaz de analisar o fenômeno em todos os seus aspectos - como para apontar os caminhos, no nível jurídico, para minimizar o déficit de legitimação apresentado hoje pelos Estados de Direito que, como o nosso, avassalam muitos direitos fundamentais em nome de uma suposta racionalidade econômica.

Com efeito, a teoria garantista, ao partir do pressuposto epistemológico da centralidade da pessoa, mostra-se como uma teoria de legitimação ascendente (*ex parte populi*) que interroga o estado de direito a partir do nível jurídico, trazendo a discussão sobre o questionamento de leis “justas” ou “injustas” para o campo da teoria jurídica - substituindo essa terminologia pela de “leis vigentes/válidas” ou “vigentes/inválidas”. O critério de validade será o de harmonização ou não com os valores que são plasmados nas cartas de direitos fundamentais. Torna-se assim poderoso instrumento em mãos de operadores do direito para questionar possíveis atropelos ao estado de direito por parte de autoridades tanto administrativas como legislativas.

No terceiro capítulo são examinadas algumas das mais difundidas teorias sobre a legitimidade, que a esteiam ora na legalidade, ora na vontade da maioria, ora no consenso. Exemplo do primeiro caso é o da teoria weberiana; do segundo, das teses de Elias Díaz; do terceiro, as reivindicações habermasianas. O capítulo culmina com o enfoque garantista da legitimidade do Estado de Direito, abordagem que ancora aquela no respeito e na promoção dos direitos fundamentais, como forma de atender a valores superiores e externos ao ordenamento. De fato, esta teoria possui uma concepção instrumental do Estado de Direito: este é criado pela sociedade para atender às aspirações da mesma. Ou seja, legitima-se o Estado de Direito na medida em que atenda às aspirações, bens e interesses que justificam a sua existência.

Isto implicará inclusive uma redefinição do conceito mais simplista e politicista de democracia, que a vê como consagração do princípio da maioria. De fato, como se verá, a democracia é entendida pelo garantismo como o Estado de Direito munido tanto de garantias liberais quanto de garantias sociais.

Aqui assume particular importância o princípio da igualdade, entendido como um meta-valor a informar toda a carga axiológica inserida nas Declarações de Direitos Fundamentais. O respeito à igualdade formal e às diferenças pessoais erige-se então em eixo central de referência de legitimidade do poder.

Por último, as *conclusões* tecem considerações sobre a aplicabilidade concreta da teoria garantista como método de correção daqueles desvios antes apontados na prática cotidiana do exercício do poder normativo dentro do Estado de Direito contemporâneo, principalmente em nosso país. Para tal fim, nessa parte é examinado sumariamente o discurso normativo constitucional demarcado pela Constituição Federal de 1988, para constatar-se a existência de um verdadeiro sistema de garantias a permear toda a Carta Maior, como condição de entender-se o ordenamento jurídico-político fundado por aquela como verdadeiro Estado de Direito. Num segundo passo, verifica-se como a ação infra-constitucional - e até eventualmente constitucional - dos governos atuais promove uma verdadeira deslegitimação jurídica do Estado de Direito, na medida em que introduz um novo critério de

legitimação - a legitimação pela eficácia - que encobre a razão jurídica, avassalando assim os direitos fundamentais em nome de uma suposta racionalidade econômica. Por fim, sugere-se aos operadores do direito a adoção de uma perspectiva garantista para combater esse vento regressivo que tenta abalar a rocha, fruto da construção da razão iluminista e libertária, que é o Estado de Direito.

Para finalizar, algumas observações de método: a) o método aqui empregado é de dedutivo, para estabelecer os confrontos entre os autores, e partindo de uma teoria geral para aplicar ao caso particular do Brasil; b) A expressão “Estado” é aqui entendida no sentido weberiano: *Por estado debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente*¹; c) quando for adotada a expressão “Estado de Direito” *tout court*, estar-se-á fazendo referência ao Estado Constitucional de Direito, mantendo-se a diferença entre os termos apenas para efeitos analíticos no capítulo correspondente na parte I; d) o trabalho é fruto exclusivo de pesquisa bibliográfica.

¹ (Por *estado* deve entender-se um *instituto político* de atividade contínua quando e na medida em que seu quadro administrativo mantenha com êxito a pretensão ao *monopólio legítimo* da coação física para a manutenção da ordem vigente.) Cf. WEBER, 1984, pp. 43-4 (ênfases no original). Adverte-se que as traduções das citações são livres e do autor da presente tese.

PARTE I - O ESTADO DE DIREITO

CAPÍTULO I - O ESTADO LEGAL DE DIREITO E O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

1.1 Considerações Introdutórias

Em inspirado ensaio, Norberto Bobbio¹ postula, como um dos principais problemas relacionados à teoria política, a criação de mecanismos para a defesa do cidadão frente ao poder². Esses mecanismos assumem características próprias no Estado que surge a partir do século XIX como resposta às exigências provenientes da burguesia em ascensão visando a conter os impulsos do poder tradicional, embasado no patrimonialismo e clientelismo³. O novo Estado insere-se num quadro de

¹ Cfr. BOBBIO, Norberto, 1992 - pp. 143-159.

² *O alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele* (ibid, p. 143 - ênfase acrescentada)

³ Sobre o conceito de poder tradicional, disserta Weber: *Existen tres tipos puros de dominación legítima. El fundamento primario de su legitimidad puede ser: (...) 2. De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional)*. Cf. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984, 1 vol., p. 172. (ênfases no original) Sobre o patrimonialismo, como manifestação típica da dominação tradicional, acentua este autor: *...hablamos de una organización estatal-patrimonial cuando el soberano organiza en forma análoga a su poder doméstico el poder político y, por tanto, el dominio sobre los hombres y territorios extrapatrimoniales, sobre los súbditos políticos, dominio que no puede utilizar, como el poder doméstico, la fuerza física. La mayoría de todos los grandes imperios continentales hasta los umbrales de la Época Moderna e inclusive dentro de esta misma época han ofrecido rasgos patrimoniales bastante acusados.*

La administración patrimonial se ha adaptado originariamente a las exigencias personales del señor, especialmente de su hacienda privada. La obtención de un dominio político, es decir, del dominio de un señor sobre otros no sometidos al poder doméstico, significa entonces la agregación al poder doméstico de diferentes relaciones de señorío que, sociológicamente consideradas, difieren sólo en grado y contenido, pero no por la estructura misma. El contenido del poder político se halla determinado por condiciones de muy diversa índole. Los dos poderes específicamente políticos a que nos referimos aquí - el poder judicial y

progressiva transformação daquele poder tradicional - embasado em relações pessoais e patrimoniais - rumo à impessoalização da dominação, denominada por Weber como sendo *legal-racional*. Neste tipo de dominação (que Weber qualifica de “tipo puro”, já que inexistente na empiria), a dominação dá-se a partir de um cálculo racional utilitário do dominado entre as vantagens da obediência e as desvantagens da desobediência à ordem do soberano (daí a sua “racionalidade”); mas o mais importante neste tipo de dominação é que a ordem do soberano é corporificada em norma legal, impessoal e genérica, com previsão de consequências jurídicas. Forma-se assim uma burocracia que age através de *expediente*, ou seja, de procedimentos administrativos, sendo essa mesma burocracia recrutada através de critérios impessoais⁴. Veja-se mais detida e esquematicamente as características salientadas por Weber da estrutura da dominação burocrática:

a) seu fundamento de legitimidade repousa na crença na legalidade de ordenações estatuídas e dos Direitos de mando dos *senhores* (aqueles designados pelas normas para exercer a autoridade);

b) estas ordenações podem ser pactuadas ou outorgadas;

c) o próprio soberano está sujeito às normas criadas por essas formas;

el militar - son ejercidos por el señor ilimitadamente sobre las personas que le están patrimonialmente sometidas como partes integrantes del poder doméstico” (ibid, pp. 759-60 - ênfases no original) . Sobre o patrimonialismo como categoria de análise sociológica para entender a formação do patronato político brasileiro, cf. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Porto Alegre, Globo, 1984.

⁴ ibid, pp. 170-180 e principalmente os trechos *Sociología de la Dominación* (pp. 695-753) e *La Institución Estatal Racional..*” (pp. 1047-1118), onde são apresentadas as características desse tipo de dominação que aqui são resumidas.

d) apresenta seu tipo mais puro na dominação burocrática (dominação legal), que por seu lado possui as seguintes categorias fundamentais:

- 1) Esse exercício de dominação está sujeito à lei;
- 2) situa-se dentro de uma competência (deveres e serviços objetivamente delimitados);
- 3) vigora o princípio da hierarquia administrativa (com as subsequentes faculdades de ordenação e inspeção por parte das instâncias superiores e o Direito de queixa a essas instâncias superiores);
- 4) a aplicação das regras exige formação profissional e saber especializado;
- 5) dá-se no caso o princípio da separação plena entre o quadro de funcionários e os meios de administração e produção; e
- 6) vigora o princípio de atinência ao *expediente*⁵

A formalidade é o princípio básico de organização desse artifício de dominação, que foi-se formando ao longo dos últimos séculos. Numa perspectiva diacrônica, pode-se esquematicamente dividir essa progressiva

⁵ Cf. WEBER, 1984, p. 170.

consolidação em governo *per leges*, *sub lege* e *Estado Constitucional de Direito*. Veja-se a seguir cada uma destas configurações.

1.2 O Governo Per Leges

Este novo aparato de dominação age *per leges*, ou seja, através de ordens gerais e abstratas. Além disso, encontramos aqui uma subordinação do soberano a normas superiores que não lhe é dado suprimir ou violar: trata-se perante um poder *sub lege*⁶. Como diz Peña⁷, falamos de governo *per leges* quando este expressa-se mediante leis predominantemente gerais e abstratas e não através de atos particulares, privilégios ou estatutos pessoais. Acrescenta ele a esta característica geral ainda uma outra: a de que a lei, enquanto fonte do direito, seja fruto da vontade geral, entendida num sentido muito amplo, de forma que seja possível excluir do conceito “lei no Estado de Direito” as expressões normativas pessoais ou absolutistas, mesmo no caso em que estas reünam aquelas duas formalidades (generalidade e abstração)⁸.

⁶ Cf. BOBBIO, 1989: ...por ‘governo da lei’ entendem-se duas coisas diversas embora coligadas: além do governo *sub lege* [entendido pelo autor como subordinação de todo o poder ao direito] também o governo *per leges*, isto é, mediante leis, ou melhor, através da emanação (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis preestabelecidas, outra coisa é exercê-lo mediante leis, isto é, não mediante ordens individuais e concretas (p. 156).

⁷ Cf. PEÑA, 1996.

⁸ *Ibid.*, p. 37.

De seu lado, o governo *sub lege* equivale à submissão de todo poder ao direito, desde o nível mais baixo até os superiores, através do processo de legalização de toda e qualquer ação de governo⁹

Adverte ainda este autor que as duas expressões apontam para âmbitos diferenciados da ação do governo - já que, conquanto a idéia do governo *sub lege* faça referência às relações do poder com suas próprias normas, com o direito, ao qual se declara submetido, o exercício do poder *per leges* aponta para aspectos formais do poder em suas relações com os súditos, mediante a exigência de determinadas formalidades exigidas da norma para esta ser válida e assim vinculante, como seriam a generalidade, a abstração e ser fruto da vontade geral. Mas, apesar da possibilidade dessa distinção teórico-metodológica, entre essas fórmulas, a verdade é que, no processo de afirmação histórica do Estado de Direito, a afirmação da submissão do poder ao direito foi acompanhada pela exigência de que aquele se expressasse de modo preferencial através de normas gerais e abstratas, traço esse definatório do governo *per leges*. O motivo, para o professor espanhol, não é outro do que a vinculação axiológica entre as duas formulações¹⁰, já que ambas aludem à diferenciação e pois à impossibilidade de redução entre o poder político e o direito. De fato, as duas noções apontam para as exigências derivadas da igual posição de todos perante o poder político, já que os indivíduos reclamam: a) um tratamento geral e

⁹ Cf. PEÑA, 1996, p. 37.

¹⁰ E explica: *Ambas nociones aluden a las exigencias derivadas de la posición igual de todos frente al poder político ya que los individuos reclaman un tratamiento general y abstracto, como exigencia de igualdad; en segundo lugar, a la defensa frente a la arbitrariedad que supondría la actuación del poder al margen del derecho y, por último, al incremento de la seguridad jurídica en la relación con el Estado dada la previsibilidad de sus actuaciones.* (ibid, p. 38).

abstrato enquanto exigência de igualdade; b) a defesa perante a arbitrariedade que estaria ínsita na atuação do poder à margem do direito; e c) o incremento da segurança jurídica, dada a previsibilidade das ações do Estado¹¹.

Assim, o governo *per leges*, enquanto conjunto de formalidades que o poder deve respeitar para expressar-se, e o governo *sub lege* como vinculação do poder ao direito, à lei que é a forma mínima de impedir a disponibilidade plena do poder sobre o direito, determina que ainda quando o poder possa mudar a norma - através de sua revisão - enquanto esta for válida, aquele ficar-lhe-á submetido. Para Peña, acuradamente, o Estado constitucional de Direito marca um novo patamar nesta indisponibilidade do poder sobre o direito, ao estabelecer que determinados âmbitos jurídicos são totalmente indisponíveis ao poder político¹².

Esta configuração do poder político leva a uma necessária reflexão sobre a possível centralidade do princípio de legalidade como instância de esgotamento do âmbito jurídico.

Assim, perante aqueles que acreditam ser possível a afirmação daquele princípio como um atributo do Estado - enquanto poder político - existe a postulação daqueles que repelem a hipótese de que o Estado exista para além do direito, de tal forma que consideram impossível qualquer ação estatal contrária ao direito - o que implica a idéia de que o ordenamento

¹¹ Cf. PEÑA, 1996, p. 38

¹² Id., Ibid..

jurídico possua uma realidade própria para além da expressão e ações do poder soberano. Desta forma, a expressão Estado de Direito é impugnada por estes últimos como pleonástica. É esta a posição de Kelsen¹³, para quem todo Estado é um Estado de Direito, de modo que a diferenciação que pressupõe uma dualidade entre Estado e Direito - onde o Estado é uma realidade prévia e autônoma em relação ao ordenamento jurídico, supondo a produção deste por aquele e que somente então o Estado se submete ao Direito convertendo-se em Estado de Direito¹⁴ - não é uma afirmação rigorosa ou uma constatação de fato, mas um posicionamento com profundo sentido ideológico. Peña refuta essa assimilação entre os dois conceitos por duas razões:

a) em primeiro lugar, a autonomia e diferenciação dos conceitos jurídicos com respeito ao social e externo não autoriza a prescindir absolutamente da realidade social, histórica ou de outro tipo, para enclausurar-se cognitivamente na forma jurídica, sob pena de obter-se uma visão do direito virtual e afastada do mais fundamental senso comum que está à base de toda experiência, incluído o conhecimento do direito;

b) em segundo lugar, esta redução do ordenamento jurídico ao Estado pressupõe uma certa mecanicidade entre o ato de expressão da vontade estatal e o seu caráter jurídico e não leva em conta a existência de planos diversos no ordenamento jurídico vinculados aos diferentes poderes e a possibilidade de atuações variáveis e desviadas dos mesmos. Entende assim

¹³ Cf. KELSEN, 1979. Capítulo VI

¹⁴ Ibid, p. 384

que existe uma margem de variabilidade no que se refere ao desenvolvimento dos programas normativos que impede a plena disposição do Estado sobre o Direito, dado que a atividade estatal é suscetível de crítica a partir de posicionamentos jurídicos¹⁵.

Desta forma, impõe-se a aceitação de que Estado e Direito são duas realidades diversas, submetidas a fenômenos de observação e análise diferentes e percebidas socialmente como realidades separadas.

A existência de uma zona de sombra entre Direito e Estado sugere que o âmbito dos dois conceitos não é plenamente coincidente nem são duas realidades situadas em planos totalmente diversos, mas que ocupam espaços próximos embora diferenciados.

Para Peña, somente a partir da aceitação desse dualismo é possível admitir-se que *...en la simple expresión jurídica del poder se localiza una forma básica de garantía*¹⁶ em relação a expressões informalizadas daquele. Não possui nenhum sentido a teoria monista a partir do pressuposto de que o poder pode agir à margem do Direito.

¹⁵ Cf. PEÑA, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶ (...na simples expressão jurídica do poder localiza-se uma forma básica de garantia). E continua: *Sólo si admitimos este dualismo junto a las demás premisas apuntadas, es posible aceptar que en la simple expresión jurídica del poder se localiza una forma básica de garantía frente a expresiones informalizadas del mismo, y que en el modelo monista no tiene ningún sentido. Es decir, que el poder y el derecho no son necesariamente la misma cosa, luego es posible que aquél se exprese de un modo no jurídico. La opción por la forma jurídica del poder supone, en definitiva, considerar que el derecho es el único medio de expresión legítimo del poder político. La forma jurídica, como versión básica del denominado gobierno per leges, es una primera forma de limitación a las posibilidades de expresión del dominio: éste sólo podrá expresarse válidamente y pretender vinculación si lo hace jurídicamente, es decir, respondiendo a un mínimo inicial de formalidad donde encontramos el embrión de lo que siglos más tarde será la construcción jurídico-política del Estado de derecho* (ibid, pp. 41-2)

A opção pela forma jurídica do poder supõe, então, considerar que o direito é o único meio legítimo (legitimidade formal, entenda-se) de expressão do poder político¹⁷.

Essa exigência prévia de expressão jurídica dirigida ao poder pressupõe a possibilidade de que ele se manifeste sob diversas formas, sem que algumas delas atinjam o *status* de juridicidade, condicionado este a uma formalidade própria e específica. Assim, as expressões de poder que não consigam reunir um mínimo de formalidade não poderão ser consideradas como expressão legítima do poder e, portanto, não poderão fazer surgir nos atingidos pela mesma o sentimento de adesão ou obediência.

A expressão sob forma jurídica é na verdade um limite ao Estado, na medida em que se transforma num marco formal que pode ser regulamentado, que pode criar suas próprias condições de reprodução e controle. É destarte o pressuposto do governo *per leges*: pressupõe uma escolha inicial pela interdição da arbitrariedade, pela previsibilidade da solução jurídica e pela demarcação das condições do exercício do poder perante outras formas informalizadas de seu exercício. Dizer que o poder se expressa juridicamente implica proceduralizar o exercício do poder, o que permitirá dar o passo seguinte, qual seja, a exigência de que tal expressão se dê através de um determinado tipo de normas que aglutinem as características de generalidade e abstração. Além disso, permitirá a implantação da submissão ao direito até chegar-se ao princípio da legalidade

¹⁷ Sobre teorias da legitimidade, cf. o próximo capítulo

substancial¹⁸ que implica a limitação material do âmbito do juridicamente possível.

Resumindo as características do governo *per leges*, temos que estas são as seguintes:

a) a generalidade da norma, na medida em que esta apresenta-se conectada a todos os sujeitos ao ordenamento. Isto comporta uma normatividade média que reduz o risco de expressão injusta ou desenfreada do poder, o que é condição prévia da sua função niveladora, ao ser mais resistente ao privilégio e à discriminação¹⁹;

b) a abstração, enquanto segunda exigência dirigida à lei, supõe que a mesma deverá referir-se a situações - *fattispecie* normativas - nas quais qualquer pessoa possa encontrar-se. Como diz Bobbio, *...a norma abstrata contida na lei se contrapõe à ordem dirigida a uma pessoa ou a uma classe de pessoas...para que seja cumprida uma ação especificamente determinada, cuja efetuação esgota de uma vez por todas a eficácia da ordem*²⁰;

¹⁸ Sobre a legalidade substancial, cf. infra.

¹⁹ Sobre a importância dessa característica, cf. "Governo dos Homens ou Governo das Leis", in BOBBIO, 1986, cit. HART segue a mesma trilha: *Pode dizer-se que a distinção entre um bom sistema jurídico, que se conforma em certos pontos com a moral e a justiça, e um sistema jurídico que o não faz é falaciosa, isto porque é realizado um mínimo de justiça sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por via judicial. Na verdade, já referimos, ao analisar a ideia de justiça, que a sua forma mais simples (a justiça na aplicação do direito) não consiste noutra coisa senão na tomada a sério da noção de que aquilo que deve aplicar-se a uma multiplicidade de pessoas diferentes é a mesma regra geral, sem desvios causados por preconceitos, interesses ou caprichos.* Cf. HART, c1986, p. 222.

²⁰ op. cit. p. 158.

c) além disso a norma deve ser fruto da vontade geral, para que assim se evite que aqueles governos absolutistas ou autoritários que se expressem através de normas gerais e abstratas possam ser considerados Estados de Direito.

Estes três elementos conformam a função ou potencial garantista da lei enquanto forma jurídica: enquanto norma geral e abstrata responde às exigências de igualdade e enquanto fruto da vontade geral atende à exigência de liberdade como autonomia ou como determinação autônoma não autoritária. A lei, assim, assinala a cada um de forma objetiva e geral o seu âmbito de atuação, suas possibilidades e limites na sua relação com os outros e com a sociedade, além de ser um limite intransponível ao exercício do poder, não podendo este agir à margem da norma, mas sim dentro dos limites traçados pela mesma.

Esta juridificação do poder corresponde historicamente à superação do absolutismo real, substituído pelo das assembleias soberanas, conformando assim um tipo de absolutismo legislativo ou concepção absoluta da lei, assimilada à própria idéia do direito (derivando daí a equiparação positivista entre lei e direito)²¹.

²¹ Cf. PEÑA, *op cit* p. 46: *Superado el poder absoluto del rey, éste fue sustituido por el de las asambleas soberanas, y, por lo tanto, al absolutismo monárquico sucede una suerte de absolutismo legislativo o concepción absoluta de la ley a la que queda finalmente asimilada la propia idea de derecho.*

1.3 O Governo Sub Lege

O elemento com maior vocação expansiva no contexto das relações entre Direito e Estado e que permitirá, finalmente, a superação da forma legislativa do mesmo, é o denominado governo *sub lege* entendido como vinculação e submissão dos poderes públicos ao direito, e também como uma pré-determinação das condições de validade normativa. Conforme este duplo entendimento, são dois os sentidos de compreensão do governo *sub lege*²²:

a) em sentido lato, fraco ou formal: qualquer poder deve ser *conferido* pela lei e exercido nas formas e procedimentos pela mesma estabelecidos;

b) em sentido estrito, forte ou substancial: todo poder deve ser *limitado* pela lei, a qual condiciona não somente suas formas e procedimentos de atuação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo daquilo que ela pode (ou não) dispor.

Assim como no caso do governo *per leges*, ambos requisitos são elementos *não necessários* do Estado considerado enquanto poder político. Nem todos os sistemas jurídico-políticos poderão ser catalogados como Estados de Direito: isto somente será possível na medida em que na sua

²² Cf. FERRAJOLI, 1995. pp. 855ss.

configuração normativa, aqueles aparatos de poder respondam às exigências e requisitos referidos.

Não convém esquecer que as expressões Estado de Direito e Estado Constitucional de Direito constituem modelos normativos e não ordenamentos jurídico-políticos reais. Destarte, poderão existir Estados *reais* que não sejam Estados de Direito num grau elevado, apesar de sua forma normativa, na medida em que a submissão do poder ao Direito não se verifique devido à presença de uma produção normativa fictícia ou arbitrária desobedecida de forma habitual pelo próprio poder, isto é, uma baixa eficácia da submissão ao Direito. É preciso assinalar, no entanto, que atualmente o governo *sub lege*, ao menos no primeiro dos sentidos vistos acima, e a nível pelo menos normativo (não operativo), é um modelo generalizado, de modo que todos os sistemas jurídico-políticos atuais seriam Estados de Direito em sentido fraco, isto é, na medida em que estão juridicamente determinadas as fontes do direito, assim como as condições procedimentais de elaboração das normas jurídicas.

O governo *sub lege*, mesmo em sua forma fraca, determinou a definitiva afirmação do Estado liberal ou legislativo de Direito; o Estado de Direito aperfeiçoou-se normativamente com a definitiva afirmação do princípio de legalidade em sua forma fraca. Com a submissão do poder ao Direito, este deixa de ser um instrumento do qual o poder dispõe livre e arbitrariamente e passa a ser uma instância que disciplina e limita o seu

exercício. Portanto, a relação entre o poder e o Direito inverte-se: não mais *rex facit legem*, mas *lex facit regem*²³.

Um passo necessário para chegar-se a esse extremo foi aquele que se refere à negação de qualquer fundamento transcendental da autoridade política e de toda ordem natural prévia ao direito positivo, conforme a máxima *auctoritas non veritas facit legem*. Ocorre assim uma afirmação do caráter histórico do domínio, processo que corre paralelo ao de formalização política e jurídica do Estado de Direito, o que tem por consequência dois efeitos-chave:

a) surge a necessidade de uma nova justificação da autoridade, o que determina a criação de uma imagem irreal do Estado, que se auto-proclama integrador e igualitarista, bem como orientado à garantia da vida, da propriedade, da liberdade dos indivíduos aos quais está subordinado²⁴;

b) além disso, o Direito apresenta-se esvaziado de qualquer referente substancial ou material e passa a ser uma fôrma vazia a ser preenchida por qualquer conteúdo²⁵, a partir das decisões do poder soberano.

²³ Cf. BOBBIO, 1988, p. 18

²⁴ Exemplos desse discurso encontram-se nas Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa.

²⁵ Cf. KELSEN, op. cit. Para o autor vienense, os ordenamentos jurídicos caracterizam-se por serem de tipo dinâmico: *Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. (...) Um sistema*

O efeito correlato é que o Estado de Direito sofre assim uma desviação de seu desiderato inicial: ser um poder limitado, eis que, agora, tem-se uma nova potestade soberana incapaz de deter-se ante limites normativos postos pelos fautores do modelo inicial.

1.4 O Estado Constitucional de Direito

A crise do Estado de Direito em sua versão legislativa ou liberal e que determina a aparição do modelo constitucional de Estado encontra-se diretamente vinculada à crise da lei como mecanismo de regulação social no Estado liberal²⁶. Esta crise manifesta-se em dois vetores que provocarão e afinal permitirão superar esse modelo jurídico-político:

a) em primeiro lugar, é de assinalar-se que o Estado de Direito não nasce somente como um expediente técnico-jurídico ou um

de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático. (...) O tipo dinâmico é caracterizado pelo facto de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um facto produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. (...) O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um carácter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada. (...) Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito. (pp. 270-273)

²⁶ Sobre o “envelhecimento dos códigos” no século XIX, cf. BOBBIO, 1987, p. 35, onde, analisando o nascimento da concepção sociológica do direito, o autor italiano atribui tal surgimento à defasagem entre os códigos e a realidade social: *El movimiento surge como efecto del desfase que venía ocurriendo entre la ley escrita de los códigos (el derecho válido) y la realidad social (el derecho eficaz) después de la revolución industrial.*

princípio formal de organização institucional. Por trás dessa vertente técnico-organizativa, subjaz uma forte dimensão axiológica que o fundamenta e define, qual seja, a afirmação da primazia do pessoal e social nas relações com o poder²⁷. As dificuldades do Estado de Direito clássico para assegurar os seus próprios pressupostos manifestam-se nas primeiras décadas do século XX ao verificar-se experiências políticas concretas que evidenciaram os riscos inerentes ao absolutismo legislativo, bem como a insuportável desviação entre o modelo liberal e a sua praxis social e econômica. Este processo atinge seu paroxismo com os Estados totalitários, os quais no entanto se viam como Estados de Direito na medida em que se excluía a arbitrariedade pública e o respeito à lei era assegurado;

b) outro fator da crise da lei e do Estado legislativo será a constatação do caráter conflitivo da realidade social e da não neutralidade do direito com respeito aos conflitos sociais. Existe então uma tomada de consciência de que o direito, longe de situar-se num âmbito separado do real, é ele parte do conflito social. A norma geral e abstrata deixa de ser considerada o instrumento adequado para assegurar a paz social e, particularmente, a indisponibilidade daqueles valores e princípios com respeito aos quais existe um amplo consenso social, tais como são os direitos fundamentais²⁸.

²⁷ Ou seja, nas palavras de Ferrajoli, a primazia do ponto de vista externo ou *ex parte populi* em relação ao ponto de vista interno ou *ex parte principis*. Cf. FERRAJOLI, op. cit, p. 854.

²⁸ Cf. PEÑA, op. cit. p. 53: *La emergencia de la conflictividad social y del carácter no neutral del derecho, así como la impugnación de la separación entre derecho, sociedad y mercado, determinarán la superación de las imágenes de homogeneidad de la sociedad liberal y la pérdida de la posición central de la ley - como forma jurídica y fuente de derecho - que venía ocupando en el Estado legislativo. (...)*

A crise destas visões da lei e do poder legislativo acabou por questionar a capacidade dos mesmos para regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. O déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante.

O resultado será a afirmação do carácter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa. Assim, a lei fica vinculada a uma instância jurídica superior, tal como é a Constituição, isto é, *viene sometida a una relación de adecuación, y por lo tanto subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución*²⁹.

La disolución de la imagen homogénea de lo jurídico será la consecuencia de las tensiones a las que se ve sometido el ordenamiento dada la multiplicidad y heterogeneidad de las pretensiones sociales que se dirigen al mismo. Las tensiones disgregadoras que afectan al derecho en el Estado liberal se expresarán en dos vertientes: a) desde una perspectiva interna porque en su expresión y contenido la ley deja de ser la forma general y abstracta de expresión de una sociedad homogénea e internamente pacífica, y pasará a convertirse en una manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social, no es el final sino la continuación de un conflicto. La ley que era el elemento unificador y coherente fruto de la voluntad general pasa a ser vista como un acto personalizado impregnado de intereses sociales y políticos casi nunca generalizables y, por lo tanto, susceptibles de crítica por parcial o clasista. b) en lo que a su vertiente externa se refiere, frente al intento de unificación de las fuentes del derecho en la ley, ésta no podrá abarcar todas las funciones derivadas de las necesidades de regulación social, de modo que junto al ordenamiento legislativo estatal perviven o aparecerán 'ordenamientos menores' que reflejan formas de organización autónoma que no desean ser encuadradas dentro del marco jurídico-público ni insertarse en un único y centralizado proceso normativo.

²⁹ (vem submetida a uma relação de adequação, e portanto subordinação, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela constituição). Ibid, p. 55.

Esta reconfiguração do ordenamento jurídico supõe em última análise o redimensionamento do princípio da legalidade. Perante a definição inicial de submissão do poder público à lei, agora tratar-se-á da submissão de todo o poder do Estado ao Direito.

Tal afirmação implica além disso a superação de outra redução jurídica causada pelo positivismo: a redução do Direito à lei e do jurídico ao legislativo³⁰.

Destarte, a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o carácter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado. As normas constitucionais são vinculantes - de tal modo que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal - e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflito políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais - pelo menos em condições de normalidade - e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída.

³⁰ Cabe ressaltar que esse mecanismo reducionista diz muito mais respeito ao positivismo tradicional do que à sua versão atualizada. Como diz Oliveira Jr., ...o *Positivismo Jurídico, sobretudo na versão kelseniana, que sustenta primordialmente a norma jurídica estatal como objeto privilegiado e único da descrição neutra e objetiva do cientista, recebe contraposição de uma realidade globalizada, de um direito regido muito mais por princípios do que por normas e, portanto, de uma atuação dos operadores, teóricos e práticos do direito, muito mais politizada do que neutra.* Cf. OLIVEIRA Jr., MORATO LEITE, 1996, p. 16.

De fato, nos sistemas com Constituições rígidas não é possível a disposição, por parte dos poderes majoritários, da norma constitucional³¹. As hipóteses de modificação da Constituição supõem a aparição de um novo poder - o constituinte - ordenado pela própria Constituição e que age segundo um procedimento específico para a reforma constitucional, qualificado com respeito ao procedimento ordinário de elaboração legislativa. O conceito de *rigidez constitucional* é assim explanado por Canotilho:

Doutrinalmente, designa-se por rigidez contitucional justamente a existência de limites à revisão constitucional, que distinguem a alteração da lei fundamental em relação à alteração das demais leis. É o que sucede com a CRP, tal como, de resto, com a quase totalidade das constituições contemporâneas vigentes.

A rigidez constitucional acresce à supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas. A Constituição não só não pode ser infringida por qualquer outra norma, como também não pode ser livremente alterada. Por isso, além de se acrescentar ao princípio da primazia, a rigidez constitucional reforça-o, pois o poder legislativo não só tem de respeitar a Constituição, como também não pode alterá-la, livremente e em qualquer momento³².

³¹ Nas palavras de Canotilho, *A questão da revisão constitucional envolve necessariamente o problema dos limites à mudança constitucional. Todo o sistema específico de revisão constitucional implica uma maior ou menor medida de rigidez constitucional ('constituições rígidas' versus 'constituições flexíveis')*. in CANOTILHO J.J. Gomes, MOREIRA, Vital., 1991. p. 289 (ênfases do autor).

³² *Ibid*, p. 289 (ênfases do autor).

De outro lado, como diz Peña, a atividade dos órgãos encarregados do controle constitucional não pode ser considerada dispositiva, mas interpretativa³³.

O constitucionalismo deste século é uma tentativa de superar a debilidade estrutural do âmbito jurídico. A afirmação do caráter jurídico e imediatamente vinculante da Constituição, a sua rigidez³⁴ e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como são os direitos fundamentais, são signos deste processo.

Afirma-se, em consequência, que a forma constitucional cria um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político (que Ferrajoli chama de *esfera do indecidível*)³⁵: a sua própria forma de exercício - submetida ao Direito, democrática, de garantia - e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais³⁶.

³³ Pese a que los enunciados constitucionales, frecuentemente abstractos e imprecisos, permiten interpretaciones no formalistas de acuerdo a códigos hermenéuticos abiertos o flexibles, en ningún caso esta actividad se puede considerar disposición en la medida en que no existe en este caso la posibilidad de prescindir de las normas constitucionales en vigor o de ampliación del referente constitucional. Cf. PEÑA, op. cit. p. 57

³⁴ A existência de cláusulas pétreas nas Constituições asseguram esta rigidez. Gilmar Mendes, ao abordar o assunto dentro do sistema constitucional alemão preleciona: *Tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade. Nesse sentido, pronunciou-se o Tribunal Constitucional alemão, asseverando que o constituinte não dispõe de poderes para suspender ou suprimir a Constituição* Cf. MENDES, 1990, pp. 96-7.

³⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi, in OLIVEIRA Jr., 1997.

³⁶ O que Canotilho denomina *limites materiais de revisão* : *A revisão constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da Constituição, conserva um valor integrativo, no sentido que deve deixar substancialmente idêntico o sistema constitucional. A revisão serve para alterar a Constituição mas não para mudar de Constituição.*

Neste sentido, afirma-se que a revisão deve ser solidária com o fundamento político-filosófico da Constituição ou que a fisionomia constitucional não deve ser subvertida pelas leis de revisão. É esta consideração que leva a admitir limites superiores à revisão, sejam eles limites expressos, sejam eles,

No entanto, permanece sem solução o problema da formalidade ou inefetividade dos limites jurídicos, agora constitucionais, ao poder. É que, dado que foi utilizada uma forma jurídica - a constitucional - como limite ao poder do Estado, pode-se entender como reproduzido o temor ao esvaziamento formal da norma legal, agora em sede constitucional. O problema da mera formalidade da lei no Estado legislativo, reproduz-se agora com respeito ao poder constituinte e coloca em relevo, novamente, a natureza convencional da forma jurídica constitucional³⁷.

Com efeito, do ponto de vista fenomenológico, é evidente que todos os limites legais ou constitucionais impostos ao poder político estão nas

inclusivamente, limites implícitos, que pretendem impedir as revisões aniquiladoras da identidade constitucional.

A Constituição estabelece um amplo catálogo de princípios constitucionais que deverão ser necessariamente respeitados pelas leis de revisão (art. 288). Esses limites garantem as traves-mestras da ordem constitucional, quanto aos princípios fundamentais ...quanto aos direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias, direitos fundamentais dos trabalhadores), ...quanto à organização do poder político (sufrágio universal, directo, secreto e periódico...), quanto à garantia da Constituição (fiscalização da constitucionalidade).

*O alcance limitador dos limites materiais de revisão varia conforme o sentido e lógica própria de cada um. Eles não garantem propriamente a intocabilidade dos preceitos constitucionais respeitantes às matérias enunciadas, mas sim certos princípios ou regimes materiais. Uns salvaguardam o conteúdo essencial do princípio ou regime em causa (exemplos: o princípio da independência nacional, a separação e interdependência dos órgãos e soberania), outros estabelecem limites mais exigentes, impedindo retrocessos nas garantias constitucionais respectivas (exemplos: direitos fundamentais...etc.) Cf. CANOTILHO, J. J. GOMES, *op. cit.* pp. 293-4 (ênfases do autor).*

³⁷ Estas reflexões conduzem inexoravelmente ao equacionamento do problema da eficácia das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, assunto que, no que respeita ao direito brasileiro, é exposto por Silva nos seguintes termos: *A eficácia e aplicabilidade das normas que contém os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.* Cf. SILVA, 1992. p. 165. Sobre o mesmo tema, Cf. DINIZ, 1989.

mãos daqueles que exercem tal poder. Assim, a possibilidade de supressão de tais limites não está nunca descartada de uma vez para sempre. Desta forma, seria possível a impugnação do que aqui foi dito afirmando-se a inocuidade e inefetividade dos limites jurídicos ao poder³⁸.

No entanto, impugnar a garantia jurídica na sua totalidade, por entendê-la ineficaz em casos extremos, é incorrer numa falácia de generalização apressada, isto é, generalizar uma conclusão pontual e somente válida sob as condições nas quais se extrai, mas não necessariamente sob outras condições. Com efeito, concluir que a garantia constitucional é ineficaz em todos os casos somente porque o é sob determinadas circunstâncias - por exemplo, perante um poder violento expandido, é generalizar uma conclusão parcial e contextualizada e deduzir a desnecessidade da insuficiência.

³⁸ Referência obrigatória a profícua lição de Canotilho sobre o tema. Ao tratar dos limites de revisão refere-se aos *limites absolutos* da seguinte forma: *Consideram-se limites absolutos de revisão todos os limites da Constituição que não podem ser superados pelo exercício de um poder de revisão; serão simples limites relativos aqueles limites que se destinam a condicionar o exercício do poder de revisão, mas não a impedir a modificabilidade das normas constitucionais, desde que cumpridas as condições agravadas estabelecidas por esses limites.*

A existência de limites absolutos é, porém, contestada por alguns autores, com base na possibilidade de o legislador de revisão poder sempre ultrapassar esses limites mediante a técnica da dupla revisão.

Num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites; num segundo momento, a revisão far-se-ia de acordo com as leis constitucionais que alteraram as normas de revisão. Desta forma, as disposições consideradas intangíveis pela Constituição adquiririam um carácter mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional. Assim, os limites de revisão constantes dos arts. 286 e seguintes da Constituição poderiam ser ultrapassados se o legislador de revisão ab-rogasse, em primeiro lugar, estas normas, e, posteriormente, estabelecesse as alterações julgadas necessárias, de acordo com a lei de revisão sobre normas de revisão.

A tese do duplo processo de revisão, conducente à relatividade dos limites de revisão, parece-nos de afastar. Já atrás, ao tratarmos da tipologia das normas constitucionais, tínhamos alertado para o facto de as normas de revisão serem qualificadas como normas superconstitucionais. Elas atestariam a superioridade do legislador constituinte, e a sua violação, mesmo pelo legislador da revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria garantia da Constituição. A violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um acto constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional. Cf. CANOTILHO, 1991, pp. 1.137-8.

O reconhecimento de um conjunto de direitos colocados num plano supra-legal e a sua garantia a partir de procedimentos especiais ou de instituições concretas, são percebidos socialmente como dados relevantes que alimentam a sensibilidade pessoal com respeito a esses valores que possa ter cada indivíduo³⁹. Como diz Ferrajoli⁴⁰, a única *garantia material* concebível é o que ele denomina *garantia social* como condição social de efetividade de todo ordenamento constitucional e de seu sistema normativo de garantias jurídicas e políticas. Consiste no sentimento que cada pessoa possui de seus próprios direitos, da sua identidade e dignidade enquanto cidadão, de onde deriva a sua disposição para a luta para a defesa e realização dos direitos vitais próprios e alheios, individuais e coletivos. Somente pela pressuposição desta garantia pessoal podem funcionar as declarações e limitações constitucionais.

De fato, se uma norma constitucional, no contexto dos sistemas jurídicos atuais, nunca poderá ser absolutamente eficaz, tampouco poder-se-á dizer que a mesma carecerá totalmente de eficácia⁴¹.

³⁹ Cf. PEÑA, op. cit. p. 60.

⁴⁰ Cf. FERRAJOLI, op.cit. , p. 944.

⁴¹ José Afonso da Silva, complementando as considerações sobre a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais (confira nota 36 *supra*), e precipuamente sobre as regras que plasmam liberdades, expõe: *As normas constitucionais que definem as liberdades...são, via de regra, aquelas que denominamos de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, porque o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam. Vale dizer, não dependem de legislação nem de providência do Poder Público para serem aplicadas. Algumas normas podem caracterizar-se como de eficácia contida, mas sempre de aplicabilidade direta e imediata, caso em que a previsão de lei não significa que desta depende sua eficácia e aplicabilidade, visto como tal lei não se destina a integrar-lhes a eficácia (que já têm amplamente), mas visa restringir-lhes a plenitude desta, regulando os direitos subjetivos que dela decorrem para os indivíduos ou grupos. Enquanto o legislador, neste caso, não produzir a normatividade restritiva, sua eficácia será plena.*

É necessário estar atento ao que acaba de ser dito, para não supor que exista ou deva existir norma reguladora do exercício das liberdades. O exercício das liberdades não depende de normas reguladoras, porque, como foi dito, as normas constitucionais que as reconhecem são de aplicabilidade direta e imediata, sejam de eficácia plena ou de eficácia contida. Cf. SILVA, op.cit, p. 242.

De qualquer sorte, está-se assim perante um soberano que, além de estar subordinado a uma *forma* de agir (somente pode manifestar a sua vontade através da lei), vê-se impedido de violar certos *conteúdos*, postos pela sociedade que o funda como intocáveis. Como se viu acima, esses conteúdos são denominados “direitos fundamentais”.

Esse panorama evidencia que a culminação do processo de racionalização da dominação, mais o triunfo da idéia política de democracia representativa - cujo processo de consolidação é mais ou menos coetâneo - dá lugar ao nascimento daquela forma política que é conhecida hoje como “Estado Democrático de Direito”, que tem como característica a constitucionalização de Direitos naturais estampados nas diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes.

Esses Direitos naturais positivados, ora em diante denominados ‘direitos fundamentais’ passam a ser então o alicerce das democracias modernas, já que sem o seu reconhecimento e proteção, aquela se inviabiliza⁴². A legitimidade democrática dos governos contemporâneos passa assim a ser medida pelo respeito e implementação desses Direitos através de mecanismos de legalidade, erigida esta em instrumento privilegiado de concretização dos valores fundamentais que são plasmados

⁴² Cf. BOBBIO, 1992, cit. p. 1: *Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.*

através daqueles. Detenhamo-nos por um momento a examinar esses direitos.

1.5 Os direitos fundamentais

1.5.1 Direitos como limites

Aqueles que são conhecidos hoje como direitos *fundamentais* apresentam-se com as seguintes características:

a) podem ser entendidos como “prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado”⁴³, concepção que evidencia a primazia e superioridade dos cidadãos frente ao ente político por eles criado, o que conforma uma barreira erigida pela sociedade contra os abusos do poder. Como preleciona Diniz, os Direitos fundamentais, ao serem limitadores dos poderes do Estado, conformarão o que se conhece hoje como Estado de Direito⁴⁴. Daí serem definidos por José Afonso da Silva como *limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*⁴⁵;

⁴³ Cf. BASTOS, 1989. p. 151.

⁴⁴ Cf. DINIZ, op. cit., p. 12: *É da essência da Constituição ser limitadora dos poderes públicos, que não podem agir senão de acordo com ela. As normas constitucionais restringem a sua órbita de ação. Essa possibilidade de limitação jurídica é mais evidente no regime de Constituição rígida. A Constituição apresenta limites à atividade dos órgãos competentes para elaborar normas. Os elementos limitativos, que se manifestam nas normas atinentes aos direitos democráticos, aos direitos fundamentais, às garantias constitucionais, restringem a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito.*

⁴⁵ Cf. SILVA, op. cit., p. 163

b) são fruto de uma concepção *individualista* da sociedade, a qual postula que o Estado surge a partir do acordo entre indivíduos livres e iguais, soterrando assim uma concepção *holística*⁴⁶, que reivindica a idéia de que a sociedade é mais do que a soma de seus componentes. Esta concepção holística está presente em Aristóteles e é preponderante até o Renascimento⁴⁷. A invenção do individualismo, fruto da filosofia jusnaturalista moderna e ilustrada, comparável à revolução copernicana, é assim recente na história da humanidade, proporcionando um novo paradigma de legitimação do Estado⁴⁸;

c) são Direitos *históricos*, já que se inserem dentro de um momento histórico dado, qual seja, a fase que se desenvolve do Renascimento até nossos dias⁴⁹; além disso, são históricos porque surgem novos direitos fundamentais a partir das exigências históricas dos homens em cada momento histórico. De fato, os direitos fundamentais são fruto de *condições reais ou históricas*, que demarcam a passagem do regime da monarquia absoluta para o Estado de Direito, ao lado de *condições subjetivas ou ideais ou lógicas*, que são dadas pelo pensamento cristão primitivo, com sua idéia de igualdade de todos os homens, pelo pensamento jusnaturalista de corte racionalista, e pelo pensamento iluminista, com seu elogio às liberdades inglesas. Por seu lado, os direitos econômicos

⁴⁶ A expressão provém do grego *holos*, “todo”, que privilegia o todo social como logicamente antecedente à pessoa. A noção aristotélica de homem como “animal político”, isto é, que já nasce na *polis* que é dada como prioritária em relação à pessoa, é própria desta concepção de mundo.

⁴⁷ Cf. DUMONT, 1985, P. 279, e BOBBIO, et. al, 1987, *passim*

⁴⁸ A respeito do tema, veja-se o comentário de Touraine, quem postula a insuficiência da invenção do individualismo para configurar a modernidade. Cf. TOURAINE, 1994, pp. 214-15.

⁴⁹ Cf. BOBBIO, 1992, cit, p. 2

e sociais - ampliação contemporânea dos direitos de liberdade das primeiras Declarações - são fruto do desenvolvimento social que propiciou o aparecimento das doutrinas marxistas (o *Manifesto Comunista*), a doutrina social da Igreja (encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII) e do intervencionismo estatal⁵⁰. Podemos, com Bobbio⁵¹, falar de direitos de primeira geração (as liberdades clássicas das primeiras Declarações), direitos de segunda geração (os chamados “direitos sociais”) e direitos de terceira geração, cujos titulares não são mais os homens tomados isoladamente, mas os grupos humanos, ou, se quisermos, da humanidade⁵²: podemos tomar como exemplo o direito a um meio ambiente sadio, ou à paz internacional⁵³.

d) o seu fundamento de validade não é um dado objetivo extraível da natureza humana, mas o consenso geral dos homens acerca da mesma, já que tais direitos são reconhecidos por todas as sociedades civilizadas e estampados em Declarações Universais⁵⁴;

e) são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis; e

⁵⁰ Cf. SILVA, op. cit., pp 158-161

⁵¹ Cf. BOBBIO, 1992, cit, p. 6

⁵² Cf. LAFER, 1988, p. 131.

⁵³ Oliveira Jr. trabalha com cinco gerações de direitos, acrescentando aos aqui referidos aqueles ligados à manipulação genética, biotecnologia e bioengenharia (direitos de quarta geração) e aqueles relacionados à realidade virtual e à cibernética (direitos de quinta geração). Cf. OLIVEIRA Jr., MORATO LEITE, 1996, p. 18.

⁵⁴ Cf. BOBBIO, 1992, cit, p. 26 : *A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de consensus omnium gentium ou humani generis. Não é analisado aqui o trabalho de ALEXY, 1993, pois seu objeto de estudo se circunscreve à Alemanha (análise da Lei Fundamental e os direitos e garantias ali estampados).*

f) ao contrário dos direitos subjetivos conferidos por lei, tais como o direito de propriedade, que se exercem *excludendi alios*, esses direitos são *inclusivos*, isto é, não pode cada um gozar dos mesmos se simultaneamente os outros também não usufruem deles⁵⁵.

⁵⁵ Cf. RESTA, Eligio. "La Ragione dei Diritti", in GIANFORMAGGIO, 1993, pp. 428 ss.: *...i diritti fondamentali possono essere definiti come diritti inclusivi, ossia diritti dei quali io non posso godere se contemporaneamente non ne godono anche gli altri.* (p. 436). Vale aqui recordar a lição de José A. da Silva (op. cit. pp. 166-7) sobre os caracteres dos direitos fundamentais: I - Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas; II - Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis; III - Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição; IV - Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite que sejam renunciados. Quanto ao caráter absoluto que se reconhecia neles no sentido de imutabilidade, não pode mais ser aceito desde que se entenda que tenham caráter histórico. Pontes de Miranda, contudo, sustenta que há direitos fundamentais absolutos e relativos. Os primeiros são os que existem não conforme os cria ou regula a lei, mas a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar (assim: a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio ou da correspondência), enquanto os relativos existem, mas valem conforme a lei (assim: os direitos de contrato, de comércio e indústria e o direito de propriedade). É também inaceitável essa doutrina, posto que ela está fundamentada na conhecida opinião do autor sobre a existência de direitos fundamentais supra-estatais, o que não é muito diferente da opinião jusnaturalista. Assim, absolutos seriam os supra-estatais, cuja validade, segundo o autor, independe de posituação interna constitucional, enquanto os relativos seriam aqueles que somente teriam validade se previstos no Direito Positivo interno. Se a questão, no entanto, fosse posta em termos de relação norma constitucional e conteúdo integral do direito previsto, ainda se poderia admitir a distinção. Assim, seriam direitos fundamentais absolutos aqueles cujo conteúdo e incidência decorressem inteiramente das normas constitucionais que os estatuem, enquanto os relativos seriam aqueles cujo conteúdo e incidência somente se preencheriam conforme previsão de lei. (ênfases no original).

1.5.2 Direitos fundamentais e Poderes

Importante relevo tem a diferença entre “situações jurídicas” (modalidades deônticas de comportamentos produtivos de efeitos jurídicos)⁵⁶ e os direitos fundamentais, particularmente entre o direito de propriedade e os direitos de liberdade.

Enquanto as situações jurídicas correspondem a poderes ou deveres adquiridos em conformidade a “causas” ou “títulos” específicos e exercitáveis através de atos potestativos produtores de efeitos na esfera jurídica do titular ou de outrem, os direitos fundamentais constituem-se em esferas de imunidade reconhecidas a todos independentemente de título e exercidos através de comportamentos meramente lícitos que não interferem juridicamente na vida de outros sujeitos⁵⁷.

Ferrajoli estabelece a comparação entre o direito de propriedade e a liberdade de opinião para melhor ilustrar a diferença: enquanto o primeiro se exerce através de atos de disposição produtivos de efeitos consistentes em obrigações e direitos, da segunda não se pode dizer a mesma coisa, já que o seu exercício não depende de título aquisitivo e, ao estar privada de qualquer efeito jurídico, não tem qualquer relevância jurídica⁵⁸.

⁵⁶ Cf. FERRAJOLI, op. cit., p. 908.

⁵⁷ Ibid, p. 909.

⁵⁸ Ibid, p. 909 : *Esta diferencia básica de estructura me parece que justifica una drástica revisión terminológica: el abandono de la genérica y sumamente ambigua figura del 'derecho subjetivo' para designar cumulativamente modalidades deónticas de contenido opuesto como, de un lado, la propiedad y el*

Esta diversidade de características permite a esse autor revisar a terminologia tradicional, que designa sob o nome de “direitos subjetivos” tanto os poderes, tais como a propriedade e o crédito, quanto as liberdades e os direitos civis.

De fato, estes últimos (direitos civis e liberdades) caracterizam a igual personalidade jurídica de cada sujeito enquanto pessoa e cidadão, formando assim a base da igualdade jurídica. De seu lado, as situações jurídicas, ao necessitarem de títulos e serem produtoras de efeitos jurídicos, constituem a base das desigualdades jurídicas⁵⁹.

Esta ruptura do binômio “liberdade/propriedade” permite a Resta⁶⁰ falar desse enfoque como um “liberalismo sui generis”, diferente do liberalismo clássico por pelo menos duas razões: a) de um lado, porque dissocia liberdade e propriedade adscrevendo-as a ordens de conceitos diversos e configurando somente a primeira como ‘direito fundamental’; b) além do mais, porque associa aos direitos de liberdade os direitos sociais,

crédito y, del otro, la libertad personal y las libertades civiles; su utilización, sea para designar sólo a las primeras en oposición a las segundas, denominadas ‘libertades’, o para designar sólo a las segundas en oposición a las primeras, más bien clasificables dentro de la categoría de los ‘poderes’; y, en fin, la drástica separación de la teoría de las modalidades positivas (o autorizaciones) en dos subteorías netamente diferenciadas: la de los poderes, tanto públicos como privados, que son situaciones producidas por actos potestativos y a su vez ejercibles mediante actos potestativos y productivos de efectos, y la de los derechos fundamentales - inviolables, inalienables, indisponibles, y, por decirlo así, ‘personalísimos’ - que, por el contrario, son modalidades no causadas por ningún acto y no productivas de ningún efecto. En esta perspectiva de mejoramiento conceptual y lingüístico, critiqué en fin el uso indiscriminado de la palabra ‘derecho subjetivo’ referida a un similar cúmulo de figuras heterogéneas, viendo en ese uso el vehículo de una secular operación de mistificación a la que han contribuido tanto la tradición liberal como la socialista: la primera, con el objeto de acreditar la propiedad como derecho del mismo tipo que los derechos de libertad, mediante el valor comúnmente asociado a las libertades; y la segunda, con el fin de desacreditar las libertades como ‘derechos burgueses’ del mismo tipo que la propiedad, mediante el desvalor asociado a las situaciones de poder representadas por el derecho de propiedad y los demás derechos patrimoniales.

⁵⁹ Ibid, p. 910.

⁶⁰ Cf. RESTA, op. cit., p. 440

além dos civis e políticos, estendendo a eles o paradigma normativo do Estado de Direito. Dessa forma, observa Resta, vem a desmoronar, ao menos no plano teórico e normativo, a tradicional oposição - na qual refletisse o clássico conflito entre primado do indivíduo e das liberdades e primado da solidariedade e dos sujeitos coletivos - entre opções ou orientações *liberals* e *communitarians*⁶¹. A estas observações Ferrajoli replica com o argumento de que esta abordagem é sim uma teoria “sui generis” - uma forma de liberal-socialismo - porque não contrapõe, mas combina e concilia dentro de um mesmo paradigma, direitos e garantias liberais-individuais e direitos e garantias sociais:

*Cio non vuol dire - acrescenta Ferrajoli - che tra i due tipi di diritti e di garanzie non si diano conflitti in relazione ai differenti interessi da essi protetti o non si producano antinomie. Vuol dire piuttosto che il loro paradigma garantista e il medesimo, e che il loro possibili conflitti o antinomie non sono diversi da quelli que possono prodursi tra diritti di libertà diversi (per esempio tra libertà religiosa e di associazione e libertà di coscienza, ove la libertà di associarsi in una setta religiosa basata sull'intolleranza è l'oppressione dei suoi membri sia tutelata in maniera illimitata o al contrario limitata) o tra diversi diritti sociali (per esempio tra i diritti al lavoro e d'iniziativa economica e quelli alla salute e all'ambiente, ove l'esercizio dei primi producesse inquinamenti nocivi).*⁶²

⁶¹ Essa dicotomia é contribuição da tradição do pensamento político norte-americano, para a qual os liberais baseiam sua teoria política na supremacia dos direitos individuais, pressupondo a existência do indivíduo como anterior à de seu país, comunidade ou família, postulanso assim escolhas políticas e morais isentas de obrigações de lealdade humana. Por sua vez, os comunitaristas argumentam, contra os liberais, que os cidadãos, longe de existirem antes da Sociedade ou Estado, são fruto de seu ambiente político e cultural. Esses cidadãos têm então lealdades que tornam suas escolhas complicadas, e, algumas vezes, inviáveis.

⁶² (isso não quer dizer que entre os dois tipos de direitos e garantias não se dêem conflitos em relação aos diferentes interesses por eles protegidos ou não se produzam antinomias. Quer dizer antes de mais nada que o seu paradigma garantista é o mesmo, e que os seus possíveis conflitos ou antinomias não são

A mesma ruptura do clássico binômio “liberdade/propriedade” é alvo de críticas de Mario Jori⁶³, que entende injustificada a expulsão - que ele credita a Ferrajoli, mas que para este é operada pela Constituição italiana⁶⁴ - da propriedade privada do catálogo dos direitos fundamentais. A esta objeção Ferrajoli replica que Jori desvaloriza as radicais diferenças apontadas por este último entre as duas classes de direitos - a igualdade e universalidade dos primeiros contra a desigualdade e exclusividade dos segundos; a falta de efeitos no exercício dos primeiros e a presença de efeitos no exercício dos segundos; e, enfim, a indisponibilidade de uns e a disponibilidade dos outros - *...quasi che non si trattasse di differenze*

diversos daqueles que podem produzir-se entre direitos de liberdade diferentes (por exemplo entre liberdade religiosa e de associação e liberdade de consciência, onde a liberdade de associar-se a uma seita religiosa baseada sobre a intolerância e a opressão de seus membros seja tutelada de maneira ilimitada ou pelo contrário limitada) ou entre diferentes direitos sociais (por exemplo entre os direitos ao trabalho e de iniciativa econômica e aqueles à saúde e ao ambiente, onde o exercício dos primeiros produzisse efeitos nocivos). Cf. FERRAJOLI, in GIANFORMAGGIO, op. cit., p. 663.

⁶³ Cf. JORI, Mario, in GIANFORMAGGIO, op. cit., p. 109-10: *L'atteggiamento "sincronico" di Ferrajoli verso il principio di uguaglianza si riflette anche sul suo trattamento dei tradizionali diritti patrimoniali (in primo luogo la proprietà); molto radicalmente, Ferrajoli li espelle dalla categoria dei diritti soggettivi. O meglio, la categoria già unitaria dei diritti soggettivi giuridici viene da Ferrajoli ritenuta intrinsecamente disomogenea, in quanto comprendente "diritti" di uguaglianza, uguali per tutti (come i diritti personali), e diritti della disuguaglianza, intrinsecamente goduti in misura disuguale (come i diritti patrimoniali). Di qui secondo l'autore l'opportunità di distinguere ciò che è distinto, introducendo per ridefinizione due categorie e due termini: diritti fondamentali e poteri. (...) Ho qualche dubbio sulla opportunità di queste distinzioni concettuali, che mi hanno l'aria di definitional stops; di definizioni usate per troncature delle controversie di valore. Ci si rende conto delle scelte di valore implicite nelle scelte concettuali di Ferrajoli quando egli è costretto a ridefinire il concetto di "sfera di altri soggetti" in modo da escludere, valutativamente, qualunque cosa disturbi la propria ridefinizione della sfera della libertà. Che l'esercizio di un "ex-diritto" di proprietà non venga fatto rientrare nella sfera del solo soggetto proprietario e una scelta di valore, che viene presentata da Ferrajoli come una definizione. Che, al contrario, l'esercizio della facoltà di libertà di opinione non interferisca nella sfera giuridica di altri soggetti e una analoga scelta di valore, ma in senso contrario, anch'essa celata dalla ridefinizione, la quale finisce con il nascondere il fatto comune ai due casi. Ciò che essi hanno in comune e infatti che ognuno è obbligato a rispettare la libertà di opinione degli altri, esattamente come ognuno è obbligato a rispettare la proprietà degli altri.*

⁶⁴ Cf. FERRAJOLI, in GIANFORMAGGIO, op. cit., p. 637.

*strutturali ma di connotati secondari enfatizzati mediante definizioni persuasive*⁶⁵.

1.5.3 A Construção da Idéia de Direitos Fundamentais como “Direitos Subjetivos Públicos”

A categoria “direitos subjetivos” abrangente dos direitos fundamentais ao lado dos poderes, é fruto das teorias dos “direitos naturais” dos séculos XVII e XVIII, mas a sua sistematização foi uma tarefa da dogmática jurídica do século passado, que preconizou os direitos fundamentais como “direitos subjetivos públicos”, já não fundantes mas fundados pelo Estado⁶⁶. Tal concepção encontra ainda justificação na Declaração de Direitos francesa de 1789, cujo art. 2º postula que a meta de toda associação política é a conservação dos direitos naturais do homem, incluindo nesses direitos, além da liberdade, segurança e resistência à opressão, a propriedade. No entanto, os direitos fundamentais foram pensados pelo jusnaturalismo como um *prius* lógico com relação ao Estado e contrapostos aos poderes públicos como a sua antítese e padrão de justificação⁶⁷. Esta formulação foi profundamente alterada pelos

⁶⁵ (...quase como se não se tratasse de diferenças estruturais mas de características secundárias enfatizadas através de definições persuasivas) Cf. FERRAJOLI, in GIANFORMAGGIO, op. cit. p. 637.

⁶⁶ Cf. FERRAJOLI, op. cit. , p. 913: *En todos los casos la tesis liberal clásica conforme a la cual son los derechos vitales o 'fundamentales' los que dan fundamento y justifican al estado resulta invertida en la tesis opuesta según la cual es el que presta fundamento a los derechos vitales de los ciudadanos, que por eso ya no son 'fundamentales'.*

⁶⁷ Id, Ibid

juspublicistas alemães do século passado⁶⁸, em coerência com o princípio positivista de que toda situação jurídica emana do Estado e é regada pelo direito; e todos os direitos, patrimoniais e fundamentais, são igualmente criados pelo direito positivo e derivados do Estado.

Esta situação pode levar a encobrir o fato de que os direitos fundamentais não têm nada a ver com os “direitos-poderes”, *...de modo que se impida la mistificación liberal de la propiedad como libertad y la no menos grave mistificación marxista-leninista de las libertades como libertades de contratación o de mercado*⁶⁹.

Aquela diferença conceitual entre direitos fundamentais e situações jurídicas ou situações de poder permite recolocar o problema teórico da natureza dos direitos fundamentais, vistos pelos jusnaturalistas como “fundantes” (pré-políticos) ou “fundados” segundo a ótica positivista. Para Ferrajoli, uma vez reconhecida a natureza dos direitos fundamentais enquanto princípios axiológicos de justificação do Estado, tais direitos não são fundados, mas fundantes; mas não são normas e sim princípios ético-políticos externos, carentes de fundamentos, já que eles são fundamentos (frutos de opções morais e convenções); mas uma vez incorporados à ordem normativa, convertem-se em normas jurídicas de nível constitucional. E esta

⁶⁸ Cf. FERRAJOLI, 1995, p. 912.

⁶⁹ (...de modo que se impeça a mistificação liberal da propriedade como liberdade e a não menos grave mistificação marxista-leninista das liberdades como liberdades de contratação ou de mercado) Ibid, p. 914.

ambivalência reflete o caráter tanto externo, ou ético-político, quanto interno, ou jurídico, das fontes de legitimação do direito⁷⁰.

É com estas características que esses Direitos fundamentais acham-se integrados à totalidade das Cartas Constitucionais contemporâneas, embora apareçam formalmente em documentos separados em algumas delas.

1.5.4 Direitos individuais e Direitos transindividuais

Pelo que deflui dessas características apontadas acima, os Direitos fundamentais foram pensados originalmente como prerrogativas dos *indivíduos* (v. *supra*), dado que são fruto daquela mudança paradigmática que é a invenção do *individualismo*. De fato, a noção do indivíduo como logicamente superior e anterior ao Estado veio a soterrar a concepção *holística*, predominante em nossa tradição cultural desde a civilização grega até a Era Moderna. Esta visão de mundo reivindica que a sociedade (e o Estado) é superior à soma de seus componentes. O holismo é considerado por Dumont como uma ideologia (conjunto social de representações) que valoriza a totalidade social em detrimento do indivíduo, que a ela se subordina. Assim, por exemplo, encontra-se em Aristóteles a idéia do homem como *animal político*, ou seja, como pertencente à *polis*, que é

⁷⁰ Cf. FERRAJOLI, 1995, p. 915. Adverte-se que Bobbio tem a mesma posição: *Para mim não há dívida: os princípios gerais são normas como todas as outras*. Cf. BOBBIO, p. 158.

logicamente anterior a ele. De seu lado, o mundo medieval conhece a integração do ser humano a uma ordem cosmológica superior e universal, onde o homem é um elemento dentre outros de igual valor nessa ordem harmônica.

A invenção do *indivíduo*, fruto do calvinismo e do jusnaturalismo moderno⁷¹ implica as noções de propriedade (propriedade individual, conceito reforçado pela apropriação da idéia romana) e igualdade (os indivíduos são iguais entre si), oportunizando o nascimento de duas grandes ideologias políticas da modernidade: o liberalismo e o socialismo⁷².

Mas, como se viu, esses Direitos são *históricos*, dado que as novas condições sociais propiciam o surgimento de novas espécies. De fato, como se viu, os Direitos de terceira geração não pertencem já ao indivíduo isolado, mas à humanidade como um todo.

Como salienta Morais⁷³, as transformações pelas que passa a sociedade contemporânea e o aprofundamento do projeto desenvolvimentista têm significado uma transformação radical no modo de vida das pessoas, o que implica hoje uma completa inaptidão dos conceitos clássicos da teoria jurídica para lidar com os novos conflitos, dado que são aqueles voltados a resolver lides de natureza interindividual.

⁷¹ Cf. FERRAJOLI, 1995, pp.35-91. v. também MACPHERSON, 1979, pp. 275-283.

⁷² Cf. DUMONT, op. cit., pp. 91 ss.

⁷³ cf. MORAIS, 1996, *passim*.

Para compreender e afrontar a nova situação, surge então a noção de Direitos fundamentais *transindividuais* - coletivos ou difusos - baseados no valor solidariedade.

Esses Direitos caracterizam-se pela *indeterminação subjetiva de sua titularidade*, e podem ser definidos como aqueles transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares sejam pessoas indeterminadas, vinculadas por circunstâncias de fato⁷⁴.

De qualquer sorte, a marca característica do Estado democrático de Direito é a sua legitimação pela consagração e promoção dos Direitos fundamentais, já que *...sem Direitos do homem, reconhecidos e protegidos, não há democracia*⁷⁵.

1.6 A natureza contrafática das normas

É importante advertir-se que as normas jurídicas, tanto aquelas que consagram direitos fundamentais quanto de resto todas as outras, têm natureza contrafactual, característica que já fora suficientemente esgotada por Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*⁷⁶. Com efeito, a radical distinção *Sein/Sollen* demarca o plano analítico correspondente à Teoria Geral do

⁷⁴ Embora MORAIS prefira a expressão *interesses transindividuais*, opta-se neste trabalho pela expressão *direitos fundamentais transindividuais*, já que encontramos esse tipo de interesses corporificados em normas constitucionais como verdadeiros Direitos: é o caso do art. 225 da nossa Constituição Federal que dispõe que *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado...”*

⁷⁵ Cf. BOBBIO, 1992, cit. p. 1

⁷⁶ Cf. KELSEN, op. cit., cap. 1 (“Direito e Natureza”)

Direito, contrapondo-o ao plano fático (objeto privilegiado de estudo da Sociologia Jurídica) e que impede que se estabeleçam confusões redutivas entre os dois planos. Contudo, observa-se na teoria jurídica contemporânea que tal redução é recorrente: no pensamento de alguns autores, como se verá, a validade (característica existencial das normas jurídicas enquanto tais) é muitas vezes confundida com a eficácia (atuação concreta das normas no meio social, apreciável pela sua obediência e aplicação). Esta redução apresenta pelo menos dois riscos: a) o de entender-se que somente as normas que tem eficácia social são válidas, desconhecendo que os critérios de validade são exclusivamente jurídicos, o que pode levar à aceitação passiva de normas inválidas mas eficazes; e b) desconsiderar as normas válidas que ainda não têm eficácia como não-jurídicas, castrando-lhes o potencial de transformação e concretização de interesses legítimos da sociedade. Faz-se mister então analisar o tratamento dado à relação validade/eficácia na Teoria Jurídica Contemporânea, tomando alguns autores como paradigmáticos. Será esse o conteúdo do próximo capítulo.

CAPÍTULO II - A RELAÇÃO VALIDADE/EFICÁCIA NA TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

2.1 Considerações Preliminares

A partir do século XIX, com o triunfo da visão positivista sobre o Direito, perde-se o vínculo metafísico, próprio do pensamento jusnaturalista, que garantia uma certa racionalidade na apreensão do fenômeno jurídico, de vez que, a partir desse momento, postula-se que não há leis naturais prescritivas que estabeleçam padrões de conduta válidos eterna e universalmente, e que possam ser inferidos da “natureza” humana, da razão do homem ou de estruturas essenciais da realidade. Assim, não há conseqüentemente um procedimento racional para justificar objetivamente a validade de regras e ideais *morais* para estabelecer os Direitos e deveres das pessoas⁷⁷. Em decorrência disso, surgem alguns problemas que exigem elucidação, para melhor entender o objeto das reflexões jurídicas. Dentre eles, ressalta o conceito de *validade*, que teve uma trajetória errática e por vezes confusa em seu tratamento pelos diversos autores.

⁷⁷ Cf. NINO, Carlos S. “Dworkin y la Disolución de la Controversia ‘Positivismo vs. Iusnaturalismo’”, in VV. AA., 1993 - pp. 495-528. Para Habermas, a partir do triunfo da idéia positivista, *...Il diritto se restringe a una dimensione soltanto, occupando d'ora in poi la posizione prima tenuta dal diritto burocratico del sovrano. Il potere politico di quest'ultimo si emancipa dal legame con il diritto sacro, diventando così potere 'sovrano' in senso moderno. Ad esso spetta il compito di riempire, con un'autonoma legislazione politica, il vuoto lasciato dietro di sé dal diritto naturale già amministrato dai teologi. Alla fine, tutto il diritto deve sgorgare dalla volontà sovrana del legislatore politico. Promulgazione, applicazione ed esecuzione della legge diventano i tre momenti di un unico (politicamente strutturato) processo circolare; e resteranno tali anche quando si differenziano istituzionalmente a partire dalla divisione statale dei poteri. Cf. HABERMAS, 1992, p. 57.*

Um dos enfoques mais complexos quanto a esse tema diz respeito às relações entre a validade e a *eficácia*, categorias que aparecem muitas vezes confundidas na pena dos melhores juristas contemporâneos. Assim, é mister tentar mostrar o panorama atual dessa questão, evidenciando os mal-entendidos que surgem a partir de um entendimento fragmentário ou distorcido dessas categorias, bem como da relação entre as mesmas. Por último, ver-se-á a posição garantista a respeito do tema, de vez que essa abordagem teórica avança questões que foram relegadas pela maioria dos autores aqui relacionados.

Como se verá, para a maioria dos juristas contemporâneos, uma norma é válida quando pertence a um ordenamento jurídico por haver sido produzida pelo órgão competente e de acordo com o procedimento regular. De seu lado, a eficácia é considerada como decorrente do efetivo comportamento dos destinatários em relação à norma posta, bem como a sua aplicação pelos tribunais em caso de descumprimento.

Para Falcón y Tella, estas definições podem ser relacionadas às finalidades perseguidas, de vez que a validade tenta obter a segurança jurídica ou certeza, enquanto que a eficácia quer atingir a “justeza” (adequação), entendida como aplicação da justiça geral e abstrata ao caso concreto. Desta forma, para a jurista espanhola, validade e eficácia estão relacionadas através do valor “certeza” entendido como “valor-meio”,

relacionado à primeira, e a ordem, como “valor-fim” pretendido pela segunda⁷⁸.

Para essa autora, a própria validade pode ser dividida em ...*validez constitucional, existencial, lógica, positivista, formal, jurídica, sistemática* o *validez en sentido estricto*, y ...*validez fáctica, empírica, ontológica, realista, sociológica, experimental, o eficacia*⁷⁹, definições que instauram uma confusão terminológica que é saudável evitar, embora tal designação haja frutificado em muitos autores.

De fato, Conte, por exemplo, é um autor que distingue uma validade que possui significados diversos, mas um mesmo nome. Assim, divide ele a validade em validade formal, material e axiológica⁸⁰, a primeira correspondendo à existência específica da norma no sentido kelseniano, a segunda à eficácia e a terceira à justiça. Da mesma forma, Wróblewski⁸¹, quem propõe uma divisão da validade em sistêmica, factual e axiológica.

⁷⁸ Cf. FALCÓN Y TELLA, 1990, p. 90. A seguir esclarece: *Conviene...delimitar los conceptos conexos con los que examinamos. La idea de validez va ligada, al menos en los sistemas de derecho continental, con base a la norma legal, a la noción de 'legalidad', así como a la nota distintiva de ésta, la 'imperatividad'. Ésta conlleva el deber de cumplir la norma (eficacia obligatoria) o la reacción jurídica en forma de sanción para el caso de incumplimiento (eficacia sancionadora). Por su parte, el concepto de eficacia está estrechamente unido con la idea de 'coactividad', 'coercibilidad' o posibilidad de imposición inexorable. Esta coercibilidad se materializa a través de la 'coacción' como posibilidad de imponer por la fuerza lo que no ha sido cumplido voluntariamente. La coacción es la actuación fáctica de la sanción* (ibid, p. 90).

⁷⁹(...validade constitucional, existencial, lógica, positivista, formal, jurídica, sistemática ou validade em sentido estricto, e...validade fáctica, empírica, ontológica, realista, sociológica, experimental, ou eficacia) id, 1992 - p. 87. Da mesma forma, Maier, para quem a eficácia significa a ...*validez empirico-fáctica del derecho*. Cf. MAIER, Julio. “Reflexiones acerca de la vigencia del derecho” in BULYGIN *et alii.*, 1983, pp. 235-275.

⁸⁰ Cf. CONTE, 1989, pp. 55-74.

⁸¹ Cf. WROBLEWSKI, 1991, pp. 303-317.

Estrutura semelhante encontramos em Miguel Reale⁸², para quem a regra jurídica pode ser apreciada pelos aspectos de sua validade formal ou técnico-jurídica (que ele denomina “vigência”), sua validade social (“eficácia ou efetividade”) e validade ética (“fundamento”).

A vigência, para o mestre paulista, dá-se pela reunião de três requisitos: a) ter a regra sido posta por órgão competente (legitimidade própria do órgão); b) que esse órgão tenha competência *ratione materiae* para legislar sobre o assunto objeto da norma; e c) que tenha a norma sido criada através do processo devido (*due process of law*). De seu lado, a eficácia, que para ele é a validade social da norma, conforma-se pela correspondência da mesma ao querer coletivo, sendo que para ele *...não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo*⁸³.

Outra concepção confusa dessa distinção pode ser encontrada em Kaufmann, para quem, nos passos de Goldschmitt, a diferença expressa aquela entre jusnaturalismo e positividade⁸⁴.

⁸² Cf. REALE, 1977, p. 115.

⁸³ Ibid, p. 113. Ênfase do autor. No mesmo sentido, veja-se a posição de Maria Helena Diniz, quem, adotando a tricotomia de Reale, esposa também a postura kelseniana (que será explicitada neste trabalho *infra*) de aceitar validade de uma norma somente quando ela apresentar um mínimo de eficácia. Cf. DINIZ, 1988, p. 360. Com efeito, referindo-se à “validade fática ou eficácia” disserta a autora que *O problema da eficácia da norma jurídica diz respeito à questão de se saber se os seus destinatários ajustam ou não o seu comportamento, em maior ou menor grau, às prescrições normativas, isto é, se cumprem ou não os comandos jurídicos, se os aplicam ou não. (...) Consiste a eficácia no fato real da aplicação da norma, tendo, portanto, um caráter experimental, por se referir ao cumprimento efetivo da norma por parte de uma Sociedade, ao reconhecimento dela pela comunidade, no planos social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que ela suscita pelo seu cumprimento. A eficácia social seria a efetiva correspondência da norma ao querer coletivo, ou dos comportamentos sociais ao querer coletivo.* (pp. 360-1)

⁸⁴ *Nella polarità della giusnaturalità e positività non si esprime altro che il rapporto di validità ed efficacia del diritto, e con ciò si anche trovata la chiave per intendere i due grossi temi della filosofia del diritto: giustizia e sicurezza l'uno; diritto e potenza l'altro.* Cf. KAUFMANN, 1962, p. 556 (ênfases no original).

Já sob uma perspectiva tópic-retórica, a validade não é um especial *status* da norma, mas produto de um processo de construção de consenso, não tendo essas teorias muito a dizer sobre o tema⁸⁵.

De seu lado, as doutrinas normativistas tradicionais elaboram uma concepção estritamente jurídico-formal da validade, mas não excluem de forma geral o momento da eficácia, já que indicam nesta um critério ou condição de validade em certos níveis do sistema. De fato, como se verá, tanto Kelsen como Hart, por exemplo, separam os dois aspectos a nível de norma singular, enquanto instauram uma ligação entre eles em relação ao ordenamento como um todo, sendo que neste nível a eficácia torna-se não só o critério de validade do sistema, mas também a condição imprescindível da validade das normas singulares⁸⁶.

Assim, para Gerard, enquanto o critério de validade por excelência é a conformidade da lei às normas superiores, bem como a sua pertinência ao sistema jurídico, parece a mesma dependente em certo modo da eficácia⁸⁷.

⁸⁵ Cf. GARCÍA AMADO, 1988, pp. 268-9.

⁸⁶ Sobre o tema, cf. BONSIGNORI, 1985: *Pur tenuto distinto dalla validità in senso proprio, il concetto d'efficacia assume di solito un ruolo importante, è trattato in connessione con la validità ed è fatto oggetto di un'accurata analisi. Esso sembra rientrare perciò in una nozione in senso ampio di validità presente in quelle dottrine; tanto più che non di rado si tende a porre una precisa relazione fra i due concetti, indicando nell'efficacia stessa un criterio o una condizione di validità a certi livelli del sistema. In tal modo, sebbene intenda fornire una nozione ristretta e anti-fattuale di validità, la concezione formalistica tradizionale non appare espressione di una teoria unitaria del diritto valido, ma piuttosto di una teoria pluralistica di tipo particolare. Al contrario di quella unitaria, la dottrina pluralistica della validità è ricca e variegata, e rappresenta la parte più cospicua della teorizzazione sul diritto valido. Per orientarsi nella complessa serie di distinzione e nella tipologia di concetti che essa mostra, può essere opportuno prendere in considerazione il modo in cui è inteso proprio il profilo dell'efficacia, a seconda che venga collocato - sia pure in guisa meramente verbale - entro la nozione in senso stretto di validità o posto al di fuori di essa* (pp. 21-22)

⁸⁷ *...la conformité à la loi des dispositions posées par des autorités auxquelles le souverain a confié une fonction subordonnée soit par excellence le critère de leur validité. (...) ...parmi les critères possibles de validité la conformité à des normes supérieures et l'appartenance au système juridique constituente le critère*

Como se vê pelos exemplos acima, há uma enorme diversidade de abordagens dessa relação, sendo necessário então examiná-la à luz de alguns autores tomados aqui como paradigmáticos. Dentre eles, salienta-se o pensamento de Kelsen, Hart e Ross, começando pelo autor vienense, a partir da segunda versão da *Teoria Pura do Direito*.

2.2 A relação validade/eficácia em Kelsen

Em Kelsen, a validade é a existência *específica* (no mundo do dever-ser) da norma, enquanto que a eficácia é a sua ação no mundo do ser (isto é, o fato objetivo e comprovável de sua observância e aplicação)⁸⁸. Esta divisão entre mundos do dever-ser e do ser responde a uma questão de ordem lógica já posta pelo empirismo inglês (Hume): de fatos não podemos derivar logicamente normas, e de normas não podemos extrair consequências fáticas (falácias naturalista e normativista).

No entanto, a eficácia, num primeiro momento, aparenta confundir-se com a validade : *Uma norma jurídica é considerada como objectivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde*

dominante en droit positif. (...) La validité...au contraire parait au contraire dependante de l'effectivité...
GERARD, 1986, pp. 329-331.

⁸⁸ Cf. KELSEN, op. cit. , p. 29: *Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do facto real de ela ser efectivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos factos.*

*efectivamente, pelo menos numa certa medida*⁸⁹. Esta afirmação aparece posteriormente retificada e esclarecida pelo mestre vienense: a eficácia não se confunde com a validade, mas é condição desta⁹⁰. De fato, diz esse autor que tanto a eficácia da norma singular quanto a eficácia do ordenamento ao qual a mesma pertence são condições de validade de uma norma. Aparentemente, a eficácia teria o mesmo status que a norma superior - ou que a norma fundamental - enquanto *fundamento* de validade, mas na realidade não é assim. Mais correto é dizer-se que, na teoria kelseniana, a eficácia seria um *plus* para que tanto a norma quanto o ordenamento não venham a perder a sua validade⁹¹.

⁸⁹ Cf. KELSEN, op. cit. p. 30

⁹⁰ *Ibid.*, p. 292 ss: *O princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efectividade. (...) Nesta limitação revela-se a conexão, já repetidas vezes acentuada antes e sumamente importante para uma teoria do Direito positivo, entre validade e eficácia do Direito. (...) Com efeito, também o acto com o qual é posta uma norma jurídica positiva é - tal como a eficácia da norma jurídica - um facto da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio termo correcto. Um dos extremos é representado pela tese de que, entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade do Direito é completamente independente da sua eficácia. O outro extremo é a tese de que a validade do Direito se identifica com a sua eficácia. A primeira solução do problema tende para uma teoria idealista, a segunda para uma teoria realista. A primeira é falsa, pois, por um lado, não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz; por outro lado, é também falsa na medida em que existe uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural, já que a norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser posta através de um acto-de-ser (da ordem do ser). A segunda solução é falsa, pois não pode ser negado que há ...numeroso casos nos quais as normas jurídicas são consideradas como válidas se bem que não sejam, ou não sejam ainda, eficazes. A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: Assim como a norma de dever-ser, como sentido do acto-de-ser que a põe, se não identifica com este acto, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser: a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são - tal como o acto que estabelece a norma- condição da validade. Como diz Guibourg, se todas as normas jurídicas tivessem a eficácia como condição necessária e suficiente da validade, estaria comprometida a própria noção de sistema jurídico. Cf. GUIBOURG, 1986, p. 37.*

⁹¹ Cfr. KELSEN, 1986. pp. 177-79, onde o autor vienense esclarece seu ponto de vista sobre essa relação: *Visto que a eficácia consiste em que esta em geral é efetivamente cumprida e se não cumprida, em geral é aplicada, sua validade, porém, consiste em que ela deve ser cumprida, ou se não cumprida, deve ser aplicada; a validade precisa ser separada da eficácia da norma, como um dever-ser precisa ser separado de um ser. A confusão de ambos, a identificação da validade com a eficácia apenas é demasiado frequente na Ética tradicional e Ciência do Direito. Se bem que validade e eficácia sejam completamente distintas uma da outra, existe sempre uma substancial relação entre ambas. Eficácia é uma condição da validade, desde que uma norma isolada e toda uma ordem normativa perdem sua validade, deixam de valer, quando elas perdem sua eficácia, ou a possibilidade de uma eficácia; tanto quanto interessem normas gerais, se habitualmente cessam de ser cumpridas e se não cumpridas deixam de ser aplicadas. (...) ...uma norma com perda de sua*

De fato, a validade, na teoria kelseniana, difere da eficácia mas não é alheia à mesma, dado que a eficácia deve ser acrescentada à criação para que o Direito, originalmente válido tão-só em virtude do ato da sua criação na medida em que este seja regulado por uma norma superior, não perca a sua validade.

Acontece que a eficácia que condiciona a validade do ordenamento jurídico, condiciona duplamente a validade de uma norma isolada do mesmo, já que esta, para ser válida, requer, além da sua validade própria, a pertinência a um ordenamento jurídico globalmente eficaz⁹². Como diz Squella, *la eficacia no es la condición por la cual vale el derecho, pero sí*

eficácia, ou da possibilidade de uma eficácia, perde sua validade, o ser-eficácia é condição do dever-ser validade, mas não no sentido de que uma norma para valer precisa ser eficaz, pois ela já entra em validade antes de ser eficaz, e só pode ser eficaz se já entrou em validade. Mas ela precisa entrar em validade com a possibilidade de ser eficaz, pois uma norma que determina como devido o impossível, acaso a norma segundo a qual as pessoas não devem morrer, não pode ter nenhuma validade porque ela, desde o princípio, não pode ser eficaz. (ênfases no original).

⁹² Cf. KELSEN, 1979, cit, p. 298: *No silogismo normativo que fundamenta a validade de uma ordem jurídica, a proposição de dever-ser que enuncia a norma fundamental: devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efectivamente posta e eficaz, constitui a premissa maior; a proposição de ser que afirma o facto: a Constituição foi efectivamente posta e é eficaz, quer dizer, as normas postas de conformidade com ela são globalmente aplicadas e observadas, constitui a premissa menor; e a proposição de dever-ser: devemos conduzir-nos de harmonia com a ordem jurídica, quer dizer: a ordem jurídica vale (é válida ou vigente), constitui a conclusão. As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição, e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apoia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma de suas normas, perdem a sua validade (vigência).*

*Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo facto de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo facto de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de facto observadas e aplicadas. E também uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada. Cf. também o ensaio do mesmo autor, “El prof. Stone y la Teoría Pura del Derecho”, in KELSEN, 1969, p. 64: *La validez está condicionada por la eficacia en el sentido de que un orden jurídico como un todo, lo mismo que la norma aislada, pierde su validez si no llega a ser, en forma general, eficaz.* (ênfase no original). No mesmo sentido, cf. VERNENGO, 1976, p. 153: *La propiedad de validez nos lleva a afirmar, como lo hace temáticamente Kelsen, que una norma sólo tiene esa propiedad si, y sólo si, pertenece a un orden que efectivamente se aplique.**

*la condición sin la cual el derecho no puede valer (...) ...el derecho no es válido porque consigue ser eficaz, sino que deja de ser válido cuando deja de ser eficaz.*⁹³

Surge aqui um dos maiores problemas da teoria kelseniana, qual seja, o do estatuto teórico da eficácia a nível de ordenamento e sua relação mediata com a validade das normas isoladas, senão vejamos: a) para Kelsen, uma norma é válida se pudermos, de forma direta ou indireta, fundar a sua validade na norma fundamental⁹⁴; b) mas somente poderemos pressupor a existência de norma fundamental a embasar a validade do ordenamento como um todo e de cada uma das normas isoladamente de forma mediata, se o ordenamento for eficaz (obedecido e aplicado); c) esta constatação de eficácia se realiza a nível fático (verificação da efetiva obediência/aplicação). Assim, a falácia naturalista, rechaçada pela teoria kelseniana, já que ela parte do postulado básico da separação dos mundos do ser e do dever-ser, parece ressurgir como problematização no nível do fundamento mediato de validade das normas.

⁹³ (a eficácia não é a condição pela qual vale o direito, mas sim a condição sem a qual o direito não pode valer (...) ...o direito não é válido porque consegue ser eficaz, mas deixa de ser válido quando deixa de ser eficaz) Cf. SQUELLA, 1977. 407 p. P. 219. (*...la validez es diferente de la eficacia, pero no es ajena a ésta, puesto que la eficacia debe añadirse a la creación para que el derecho, originariamente válido sólo en virtud del acto de su creación en cuanto éste es regulado por una norma superior, no pierda su validez. (...) Sucede, nada más, que la eficacia que condiciona la validez del ordenamiento jurídico estimado como un todo, condiciona doblemente la validez de una norma aislada del mismo ordenamiento, puesto que ésta, para ser válida, requiere, además de su validez, pertenecer a un ordenamiento que sea eficaz y, adicionalmente, conseguir eficacia por sí misma, esto es, como norma aislada del ordenamiento a que pertenece.*) (pp. 218-9)

⁹⁴ Cf. BOBBIO, 1989, pp. 61-2, quem acompanha, nesse aspecto, a teoria kelseniana do fundamento de validade: *...como faz o cidadão ou o juiz para distinguir uma norma válida de uma inválida? Em outras palavras, como fará para distinguir uma norma pertencente ao sistema de uma norma que a ele não pertence? Afirmamos anteriormente que a primeira condição para que uma norma seja considerada válida é que ela advenha de uma autoridade com poder legítimo de estabelecer normas jurídicas. Mas qual é a autoridade que tem esse poder legítimo? Quem é essa autoridade à qual esse poder foi atribuído por uma norma superior, também legítima? E essa norma superior, de onde vem? Mais uma vez, de grau em grau, chegamos ao poder supremo, cuja legitimidade é dada por uma norma além da qual não existe outra, e é portanto a norma fundamental.*

De qualquer sorte, dizer que as normas são válidas é dizer que elas foram criadas de acordo com procedimentos estabelecidos em normas superiores, por órgãos previstos nas mesmas normas superiores e em harmonia com as mesmas, não tendo sido revogadas⁹⁵. Se uma norma não é eficaz (não se aplica nunca), deixará de ser válida, mas, em todo caso, sempre se poderá dizer que durante um período de tempo ela existiu.

Com base na distinção *ser/dever ser* utilizada por Kelsen para diferenciar a eficácia da validade, Raz e Nino concluem que a noção de validade em Kelsen é uma noção *normativa*, dada a impossibilidade de dedução entre juízos de fato e juízos normativos⁹⁶.

⁹⁵ Cf. BOBBIO, 1987, p. 21: *Mientras que para juzgar la justicia de una norma es necesario medirla según un valor ideal, para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico-racional, investigaciones que se hacen cuando se trata de establecer la entidad y la dimensión de un suceso. Particularmente, para decidir si una norma es válida (esto es, si existe como regla jurídica que pertenece a un determinado sistema) con frecuencia es necesario realizar tres operaciones: 1. Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas, es decir, normas vinculantes en ese determinado ordenamiento jurídico (esta investigación conduce inevitablemente a remontarse a la norma fundamental, que es la base de validez de todas las normas de un determinado sistema). 2. Comprobar si no ha sido derogada, comoquiera que una norma puede haber sido válida, en el sentido de haber sido promulgada por un poder autorizado para hacerlo, pero esto no quiere decir que lo sea todavía, lo que sucede cuando una norma posterior en el tiempo la ha derogado expresamente o ha regulado la misma materia. 3. Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema (lo que también se llama derogación implícita), particularmente con la norma jerárquicamente superior (una norma constitucional es superior a una ley ordinaria en una constitución rígida) ... (ênfases no original). Cf. también, SEGURA ORTEGA, Manuel, 1990, pp. 315ss.: *Decir que las normas son válidas es lo mismo que afirmar que ellas existen, pero su existencia no depende, en modo algún, de su eficacia. En este punto, aunque Kelsen distinguió claramente entre validez y eficacia tuvo que hacer algunas concesiones en el sentido de considerar a la eficacia como condición de validez. Sin embargo, me parece que llegar a esta conclusión no es necesario y, por consiguiente, es posible afirmar que la validez (existencia) de una norma subsiste con total independencia de su eficacia. Veamos qué es lo que dice Kelsen: 'una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúe en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que - como se suele decir - no alcanza cierto grado de eficacia no es considerada una norma jurídica válida' (Teoría Pura del Derecho, p. 24). Pues bien, yo iría mucho más lejos que Kelsen: una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida es una norma jurídica válida si ha sido creada de acuerdo con el procedimiento establecido y por el órgano competente. (p. 323).**

⁹⁶ Cf. NINO, s/d, p. 136: *Según otra interpretación, defendida, por ejemplo, por Joseph Raz y quien escribe, Kelsen emplea un concepto normativo de validez jurídica. El apoyo de esta interpretación está dado por los numerosos pasajes en que Kelsen identifica la validez de una norma no sólo con su existencia sino*

O tipo de condição da eficácia sobre a validade é *conditio per quam*, e não *conditio sine qua non*. Pattaro, em obra de 1986, mostra que a eficácia nunca poderá substituir a *grundnorm* como fundamento último de validade das normas e do ordenamento, já que a eficácia é condição necessária mas não suficiente *per se* da validade de um ordenamento jurídico. Mas a presença da eficácia como condição *per quam* faz com que a postulação da norma fundamental perca seu caráter arbitrário: *La opción de la norma fundamental presupuesta, estando condicionada a la realidad social efectiva (principio de efectividad) pierde, no obstante, su carácter arbitrario*⁹⁷.

Já em Lenoble e Ost⁹⁸ encontramos uma crítica de ordem sociológica à postura kelseniana de eficácia como condição da validade: para esses

también con su fuerza obligatoria, en los que sostiene que decir que una norma es válida implica decir que debe ser lo que ella dispone, en los que dice que mientras los juicios que predicam eficacia o vigencia son juicios fácticos o del "ser", los juicios de validez son juicios del "deber ser" que no pueden inferirse de los anteriores, ... (grifo do autor)

⁹⁷ (A opção da norma fundamental pressuposta, estando condicionada à realidade social efetiva (princípio de efetividade) perde, não obstante, seu caráter arbitrário) Cf. PATTARO, 1986. p. 80. Concluindo suas reflexões sobre o tema (relação validade/eficácia), lembra Pattaro a lição kelseniana (*Teoría General del Derecho y del Estado*, pp. 141-2): *La validez de un ordenamiento jurídico depende así de su concordancia con la realidad, de su 'eficacia'. La relación existente entre la validez y la eficacia de un ordenamiento jurídico - la tensión, valga la expresión, entre el 'deber ser' y el 'ser' - sólo puede venir determinada por un límite superior y por uno inferior. La concordancia no debe superar un dato máximo ni descender más allá de un dato mínimo.*

⁹⁸ Cf. LENOBLE, Jacques, OST, François, 1980, pp. 516-520: *Il apparaît, à la réflexion, que l'exigence d'effectivité présentée par Kelsen comme une condition juridique et théorique de validité soulève des interrogations à la fois au plan scientifique et au plan du droit positif. Au plan théorique, il faut bien constater...que le concept d'effectivité, tel qu'il est mis en oeuvre par la science du droit en général et Kelsen en particulier, s'avère extrêmement obscur. Ainsi, il faudrait se demander à partir de combien de comportements 'transgressifs' une norme individuelle cesse d'être efficace. De même se pose la question de savoir à partir de combien de normes effectivement appliquées un ordre juridique devient efficace. Il faudrait encore s'interroger sur la nature des destinataires de la règle dont le comportement concourt à le rendre effective: faut-il réunir le comportement conforme des individus dont la règle détermine la conduite et celui des organes chargés de l'appliquer ou bien se contente-t-on d'une obéissance des uns ou des autres? En admettant que ces questions soient résolues, il faudrait encore observer que pour beaucoup de normes le problème de l'effectivité se pose en des termes spécifiques (ainsi en va-t-il par exemple des normes permissives), et par ailleurs il existe une variété infinie de modalités d' 'obéissance' à la règle (...). Autant d'interrogations dont le traitement mériterait une véritable investigation scientifique, un véritable souci du*

autores, as problematizações podem ser feitas tanto no plano científico como no plano do Direito positivo. No plano científico, colocam em questão os *graus* de cumprimento e aplicação para que uma norma possa ser considerada eficaz (ou de descumprimento para que se veja declarada a sua ineficácia). No plano de Direito positivo, acusam o princípio de eficácia da lei de ser meramente ideal (*idéal de la bonne loi*).

Um bom exemplo dessa postura sociologista⁹⁹ aparece em obra de Ost e Van Der Kerchove, para os quais a eficácia, mais do que condição de validade, é um critério da mesma. Mais do que “obrigatoriedade” da norma, a eficácia seria a própria validade, já que a obligatoriedade seria apenas uma das modalidades da eficácia jurídica; de outro lado, postular uma idéia de validade desvinculada da eficácia seria incorrer em postura jusnaturalista. Contudo, para eles,

Il nous parâit plus scientifique de poser un lien seulement relatif entre la validité et l'obligatorieté: la norme valide est celle dont, à l'intérieur d'un système juridique, on reconnaît qu'elle a les effets juridiques qu'elle prétend avoir, ce qui laisse entièrement ouvertes les questions de savoir si cette prétention, au départ simplement subjective, et maintenant consacrée ou sanctionnée, est effectivement réalisée, et sur base de quelles justifications elle s'appuie.

fait, que Kelsen, tout en prétendant faire ocume d'empirisme, met entre parenthèses, se réfugiant, en définitive, dans l'affirmation qu'il suffit de prendre en considération l'efficacité de l'ordre juridique pris dans son ensemble. Par quoi il entend, non pas la somme de toutes les normes composant un ordre juridique, ce qui laisserait irrésolu le problème de leur efficacité, mais plutôt la reconnaissance dont bénéficie le pouvoir étatique...

⁹⁹ Parece autorizado nominar-se esse enfoque de “sociologista”, já que ...*Según el tipo de los criterios, pueden distinguirse diferentes tipos de teorías de la validez. En la medida en que se introducen hechos sociales, como por ejemplo, la obediencia habitual, vinculada con un sentimiento de obligatoriedad o la alternativa de la obediencia o la aplicación de una sanción en caso de desobediencia, se trata de la teoría sociológica de la validez.* ALEXY, 1993. p. 58 (ênfase do autor).

*Ainsi donc, la signification "objective" reconnue à la norme ne renvoie pas, dans notre esprit, à quelque ordre des choses donné, nécessaire, a priori et vrai: cette signification est dite "objective" seulement à l'intérieur d'un système d'évaluations faisant autorité*¹⁰⁰.

Já Vernengo¹⁰¹, analisando a obra póstuma kelseniana, postula que a validade das normas gerais depende indiretamente da eficácia das normas individuais postas em conformidade com elas:

*...la validez de las normas hipotéticas generales sólo puede afirmarse si, y sólo si cabe comprobar la existencia de una norma categórica individual, que configura el sentido de un concreto acto de voluntad, cuya validez es imposible distinguir, salvo conceptualmente, de su eficacia concreta. En otros términos: la validez mediata de las normas generales depende de la validez inmediata de las normas individuales que la cumplen, pero esta validez inmediata es vacua (pues toda norma individual para tener existencia específica o validez supone tautológicamente su observancia) o es indiscernible del mero hecho de la producción de tal norma o mandato, o de su eficacia cosas ambas que Kelsen rechaza.*¹⁰²

¹⁰⁰ (Parece-nos mais científico estabelecer um liame somente relativo entre a validade e a obrigatoriedade: a norma válida é aquela que, no interior de um sistema jurídico, reconhece-se que tem os efeitos jurídicos que pretende ter, o que deixa inteiramente em aberto as questões de saber se esta pretensão, de início simplesmente subjetiva, e agora consagrada ou sancionada, é efetivamente realizada, e sobre a base de quais justificações ela se apóia. Assim portanto, a significação "objetiva" reconhecida à norma não reenvia, em nosso espírito, a nenhuma ordem de coisas dada, necessária, a priori e verdadeira: esta significação é chamada "objetiva" somente no interior de um sistema de avaliações erigido em autoridade) Cf. OST, François, VAN DER KERCHOVE, Michel, 1987, p. 264.

¹⁰¹ Cf. VERNENGO, 1985, p. 23.

¹⁰² (...a validade das normas hipotéticas gerais somente pode afirmar-se se, e somente se, cabe comprovar a existência de uma norma categórica individual, que configura o sentido de um concreto ato de vontade, cuja validade é impossível distinguir, a não ser conceitualmente, da sua eficácia concreta. Em outros termos: a validade mediata das normas gerais depende da validade imediata das normas individuais que a aplicam, mas esta validade imediata é vazia (pois toda norma individual para ter existência específica ou validade supõe tautologicamente a sua observância) ou é indiscernível do mero fato da produção de tal norma ou mandamento, ou da sua eficácia, coisas ambas que Kelsen repele) Ibid, p. 23.

Resumindo, temos que, em Kelsen, 1) a validade é independente da eficácia, não se confundindo com esta, mas sendo esta a condição daquela; 2) a eficácia é condição da validade, no sentido de que sem eficácia a norma deve entender-se como tendo perdido validade (o fenômeno da desuetude); 3) a eficácia sustenta indiretamente a validade da norma, dado que somente pode postular-se validade de uma norma isolada quando ela pertencer a um ordenamento que, este sim, deve ser eficaz para ser obedecido.

2.3 A relação validade/eficácia em Hart

Em Herbert Hart¹⁰³ encontramos o seguinte delineamento do tema: a) a validade de uma norma singular se dá pela sua pertinência ao ordenamento; b) o critério último de validade das normas é a chamada por ele *regra de reconhecimento*, que é a regra que separa as normas não

¹⁰³ Cf. HART, s/d, pp. 115 ss.: *Diz-se de alguns dos enigmas relacionados com a ideia de validade jurídica que eles respeitam à relação entre a validade e a 'eficácia' do direito. Se por eficácia se quer dizer que o facto de que uma regra de direito exigindo um certo comportamento é mais frequentemente obedecida do que desobedecida, é evidente que não há relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a sua eficácia, a menos que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre seus critérios, como o fazem algumas, a disposição (por vezes referida como regra de desuso) de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema se tiver cessado há muito de ser eficaz. Devemos distinguir a não observância geral das regras do sistema, da ineficácia de uma regra concreta, que pode servir ou não de argumento contra a sua validade. Aquela pode ser tão completa e tão prolongada, que deveríamos dizer, no caso de um novo sistema, que nunca se estabeleceu a si próprio como o sistema jurídico de um grupo dado, ou, no caso de um sistema em tempos estabelecido, que deixara de ser o sistema jurídico do grupo. Em ambos os casos, o contexto normal, ou o pano de fundo para fazer qualquer afirmação interna em termos de regra do sistema, está ausente. Em tais casos, seria de forma geral desprovido de sentido quer avaliar os direitos e os deveres de pessoas concretas por referência às regras primárias de um sistema, quer avaliar a validade de qualquer de suas regras por referência às suas regras de reconhecimento. Insistir em aplicar um sistema de regras que nunca foi realmente eficaz, ou que foi abandonado, seria ...tão fútil como avaliar o progresso de um jogo por referência a uma regra de pontuação que nunca tivesse sido aceite ou tivesse sido abandonada. (ênfase no original).*

jurídicas daquelas que sim o são; c) esta regra é norma e não fato¹⁰⁴; d) em consequência, não há relação necessária entre a validade de uma regra e a sua eficácia; e) a exceção a essa regra dá-se se um ordenamento prever em uma regra que a dessuetude induz invalidade¹⁰⁵; f) ao adotarmos o que ele chama de “ponto de vista interno”, estaremos pressupondo que o *sistema* é geralmente eficaz e que portanto continuará a sê-lo, concluindo em decorrência disso que a norma particular será aplicada e obedecida (“ponto de vista externo”)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Mas é uma norma que impõe um padrão de comportamento: ...a regra de reconhecimento é diferente das outras regras do sistema. A asserção de que existe só pode ser uma afirmação externa de facto. Porque enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, ‘existir’, mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de facto. Cf. HART, s/d, p. 121. Por isso a afirmação de Kozicki de que ...a noção de validade jurídica é sucedâneo da adoção de um ponto de vista interno, e não se confunde com a noção de eficácia, à qual se reporta a assunção de um ponto de vista eminentemente externo. Cf. ROCHA, 1997, p. 143.

¹⁰⁵ Ramos Pascua impugna o argumento hartiano da não conexão necessária entre a validade de uma norma e sua eficácia: *Pensemos en una norma inválida jurídicamente que deviene efectiva; lo cual supone, entre otras cosas, que los tribunales la aplican. Su aplicación por los tribunales evidencia que la identifican como una norma perteneciente al ordenamiento. Ahora bien, como los tribunales no identifican las normas arbitrariamente sino siguiendo una pauta, el hecho de que identifiquen la regla efectiva como Derecho implica que así lo exige la pauta de identificación que les orienta, y que no es otra que la regla de reconocimiento; regla que, según Hart, se manifiesta precisamente en la práctica de los tribunales. Parece evidente, según lo anterior, que cuando una norma carente de validez llega a ser efectiva, cambia automáticamente la regla de reconocimiento, que comienza a permitir incluirla entre las normas del sistema, convirtiéndola así en válida jurídicamente. El mismo razonamiento es aplicable al caso inverso. Si una norma válida deviene inefectiva y los tribunales rehusan aplicarla, eso implica que se ha transformado la regla de reconocimiento que les guía.* Cf. RAMOS PASCUA, 1989. p. 148.

¹⁰⁶ Nesse sentido a lição de Vilanova: ...o Direito, em seu conjunto de sistema, nunca é descumprido, nunca é violado: como conjunto, é sempre válido, como válidas são as normas-partes ou elementos desse conjunto. Se ineficácia se dá de alguma norma, por fato ou conduta contra norma, sem norma subsequente que tenha essa contrariedade por hipótese de consequência sancionadora, é o sistema mesmo que o decide. *Quer através dos atos jurisdicionais que desaplicam o Direito válido, ou por norma ab-rogante de norma ineficaz, ou norma que tome o fato da ineficácia por pressuposto condicionante de supressão da validade (assim se o sistema admite o costume contra legem): é o próprio sistema jurídico que suprime a validade. Enfim, a não-verdade de proposição descritiva de fatos, como o descumprimento de norma individual fundada em norma geral, não comprometem a validade da proposição normativa universal.*” Cf. VILANOVA, 1977, p. 61 (a ênfase é do autor).

Daí a lição de Castignone no sentido de que o motivo pelo qual se aceita como vinculante (válida) uma norma singular não é a sua eficácia, mas a aceitação da norma de reconhecimento que empregamos para selecioná-la. Mas a eficácia, de qualquer sorte, joga um papel de grande relevo na teoria de Hart, dado que sem eficácia o sentimento interno de aceitação permanece de fora do âmbito jurídico, dando origem quando muito a normas morais, ou diretivas ideológicas¹⁰⁷.

Como diz Argüelles¹⁰⁸, nos sistemas jurídicos desenvolvidos, com legislatura centralizada, tribunais, funcionários e sanções, providos de regras secundárias que possibilitam a adaptação frente às mudanças, a certeza e a eficácia, a condição de obediência e apoio por parte dos cidadãos se dilui, não sendo imprescindível; para Hart, o risco aqui é que o poder

¹⁰⁷ Cf. CASTIGNONE, s/d, p. 17: *L'efficacia dell'ordinamento costituisce il contesto o sfondo normale per fare delle affermazioni interne sulla base delle norme dell'ordinamento. (...) Mentre una norma inferiore dell'ordinamento può essere valida e in questo senso 'esistere' anche se viene generalmente disobbedita, la norma di riconoscimento esiste soltanto come una prassi complessa, ma di solito concorde, dei tribunali, dei funzionari e dei privati, di individuazioni del diritto in riferimento a certi criteri. La sua esistenza è una questione di fatto" Anche qui non si può dire che per Hart validità ed efficacia coincidano, o che la prima derivi dalla seconda. Questo discorso significa semplicemente che se si assume come criterio per riconoscere le norme a cui dare il proprio assenso una norma che non sia riuscita a diventare efficace, o che non lo sia più, si compie una operazione che può avere un valore ideologico (ad esempio, come dice Hart, per tener desta l'adesione ad un ordinamento che sia stato sopraffatto da una rivoluzione), oppure un valore diciamo così didattico ('un modo vivo di insegnare il diritto romano consiste nel parlare come se quell'ordinamento fosse ancora efficace'): ma non ci servirebbe certo da guida per muoverci in mezzo alle innumerevoli norme che si possono pervenire da diverse fonti. Come il linguaggio interno dell'obbligo per non rimanere soltanto a livello morale deve dirigersi verso o dare origine a norme efficaci, così per lo stesso motivo il linguaggio della validità deve partire dall'accettazione di una norma di riconoscimento efficace.*

¹⁰⁸ Cf. ARGÜELLES, 1984, p. 281: *Es evidente que en los sistemas que Hart denomina 'prejurídicos' - es decir, aquéllos sistemas que sólo tienen reglas primarias que imponen deberes y obligaciones - el factor de la obediencia y apoyo por parte de los ciudadanos es fundamental para determinar la existencia de tal sistema. Sin embargo, en los sistemas jurídicos desarrollados, con una legislatura centralizada, tribunales, funcionarios y sanciones, con unas reglas secundarias, que posibilitan la adaptación frente a los cambios, la certeza y la eficacia, la condición de obediencia y apoyo por parte de los ciudadanos se diluye, no siendo tan imprescindible; como dice Hart, '...El precio es el riesgo de que el poder centralmente organizado puede ser empleado para la opresión de muchos, cuyo apoyo no le resulta imprescindible, de una manera que el régimen más simple de reglas primarias no podía llevar a cabo...'*

centralizado possa ser usado para a opressão de muitos cujo apoio não seja de grande relevância¹⁰⁹.

2.4 Normas e princípios: a concepção de Dworkin

Sucessor catedrático de Hart, Ronald Dworkin concebe o Direito como composto não só por normas, mas também por *princípios* (por exemplo, a ninguém é lícito invocar a sua própria torpeza em seu proveito) dos quais os juízes se servem para resolver os “hard cases” (casos difíceis)¹¹⁰. Partindo do ataque à distinção estabelecida pelo positivismo entre Direito e Moral, critica este autor o critério usado pelo positivismo mais estrito de distinguir a validade no Direito com base no critério de sua origem¹¹¹. De fato, esse critério é para ele adequado para fundar a validade das *normas jurídicas*, mas o Direito não se resume às mesmas, como referido acima. Ao lado dos princípios, que fazem referência à justiça e à equidade (fairness), encontramos as *diretrizes políticas*, que se referem aos

¹⁰⁹ Cf. HART, op. cit. p. 129: *Num caso extremo, o ponto de vista interno, com o seu uso normativo característico da linguagem jurídica ('Esta é uma regra válida'), poderia estar confinado ao mundo oficial. Neste sistema mais complexo, apenas os funcionários poderiam aceitar e usar os critérios de validade jurídica do sistema. A Sociedade em que isto sucedesse poderia ser lamentavelmente semelhante a um rebanho; os carneiros poderiam acabar no matadouro. Mas há poucas razões para pensar que não pudesse existir ou para lhe negar o título de sistema jurídico.*

¹¹⁰ Cf. DWORKIN, 1984.

¹¹¹ Ibid, p. 9 (prólogo de A. Calsamiglia): *Ronald Dworkin es un autor que rechaza explícitamente las doctrinas positivistas y realistas que han dominado el pensamiento jurídico en los últimos tiempos. (...) La crítica del presupuesto de la distinción rígida entre el derecho y la moral es el objetivo fundamental de su 'ataque al positivismo'. (...) El modelo positivista es estrictamente normativo, porque sólo puede identificar normas, y deja fuera del análisis las directrices y los principios. (...) El criterio de identificación de los principios y de las directrices no puede ser el test de origen. Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar ... Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (fairness).*

- Cf. também p. 72: *...cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas.*

objetivos sociais justos que devem ser atingidos pela aplicação do Direito. Tanto diretrizes como princípios devem ser levados em consideração pelo aparato judicial na interpretação e aplicação das normas, como condição para captar o fenômeno jurídico em sua *inteireza*. Essa para o autor é uma constatação fática, já que, como referido no prólogo de sua primeira obra, a Constituição dos EUA têm incorporado alguns padrões morais como critérios de validade, sendo os mesmos aplicados pelos juízes¹¹². O problema que encontra Dworkin na concepção normativista é que as normas operam a partir de uma lógica “*disjuntiva*”, ou seja, elas estabelecem de maneira radical a oposição “Direito” e “não-Direito”¹¹³. Mas ao aceitar os princípios (bem como as diretrizes políticas) como integrantes do modelo jurídico, encontramos problemas relevantes na teoria da validade: aos princípios não se aplica esse conceito. Ao analisar casos difíceis e tentar aplicar a regra de reconhecimento de Hart à solução dada aos mesmos pelos tribunais (validade das normas em função da sua promulgação por autoridade competente), Dworkin constata que os órgãos judicantes lançaram mão de princípios que, ao não serem normas, não se subsumem às qualificações de validade/invalidade. Os princípios são aceitos pela sociedade e pelos tribunais, diz ele. Então,

¹¹² *Dworkin ha descrito el sistema y el funcionamiento Constitucional de Estados Unidos (su teoría no es conceptual sino descriptiva...) y ha puesto de manifiesto la fusión entre los principios morales y jurídicos. Con esta descripción ha pretendido demostrar que el modelo positivista es incapaz de describir correctamente el derecho. Sobre este punto, Carrió ha señalado que la descripción de Dworkin de las actitudes de los jueces americanos es correcta pero no puede ser invocada como contraejemplo del positivismo... La Constitución americana ha incorporado algunos standards morales como criterios de validez jurídica y los jueces americanos aplican estos standards como criterios últimos de validez. A causa de esta circunstancia, la conexión existente en aquél país entre el derecho y la moral, aunque sea importante y estrecha, no es una conexión necesaria o conceptual sino fáctica. (Cf. DWORKIN, 1984, p. 12)*

¹¹³ *Ibid, p. 76: Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.*

La nítida distinción que establece Hart entre aceptación y validez no se sostiene. Si estamos defendiendo el principio de que un hombre no debe beneficiarse de su propio delito, podríamos citar actas de tribunales y leyes que lo ejemplifiquen, pero esto se refiere tanto a la aceptación del principio como a su validez. (Parece extraño hablar, simplemente, de que un principio sea válido, quizá porque la validez es un concepto sin matices apropiado para las normas, pero incongruente con la dimensión de peso de un principio).¹¹⁴

Assim, segundo Dworkin, deveríamos dizer que pelo menos no ordenamento norte-americano os princípios fazem parte da regra de reconhecimento, mas isto é impossível em função do fato dos princípios serem de natureza diferente daquela das normas, com o que a teoria hartiana vê-se problematizada em seus pressupostos¹¹⁵. De qualquer sorte, a eficácia

¹¹⁴ (A nítida distinção que estabelece Hart entre aceitação e validade não se sustenta. Se estamos defendendo o princípio de que um homem não pode tirar benefício de seu próprio delito, poderíamos citar atas de tribunais e leis que o exemplifiquem, mas isto refere-se à aceitação do princípio quanto à sua validade. (Parece estranho falar-se, simplesmente, de que um princípio seja válido, talvez porque a validade seja um conceito sem nuances apropriado para as normas, mas incongruente com a dimensão de peso de um princípio).) A seguir explica: *Empecemos por la prueba que sugiere Hart para identificar las normas válidas de derecho, y veamos si se la puede aplicar también a los principios. De acuerdo con Hart, la mayoría de las normas de derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó. Algunas fueron creadas por un órgano legislativo, en forma de estatutos. Otras fueron creadas por jueces que las formularon para decidir casos particulares y las establecieron así como precedentes para el futuro. Pero este tipo de certificación no sirve para los principios de los casos Riggs y Hemmingsen, cuyo origen como principios jurídicos no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo. (...) Si dejara de parecer injusto permitir que la gente se beneficie de sus delitos, o ya no se considerase justo imponer responsabilidades especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios dejarían de desempeñar un papel importante en los casos nuevos, aun cuando jamás hubieran sido derogados o rechazados. (Cf. DWORKIN, 1984, seção 6, "La regla de reconocimiento").*

¹¹⁵ Ibid, seção 6. Cf. também CRACOGNA, 1993. pp. 107-8: *A la...caracterización del derecho como sistema normativo - bastante amplia como para que puedan tener cabida dentro de ella las distintas corrientes del positivismo jurídico - agrega Dworkin otras dos, que a su vez motivaron ulteriores desarrollos dentro de su teoría general. La primera consiste en afirmar que sólo las normas válidas determinadas según el criterio señalado forman el derecho positivo y que, por consiguiente, cuando para resolver un caso no existiera norma válida o no fuera posible encuadrarlo adecuadamente en ninguna de ellas, entonces el juez debe decidir ejerciendo su arbitrio. Vale decir, que en virtud de su discreción recurrirá a una pauta*

(traduzida em aceitação) assume presença preponderante na concepção dworkiniana¹¹⁶.

2.5 A abordagem de Alf Ross

Em Alf Ross encontramos um esforço reducionista para reconduzir a ←
 idéia de validade àquela de eficácia. De fato, para ele, Direito válido indica o conjunto abstrato de idéias normativas que servem como esquema de interpretação dos fenômenos jurídicos em ação, o que implica que essas normas são efetivamente seguidas e assim o são porque são vivenciadas (*experienced*) como socialmente vinculantes¹¹⁷. De fato, para o autor escandinavo,

extrajurídica para crear una nueva norma o adecuar la existente. Por fin, el tercer principio del positivismo sostiene que las obligaciones jurídicas derivan exclusivamente de su imposición por una norma válida (según ya fue caracterizada). De manera que si no existiera una norma válida tampoco habría obligación jurídica y, por lo tanto, cuando un juez resuelve según su arbitrio no impone obligación jurídica alguna en orden a esa cuestión. Ainda, sobre o mesmo tema v. DWORKIN, 1980, esp. pp. 85-6, onde o autor explicita a diferença entre normas, de um lado, e princípios e diretrizes, categorias centrais em sua obra: Llamo 'directriz' [policy no original] a la clase de norma que establece una meta que ha de alcanzarse, generalmente en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad... Denomino 'principio' a una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una posición económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral. Así, la norma según la cual debe disminuirse el número de accidentes de automóvil es una directriz, y la norma que ningún hombre debe aprovecharse de los efectos de sus propios delitos es un principio.

¹¹⁶ Cf. CRACOGNA, op. cit. p. 114: *A pesar de la distancia que Dworkin toma respecto de Hart, ambos autores admiten (sea en la regla de reconocimiento o en la crítica a ella) la presencia preponderante de la vigencia, eficacia o aceptación (hecho, en suma) como dato básico de la realidad jurídica, sea en relación con las normas o con los principios.* Para uma crítica contundente à posição de Dworkin, Cf. NINO, op.cit. pp. 495-528.

¹¹⁷ Cf. ROSS, 1970. pp. 51 a 57.

...en términos generales la existencia (validez) de una norma es lo mismo que su eficacia. Afirmar que una regla o un sistema de reglas existe es lo mismo que afirmar la ocurrencia de un complejo de hechos sociales, entendiendo 'hechos sociales' en un sentido amplio que incluye también condiciones psicológicas¹¹⁸.

Para Ross, a validade no sentido normativo empregado por Kelsen não desempenha função alguma na descrição e explicação da realidade, consistindo essa função somente no reforçamento da ordem jurídica, ao proclamar que as obrigações jurídicas são também deveres morais. Em conclusão, para ele a noção normativa de validade é o instrumento de uma ideologia sustentadora da autoridade do Estado¹¹⁹.

Parece claro que aqui nos deparamos com uma concepção de validade *entendida* como realidade fática: somente a partir dessa premissa pode conceber-se que os enunciados sobre a validade consistam em proposições relativas a fatos ou fenômenos observáveis, os quais permitirão

¹¹⁸ (...em termos gerais a existência (validade) de uma norma não é a mesma coisa que a sua eficácia. Afirmar que uma regra ou um sistema de regras existe é a mesma coisa que a afirmar a ocorrência de um complexo de fatos sociais, entendendo 'fatos sociais' num sentido amplo que inclui também condições psicológicas) Cf. ROSS, 1994. p. 370.

¹¹⁹ Ibid, p. 370: *La validez en sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción y explicación de la realidad. Su función consiste en reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas respaldadas por sanciones, sino también deberes morales. La noción normativa de validez es el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado. Cuando es usada por un cuasipositivista este sostén es incondicional; cuando es usada por un iusnaturalista está condicionada por alguna armonía con los estándares presupuestos del derecho natural. A este respecto, la teoría pura del derecho de Kelsen es una continuación del pensamiento cuasipositivista. Kelsen jamás ha superado la idea de que un sistema jurídico establecido, como tal posee validez en el sentido normativo de la palabra. Según Kelsen, la existencia de una norma es su 'validez'; y que una norma posee validez significa 'que los individuos deben comportarse como la norma los estipula'. Pero la norma en sí misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa lo que los individuos deben hacer. Qué significa, entonces, decir que los individuos deben hacer lo que deben hacer?*

verificar que um ordenamento jurídico é aplicado e observado, ou seja, que é eficaz¹²⁰.

A obra de Ross se insere na tradição escandinava, que representa um esforço constante para demonstrar que as noções aceitas como partes essenciais da estrutura do Direito - por exemplo, a validade - são parcialmente derivadas de crenças supersticiosas (“mitos”, “ficções”, “entidades mágicas” ou confusões categoriais). Desta forma, o princípio reitor da obra de Ross é aquele segundo o qual o Direito e a crítica do Direito devem ser interpretados em termos de “fatos sociais”.

Segundo análise de Hart¹²¹, o autor escandinavo expõe com singular clareza a insistência dogmática de sua escola segundo a qual, se um enunciado não pode ser analisado como um enunciado acerca de fatos ou como uma expressão de sentimentos, deve ser “metafísico”. Para ele, a análise da noção de validade deve possuir uma das duas formas seguintes:

¹²⁰ Cf. REYES SOTO, 1984. pp. 205-225. P. 223: *Del examen que hemos hecho sobre el planteamiento de Alf Ross en torno al tema de la validez del Derecho y al de la obligatoriedad jurídica, surgen los siguientes puntos básicos: 1) el autor niega categóricamente que las nociones de validez y de obligación representen alguna realidad y por lo mismo rechaza una interpretación del Derecho en términos de normas obligatorias; 2) estima necesario reinterpretar las nociones de obligación al tenor de los cánones empiristas a fin de descubrir los reales hechos que pueda haber tras dichas ideas, y tal realidad es vista en una serie de sentimientos, emociones y actitudes desinteresadas; 3) pese a los calificativos de fenómeno puramente subjetivo, de actitud irracional o de falta de objetividad que Ross aplica a las experiencias de obligación o validez normativa, termina por atribuirles importancia fundamental en la explicación de la realidad jurídica; 4) como consecuencia de la negación del carácter obligante del Derecho, la idea de ordenamiento jurídico no significa otra cosa que una organización o mecanismo coactivo o sea, un conjunto de directivas que regulan el uso y la aplicación de la fuerza; 5) si por validez ha de entenderse la existencia o vigencia del Derecho, en cuanto realidad fáctica, el problema de la validez ha de ser planteado por el conocimiento jurídico de forma tal que los enunciados sobre la misma consistan en proposiciones relativas a hechos o fenómenos observables, los cuales permitirán verificar que un ordenamiento jurídico es aplicado y observado, o sea, que es eficaz, y con esto, la comúnmente llamada validez del Derecho se confunde con la eficacia del mismo.*

¹²¹ Cf. HART, 1994. pp. 456-465.

ou se refere na realidade à conduta futura e aos sentimentos das pessoas (principalmente dos juízes), ou deve referir-se a alguma qualidade misteriosa e inobservável que algumas regras possuem, embora outras careçam dela. A insistência de Kelsen segundo a qual o pensamento jurídico não deve ser interpretado em termos de fatos ou de “proposições do mundo do ser”, mas em termos de “proposições de dever ser”, deve, portanto, ser repelida como construção metafísica, que situa o Direito para além do mundo dos fatos.

Explica Hart que Ross inicia a sua análise da validade jurídica considerando o caso mais simples das regras de xadrez, embora seja de destacar que usualmente não se fala de regras como “válidas”, exceto quando, como no caso do Direito, o sistema contém alguns critérios gerais para a identificação das regras. Ross pretende que uma regra de xadrez - como por exemplo, a torre deve mover-se sempre em linha reta - é uma regra “válida” do xadrez se: 1) os jogadores mexem regularmente a torre dessa forma, e 2) fazem-no assim porque têm um sentimento de compulsão de seguir esse padrão de comportamento. Consequentemente, é esta regra a que nos capacita: a) a compreender ou interpretar as ações dos jogadores enquanto condutas motivadas de forma coerente e b) a predizer a sua conduta futura. A formulação da regra serve, por conseguinte, de “esquema de interpretação” e de base para a predição. A análise paralela no caso da validade jurídica é a seguinte: as regras jurídicas são essencialmente diretivas dirigidas aos tribunais para que estes apliquem sanções sob certas condições. Por conseguinte, dizer que uma regra jurídica é válida equivale a dizer: 1) que os tribunais, sob certas condições, a aplicarão, ou pelo menos,

a contemplação como essencialmente importante para tomar as suas decisões; e 2) agirão dessa forma porque eles têm uma experiência emotiva de “estar vinculados” às regras. Uma lei válida será uma hipótese verificável acerca da conduta judicial e de seus sentimentos motivadores.

A esta concepção de validade Hart apresenta duas objeções¹²², baseadas na diferenciação que este estabelece entre “ponto de vista interno” e “ponto de vista externo” em sua obra: 1) embora na boca de um cidadão ou de um jurista “esta é uma regra válida do Direito inglês” seja uma predição daquilo que um juiz fará, dirá ou sentirá, este não pode ser o seu significado na boca de um juiz que não esteja ocupado nem em predizer a sua própria conduta ou sentimentos, nem os dos outros. “Esta é uma regra válida do Direito”, dito por um juiz, é um ato de reconhecimento: ao dizê-lo reconhece que a regra em questão satisfaz certos critérios gerais aceitos para que seja admitida como regra do sistema e como um padrão jurídico de comportamento. 2) Em segundo lugar, inclusive se os enunciados não judiciais da forma “X é uma regra válida” são sempre predições sobre a conduta e sentimentos futuros dos juízes, a base para tal predição é o conhecimento de que os juízes usam e compreendem o enunciado “esta é uma regra válida” num sentido não predictivo.

¹²² op. cit. p. 461. Mas ressalva: *Ross tiene razón al pensar que debemos distinguir un aspecto interno y un aspecto externo del fenómeno presentado por la existencia de reglas sociales. Esto es verdadero y muy importante para la comprensión de cualquier tipo de regla. Pero desafortunadamente dibuja la línea entre estos aspectos de forma equivocada y representa de forma errónea el aspecto interno de las reglas como una materia de 'emoción' o 'sentimiento', como una especial 'experiencia' psicológica. Sólo de esta forma es capaz de dar la impresión de que lo que Kelsen llama 'proposiciones de deber ser' puede ser omitido en el análisis del pensamiento jurídico. En realidad, la elucidación del aspecto interno de todo discurso normativo requiere tales proposiciones, y si las estudiamos cuidadosamente veremos que no hay nada de 'metafísico' en ellas, aunque su 'lógica' o estructura es muy diferente de los enunciados de hecho o de las expresiones de sentimientos.* (pp. 461-2)

Na verdade, como diz Pattaro, o conceito de validade rossiano coincide com a efetiva experiência dos destinatários da norma, mas esta realidade tem um caráter empírico-fático, social e psíquico. O jurista italiano resume de forma competente a relação validade/eficácia em Ross, dizendo que: a) a norma é esquema qualificante de uma série de fatos; b) a validade da norma repousa na possibilidade da mesma poder ser usada como esquema de qualificação; e c) a norma serve como esquema de qualificação quando é observada sendo-o, por ser sentida como socialmente vinculante (isto é, quando tem eficácia)¹²³. Podemos assim concluir com Pattaro que, para Ross, sendo a validade um determinado comportamento conforme com a norma e mais uma atitude psicológica, a validade constitui o resultado da eficácia da regra¹²⁴.

Posição semelhante no sentido de reconhecer um componente psicológico que determinará em última análise a idéia de validade encontra-se em Hoerster, para quem *La norma n posee validez (vale) habrá de significar "El destinatario de n tiene una razón para obedecer n"*¹²⁵. Mas, para este autor, à diferença do mestre escandinavo, o fato de que o

¹²³ Cf. PATTARO, op. cit. p. 232. Este autor chama a atenção para o fato de que a noção rossiana de validade corresponde à idéia kelseniana de eficácia, lembrando uma passagem de Kelsen: *'La eficacia del derecho consiste en que los hombres sean llevados a observar la conducta prescrita gracias a la representación de la norma'* - Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cita pág. 40 (...) *Sin embargo, Kelsen aplica luego la noción de eficacia como simple comportamiento conforme a la norma, prescindiendo de las razones que motivan, concretamente, tal conformidad (...)* Por el contrario, Ross sostiene una noción más comprensiva y articulada, reconociendo a la validez-eficacia del derecho en la observancia por parte de los destinatarios, motivada por la convicción de éstos de que las normas son vinculantes.

¹²⁴ Ibid, p. 232. Sobre a abordagem deste autor a respeito da relação validade/eficácia em ROSS, cf. PATTARO, 1984. pp. 173-205, onde o tratamento é similar ao exposto aqui.

¹²⁵ (A norma n possui validade (vale) deverá significar "O destinatário de n tem uma razão para obedecer n). Cf. HOERSTER, 1992, p. 167.

destinatário de uma norma tenha uma razão para obedecê-la não é equivalente à sua obediência efetiva (eficácia). Desta forma, para Hoerster,

...puede establecerse la siguiente relación entre la existencia de una razón para obedecer la norma y un comportamiento efectivo de obediencia : si el destinatario D de una norma n tiene una razón para obedecer n (es decir, si n posee validez), entonces D obedecerá efectivamente n en la medida en que D conozca la validez de n y no conozca ninguna razón que hable en contra de la obediencia de n¹²⁶.

2.6 Aulis Aarnio

O autor finlandês aborda o problema da relação entre validade e eficácia em dois momentos: no primeiro, em sua obra *Lo Racional como Razonable*, Aarnio dedica ao tema algumas páginas¹²⁷ onde analisa a

¹²⁶ (...pode estabelecer-se a seguinte relação entre a existência de uma razão para obedecer à norma e um comportamento efetivo de obediência: se o destinatário D de uma norma n tem uma razão para obedecer n (isto é, se n possui validade), então D obedecerá efetivamente n na medida em que D conheça a validade de n e não conheça nenhuma razão que deponha em contra da obediência de n) Cf. HOERSTER, OP. CIT, p. 168.

Para Hoerster, o entendimento do que seja uma norma é ampliado: *Por norma entiendo una directiva de acción, una pauta de comportamiento, un deber ser: un deber ser en el más amplio sentido de la palabra (que incluye tanto un poder hacer como una permisión). Una norma así entendida no posee - a diferencia de una norma en el sentido de Kelsen - validez per definitionem. En tanto tal, es más bien una entidad ideal, una mera creación mental. Según mi concepción, una norma posee validez más bien cuando no sólo es pensada sino que además, está enraizada en la realidad de una manera tal que existe una cierta probabilidad de que sea obedecida. Pero, tal es el caso, cuando el destinatario de la norma tiene una razón para obedecerla. (id, ibid,).*

¹²⁷ Cf. AARNIO, 1991. O trecho mencionado vai da página 77 à 83. Às pp. 80-81 Aarnio detecta a vinculação entre a dualidade validade/eficácia e certos componentes ideológicos: *La validez de una norma jurídica (en un cierto orden jurídico) significa que esta norma tiene que encontrarse en la ideología normativa que es experimentada como vinculante. Manifiestamente, el propio conjunto de conceptos de Ross, el asunto debería ser presentado de la siguiente manera. Una norma es un contenido de pensamiento abstracto, normativo, que expresa imágenes de acción experimentadas como vinculantes. En la ciencia jurídica, una norma funciona como un modelo de interpretación (tolkningsschema), a través del cual es posible comprender*

posição de Alf Ross. Na verdade, a sua posição já havia sido explicitada em artigo anterior a essa obra (de 1984)¹²⁸, onde, partindo da distinção feita por Wróblewsky do Direito em vigor (*the law in force*) em validade sistêmica, validade axiológica e validade fática, coloca esta última como sendo a eficácia das normas.

Esta tem para o autor como ponto de partida não a possibilidade de obediência às normas por parte dos jurisdicionados, mas sim a possibilidade de sua aplicação pelas autoridades. Após adotar o entendimento de que os mal-entendidos em torno ao conceito de validade fática (ou eficácia) surgem de problemas semânticos derivados da linguagem ordinária, diz que a eficácia não pode ser um critério muito útil para definir a validade ou não de uma norma, já que a eficácia deriva da obrigatoriedade da autoridade cumprir a aplicação prevista na mesma¹²⁹, a qual já é válida (formalmente) desde o seu nascedouro.

el significado y la conexión de motivación que prevalece en la sociedad. Al decir que una norma es eficaz, podemos adecuadamente presentar la ideología que el decisor experimenta como vinculante. Así, pues, sólo el derecho que realmente guía la actividad de las autoridades es eficaz. La teoría de la validez como eficacia contiene así tanto un elemento ideológico como uno conductista. La validez de una norma jurídica depende del comportamiento de las autoridades (según Ross, especialmente del comportamiento de los tribunales de justicia). Una norma es válida si la autoridad se comporta de la manera que exige la norma y la autoridad así lo hará si considera que la norma es vinculante; la norma motiva la acción de la autoridad en una determinada manera. Este es el lado ideológico de la teoría. Por otra parte, podemos obtener información acerca de la validez de la norma examinando, por ejemplo, el comportamiento real de las autoridades. Consecuentemente, un enunciado tal como 'la norma N es válida en el orden jurídico On es correcto o no según que las autoridades actúen o no en la forma prescrita por la norma. (ênfase no original)

¹²⁸ Cfr. AARNIO, 1984, pp. 427 ss.

¹²⁹ ...speaking of the efficacy of a norm is one way of speaking of validity. Even now, from the point of view of the judge and the administrative official, the problem is whether a norm must be effective before it obligates the decision-maker. On the contrary, isn't it the case that a norm becomes effective because it obligates the person applying the law? If "efficacy" means, for example, the probability that the norm will be applied, efficacy is not a very useful criteria for, let us say, a judge who must know specifically whether or not this norm obligates him when he makes the decision. This can be called the dilemma of efficacy. On one hand, a norm that is valid only formally may become merely a dead letter of the law if it is not applied, and on the other hand a norm becomes effective if and only if it obligates the authorities. From this point of view, force and efficacy form an intertangle whole, where no one-sided theoretical position can provide a satisfactory basis for a decision. (ibid, p. 435 - ênfases do autor).

2.7 Joseph Raz

Para alguns autores, a relação entre as autoridades encarregadas de aplicar a lei e sua validade é determinante, mesmo porque são estudiosos do sistema da *common law*, onde a função jurisdicional assume preeminência : dentre eles, salientamos a figura do Dr. Joseph Raz, que em artigo de 1971¹³⁰, após referir-se às várias posições teóricas a respeito da relação validade/eficácia, expõe o seu entendimento:

*Efficacy, however, is relevant only insofar as it affects the practices of the law-applying institutions. If, for example, the courts consistently refuse to act on a law, that law is not part of the legal system the courts operate, despite the fact that it was lawfully enacted and was never repealed.*¹³¹

É ainda Raz quem, em sua obra de 1979¹³², expõe sumariamente: *A legally valid rule is one which has legal effects. To avoid*

¹³⁰ Cf. RAZ, 1971.

¹³¹ (A eficácia, contudo, é relevante somente na medida em que ela afete as práticas das instituições aplicadoras da lei. Se, por exemplo, as cortes consequentemente recusam aplicar uma lei, essa lei não é parte do sistema legal com a qual as cortes operam, a despeito do fato de que ela foi legalmente posta e nunca foi revogada) Ibid.

¹³² (Uma regra válida legalmente é aquela que tem efeitos legais. Para evitar mal-entendidos, essas afirmações poderiam talvez serem argumentadas como segue: uma regra legalmente válida é aquela que tem efeitos normativos (legais) que se exige que possua). Cf. RAZ, 1979, pp. 149-150. A continuação, Raz admite sua filiação teórica - no particular - à teoria kelseniana, entendendo porém que a noção de validade do mestre vienense é uma noção jusnaturalista: *To those familiar with Kelsen's work it will be clear that I have so far simply adapted and explained his notion of validity. He identifies the validity of rules with their existence and he claims that to say of a rule that it is valid is to say that it ought to be obeyed. I have simply tried to explain and to generalize this by saying that the fact that a rule is valid means that it has the normative consequences it purports to have. But no sooner does one state this view than its inherent difficulties become apparent.*

In the long-standing debate between natural lawyers and positivists the former adopted the view that 'a valid rule' means a justified one, a rule that one is justified, indeed required, to observe and endorse. Positivists on the other hand traditionally hold that the validity or at least the legal validity of a rule means not its justification but that it is recognized as enforceable by tests set down in an efficacious legal system, one which is in fact followed regardless of whether or not it should be. In following Kelsen we have adopted

misunderstanding, these statements should perhaps be argued to read: a legally valid rule is one which has the normative effects (in law) which it claims to have.

Pelo que se pode deduzir da leitura dos dois trechos, o autor considera válida apenas a norma jurídica que tenha efeitos legais, sendo que esses efeitos são a sua adoção pelos órgãos aplicadores da mesma. Tal confusão entre validade e eficácia talvez derive da já referida preeminência que atingem os tribunais no sistema anglo-americano. De resto, a norma, para ter possibilidade ou não de ser adotada pelos tribunais para sua aplicação (*eficácia*), deve previamente ser *válida*, isto é, deve figurar entre as opções (legais) que os tribunais têm para realizar o julgamento dos casos concretos¹³³.

2.8 a relação em Norberto Bobbio

Para Norberto Bobbio, enquanto a *validade* da norma é questão que diz com a sua existência específica, cuja verificação se dá através de recurso

the natural law view on the meaning of 'validity'. This poses two questions: How could such a view be reconciled with the fact that law regulates its own validity, namely that it can and does set social and factual tests for validity quite unlike those determining the validity of moral rules? Secondly, how can it be that in stating what the law is we are not endorsing its moral merit? (p. 150)

¹³³ Encontramos em BOBBIO argumentos de peso nesse sentido. Cf. BOBBIO, 1987, pp. 36-38: *Puede acaso decirse que si se le da trascendencia al aspecto activo, evolutivo y social del derecho desaparece la diferencia entre validez y eficacia en el sentido de que solo el derecho válido es el eficaz, es decir, el efectivamente seguido y aplicado? No lo creo.* Para a explicação dos motivos que o autor peninsular apresenta para sua descrença, cf. *infra*.

a procedimentos empíricos (verificar se foi posta por poder legítimo - isto é, autorizado por norma superior -, se não foi revogada e se é compatível com normas superiores do ordenamento), a *eficácia* diz respeito tanto ao seu cumprimento pelos destinatários quanto à sua aplicação pelas autoridades em caso de violação¹³⁴.

Para o mestre italiano, esses dois critérios de avaliação de normas são independentes, sendo as possíveis reduções de um a outro verdadeiras confusões cometidas pelos juristas. Assim, denuncia o realismo (principalmente em sua versão norte-americana) que postula que para uma norma ser considerada como válida tem a mesma de ser eficaz¹³⁵.

As correntes realistas (que ele situa dentro de um mesmo marco teórico que nasce com o historicismo, passando pelo sociologismo da virada do século) propõem uma revalorização de outras duas fontes do Direito que

¹³⁴ Cf. BOBBIO, 1987, pp. 21-22. Para a definição de validade em Bobbio, cf. *supra*, nota 97. Quanto à explanação sobre a eficácia das normas, cf. *ibid*, p. 22: *El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto. Que una norma exista en cuanto norma jurídica, no implica que también sea constantemente cumplida. No es nuestro objetivo investigar ahora cuáles pueden ser las razones para que una norma sea más o menos cumplida. Nos limitamos a comprobar que hay normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea (y son las más eficaces); que otras se cumplen por lo general solo cuando van acompañadas de coacción; otras no se cumplen a pesar de la coacción, y las hay que son violadas sin que siquiera se aplique la coacción (y son las más ineficaces). La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como de la típicamente jurídica acerca de su validez. También aquí, para usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema fenomenológico del derecho.* (ênfases no original)

¹³⁵ ...*hay una teoría que reduce la validez a la eficacia, por cuanto afirma que el derecho real no es el que se encuentra enunciado en una Constitución, en un código o en un cuerpo de leyes, sino que es aquel que los hombres efectivamente aplican en sus relaciones cotidianas; esta teoría hace depender en última instancia la validez de la eficacia. El ejemplo histórico más radical lo ofrecen las corrientes llamadas realistas de la jurisprudencia Estadounidense, y sus antecesoras en el continente.* op. cit, p. 27.

não a legislação: o costume e o Direito judiciário (o juiz legislador). Por isso, propõe Bobbio uma análise da relação entre validade e eficácia nessas duas fontes.

No que diz respeito ao Direito consuetudinário, se pode dizer-se que no Direito comum a validade está sempre acompanhada da eficácia, a recíproca não é verdadeira, isto é, não é exato que a eficácia esteja sempre acompanhada pela validade. Isto porque, para que um costume vire norma jurídica é necessário que receba *forma* jurídica, que somente pode ser dada por uma lei ou pela decisão judicial.

Quanto ao Direito judiciário, criado pelo juiz a partir do seu conhecimento da realidade social, diz Bobbio que aqui se faz necessária a distinção entre *fonte de conhecimento* e *fonte de qualificação* do Direito. Se o juiz extrai de sua observação da realidade o conteúdo de sua sentença, isto não é suficiente para que aquele fato observado se transforme em norma jurídica. De fato, é necessário que o juiz invista essa observação da autoridade que recebe de normas superiores para editar normas jurídicas para que aquele fato se torne fonte de Direito. Então, é a sentença do juiz que dará a qualificação jurídica para o fato¹³⁶.

Neste passo é importante ressaltar que embora o mestre peninsular mantenha a separação, para fins analíticos, entre validade e eficácia, não pode desconhecer ele a dimensão rigorosamente fática do fenômeno

¹³⁶ Cf. BOBBIO, 1987, pp. 37-8

jurídico, até mesmo pelo fato de sua teoria encontrar-se no centro das correntes de pensamento jurídico hegemônicas neste século. Como diz Oliveira Jr., é uma imposição da própria Teoria Geral do Direito elaborada a partir do século passado que desemboca necessariamente em preocupações, por um lado, com a justiça das normas, e, por outro, com a eficácia social das mesmas. Com efeito, Oliveira Jr. demonstra que a filosofia jurídica esposada por Bobbio não desconhece a necessária inter-relação entre esses planos, e,

...por isso, viria discutir objetos diversos porém inter-relacionados, tais como metodologia da ciência, ontologia ou teoria geral do direito, fenomenologia ou sociologia jurídica, e, por fim, deontologia ou teoria da justiça, também por ele denominada filosofia política. No Estado moderno, parece haver não uma linearidade, mas uma sequencialidade recorrente dessas questões¹³⁷.

É importante ainda alertar para o fato de que em Bobbio a validade das normas encontra-se condicionada a determinados limites *materiais* e *formais* de produção¹³⁸. Ele constata que as normas inferiores, para serem

¹³⁷ Cf. OLIVEIRA Jr., 1994. p. 133.

¹³⁸ cf. BOBBIO, 1989: *Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido. Assim como o exercício do poder de negociação ou o do poder jurisdicional são limitados pelo Poder Legislativo, o exercício do Poder Legislativo é limitado pelo poder constitucional. À medida em que se avança de cima para baixo na pirâmide, o poder normativo é sempre mais circunscrito. Pense-se na quantidade de poder atribuída à fonte de negociação em comparação com a atribuída à fonte legislativa. Os limites com que o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos diferentes: a) relativos ao conteúdo; b) relativos à forma. Por isso fala-se de limites materiais e de limites formais. O primeiro tipo de limite refere-se ao conteúdo da norma que o inferior está autorizado a emanar; o segundo refere-se à forma, isto é, ao modo ou ao processo pelo qual a norma do inferior deve ser emanada. Se nos colocarmos do ponto de vista do inferior, observaremos que ele recebe um poder limitado, seja com relação a quem pode mandar ou proibir, seja com relação a como se pode mandar ou proibir. (...) A observação desses limites é importante, porque eles delimitam o âmbito em que a norma inferior emana legitimamente: uma norma inferior que exceda os limites materiais, isto é, que regule uma matéria diversa da que lhe foi*

válidas, devem respeitar limites estabelecidos nas normas superiores não só quanto à forma ou processo de sua produção (regras de procedimento e competência), como também quanto ao seu *conteúdo*, sob pena de serem declaradas “ilegítimas” (sic) e expulsas do sistema. Assim, uma norma que contrarie os conteúdos previstos em disposições constitucionais (e.g. os Direitos e garantias) verá a sua invalidade declarada. Esta noção é importante para aproximar-nos da postura garantista, como se verá.

2.9 A relação validade/eficácia na perspectiva pragmática de Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Para Ferraz Jr. , para que uma norma deva ser considerada válida, exige-se que sua produção obedeça os requisitos estabelecidos pelo sistema. Distingue ele a validade da *vigência*, que é para ele o tempo de validade de uma norma. Nesse sentido, uma lei em *vacatio legis* é válida mas ainda não vigente.

De seu lado, a eficácia refere-se à produção concreta de efeitos, não se confundindo com a vigência (portanto, com a validade): *Vigência e*

atribuída ou de maneira diferente daquela que lhe foi prescrita, ou que exceda os limites formais, isto é, não siga o procedimento estabelecido, está sujeita a ser declarada ilegítima e a ser expulsa do sistema. (pp. 54-5)

*eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de efeitos*¹³⁹.

Convém examinar mais detidamente a posição de Ferraz Jr. a respeito do tema, já que apresenta ele um enfoque novo, baseado na teoria pragmática da linguagem.

De fato, observa esse autor a divisão que a teoria linguística realiza entre os planos sintático (relação signo/signo), semântico (relação signo/objeto designado) e pragmático (relação signo/usuário) de análise da linguagem.

Para ele, a noção de validade esposada por Kelsen é predominantemente sintática, já que para este, uma norma vale se posta em conformidade com normas superiores que regulam a sua produção. *A validade das normas é, pois, um conceito relacional que manifesta a relação de subordinação de uma norma em face de outra*¹⁴⁰.

Diz Ferraz Jr. que em Alf Ross encontramos uma concepção semântica da validade, eis que para o autor escandinavo as normas são

¹³⁹ Cf. FERRAZ JR., 1994, p. 179ss. : ...do ponto de vista pragmático, validade é uma qualidade contrafática, isto é, o valer de uma norma não depende da existência real e concreta das condutas que ela prescreve: mesmo descumprida, a norma vale (...) ...norma válida é aquela cuja autoridade, ainda que o conteúdo venha a ser descumprido, é respeitada sendo tecnicamente imune a qualquer descrédito.

¹⁴⁰ Abstração feita das peculiaridades e do rigor interpretativo, pode-se dizer que Kelsen (1960) vê na validade das normas uma relação preponderantemente sintática" (ibid, p. 170).

válidas se sua obrigatoriedade manifestar-se na empiria, através de seu efetivo cumprimento pelos destinatários¹⁴¹.

Já sob o enfoque pragmático, adotado por Ferraz Jr., ...*validade exprime uma relação entre o papel institucionalizado de autoridade e o de sujeito, portanto entre os comunicadores normativos*¹⁴². Assim é para ele, pois distingue este autor dois elementos na mensagem normativa: o *relato*, ou conteúdo da mensagem, e o *cometimento*, ou a relação entre os sujeitos envolvidos na comunicação. Se o emissor, ao emitir a mensagem (no caso, um comando ou norma), consegue antecipadamente confirmar a confirmação, rejeitar a rejeição e *desconfirmar* a desconfirmação da mensagem por parte do receptor, essa relação entre eles é uma relação de autoridade. O principal problema para o emissor-autoridade é o de criar mecanismos para imunizar a relação contra uma possível desconfirmação por parte do receptor. Quando ele obtém essa imunização, estaremos perante uma norma jurídica. Assim, ...*temos uma norma válida quando a relação de autoridade entre emissor e receptor está imunizada contra reações de desconfirmação*¹⁴³.

Essa imunização provém de outra norma cujo relato (*facti species*) seja a relação de autoridade (cometimento) da norma imunizada, e assim por diante, até uma norma primeira, por ele denominada norma-origem.

¹⁴¹ Cf. FERRAZ JR., op. cit, p. 170: "Já Alf Ross (1970) parece ter uma concepção semântica da validade. Que uma norma vale, diz ele, significa que ela é aplicada socialmente e, especificamente, pelas autoridades."

¹⁴² Id, Ibid.

¹⁴³ Id, Ibid.

Se em Kelsen essa norma-origem é pressuposta (*grundnorm*), e, portanto, possui uma validade não-relacional (é validada pelas condições do próprio pensamento)¹⁴⁴, para Hart essa norma (regra de reconhecimento) não é válida nem inválida: ela simplesmente existe, como dado objetivo (enfocada desde um ponto de vista externo) ou assumida como critério último de validade das demais normas (ponto de vista interno).

Já para Bobbio a norma fundante é posta como válida por um poder fundante (o poder constituinte) tendo como característica a sua efetividade¹⁴⁵.

Ferraz Jr., de seu lado, postula que, do ponto de vista pragmático, o critério para estabelecer-se uma norma origem não é nenhum dos anteriores (a razão para Kelsen, o uso para Hart ou a efetividade para Bobbio), mas são as suas *regras de estrutura* as que darão caráter de sistema ao ordenamento¹⁴⁶. Neste existem séries normativas de relações de delegação (cometimento) que culminam em normas-origens. Quanto à validade destas últimas, diz Ferraz Jr.: *As próprias normas-origem não são, em*

¹⁴⁴ Cf. FERRAZ JR., op. cit., p. 173

¹⁴⁵ Bobbio (1960:51) nos dá ainda uma outra explicação. Observando que Kelsen, com sua norma fundamental pressuposta, está buscando o impossível (uma validade não relacional), propõe ele que a norma última se identifique com um ato de poder. A norma fundamental é a que é posta por um poder fundante da ordem jurídica e sua característica é a efetividade: ou o poder se impõe ou não é poder fundante e não teremos norma fundamental. Deste ponto de vista, justifica Bobbio que se qualquer norma é posta, nem toda norma é válida. Se um juiz estabelece uma norma, uma sentença, fora de sua competência, houve positividade, mas a norma não é válida. Quando subimos na hierarquia, porém, a distância entre a positividade e a validade vai se estreitando até chegarmos àquele primeiro ato do poder, por exemplo, o poder constituinte, que, ao positivar a norma já a estabelece como válida: não há mais distância entre uma coisa e outra. (ibid., p. 174 - ênfases do autor)

¹⁴⁶ Ibid, p. 174.

*consequência, válidas. São apenas efetivas, isto é, há uma adequação entre seu cometimento e seu relato de modo que elas têm sucesso: firmam-se*¹⁴⁷.

Em resumo, a posição do autor é a seguinte: a) não existe relação de dependência entre a validade de uma norma e as condutas que ela regula; mesmo descumprida, a norma vale¹⁴⁸; b) norma válida é aquela cuja autoridade é respeitada, sendo imune a qualquer desconfirmação; c) esta imunização prende-se ao fato da conformação da norma ao ordenamento, tanto no que diz com as condições (a norma foi produzida de acordo com os procedimentos previstos no ordenamento) quanto no que diz com os fins do ordenamento (norma produzida em harmonia conteudística com os Direitos e garantias individuais plasmados na Constituição, por exemplo); d) já com respeito à eficácia, ela se relaciona com: 1) sua adequação à realidade, o que lhe dá condições fáticas de atuar (eficácia semântica), e 2) a reunião em seu bojo de condições técnicas de atuar, estando presentes os elementos normativos para a sua adequação à produção de efeitos concretos (eficácia sintática)¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Cf. FERRAZ JR., op. cit., p. 175

¹⁴⁸ Ibid, p. 179.

¹⁴⁹ Ibid, p. 179-81: *Em suma: 1. validade é uma qualidade da norma cuja relação autoridade/sujeito (cometimento) está imune, por estar ela conformada ao ordenamento, tanto quanto às condições como quanto aos fins por ele estabelecidos; (...) 4. eficácia é uma qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos.* (p. 181 - ênfases do autor).

2.10 Resumo das posições anteriores

Pelo que se deduz do breve panorama esboçado acima, encontramos basicamente dois enfoques, nas teorias jurídicas contemporâneas, a respeito da relação validade/eficácia: aquelas teorias que as mantêm como distintas (Kelsen, Hart, Bobbio, Vernengo, Squella, Nino, Pattaro, Castignone, Argüelles, Ferraz Jr.), aqui encontrando-se também as teorias que consideram a eficácia como uma especial designação da validade (Falcón y Tella, Maier, Conte, Wróblewsky, Reale, M. Helena Diniz, Aarnio); e aquelas teorias que, de uma ou outra forma, reduzem a validade à eficácia (Ost, Van der Kerchove, Lenoble, Ross, Hoerster, Raz), encontrando-se equidistante a posição de Dworkin, dado que na concepção deste último convivem, como vimos acima em forma sumária, as normas regidas pela lógica da validade/invalidade, e os princípios, que somente serão aceitos nas decisões judiciais se assumidos como imperantes na sociedade, ou seja, se eficazes).

Deduz-se das críticas evidenciadas acima às posturas reducionistas, estas vêm-se impotentes para dar conta do fenômeno da validade, pelo que devem ser descartadas por incapazes de lidar com ordenamentos como o nosso.

No que diz com as teorias que poderiam conceituar-se como “normativistas”, estas, em sua quase totalidade, são também insuficientes para abordar o fenômeno da normatividade nos ordenamentos jurídicos

contemporâneos, eis que olvidam uma separação importante que deve ser realizada tanto pelo estudioso quanto pelo operador jurídico: trata-se da diferença entre *vigência* e *validade*, diferença esta que, como se verá a seguir, é por demais importante na análise do fenômeno jurídico positivado.

De resto, encontram-se em Bobbio, Ferraz Jr. e Dworkin aproximações teóricas que colocam as seguintes questões que serão importantes para a abordagem privilegiada neste trabalho, quais sejam:

- Em Bobbio, como já referido, encontramos a questão dos *limites materiais* impostos pelas normas superiores ao produtor de normas inferiores, antecipando a noção de *validade* própria da teoria garantista;

- Em Ferraz Jr. lê-se sobre a validade de normas por *imunização finalística*, pelo que se pode predicar validade de uma norma posta em harmonia com os conteúdos normativos que estampam Direitos e garantias individuais; e

- Em Dworkin encontramos a atenção aos *princípios* que devem nortear o caminho do aplicador da lei; para Gianformaggio, *...i principi in questione non sono altro che i principi costituzionali*¹⁵⁰.

Neste contexto, torna-se premente e fundamental deter um instrumento teórico/conceitual que consiga, ao mesmo tempo, dar conta da

¹⁵⁰ (Os princípios em questão não são outros do que os princípios constitucionais) Cf. GIANFORMAGGIO, op.cit., p. 37.

estrutura do Estado de Direito contemporâneo, bem como apontar novas saídas e perspectivas jurídico/políticas para a situação.

Como resposta a essa problemática, aparece o *garantismo*, desenvolvido em sua versão contemporânea principalmente por Luigi Ferrajoli na Itália, quem, mantendo sempre o ideal iluminista da Ilustração, abre novos caminhos de reflexão para o estudioso preocupado em resolver os impasses acima apontados.

De fato, a teoria garantista propõe-se a reconduzir as instituições do Estado à garantia dos Direitos fundamentais, propiciando um suporte teórico para a magistratura em sua função de controle independente das funções do poder. O próximo capítulo terá por objeto elaborar uma análise resumida da teoria geral do garantismo.

CAPÍTULO III - A TEORIA GERAL DO GARANTISMO

A teoria geral do garantismo apresenta-se na contemporaneidade como uma derivação da teoria garantista penal, a qual nasce e desenvolve-se a partir da matriz iluminista da época da Ilustração. Embora pensada originalmente dentro da matriz penalística, o seu desdobramento numa teoria geral evidencia para o estudioso do Direito um enorme potencial explicativo e propositivo.

Ao nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. Esta concepção instrumental do Estado é rica em consequências, tanto como teoria jurídica quanto visão política, dado que as mesmas vêem o Estado de Direito como artifício criado pela sociedade, que é logicamente anterior e superior ao poder político.

Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos do exercício do poder político. Propõe assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se sob pena de deslegitimação. Tem-se

aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, qual sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a e a igualdade substancial. ^)

Em sua versão contemporânea, a teoria geral do garantismo foi formulada por Luigi Ferrajoli em 1989, em sua obra *Diritto e Ragione*, cuja tradução para o espanhol, de 1995, é tomada nesta tese como base explicativa da mesma. Esse autor é membro aposentado da magistratura italiana e professor da Universidade de Camerino (Itália), tendo sido, na década de 70, um dos expoentes da chamada “jurisprudência alternativa”, a qual propugnava a interpretação da lei conforme à constituição, atacando assim o dogma da sujeição cega do juiz à lei¹⁵¹. O livro é dedicado, em sua maior parte, à teoria penal do garantismo, sendo que, nos dois capítulos finais (13 e 14) constrói uma teoria geral garantista que, como acima se disse, apresenta suficiente aptidão para dar conta do modelo do Estado de Direito e propor um resgate de sua legitimação.

¹ Ferrajoli observa que o Estado de Direito atual apresenta - a despeito de sua formulação normativa tendencialmente garantista - certas inclinações neo-absolutistas, as quais se evidenciam através de práticas anti-garantistas embasadas em normatividade de emergência e de exceção oriunda de interesses setoriais da sociedade, o que vêm a enfraquecer o modelo de Estado de Direito entendido como artifício político a serviço de todo o corpo

¹⁵¹ Cf. OLIVEIRA Jr., 1997, p. 101.

social. Surge desse diagnóstico a sua preocupação com o resgate da dimensão propriamente democrática do Estado Constitucional de Direito. No prólogo à edição espanhola de 95, Ferrajoli constata

...un problema que es común a todas las democracias avanzadas: la creciente anomia del estado contemporáneo, generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones - y de los correlativos espacios de discrecionalidad - en la vida social y económica y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la inadecuación y la falta de ineffectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra-institucionales¹⁵².

Ante tal panorama, Ferrajoli propõe a adequação do Estado Real de Direito ao modelo ideal formulado desde o paradigma contratualista até os escritos dos mais lúcidos teóricos deste século. Assim, como diz Bobbio no prefácio¹⁵³, a idéia inspiradora de *Derecho y Razón* é aquela ilustrada e liberal, ilustrada em filosofia e liberal na política, segundo a qual, perante a grande antítese entre liberdade e poder que domina toda a história humana, é boa, desejável e defensável a solução que amplia a esfera da liberdade e restringe a do poder, ou, em outras palavras, aquela para a qual o poder deve ser limitado a fim de permitir a cada um o gozo da maior liberdade compatível com a igual liberdade dos demais.

¹⁵² (...um problema que é comum a todas as democracias avançadas: a crescente anomia do estado contemporâneo gerada, de um lado, pela massiva expansão de suas funções - e dos correlativos espaços de discricionariedade na vida social e econômica, e, de outro lado, pela redução da capacidade regulativa do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e pela tendência do poder político a liberar-se dos controles jurídicos e a deslocar-se a sedes invisíveis e extra-institucionais) Cf. FERRAJOLI, 1995, p. 10

¹⁵³ Ibid, p. 14

Assim, a inspiração política sobre a qual o autor funda o garantismo é liberal. A liberdade, no entanto, não é concebida por Ferrajoli como um poder sobre alguma coisa, como por exemplo os direitos patrimoniais, mas é concebida num sentido rigorosamente negativo, isto é, como a ausência de interferência de um poder externo, seja ele o poder público-estatal ou o poder econômico privado. Neste sentido, segundo o autor, não haveria um contraste entre igualdade e liberdade, dado o caráter politicamente igualitário da liberdade, a qual é um bem indisponível que não requer um título que justifique o seu gozo.

Estas teses comportam uma importante consequência: o Estado e o Direito não são vistos como valores em si mesmos, ou absolutos, que se autojustificam, mas sim são vistos como meios ou instrumentos que de fato perseguem (ou não) em cada caso concreto, fins extra-jurídicos úteis, desejáveis, axiológica ou politicamente “justos”¹⁵⁴.

Esta última afirmação deve ser tomada *cum grano salis*. Como diz Guastini¹⁵⁵ A base filosófico-política do garantismo de Ferrajoli é constituída, em última instância, pela doutrina liberal da separação entre direito e moral. Esta doutrina, assim como reconstruída por Ferrajoli, inclui entre outras as teses seguintes:

¹⁵⁴ Cf. LUZZATI, 1991, p. 180.

¹⁵⁵ Cf. GUASTINI, 1993, p. 178.

1. Em primeiro lugar, a separação entre direito e moral comporta a nítida distinção entre os pontos de vista que podem ser assumidos perante uma norma: de um lado, o ponto de vista “interno” (ou da validade); do outro, o ponto de vista “externo” (ou da justiça). A distinção, apesar do léxico no qual é formulada, não coincide com aquela de Herbert Hart: interno é o ponto de vista de quem julga válida ou inválida uma norma, empregando os critérios positivos de validade (ou legitimidade) próprios de um sistema jurídico dado; externo, para Ferrajoli, é não o ponto de vista de quem observa de forma distanciada o comportamento dos afetados em relação à norma, mas aquele que julga justa ou injusta uma norma jurídica, empregando critérios de avaliação (ou de justificação) extra-jurídicos.

2. Em segundo lugar, a separação entre direito e moral comporta a adesão à assim chamada lei de Hume, em virtude da qual não é logicamente permitido inferir conclusões prescritivas de premissas descritivas e vice-versa.

A lei de Hume, na construção de Ferrajoli, antes de mais nada exclui que seja logicamente permitido deduzir o direito positivo (como ele é) do direito justo (como deve ser). Neste sentido, o direito não pode derivar-se da moral: uma norma moral não é por si mesma jurídica; o direito ideal não é por si mesmo existente; em suma, um “pecado” não é por si mesmo um ilícito penal.

A lei de Hume, por outro lado, exclui que seja logicamente consentido deduzir o direito justo do direito positivo (ou seja, a moral do direito). Em outras palavras: o direito válido (e muito menos o direito eficaz, que não necessariamente é por isso válido) não é por si mesmo direito justo. Pensar diferentemente significa impedir-se a crítica ético-política do direito válido (como até mesmo a crítica “jurídica”, desde o ponto de vista interno, do direito eficaz), e fazer passar como justa qualquer norma jurídica existente pelo só fato de sê-lo.

Em suma, a separação entre direito e moral opera como crítica já seja do jusnaturalismo, seja do legalismo ético.

De outro lado, observa Guastini¹⁵⁶ que o liberalismo de Ferrajoli é um liberalismo *sui generis*, já que:

a) de um lado, as preferências de Ferrajoli dirigem-se àquilo que ele chama de “Estado social de direito”, ou seja, um ordenamento que confere e garante não somente direitos de liberdade, mas também direitos sociais (coisa estranha à tradição política liberal; em suma, ao liberalismo clássico);

b) de outro lado, o garantismo de Ferrajoli é, por assim dizer, mutilado, dado que não se estende ao direito de propriedade e nem portanto às liberdades econômicas (de mercado, de iniciativa econômica) que a pressupõem¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cf. GUASTINI, op. cit., pp. 181-2

¹⁵⁷ Guastini explicita sua crítica: *I diritti di libertà sono situazioni soggettive favorevoli, il cui contenuto è una omissione da parte dello stato. I diritti sociali, dal canto loro, sono situazioni soggettive che si*

Elaborado esse breve panorama geral, veja-se a seguir uma breve exposição do garantismo enquanto teoria jurídica do Estado de Direito, ficando reservada a Segunda Parte deste trabalho para a explanação da teoria da legitimidade garantista.

3.1 Características gerais do Garantismo

3.1.1 Generalidades

Segundo Ferrajoli¹⁵⁸, a expressão garantismo apresenta três acepções¹⁵⁹: numa primeira, designa um **modelo normativo de Direito**, próprio do **Estado de Direito**, entendido aquele em três planos, a saber:

...en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un

differenziano dai diritti di libertà sotto almeno tre profili salienti. (a) In primo luogo, il contenuto di un diritto sociale è non già una omissione, ma una azione da parte dello stato; ad esempio, è fatto obbligo allo stato di "tutelare la salute"...o di "tutelare il lavoro"... . (b) In secondo luogo, però, l'azione richiesta allo stato è del tutto indeterminata; per esempio, molti e diversi sono i possibili modi di tutelare la salute o il lavoro. © In terzo luogo, e per conseguenza, i diritti sociali non sono assistiti da specifiche garanzie; per esempio, non si può ricorrere al giudice per ottenere una sentenza che condanni lo stato ad adottare uno specifico provvedimento a tutela della salute o del lavoro. I diritti sociali, in altre parole, sono situazioni soggettive (cui è lecito dubitare che convenga il nome di "diritti") conferite da disposizioni costituzionali di carattere meramente programmatico; disposizioni, cioè, che si rivolgono, secondo i casi, al legislatore o allo stato nel suo insieme, raccomandando la realizzazione di un qualche programma sociale od economico. Ibid, p. 182.

¹⁵⁸ Cf. FERRAJOLI, 1995, pp. 851 ss.

¹⁵⁹ As duas primeiras acepções serão objeto de exame neste capítulo; a terceira acepção é reservado o capítulo 6 na Segunda Parte.

*sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos*¹⁶⁰.

Estas características correspondem, no Direito penal, segundo o autor, ao modelo de “legalidade estrita”¹⁶¹.

Esse modelo permite ao estudioso analisar um determinado sistema constitucional para verificar eventuais antinomias entre as normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre as práticas institucionais efetivas e as normas legais. A partir daí, poderá inferir-se o grau de garantismo do referido sistema, ou seja, o grau de efetividade da norma constitucional.

Em sua segunda acepção, “garantismo” designa uma *teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência* normativas, entendidas as três como diferentes entre si. A abordagem teórica neste caso permite

¹⁶⁰ (...no plano epistemológico caracteriza-se como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos) Cf. FERRAJOLI, 1995, p. 851

¹⁶¹ Llamo garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal SG, que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo limite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas: A1 Nulla poena sine crimine. A2 Nullum crimen sine lege. A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate. A4 Nulla necessitas sine iniuria. A5 Nulla iniuria sine actione. A6 Nulla actio sine culpa A7 Nulla culpa sine iudicio A8 Nullum iudicio sine accusatione. A9 Nulla accusatio sine probatione. A10 Nulla probatio sine defensione. Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación. (ibid, p. 93).

estabelecer uma diferença entre ser e dever ser *no* Direito, postulando como seu problema central a divergência existente entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas efetivas (tendencialmente anti-garantistas). Dos primeiros pode-se dizer que são válidos mas ineficazes enquanto as segundas são inválidas porém eficazes. Para isto, opera redefinições dos conceitos tradicionais de validade, vigência, legitimidade e eficácia.

3.1.2 *Os conceitos garantistas de validade, vigência e eficácia no moderno Estado constitucional de Direito*

Como viu-se acima, para muitos dos mais reputados autores, a noção de *validade* corresponde a uma noção simplificada oriunda da tradição positivista que a identifica com sua *existência jurídica*¹⁶², ou seja, como produto de procedimento previsto em norma superior.

¹⁶² Cf. por todos, KELSEN, 1979, p. 29; HART, op. cit. e BOBBIO, 1987. Note-se que as disciplinas jurídicas positivas adotam a terminologia “válidas” ou “inválidas” para todas as normas jurídicas existentes, o que dá lugar a confusões. Veja-se o comentário de Ferrajoli: *Segundo a concepção prevalecente entre os máximos teóricos do Direito - de Kelsen a Hart e a Bobbio - a 'validade' das normas identifica-se, qualquer que seja o seu conteúdo, com a sua existência: ou seja, com a sua integração num dado ordenamento, determinada pela sua conformidade com as normas, por sua vez integrantes desse ordenamento, que disciplinam a sua produção. Esta concepção puramente formal da validade é, a meu ver, fruto de uma simplificação, que, por sua vez, deriva de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado Constitucional de Direito a que nos referimos. O sistema das normas sobre a produção das normas - estabelecido geralmente, nos nossos ordenamentos, em nível constitucional - não se compõe efetivamente só de normas formais sobre a competência ou sobre o procedimento de criação das leis. Esse sistema inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de diversas formas limitam e vinculam o Poder Legislativo, vedando-lhe ou impondo-lhe determinados conteúdos. Por isso uma norma - por exemplo uma lei que viole o princípio constitucional da igualdade - embora formalmente existente ou vigente, pode ser inválida e portanto susceptível de anulação, por contrariar uma norma substancial sobre a sua produção. Hans Kelsen tentou, como é sabido, resolver esta aporia sustentando a validade das normas, contidas por exemplo em leis ordinárias, cujos conteúdos estejam em contradição com normas superiores, por exemplo constitucionais: estas normas, escreveu, 'mantêm-se*

Mas esse arcabouço conceitual não leva em conta o fato de que o moderno Estado constitucional de Direito incorporou diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, os quais determinam valorações ético-políticas e de justiça das normas por ele e nele produzidas, agindo como critérios de legitimidade ou ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, mas agora internos ou positivistas.

Como já referido no início, com a formação dos modernos Estados constitucionais de Direito foram incorporados pelo Direito positivo os conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e ilustrado: o valor da pessoa humana, a igualdade, os Direitos civis e políticos, bem como as garantias processuais de liberdade e certeza¹⁶³. Todos esses princípios ou valores, afirmados na forma de Direitos *naturais*, foram consagrados nas constituições modernas como Direitos *fundamentais* que contêm limitações ou imperativos negativos, ou também positivos, como aqueles expressados pelos Direitos sociais.

Ora, se uma norma inferior entrar em vigor respeitando os procedimentos previstos para sua criação, mas não já os conteúdos previstos nesses parâmetros supra-citados (os Direitos fundamentais, por exemplo), à

válidas até serem declaradas inválidas pela forma determinada pelo próprio ordenamento jurídico'. Desta forma, ele confundiu a anulação com a revogação e, o que é mais grave, sobrepôs o dever ser ao ser do direito, confirmando, com uma espécie de presunção geral de legitimidade, todas as normas vigentes como válidas. Herbert Hart, mais consequentemente, negou a validade de tais normas, colocando no mesmo plano as normas substanciais sobre a produção e as formais em matéria de competência, obtendo o resultado, ainda mais insustentável, de negar a existência das normas formais, mas não substancialmente, conformes às que regem sobre a sua produção e, portanto, de sobrepôr o ser ao dever ser do Direito e de tratar como não-vigentes as normas inválidas e todavia aplicadas até intervir a anulação." Cf. FERRAJOLI, in OLIVEIRA Jr., 1977. pp. 95-6.

¹⁶³ Cf. HABERMAS, 1990.

obviedade, ela existirá até ser declarada sua inconstitucionalidade pela corte competente. Ou seja, ela será *válida* (na terminologia positivista tradicional) até que o referido tribunal declare que ela é *inválida*. Então, para evitar tais confusões, o garantismo propõe uma redefinição das categorias tradicionais, passando a entender como *vigentes* (ou de validade meramente formal) as normas postas pelo legislador ordinário em conformidade com os procedimentos previstos em normas superiores, reservando a palavra *validade* à validade também substancial dos atos normativos inferiores.

Consequentemente, será possível dividir a legitimidade *interna* do sistema em *legitimidade jurídica formal*, referida à vigência, e *legitimidade jurídica substancial*, referida aos conteúdos prescritos pelas normas superiores.

Em definitiva, podemos dizer que as normas vigentes (existentes) no Estado de Direito podem ser válidas ou inválidas, e eficazes ou ineficazes. Então, tanto uma lei ordinária em contradição com a Constituição ainda não declarada inválida, quanto uma norma constitucional ineficaz, estarão enquadradas na categoria de “vigentes”¹⁶⁴.

¹⁶⁴ O que obviaria a confusão estabelecida por Kelsen a respeito de leis inconstitucionais: *A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é uma contradictio in adjectio; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há-de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.* Cf. KELSEN, 1979, pp. 367-8. De seu lado, Hart (s/d, pp. 79-80) refere-se a “incapacidades” estabelecidas em normas superiores, de forma que uma norma que não

A partir dessas redefinições, a teoria garantista irá postular novas designações para o termo “justiça”:

...podemos llamar justicia interna (o legal) a la correspondencia entre vigencia y validez en el seno de cada ordenamiento: de las leyes respecto a la constitución y de las sentencias respecto a las leyes; y justicia externa a la correspondencia entre validez y justicia, es decir, a la adhesión del ordenamiento en su conjunto a valores políticos externos.¹⁶⁵

Em suma, o pano de fundo teórico-geral do garantismo está constituído em grande parte pela importante distinção entre quatro diferentes predicados que se podem imputar às normas: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade):

a) uma norma é “justa” quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extra-jurídico);

se ajusta a elas não existe, quando na verdade essa norma não é nula, mas anulável, e por consequência vigente até sua anulação.

¹⁶⁵ (...podemos chamar de *justiça interna* (ou *legal*) à correspondência entre vigência e validade no seio de cada ordenamento: das leis com respeito à constituição e das sentenças com respeito às leis; e *justiça externa* à correspondência entre validade e justiça, isto é, à adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos.) Cf. FERRAJOLI, 1995, p. 367. A seguir explicita: *Dado el carácter estructural de ambas divergencias, podrá hablarse obviamente sólo de grados de justicia tanto externa como interna. El grado de justicia externa vendrá dado por la cantidad y calidad de los principios de justicia incorporados limitativamente en los niveles normativos más altos del ordenamiento; el grado de justicia interna dependerá de la cantidad y calidad de las garantías de las que esté dotado el ordenamiento, es decir, de las técnicas institucionales capaces de asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad de los principios incorporados.* (ibid, p. 367 - ênfase no original).

b) uma norma é “vigente” quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;

c) uma norma é “válida” quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;

d) uma norma é “eficaz” quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).

A relevância dessa distinção jaz no fato de que estas quatro qualidades das normas são totalmente dissociadas entre si; e a finalidade da distinção é justamente salientar essa dissociação, em particular, aquela entre vigência e validade. Por exemplo, uma norma pode ser justa e no entanto não observada (não eficaz) e vice-versa, uma norma pode ser observada embora injusta. Sobretudo, do ponto de vista de Ferrajoli, pode acontecer que uma norma seja vigente e eficaz mesmo sendo inválida, como pode acontecer que uma norma seja válida mas nem por isso eficaz.

Em particular, circunscrevendo o discurso às normas legislativas, a dissociação entre validade e vigência depende do fato de que o controle sobre a legitimidade constitucional das leis é posterior e eventual. Acontece assim que uma norma inválida pode entrar em vigor, permanecendo assim por muito tempo, enquanto a sua invalidade não seja constitutivamente

declarada pela Corte Constitucional; como pode acontecer que a invalidade de uma norma vigente perpetue-se simplesmente porque nunca foi apresentada perante a Corte Constitucional a arguição de sua inconstitucionalidade.

Isso torna impossível identificar as normas válidas do ordenamento, já que de todas as normas que não foram submetidas ao controle de constitucionalidade, não se pode dizer que sejam válidas, mas apenas que são vigentes. O que sim se pode afirmar é que são inválidas as normas assim declaradas pela Corte Constitucional.

3.2 O garantismo como teoria jurídica

3.2.1 Uma teoria positivista crítica

O garantismo se enquadra dentro do positivismo jurídico próprio do Estado moderno, caracterizado pela forma estatal do Direito e pela forma jurídica do Estado, aquela conformada pelo princípio *auctoritas, non veritas facit legem* e este pelo *princípio da legalidade*.

Mas, embora enquadrável dentro do positivismo, adquire a teoria garantista contornos indiscutivelmente próprios: aqui encontramos a

diferença substancial entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes” cuja confusão ou redução é típica daquilo que Ferrajoli denomina “iuspositivismo dogmático”.

De fato, denuncia ele como “ideológicas” tanto as orientações normativistas, que confundem vigência com validade, quanto as teorias realistas, que reduzem a validade à eficácia. As primeiras são tidas por ideológicas por contemplarem apenas o Direito válido esquecendo-se de sua possível ineficácia; as segundas porque apreciam apenas as normas eficazes deixando de lado a sua possível invalidade.

O resultado dessas operações simplificadoras é a legitimação ideológica do Direito inválido vigente: de um lado, por ser ignorado como não vigente, e do outro por ser tido como válido.

Já o garantismo

...parte en cambio de la distinción de la vigencia de las normas tanto de su validez como de su efectividad. Esta distinción, como se ha visto a su tiempo, es esencial para comprender la estructura normativa del Estado de derecho, caracterizada: a) por la pertenencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico en relación con el superior; b) por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la validez de las segundas; c) por las antinomias producidas por las violaciones de las normas

*superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez; d) por la consiguiente ilegitimidad jurídica que en alguna medida afecta siempre a los poderes normativos, legislativo y judicial y que es tanto mayor cuanto más amplia pero inefectiva resulte la incorporación limitativa de los deberes a los niveles más altos del ordenamiento*¹⁶⁶.

Aqui encontramos (na letra *d* supra) o objeto privilegiado de pesquisa de uma teoria jurídica garantista: uma crítica do Direito positivo vigente, crítica esta interna e não externa, dado que está orientada a analisar os aspectos de sua ineficácia e invalidade.

Esta forma de abordagem do Direito vigente coloca em questão dois dogmas do positivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao Direito positivo vigente.

O postulado positivista da obrigação do juiz aplicar o Direito vigente vê-se abalada nos Estados de Direito caracterizados por Constituições rígidas, já que quando as leis forem vigentes porém inválidas não existe para

¹⁶⁶ (...parte no entanto da distinção entre vigência das normas tanto da sua validade quanto da sua efetividade. Esta distinção, como a seu tempo se viu, é essencial para compreender a estrutura do Estado de direito, caracterizada: a) pela pertinência das normas vigentes a níveis diversos e hierarquicamente ordenados, cada um dos quais configura-se como normativo com respeito ao seu inferior e como fático com relação ao superior; b) pela incorporação às normas superiores de obrigações e proibições que disciplinam a produção das normas inferiores e cuja observância é condição de efetividade das primeiras e de validade das segundas; c) pelas antinomias produzidas pelas violações das normas superiores por parte das inferiores e pela simultânea vigência de umas, mesmo quando inefetivas, e de outras, não obstante a sua invalidez; d) pela conseguinte ilegitimidade jurídica que em alguma medida afeta sempre os poderes normativos, legislativo e judiciário e que é tanto maior quanto mais ampla mas inefetiva resulte a incorporação limitativa dos deveres nos níveis mais altos do ordenamento.) Cf. FERRAJOLI, 1995, p. 872

o juiz a obrigação jurídica de aplicá-las. As decisões judiciais prolatadas com base numa lei meramente vigente podem ser válidas com respeito a ela, mas isso não impede que essa mesma lei seja declarada inválida. O caso de que uma lei tenha sido sempre aplicada apenas quer dizer que ela é eficaz, e não nos diz nada a respeito de sua validade.

O segundo dogma - o da avaloratividade da ciência jurídica - impõe que a crítica ao Direito vigente seja feita somente do exterior do mesmo, a partir de critérios políticos ou de justiça. Já o garantismo traz a crítica para o interior do sistema jurídico, valorando o ordenamento a partir de critérios de validade ou invalidade postos pelas normas de estalão superior.

3.2.2 *Antinomias e lacunas*

A coerência e a plenitude caracterizam-se no Estado de Direito não como propriedades do Direito *vigente*, mas como ideais limites do Direito *válido* a refletir não o *ser* do Direito mas o seu *dever-ser* das normas em relação com as superiores. De fato, para o garantismo, cada nível normativo apresenta-se como *normativo* com respeito ao inferior e como *fático* com respeito do nível superior. Por força das violações de fato das proibições impostas ao legislador, por este perpetradas, as características estruturais do Direito *vigente* são as da *incompletude e incoerência*¹⁶⁷. A tarefa do jurista

¹⁶⁷ *Coherencia y plenitud se configuran en efecto, en el estado de derecho, no como propiedades del derecho vigente sino como ideales-limite de derecho válido que no reflejan el 'ser' efectivo sino sólo el 'deber ser' de las normas con respecto a sus normas superiores. A causa de los desniveles entre normas*

será então explicitar essas características através de juízos de *invalidade* das normas inferiores e *ineficácia* das superiores. E este é para o Garantismo o principal desafio da Teoria Jurídica Contemporânea.

3.3 Juízos de vigência e juízos de validade

Enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade - pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa- trazem uma acentuada carga axiológica.

De fato, tanto as condições formais de vigência quanto às substanciais de validade encontram-se incorporadas em normas colocadas num nível superior. No entanto, enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade - e de forma especial as da validade constitucional - consistem no respeito de valores - tais como a igualdade, a

y de que cada nivel se configura como fáctico respecto del superior y como normativo respecto del inferior, no son la coherencia y la plenitud las características estructurales del derecho vigente, sino la incoherencia y la falta de plenitud, debidas a las inevitables violaciones de hecho de las prohibiciones y de las obligaciones normativamente impuestas al legislador. La tarea del jurista, en una perspectiva positivista de tipo crítico, no es, pues, sistematizar y reelaborar las normas del ordenamiento para presentarlas con una coherencia y plenitud que efectivamente no tienen, sino, por el contrario, explicitar la incoherencia y la falta de plenitud mediante juicios de invalidez sobre las inferiores y correlativamente de ineffectividad sobre las superiores. (ibid, pp. 878-9 - ênfases do autor).

liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos - cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis¹⁶⁸.

Isto implica uma significativa abertura discricionária na tarefa interpretativa do aplicador das normas, de vez que esses juízos de validade são, como diz Ferrajoli, “opináveis”¹⁶⁹. E esta margem de discricionariedade conduz a um espaço irredutível de ilegitimidade da autoridade judiciária, sem contudo comprometer o modelo de Estado de Direito de forma importante, eis que tal modelo comporta esses espaços de ilegitimidade, vistos pelo autor como aporias:

*Estamos así frente a una aporía teórica que es el reflejo de la ya apuntada aporía jurídica de la ilegitimidad potencial de todo ejercicio de poder en el estado de derecho y que se manifiesta en la disociación estructural entre juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez de las normas, así como en la indecidibilidad de la verdad de estos últimos*¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Cf. FERRAJOLI, 1995, p. 874. Essa diferença de natureza entre as normas traz consequências de não pouca relevância para os juízos sobre as normas: *De aquí se sigue que mientras la verdad (o la falsedad) de los juicios sobre la vigencia es predicable sobre la base de simples averiguaciones empíricas o de hecho, no se puede decir otro tanto de los juicios sobre la validez: éstos, cuando consisten en la valoración de la conformidad o la disconformidad de las normas con los valores expresados por las normas superiores a ellas son, como escribe Bobbio, no ya juicios de hecho, sino a su vez juicios de valor, y como tales ni verdaderos ni falsos. (...) ...en la mayor parte de los casos, los juicios de valor necesarios para sostener la validez o la invalidez sustancial de las normas no son tan sencillos. Lo demuestran la permanente invalidabilidad de leyes antes declaradas válidas y, a la inversa, la resistencia opuesta a veces durante decenios, antes de su anulación, por leyes más tarde declaradas inválidas* (ibid, pp. 874-5).

¹⁶⁹ Ibid, p. 875

¹⁷⁰ (Estamos assim perante uma aporia teórica que é o reflexo da já indicada aporia jurídica da ilegitimidade potencial de todo exercício de poder no Estado de direito e que se manifesta na dissociação estrutural entre juízos sobre a vigência e juízos sobre a validade das normas, assim como na indecidibilidade da verdade destes últimos.) Ibid, p. 875.

3.4 Direitos e garantias dos direitos

Embora se possa tecnicamente separar os Direitos fundamentais das garantias¹⁷¹ as expressões são tomadas por alguns autores como sinônimos, seguindo a orientação de Sampaio Dória, para quem ...os Direitos são garantias, e as garantias são Direitos¹⁷². Esta confusão pode ser favorecida pela própria Constituição brasileira de 1988, que, como diz da Silva, ... não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias¹⁷³. Para este autor, as garantias dos direitos fundamentais podem ser divididas em dois grupos: a) garantias gerais, as quais asseguram a existência e a eficácia dos direitos fundamentais. Estas referem-se à organização da comunidade política, que deve estruturar condições para a plena eficácia daqueles direitos (condições econômico-sociais, culturais e políticas). O conjunto dessas garantias conformará o Estado Democrático de Direito; e b) garantias constitucionais,

¹⁷¹ É o que faz José A. Da SILVA, no texto citado (pp. 169-173)

¹⁷² *Apud* SILVA, *op cit* p. 170.

¹⁷³ *Ibid*, p. 170. A continuação, o autor esclarece a formulação constitucional das garantias: *...a rubrica do Título II enuncia: 'Dos direitos e garantias fundamentais', mas deixa à doutrina a pesquisa onde estão os direitos e onde se acham as garantias. O Capítulo I desse Título traz a rubrica: 'Dos direitos e deveres individuais e coletivos', não menciona as garantias, mas boa parte dele constitui-se de garantias [para este autor, praticamente nos incisos XXXV ao LXXVII do art 5º encontramos o elenco de garantias]. Ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias. Ou talvez melhor diríamos, ela reconhece alguns direitos, garantindo-os. Por exemplo: 'é assegurado o direito de resposta...' (art. 5º, V), 'é assegurada...a prestação de assistência religiosa...' (art. 5º, VII) (...) Outras vezes, garantias são enunciadas pela inviolabilidade do elemento assecuratório. Assim, 'a casa é o asilo inviolável do indivíduo' (art. 5º, XI), 'é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicos...' (art. 5º, XII); ora, nestes casos, a inviolabilidade do lar e do sigilo constitui garantia do direito à intimidade pessoal e familiar e da liberdade de transmissão pessoal do pensamento, mas a Constituição mesma fala em direitos de sigilo de correspondência e de sigilo de comunicação (art. 136, § 1º, I, 'b' e 'c'). Já, noutro dispositivo, está que 'são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...' (art. 5º, X); aqui o direito e a garantia se integram: inviolabilidade= garantia; intimidade, vida privada, honra, imagem pessoal= direito de privacidade. Temos ainda garantias expressas neste artigo (art. 5º, § 2º), garantias da magistratura (art. 100). O art. 138 menciona 'garantias constitucionais'. Fica difícil distinguir as diferenças e semelhanças entre o que sejam garantias fundamentais, garantias individuais e garantias constitucionais. (ênfases do autor).*

...que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. (Por exemplo, fornecendo mecanismos para a dedutibilidade em sede judicial dos mesmos). Estas garantias constitucionais dividem-se, por sua vez, em dois sub-tipos: 1) gerais: instituições constitucionais que disciplinam o equilíbrio entre os poderes (freios e contrapesos), constituindo-se assim em barreiras opostas ao poder desenfreado e absoluto dos poderes estatais; 2) especiais: mandamentos constitucionais que tem por objetivo proteger a eficácia, a aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais (as ações específicas de proteção àqueles direitos, tais como *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança etc. enquadram-se aqui)¹⁷⁴.

3.5 A distinção garantista entre direitos fundamentais e garantias

Como diz Ferrajoli, os direitos de liberdade, aos quais correspondem proibições ao estado, não têm o seu conteúdo pré-determinado, nem é o mesmo determinável a priori. Aqui o que é determinado são os limites para o seu exercício (a proibição de caluniar ou difamar no exercício da liberdade de expressão, por exemplo), ou as condições que legitimam a sua limitação (ordem motivada da autoridade judiciária). Já nos direitos sociais são determináveis os conteúdos mas não os limites (sempre poderão surgir

¹⁷⁴ Cf. SILVA, op. cit., pp. 171-2.

novos direitos desse tipo, dependendo das circunstâncias históricas de cada sociedade, bem como do seu desenvolvimento econômico e civil). E é pelo grau e quantidade das garantias adscritas a esses direitos que pode medir-se a qualidade de uma democracia ¹⁷⁵.

É óbvio que entre os direitos fundamentais há alguns que são superiores aos outros, sendo que não podem esses serem limitados por razão alguma (é o caso do direito à vida e à liberdade de consciência, que não podem ser cerceados em nome de nenhuma razão de estado). São estes considerados pelo garantismo como direitos fundamentais *absolutos* ¹⁷⁶.

Já as *garantias* são consideradas por esta teoria como técnicas de limitação da atuação do estado no que respeita aos direitos fundamentais de liberdade e técnicas de implementação daquela mesma ação no que diz respeito aos direitos sociais (por exemplo, o princípio da incolumidade do preso e da humanidade das penas em se tratando de liberdades; e a previsão legal dos pressupostos vinculantes com a identificação de órgãos e procedimentos, no que diz com os direitos sociais).

¹⁷⁵ Cf. SILVA, op. cit., p. 916

¹⁷⁶ Veja-se a posição de Bobbio a respeito: ...entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entrem em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. (Cf. BOBBIO, 1992, p. 20).

Como diz Guastini¹⁷⁷, na linguagem moderna “garantia” designa o suporte, o reparo, a defesa, a tutela de alguma coisa. No léxico político, quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos. Quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos. Uma ulterior restrição do significado do termo provém da tradição jurídica: as garantias das liberdades e direitos que surgem sob o rótulo de “garantismo” são defesas e tutelas de carácter jurídico; são pois os instrumentos com os quais o direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio direito.

Assim, o garantismo pode referir-se a uma organização jurídica ou a uma atitude dos vários tipos de operadores jurídicos em sua atividade voltada a aplicar ou a modificar o direito. Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista quando dedica a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos.

¹⁷⁷ Cf. GUASTINI, 1993, pp. 174-5.

Por fim, é de ressaltar-se que o leque de garantias parte de dois princípios básicos: a) o princípio da legalidade, que já foi referido acima; e b) o princípio de jurisdicionalidade, ou seja, a possibilidade concreta de deduzir em juízo a pretensão emanada dos direitos sociais, por exemplo.

3.6 O Estado de Direito em julgamento

Ao lado da dimensão propriamente normativa, objeto de estudo da teoria garantista no que diz com as relações ser e dever ser *no* direito, o Estado Constitucional de Direito apresenta-se como uma estrutura de poder que, na perspectiva do garantismo, têm de ser colocado a serviço de finalidades externas a ele (é este o plano que privilegia como alvo da pesquisa a dicotomia ser e dever ser *do* direito). Em suma, trata-se aqui do problema da *legitimidade* do Estado de Direito, que será o tema a ser abordado na Parte II, onde serão examinadas diversas teorias sobre o assunto, culminando-se com a visão de Ferrajoli, que será objeto de atenção especial.

**PARTE II - AS TEORIAS SOBRE A
LEGITIMIDADE E O ENFOQUE
GARANTISTA**

CAPÍTULO IV - ALGUMAS TEORIAS TRADICIONAIS SOBRE A LEGITIMIDADE

4.1 Considerações Iniciais

O poder nunca se apóia exclusivamente na força. É impensável uma relação política que descansa exclusivamente na coerção dos súditos, mas antes exige-se uma fundamentação para o mesmo. Com efeito, a força é elemento indispensável para o *exercício* do poder, mas ela nunca pode ser o seu *fundamento* exclusivo. Assim, a força é fator necessário do poder, mas nunca suficiente por si só para obter uma relação de obrigação política por parte dos súditos.

Norberto Bobbio entende que o problema dessa obrigação política *...pode ser posto como uma análise das razões pelas quais se obedece aos comandos de quem detém um certo tipo de poder ou como determinação dos casos em que se deve obedecer e dos casos em que é lícita a desobediência ou a obediência passiva*¹.

¹ Cf. BOBBIO, 1987. p. 87. Relata o mestre peninsular que essa questão sempre se colocou como um problema para a tradição: *A filosofia política clássica - que, como se afirmou...considera seu dever pôr o problema do fundamento do poder - tendeu a negar que um poder apenas forte, independentemente do fato de estar em condições de durar, possa ser justificado. Daí a distinção não mais analítica mas axiológica entre poder legítimo e poder ilegítimo com base no argumento ritual: 'Se se limita a fundar o poder exclusivamente sobre a força, como se faz para distinguir o poder político do poder de um bando de ladrões?' (ibid, p. 87).*

A análise das razões de obediência têm sido posto ao longo da história do pensamento político por todos aqueles autores que se preocuparam não só com a descrição do poder, mas também com a sua justificação ou aceitabilidade. Isto não quer dizer que seja impossível uma análise descritiva da própria legitimidade, tarefa que foi lograda com Weber, como se verá a seu tempo, mas significa sim que existe um elemento na legitimidade que foge ao campo do meramente factual, abrindo-se para os aspectos psicológicos e valorativos dos indivíduos.²

Surge assim a distinção entre o bom governante - o que chega ao poder de acordo com as regras previstas para isso, e o exerce com algum grau de consenso da sociedade - e o tirano, ou seja, aquele que assume o comando do Estado em desacordo com as leis estabelecidas para isso e que confia apenas na força para o exercício do poder.

Para dar um exemplo, a Idade Média conhece a distinção entre tirania pela origem (por defeito de título) e tirania pelo exercício, referida aquela ao governante que ascende ao poder violando as regras de sucessão hereditária, e esta última ao soberano que, tendo chegado ao comando do Estado de maneira legal, exerce o poder de forma despótica (ou seja, como *despotès*, ou senhor de escravos)².

Trata-se, enfim, da distinção entre o bom e o mau governos, preocupação que perpassa o pensamento político ao longo de toda nossa tradição.

² Cf. *infra*, p. 126.

Do lado dos governantes, vê-se que sempre as classes políticas que ascenderam ao poder procuraram revesti-lo de uma base moral, segundo a célebre “fórmula política” de Mosca, referida por Bobbio³.

Isto porque o mau governo (ou governo ilegítimo) compromete um valor que é fundamental na política, qual seja o da estabilidade dos governos⁴. Pois como pode manter-se um governo que é continuamente sujeito à contestação da parte dos súditos? Dado que a vocação natural do poder é manter-se inalterado, perpetuando o arranjo de forças que lhe deu conformação, torna-se indispensável um apoio consensual oferecido pelos dominados, e é deste suporte que se tratará a seguir.

Embora, como referido acima, a preocupação com a legitimidade perpassasse o pensamento político desde as suas origens, o recorte aqui estabelecido partirá cronologicamente da obra weberiana, dado que o enfoque privilegiado neste trabalho é a legitimidade do Estado de Direito, aparato político que somente vai adquirir os traços que o definem até hoje à época de Weber. Outrossim, foram escolhidos aqui alguns autores que são entendidos como representativos das preocupações que perpassam esta tese.

³ Cf. BOBBIO, 1987, p. 88. Tal fórmula política reza: *...em todas as Sociedades discretamente numerosas e que apenas chegaram a um certo grau de cultura, aconteceu que a classe política não justifica exclusivamente o seu poder somente com a posse de fato, mas procura dar a ele uma base moral e também legal, fazendo-o derivar como consequência necessária de doutrinas e crenças geralmente reconhecidas e aceitas na Sociedade que ela dirige* (ibid, p. 88).

⁴ Cf. BOBBIO, 1980, *passim* e esp. p. 35.

4.2 Legitimidade e Legitimação

Dispomos de duas palavras distintas, dois termos-chave com os quais indicamos os dois diversos níveis ou aspectos do fenômeno da justificação e aceitação do poder: os termos *legitimidade* e *legitimação*. Legitimidade é o termo mais carregado de significado valorativo: quotidianamente, dizer que um poder é legítimo equivale a assegurar que é justo, que é merecedor de aceitação, isto é, significa atribuir-lhe uma valoração positiva⁵.

De outra parte, dizer que o poder é legitimado, isto é, usar a palavra *legitimação*, significa dizer que de fato suscita consenso. Podemos, conseqüentemente, distinguir entre *legitimação-atividade* e *legitimação-produto*: a primeira indica o processo através do qual o poder busca reconhecimento, consenso, adesão: os meios empregados para isso podem ser múltiplos; desde a satisfação das necessidades fundamentais da população ou de grupos isolados até a propaganda, ou ao aspecto de *legalidade* com que se apresenta (como se verá com Max Weber), a apelação a valores transcendentais etc. Com o termo *legitimação-produto* podemos por seu turno indicar a legitimação obtida, isto é, a obtenção do consenso. Trata-se, de qualquer forma, de um conceito descritivo⁶.

⁵ Cf. CASTIGNONE, 1984, p. 15

⁶ Ibid, pp. 15-20. Em consequência, *La sugerencia que el filósofo analítico puede ofrecer para la construcción de un vocabulario adecuado, es aquella de tener bien distinto el plano valorativo del descriptivo, usando con la mayor precisión posible los dos términos, legitimidad de un lado y legitimación del otro, cosa que no siempre se verifica, y los ejemplos que se podría dar son muchos; véase, para citar un caso, el modo ambiguo con el cual Duverger, en su conocidísimo libro Introducción a la Política, usa el término legitimidad, definiéndolo por un lado como conformidad a un sistema de valores y por otro como consenso.* (ibid, p. 18) Os trechos do livro de Duverger ao qual

Inobstante essa distinção, pode ocorrer uma passagem, muitas vezes inconsciente, de um nível a outro. Veja-se a passagem da legitimação à legitimidade, que é o mais frequente: neste caso é o próprio fato da existência de um poder e de sua legitimação o que se apresenta com características positivas. É a força do existente, que, enquanto existente, requer ser valorizado positivamente, pelo só fato de existir. Sobretudo, quando o existente é o consenso da parte majoritária, dado que entre os princípios de legitimidade têm-se afirmado, nos tempos atuais, aquele da vontade popular que se expressa democraticamente através do voto paritário.

É verdade que o consenso pode ser extraído através da propaganda, o isolamento e a falta de informação da população (pelo só fato de que uma ação seja considerada boa pela maioria não é deduzível que essa ação seja considerada boa (pense-se na escravidão à época de Aristóteles).

Apesar dessas considerações, o fato de poder-se afirmar de um regime político que ele é aprovado, é legitimado, leva-nos inelutavelmente a considerá-lo como legítimo, isto é, a aprová-lo⁷.

a autora se refere são os seguintes: *La lucha se mantiene dentro de los límites del régimen cuando todos los ciudadanos piensan que él sea legítimo, es decir, cuando él surge de un consenso...En general legitimidad significa conformidad a un sistema de valores...En general en una dada época y en un dado país existe un cierto acuerdo sobre la forma de gobierno con el cual viene apoyado y ejercido el poder...en este sentido se dice legítimo aquel régimen que corresponde a la idea que la masa de los ciudadanos se hace de la legalidad.* (Cf. DUVERGER, 1966, pp. 187-8)

⁷ *Ibid*, p. 19: *Tomemos el pasaje de la legitimación a la legitimidad, que creo sea el más frecuente: en este caso es el propio hecho de la existencia de un poder y de su legitimación que se presenta con características positivas. Es la fuerza de lo existente que, en cuanto tal, en primera instancia, requiere ser valorizado positivamente, por el solo hecho de existir (la existencia, prima facie parece siempre más positiva que la no-existencia). Sobre todo, cuando lo existente es el consenso de la parte de la mayoría, en modo particular, a partir del momento en el cual entre los principios de*

Mas a diversidade conceitual deve ser mantida, eis que os dois termos tem aplicações diferentes.

De outro lado, podemos entender o termo *legitimidade* como produto final de um processo denominado *legitimação*: é o que faz Febbrajo⁸, para quem o conceito de legitimidade compreende pelo menos seis elementos implicitamente recorrentes:

1) um *legitimandum*, entendido como sujeito passivo, individual ou coletivo;

2) um *legitimans*, entendido como sujeito ativo, individual ou coletivo;

3) um *fundamento de legitimidade*, entendido como critério com base ao qual um legitimans atribui legitimidade a um legitimandum (que tal critério seja efetivamente aplicado ou exibido ou não, servirá de distinção ulterior entre um fundamento de legitimidade real ou ideológico);

4) um *medium* da relação de legitimação entendido como veículo que transporta e difunde a legitimação por vezes atribuída ao legitimandum;

legitimidad se ha ido afirmando, en los tiempos modernos, aquél de la voluntad popular que se expresa democráticamente a través del voto paritario.

⁸ CF. FEBBRAJO, 1984, pp. 20-35.

5) um *público* entendido como o conjunto de sujeitos direta ou indiretamente interessados na relação de legitimação, e eventualmente no papel de jogar nas confrontações desta função de controle; e

6) um *ambiente*, entendido como o conjunto de fatores externos relevantes, capazes de desempenhar, nas confrontações de uma concreta relação de legitimação, uma influência eventualmente direta para ampliar ou distorcer os efeitos⁹.

Da mesma forma, Ferrari¹⁰ preleciona que a legitimação pode ser entendida como o processo que induz à legitimidade¹¹, embora ele prefira manter a distinção nos seguintes termos: o estudo da legitimidade do poder resolve-se no quesito *a quem obedecer?*, ou no quesito paralelo *por quê obedecer?*, os quais são sub-espécies do quesito mais geral *obedecer (ou não)?*. Já o estudo da legitimação do poder resolve-se no quesito *quem obedece, como e por quê?*¹².

Assim, neste estudo manter-se-á a diferença entre os termos reservando-se o significante *legitimidade* para o resultado de um processo

⁹ Cf. FEBBRAJO, 1984, p. 21

¹⁰ Cf. FERRARI, 1984, pp. 37-55

¹¹ *Ibid.*, p. 38: ...También la palabra 'legítimo' con sus correspondientes sustantivos - legitimidad, legitimación - es notoriamente polisémica. Todos saben que ella posee al menos dos facetas, una característica de las reflexiones filosófico-políticas y filosófico-jurídicas, la otra, característica de las indagaciones sociológicas y politológicas. Para expresar esta distinción, han sido empleadas las palabras 'legitimidad' y 'legitimación', con una operación también ella susceptible de confusión, en el momento en que 'legitimación', a su vez, puede ser entendida precisamente como el proceso que induce a la 'legitimidad'.

¹² *ibid.*, p. 42

de obtenção de consenso ou adesão (traduzidos em obediência) chamado de *legitimação*.

Faz-se necessário então revisitar os enfoques considerados mais importantes na atualidade a respeito da *legitimidade*, iniciando pela matriz teórica weberiana.

4.3 A Legitimidade na sociologia Weberiana

Dentro da ótica weberiana, falar em legitimidade é referir-se a *razões de obediência* (por ele entendidas como “motivos de justificação interior”)¹³, a um comando dirigido aos dominados. É assim que o mero *poder* (*Macht*) transforma-se em *dominação* (*Herrschaft*). Assim, a *dominação* distingue-se da *força* porque a primeira tem a capacidade de obter a obediência dos sujeitos que não repousa exclusivamente na *força*, mas sobretudo, na *adesão*. Note-se que em Weber o conceito de legitimidade é meramente descritivo (*Wertfrei*). Constata ele a existência de vários princípios de legitimidade nas sociedades que tem perante os olhos e as que pôde conhecer através de estudos de história. Daí sua famosa tripartição de tipos puros de *dominação*: aquele que depende do

¹³ Observe-se a seguinte passagem: *El Estado, lo mismo que las demás asociaciones políticas que lo han precedido, es una relación de dominio de hombres sobre hombres basada en el medio de la coacción legítima (es decir: considerada legítima). Así, pues, para que subsista es menester que los hombres dominados se sometan a la autoridad de los que dominan en cada caso. Cuándo y por qué lo hagan, sólo puede comprenderse cuando se conocen los motivos internos de justificación y los medios externos en los que la dominación se apoya. Motivos de justificación interior, o sea, motivos de legitimidad de una dominación...hay tres en principio. (...) cf. WEBER, 1984, p. 1057.*

mero costume, da cega habituação a um comportamento inveterado, cujo princípio de legitimidade é a tradição (*dominação tradicional - obedeço ao soberano porque sempre foi assim*); aquele fundado na mera afeição do súdito a um líder de qualidades extraordinárias (*dominação carismática - obedeço porque encontro no líder qualidades sobre-humanas*); e, por último, o tipo de dominação fundado em considerações utilitárias e cálculo de vantagens e interesses por parte do dominado (*dominação legal-racional - obedeço porque me convém em face de uma regra que prevê determinada sanção para a desobediência*)¹⁴. Este último tipo de dominação legítima é aquele característico das sociedades ocidentais modernas: *La forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos*¹⁵. Max Weber concebe os ordenamentos estatais das modernas sociedades ocidentais como formas de poder legal. A sua legitimidade funda-se então na crença na legalidade do exercício do poder. O poder legal apresenta um carácter racional pelo fato, dentre outros, de que a crença na legalidade dos ordenamentos estatuidos e na autoridade de quem exerce o poder possui

¹⁴ Cf. WEBER, 1984, pp. 706 ss.: *La dominación, o sea la probabilidad de hallar obediencia a un mandato determinado, puede fundarse en diversos motivos: puede depender directamente de una constelación de intereses, o sea de consideraciones utilitarias de ventajas e inconvenientes por parte del que obedece; o puede depender también de la mera 'costumbre', de la ciega habituación a un comportamiento inveterado, o puede fundarse, por fin, en el puro afecto, en la mera inclinación personal del súbdito. Sin embargo, la dominación que sólo se fundara en tales móviles sería relativamente inestable. En las relaciones entre dominantes y dominados, en cambio, la dominación suele apoyarse interiormente en motivos jurídicos, en motivos de su 'legitimidad', de tal manera que la conmoción de esa creencia en la legitimidad suele, por lo regular, acarrear graves consecuencias. En forma totalmente pura, los 'motivos de legitimidad' de la dominación sólo son tres, cada uno de los cuales se halla enlazado - en el tipo puro - con una estructura sociológica fundamentalmente distinta del cuerpo y de los medios administrativos. (pp. 706-7)*

¹⁵ (A forma de legitimidade hoje mais comum é a crença na legalidade: a obediência a preceitos jurídicos positivos estatuidos segundo o procedimento usual e formalmente corretos) Ibid, p.30 (ênfases do autor).

uma qualidade diferente daquela crença alimentada perante o poder da tradição ou do carisma¹⁶. É a própria racionalidade intrínseca à forma do direito a que confere legitimidade ao poder exercido em formas legais¹⁷.

Como se vê, Weber sustentava uma concepção positivista do direito: direito é apenas o que um legislador político (seja ele legitimado democraticamente ou não) estatui como direito segundo um procedimento juridicamente institucionalizado. Com essa premissa a forma do direito não poderá mais extrair sua força legitimante de qualquer parentesco com a moral. É unicamente em base às suas propriedades formais que o direito deve poder legitimar um poder exercido legalmente. Segundo Weber, o direito dispõe de racionalidade própria, independente da moral¹⁸.

É que, como diz D'Entreves, vivemos em sociedades onde o respeito à regra de direito é um princípio estabelecido; onde a autoridade foi despersonalizada; onde a fonte do poder é o próprio direito¹⁹.

¹⁶ Cf. HABERMAS, 1992, p. 5: "Max Weber concepisce gli ordinamenti statali delle moderne società occidentali come forme di potere legale. La loro legittimità si fonda sulla credenza nella legalità dell'esercizio del potere. Il potere legale acquista un carattere razionale per il fatto, tra l'altro, che la credenza nella legalità degli ordinamenti statuti e nell'autorità di chi esercita il potere possiede una qualità diversa dalla credenza nutrita nei confronti della tradizione o del carisma. È la stessa razionalità intrinseca alla forma del diritto che conferisce legittimità al potere esercitato in forme legali."

¹⁷ Cf. WEBER, op.cit., pp. 173 ss. *La dominación legal descansa en la validez de las siguientes ideas, entrelazadas entre sí: 1. Que todo derecho, 'pactado' u 'otorgado', puede ser estatuido de modo racional - racional con arreglo a fines o racional con arreglo a valores (o ambas cosas) -, con la pretensión de ser respetado, por lo menos, por los miembros de la asociación...*(p. 173).

¹⁸ *Ai suoi occhi, anzi, ogni confusione di diritto e morale minaccerebbe la razionalità del diritto e dunque la base di legittimità del potere legale.* HABERMAS, op. e loc. cit.

¹⁹ (...) *Pourtant, il doit y avoir un sens à poser la question du rapport entre légalité et légitimité, et c'est un sociologue éminent qui me permet de le croire. Je pense à Max Weber et à sa théorie bien connue des trois types de légitimité qui, à son tour, se rapporte à sa notion de la "validité" de l'ordre social et juridique. A côté de la légitimité 'charismatique' et de celle 'traditionnelle', Weber pose un troisième type de légitimité qu'il nomme 'rationnelle'. La légitimité rationnelle est celle qui est fondée sur le droit, sur un 'système de règles délibérément établies'. Dans ce type de légitimité, 'le porteur du pouvoir est légitimé par les règles; son pouvoir n'est légitime qu'en tant qu'il correspond à ces règles. L'obéissance est rendue non à la personne mais aux règles'. Ce type de légitimité s'identifie donc avec la légalité. Ce qui est encore plus intéressant, c'est la remarque de Weber que*

O autor francês esclarece-nos que os termos legalidade e legitimidade têm sua origem na linguagem jurídica: a sua raiz é comum. Mas, infelizmente, refere, é aos teóricos do direito que se deve a confusão entre os termos²⁰.

Mas essa confusão explica-se pela relação estreita que as noções de legalidade e legitimidade têm mantido através da história:

Certes, pour l'historien, le rapport des deux mots ne peut faire aucun doute. Tout à travers de l'histoire d'Occident, les notions de légalité et de légitimité jouent un rôle de premier plan: on pourrait dire qu'elles constituent les deux piliers de toute construction politique. Sans remonter aux Grecs, il suffit de penser aux deux critères dont le Moyen Age se servait pour juger le pouvoir, qui n'était reconnu comme 'juste' que s'il était fondé sur le droit et soucieux d'en respecter les bornes. C'est à Bartolus que l'on doit, si je ne me trompe, la distinction rigoureuse entre les deux formes de tyrannie, celle ex defectu tituli et celle ex parte exercitii. Mais la notion en est posée très clairement déjà par saint Thomas d'Aquin: tyran est aussi bien celui qui exerce un pouvoir non fondé que celui qui l'exerce d'une façon arbitraire. Établir à quel 'titre' le pouvoir est fondé a longtemps constitué le sujet principal des discussions entre politiciens et juristes. Ce n'est que de notre temps que l'on en est venu à se désintéresser de cette question angoissante²¹.

la légalité est le type prédominant de légitimité dans les sociétés modernes. Celles-ci, dit Weber, et tout particulièrement l'État, sont des sociétés 'légales': les sociétés où les commandements sont donnés non pas au nom d'une autorité personnelle, mais au nom d'une règle impersonnelle'. En bref, nous vivons dans des sociétés où le respect de la règle de droit est un principe établi; où l'autorité a été dépersonnalisée; où la source du pouvoir est le droit lui-même." Cf. PASSERIN D'ENTREVES, in AAVV, 1967, p. 32.

²⁰ Ibid, p. 29

²¹ (Certo, para o historiador, a relação entre as duas palavras não deixa nenhuma dúvida. Através de toda a história do Ocidente, as noções de legalidade e de legitimidade desempenharam um papel de primeira grandeza: poder-se-ia dizer que elas constituem os dois pilares de toda construção política. Sem recuar até os gregos, basta pensar nos dois critérios pelos quais a Idade Média se servia para

De qualquer forma, faz sentido no direito continental europeu tal redução da legitimidade à legalidade. Neste sistema, a lei é expressão da vontade do povo, sendo a soberania popular o fundamento de legitimidade de todo sistema jurídico.

Isso significa que a legitimação de cada regra componente do sistema deriva de um critério puramente formal, a saber, da sua conformidade à vontade do soberano expressa na lei, que é a fonte do direito por excelência. No sistema romano-germânico, então, como bem apreciado por Weber, legalidade e legitimidade confundem-se.

Como diz D'Entreves, essa maneira de conceber a legalidade explica a atitude dos juristas continentais perante o direito, de rigorosa “neutralidade” no sentido weberiano. Os juristas levam muito a sério a atitude de abster-se de qualquer juízo valorativo, atendo-se à letra da lei com o máximo rigor possível. O legislador tem por tarefa decidir as grandes questões de fundo: a tarefa do jurista não é a de aprovar ou desaprovar as leis, mas a de tratá-las tal como são e construir um sistema. Desta forma, os aforismos *Não há outro direito senão o direito positivo* e *A justiça é a conformidade com a lei* encontram entre os juristas continentais seu habitat natural²².

julgar o poder, que apenas era julgado como ‘justo’ se fundado sobre o direito e cuidadoso em respeitar seus limites. É a Bartolus que se deve, se não me engano, a distinção rigorosa entre as duas formas de tirania, aquela *ex defectu tituli* e a *ex parte exercitii*. Mas a noção foi posta mais claramente já por São Tomás de Aquino: tirano é tanto aquele que exerce um poder não fundado quanto aquele que o exerce de uma forma arbitrária. Estabelecer com base em qual ‘título’ o poder está fundado há muito tempo constitui o tema principal das discussões entre políticos e juristas. É apenas em nossos tempos que viemos a desinteressar-nos por esta questão angustiante.) Ibid, p. 29.

²² Ibid, p. 34

Assim, para os positivistas, a defesa do direito positivo tem representado a defesa da soberania do estado e a sua laicidade contra possíveis tendências moralizadoras ou desagregadoras do direito natural.

4.4 Legitimidade e valores

De outro lado, este culto à legalidade simplesmente formal apresentou um efeito perverso que afetou a própria idéia de legitimidade. Esta passou a ser concebida como uma simples questão de efetividade, o que para D'Entreves acaba por fazer da força e não da justiça a mola propulsora última de todo fenômeno jurídico²³. Com efeito, para os positivistas, a justiça é um problema moral. Destarte, legitimidade e legalidade perdem a sua identificação no momento em que se admite que um ordenamento pode ser legal mas injusto. A relação de que falava Weber se desvanece. Isso faz postular um princípio legitimador exterior ao sistema, que para D'Entreves não pode ser outro do que o direito natural, dado que é dele que o direito positivo extrai sua força obrigatória²⁴. Como diz o próprio Weber, o direito natural é a *...forma específica y única conseqüente de la legitimidad de un derecho que queda cuando decaen la revelación religiosa y la santidad hereditaria de la tradición*²⁵.

²³ Cf. D'ENTREVES, in AA.VV., 1967, p. 35

²⁴ Ibid, p. 35

²⁵ (...forma específica e única conseqüente da legitimidade de um direito que resta quando decaem a revelação religiosa e a santidad hereditária da tradição.) Cf. WEBER, *op. cit.*, p. 640.

Para D'Entreves, as normas componentes do sistema não devem ser apenas formalmente corretas, mas também devem conformar-se com valores tidos como necessários para a existência de uma sociedade livre. Consequentemente, estabelece ele as condições para que a legalidade volte a identificar-se com a legitimidade com base em valores de direito natural:

1) Deve haver na sociedade um acordo sobre os valores fundamentais, sobre um direito tido como “natural” (emergente da “natureza das coisas” (a legalidade e a legitimidade somente podem identificar-se se a legalidade for a garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana); e

2) devemos abandonar a noção estreita de direito herdada dos romanos; o direito deve ser entendido não apenas como um conjunto de normas, mas também como uma forma de agir, viver e pensar²⁶.

Dentro do mesmo horizonte, Raymond Polin²⁷, ao dissertar sobre os elementos da legitimidade, assume que esse conceito somente pode ser entendido por referência a valores. De fato, para ele os elementos da legitimidade podem ser assim resumidos:

a) Deve imperar o reconhecimento de que toda existência social requer um conjunto de regras que a ordenam. Estas são reconhecidas como legítimas (legitimidade formal);

²⁶ op. cit. pp. 39-41

²⁷ Cf. POLIN, *in* AAVV, 1967, cit, pp. 17-28

- b) deve acrescer-se a isso um poder eficaz;
- c) esse poder (governo) eficaz deve ser reconhecido como legítimo pela comunidade internacional (este reconhecimento é de ordem valorativa); e
- d) para que a legitimidade, além de formal seja também material, ela deve revelar-se para além dos fatos, na presença de um *valor*:

De quelque façon qu'on l'approche, la légitimité se développe toujours au-delà des faits, au-delà même des relations humaines simplement physiques, dans la présence d'une valeur. A cette présence axiologique correspond l'exclamation romantique de Benjamin Constant: ' Il y a quelque chose de miraculeux dans la conscience de la légitimité' (De l'esprit de conquête/1031). En tant que valeur, la légitimité ne comporte de fondement qu'à l'intérieur d'elle-même, en elle-même ou dans l'acte qui la constitue, qui la crée. Est légitime d'une légitimité intrinsèque, cette fois, ce qui oblige, en raison de sa seule valeur, au respect et à l'obéissance. Est légitime ce qui est fondé en valeur et reconnu comme tel par l'opinion²⁸.

²⁸ (De qualquer forma que se aborde, a legitimidade se desenvolve sempre para além dos fatos, mesmo para além das relações humanas simplesmente físicas, na presença de um valor. A esta presença axiológica corresponde a exclamação romântica de Benjamin Constant: 'Há qualquer coisa de milagrosa na consciência da legitimidade (Do Espírito de Conquista/1031). Enquanto valor, a legitimidade comporta fundamento apenas no interior dela mesma, nela própria ou no ato que a constitui, que a cria. É legítimo de uma legitimidade intrínseca, por sua vez, o que obriga, em razão somente de seu valor, ao respeito e à obediência. É legítimo aquilo que é fundado em valor e reconhecido como tal pela opinião.) Ibid, p. 26. E explica o autor: *C'est pourquoi, au sein même de l'idée de légitimité intrinsèque, il est possible de distinguer entre la signification du fondement, ce qui fait le principe de légitimité, et les conséquences qui s'ensuivent au niveau de l'opinion. Faute de conséquences sur l'opinion, les valeurs de légitimité ne sont-elles pas, à leur tour, si intrinsèques soient-elles, vaines et vides? (...)* (ibid, p. 26)

Como se vê, a equação legalidade/legitimidade veio a ser posta em questão ao longo do século nas abordagens do problema feitas por muitos estudiosos. Vejamos as possíveis causas do enfraquecimento dessa relação.

Segundo Sergio Cotta²⁹ a decadência da idéia de legitimidade desvinculada daquela de legalidade responde a algumas causas:

1) Enquanto noção *jurídica*, diversa da de legalidade, a legitimidade construiu-se numa época caracterizada pela existência de uma sociedade global pluralista com muitos níveis de institucionalização que gozavam de uma certa autonomia jurídica e constitucional, bem como no marco de um ordenamento superior (o Sacro Império). Com o desaparecimento dessas formas de sociedades, a legitimidade perdeu sua referência real.

2) Enquanto noção *supra-legal* ou *meta-jurídica*, a legitimidade estava estreitamente ligada à crença no direito natural, eis que o governo legítimo era aquele conforme à justiça, e, pois, ao direito natural, tanto no seu modo de aquisição quanto ao modo de exercício. Com o desvanecimento da idéia de direito natural, a legitimidade perdeu outrossim referência teórica.

3) Enquanto noção *axiológica*, a legitimidade reenvia necessariamente a valores, o que a desfavorece numa época em que o método científico se caracteriza pela refutação de critérios valorativos.

²⁹ Cf. COTTA, *in* AAVV, 1967, cit, pp 61-87

4) A supremacia da legalidade deve-se ao fim do poder pessoal e ao advento da democracia. No marco da democracia, com efeito, a lei tornou-se a expressão da vontade soberana do povo; em consequência, ela aparece como único critério justo de fundação e de justificação de todo evento político e social. Não sendo mais a lei a vontade do príncipe, sempre suscetível ao arbítrio, toda razão para apelar a um princípio superior desmorona-se.

5) Embora não se acredite mais num caráter moral *in se* e *per se* da lei (sua infalibilidade), será cabível pronunciar-se sobre ela num juízo para além do da mera legalidade, precisamente um juízo de legitimidade. Mas parece impossível fundar *objetivamente* tal juízo. A legitimidade pressupõe uma conformidade das idéias e um acordo sobre os valores, o que não é realizável, dada a subjetividade de idéias e valores. O único juízo objetivo que nos resta, pois, é aquele da legalidade.

Inconformado com essa redução da legitimidade à legalidade, propõe o autor (para superar o problema levantado no item 5 *supra*), reconhecendo que um acordo total e absoluto sobre os valores é irrealizável, a possibilidade de acordos parciais e provisórios na sociedade como fundamento da legitimidade. Partindo da idéia de Montesquieu (*L'Esprit des Loix XIX, 3*) adota como conceito de legitimidade a “conformidade do poder à forma de pensar de uma nação a respeito do bem comum”. Ora, essa definição não determina de forma alguma quais sejam tais valores ao redor dos quais possam dar-se os acordos. Tal tarefa

será confiada às por ele chamadas “ideologias da legitimidade”, que ele divide em:

a) *Ideologia da legitimidade racional*: se é verdade que a legitimidade surge da crença na capacidade de um regime de promover o bem comum, o regime verdadeiramente legítimo será aquele que melhor garanta a realização efetiva dessa finalidade;

b) *ideologia da legitimidade histórica*: se ontem ela se embasava na tradição (voltada ao passado), hoje funda-se no futuro. O poder será legítimo se confiado às classes que possuem o “sentido da História”. Tal ideologia é bem representada pelo marxismo clássico; e

c) *ideologia da legitimidade existencial*, no sentido de que aqui a existência e o existente desempenham um papel decisivo. Ora, quem diz existência e existente diz ao mesmo tempo limite e liberdade: liberdade de expressão do indivíduo que assume a responsabilidade do seu destino reconhecendo a situação-limite que é própria da condição humana. Assim, a legitimidade deriva para ele do pleno reconhecimento da liberdade humana e da garantia da possibilidade de expressão em todas as direções sem nenhuma exclusão³⁰.

De qualquer sorte, fez fortuna neste século a redução weberiana da legitimidade à legalidade. Veja-se a posição de Kelsen a respeito:

³⁰ Cf. COTTA, op. cit. p. 87.

As constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através de qual somente, podem ser modificadas. O princípio de que uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio de legitimidade³¹.

Na mesma linha de raciocínio, Charles Eisenmann³² adota critérios juspositivistas para questionar a legitimidade ou ilegitimidade dos governantes. Parte ele de uma distinção entre dois planos de análise: aquele do plano internacional e o do plano interno, isto é, considerar a posição dos estados estrangeiros sobre a legitimidade ou ilegitimidade de determinados governantes, e a posição dos órgãos internos ao próprio estado. De fato, a primeira das duas posições dependerá inteiramente do estado do direito internacional público - enquanto que a segunda será determinada pelos dados oferecidos pelo ordenamento jurídico próprio desses órgãos, ou seja, do ordenamento estatal interno. Para ele, esses critérios não podem ser outros que critérios jurídicos, o que o leva a concluir que a legalidade é a legitimidade jurídica³³.

³¹ Cf. KELSEN, 1979, pp. 289-90

Princípio esse que, aplicado a um governo, está para Kelsen intrinsecamente ligado à idéia de eficácia: *De acordo com a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual, o governo efectivo, que com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado. (...) A norma fundamental refere-se apenas a uma Constituição que é efectivamente estabelecida por um acto legislativo ou pelo costume e que é eficaz. Uma Constituição é eficaz se as normas postas em conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas. (Ibid, p. 291).*

³² Cf. EISENMANN, in AAVV, 1967, pp. 97-127

³³ Ibid, p. 125

Já se descermos à análise de atos jurídicos internos, tais como as decisões tomadas pelos operadores jurídicos, parece inevitável, em alguns casos, a referência a valores. Neste sentido, Aulis Aarnio³⁴, ao debruçar-se sobre o problema da legitimidade das decisões, pondera que, para ser legítima, uma decisão deve satisfazer dois tipos de critérios: a) deve estar baseada numa *discreção racional*, desdobrada esta em racionalidade lógica (se seguir as regras básicas de inferência) e racionalidade discursiva (se adotar as regras do discurso racional); b) deve cumprir também alguns critérios de *correção material*, ou seja, o resultado da decisão deve ser razoável. Como primeira medida então, a decisão deve ser aceitável para a comunidade jurídica em questão. Coisa similar ocorre no que diz respeito às interpretações da dogmática jurídica. Estas interpretações devem basear-se sobre um *discurso racional* (um procedimento racional de discricionariedade) e o resultado desse discurso deve ser razoável. Dadas essas condições prévias, o resultado é racionalmente aceitável para a audiência.

Através desse ideal, sustenta Aarnio que passamos a possuir uma medida para avaliar a legitimidade das interpretações jurídicas, o que nos proporciona as possibilidades de criticar os resultados do trabalho interpretativo na comunidade jurídica³⁵. Os critérios para essa crítica são os seguintes: a) as partes devem compartilhar os mesmos significados intersubjetivos; b) o procedimento tem de seguir as regras da racionalidade discursiva; c) o procedimento de justificação deve seguir as regras

³⁴ Cf. AARNIO, 1983-4, pp. 1-17

³⁵ Ibid, pp.6-7.

jurídicas estabelecidas de interpretação. Através dessas regras o intérprete tem a possibilidade de assinalar as alternativas juridicamente possíveis dentre o conjunto de alternativas semanticamente possíveis; d) do ponto de vista do *conteúdo*, cada interpretação deve estar justificada por referência pelo menos a uma fonte autorizada do direito; e) nos casos difíceis (onde as fontes não são suficientes para dar conta da decisão), o intérprete deverá referir-se a alguma evidencia empírica e, o que é mais importante, a *valores*³⁶.

De qualquer sorte, é possível postular-se medidas de legitimidade até mesmo dos governos fazendo-se referência a valores.

4.5 Legitimidade e consenso das maiorias

Já em Saavedra³⁷ encontramos uma abordagem *sui generis* do problema da legitimidade do direito. De fato, tece ele algumas reflexões sobre a possibilidade (e necessidade) de uma legitimação política da

³⁶ Então, *La justificación es una mezcla de argumentos empíricos y morales. En el aspecto mencionado en último lugar, parece bien fundamentado el hablar sobre la razonabilidad de la interpretación (del resultado). No es solamente en este sentido en el que las razones morales tienen un papel de la misma clase que el de las fuentes del derecho. Normalmente éste es el caso sólo cuando un determinado argumento moral es necesario para verificar los argumentos jurídicos. Más frecuentemente, las razones morales (valoraciones) interpretan un papel importante como criterio para definir la aplicabilidad de las reglas de interpretación jurídica. Por ejemplo, algunas veces se ha de escoger entre si se usa la analogía o no y, si se usa el modelo de la analogía, hay que referirse a determinadas valoraciones para definir si existen razones subyacentes en dos o más casos para establecer la similitud entre ellos. (...).* (*ibid*, p. 7).

³⁷ Cf. SAAVEDRA, 1976. pp. 198-209

atividade judicial³⁸. Parte o autor da idéia de que, sempre que o intérprete das normas legais inicia o processo de busca da norma aplicável e tenta fixar o seu sentido, a sua atividade está orientada e dirigida por uma “compreensão prévia” das possibilidades de ordenação contidas nos textos. Tal compreensão prévia procede da idéia que o agente possui daquilo a que alude todo texto jurídico, e que globalmente, por referência à totalidade do direito, poderia denominar-se justiça, conveniência ou razoabilidade das relações sociais³⁹. Isso posto, e dado que os métodos de interpretação proporcionam apenas uma segurança limitada - embora deles não possamos prescindir, em nome de um espontaneísmo cognoscitivo - é necessária uma instância de legitimação que, compreendendo também o método, esteja situada em outro plano. Para ele, essa instância de legitimação apenas pode ser política. Assim, o problema de legitimação deve deslocar-se da técnica para a sociedade, do instrumento para os agentes⁴⁰. O diálogo e as condições que o favorecem será erigido em instância de legitimação do conhecimento.

Na interpretação jurídica, por conseguinte, as condições práticas são aquelas que possibilitam a inserção institucional da comunicação: *Desde una organización procesal democrática hasta un procedimiento democrático de elección de los jueces*⁴¹. Para o autor, o intercâmbio dialogal de razões pode colocar em ação a racionalidade, a única possível no âmbito das ciências sociais: não uma limitada racionalidade técnica,

³⁸ Cf. SAAVEDRA, op. cit, p. 198

³⁹ Ibid, p. 200

⁴⁰ Ibid, p. 206

⁴¹ (Desde uma organização processual democrática até um procedimento democrático de eleição dos juízes) Ibid, p. 208

mas uma racionalidade procedente do âmbito social que dirige e determina aquela: *una racionalidad contrastada, compartida, lingüística*⁴². Nessa linha, para Saavedra o consenso é o teto ideal que expede a legitimidade daquilo que se realiza em sociedade.

É evidente a fragilidade de tais argumentos: o estado de direito não pode ficar à mercê de eventuais consensos produzidos por eventuais maiorias. Como se verá a seu tempo, ao abordar-se aqui a teoria garantista, os juizes não devem submeter-se a regras de maioria, na consecução de uma falsa idéia de democratização do judiciário⁴³.

Procurando fundar a legitimidade política na soberania popular, Diaz⁴⁴ postula que o critério decisivo para discernirmos entre um governo

⁴² (uma racionalidade contrastada, compartida, lingüística). Cf. SAAVEDRA, op. cit, p. 208. Por isso, a conclusão do autor é que *La hermenéutica constituye, en este sentido, una base ideológico-epistemológica de la democracia como factor formal de participación, al elevar a la intersubjetividad en principio de legitimación del conocimiento y de la acción. Aquí radicaría, por otro lado, uno de los posibles motivos para considerar legitimado, en ese sentido ético-político, el llamado 'uso alternativo del Derecho': en la aspiración por conducir la práctica judicial, sin salir de la 'legalidad', a través de unos cauces de los que hayan sido removidos - en la medida de lo jurídicamente posible - los obstáculos para una emancipación progresiva de las clases dominadas.* (ibid, p. 208). Vê-se assim a prática jurídica como programa de consolidação de práticas políticas, estabelecendo a ponte entre a instância normativa (de dever-ser) e as lutas sociais (fatos), o que não parece factível de derivação.

⁴³ De fato, os juizes devem estar vinculados à Constituição, até mesmo contra as próprias maiorias eventuais na defesa dos direitos fundamentais de cada um e de todos. Logo, não podem estar abrigados pela própria lógica da maioria.

⁴⁴ Cf. DIAZ, 1984, pp. 109-120. Fica evidente que o enfoque adotado por Diaz não reduz a legitimidade democrática à decisão puramente majoritária: *El criterio democrático de legitimidad basado en la soberanía popular, y que se concreta en la exigencia de realización de libres, periódicas y frecuentes elecciones y consultas para designar personas y determinar líneas de actuación, no implica - como algunos suponen - inevitable riesgo de 'totalitarismo democrático', ni tampoco negación de valores al margen de tal soberanía y mucho menos, claro está, posibilidad o permisibilidad alguna de eliminar la libre crítica individual. Al contrario, la soberanía popular 'por definición' sólo lo es cuando es producida por la libertad de todos, empezando como mínimo por la libertad crítica de expresión y participación en tales consultas y comicios, pero que cuanto más real y extendida sea, más auténtica y firme será también dicha soberanía popular. La legitimidad democrática, prevalente criterio hoy de legitimidad del Derecho y del Estado (otra cosa será analizar las causas actuales de deslegitimación, que en gran parte lo son por insuficiencia,*

legítimo e aquele que não o é radica na vontade das maiorias. Destarte, a legitimidade dá-se nas democracias pelo critério numérico, em princípio. E é apenas em princípio porque a vontade da maioria, expressão da soberania popular, deve surgir do livre debate e da discussão racional.

Esclarece o autor que, falando-se de legitimidade democrática, não pode haver confusão entre, de um lado, a) o processo para sua obtenção, a regra de decisão, o critério operativo para criar e orientar o direito (em sua opinião, a regra das maiorias); de outro, b) o conteúdo concreto, jurídico-político de tal decisão; e, finalmente, c) o critério (problemático) de verdade ou justiça, que em principio aparece substancialmente - salvo para os jusnaturalistas - em pluralidade de interpretações e possíveis expressões. O que é justo - ou mais justo e ético - é que, para os assuntos de interesse coletivo, sejam as maiorias as que finalmente decidam (após os mais amplos consensos possíveis e com as exigências de liberdade de opinião e participação), e não os indivíduos isolados ou as minorias, mas assim decidido, o conteúdo pode não ser o mais justo, mas o fato de ser decidido pelas maiorias tem, para ele, alguma coisa a ver com a justiça⁴⁵.

Análise semelhante pode ser encontrada em Garzón Valdés⁴⁶, para quem ... *el juicio de legitimidad es de naturaleza normativa y su*

falseamiento y corrupción de tal democrática legitimidad), no tiene pues, porqué suponer negación de la que puede denominarse 'legitimidad crítica' (al contrario, la exige con base en la libertad), ni llevar por otro lado a una recaída en las viejas y perniciosas confusiones entre validez formal (vigencia) del Derecho y legitimidad o justicia del mismo, con ilegítima intromisión de ésta en aquélla. La soberanía popular se construye y se va forjando - yo diría que inevitablemente, y eso engendra gran responsabilidad personal - a través de la crítica de todos ejercida de modo constante. (ibid, pp. 109-10)

⁴⁵ op. cit. p. 119

⁴⁶ Cf. GARZÓN VALDÉS, 1987.

*justificación es, en última instancia, de tipo moral...*⁴⁷. Ele estabelece a distinção entre legitimidade - como acima entendida - e legitimação, que é para ele um juízo descritivo: aceitação e prática do procedimento democrático e das regras criadas por ele. Veja-se a passagem seguinte:

*...si se piensa que algunas formas de las modernas democracias constitucionales poseen legitimidad y ésta resulta de la similitud que existe entre el procedimiento democrático y el discurso moral..., parecería obvio inferir que la aceptación y práctica del procedimiento democrático y de las reglas creadas de acuerdo con él (legitimación) es suficiente para otorgar justificación moral al sistema (legitimidad) la que a su vez, dada la cultura política de la población, sería garantía de estabilidad. Sin embargo conviene aquí andar con cuidado. Por lo pronto, hay que tener en cuenta que el procedimiento democrático, por sí sólo, es decir, cuando no está enmarcado por valores éticos, no constituye ningún seguro contra resultados moralmente reprochables*⁴⁸.

⁴⁷ (...o juízo de legitimidade é de natureza normativa e a sua justificação é, em última instância, de tipo moral...) Cf. GARZÓN VALDÉS, 1987, p. 5

⁴⁸ (...se se pensa que algumas formas das modernas democracias constitucionais possuem legitimidade e esta resulta da similitude que existe entre o procedimento democrático e o discurso moral...pareceria óbvio inferir que a aceitação e a prática do procedimento democrático e das regras criadas de acordo com ele (legitimação) é suficiente para conferir justificação moral ao sistema (legitimidade) a qual, por sua vez, dada a cultura política da população, seria garantia de estabilidade. No entanto convém aqui andar com cuidado. Pelo menos, deve-se levar em conta de que o procedimento democrático, por si só, isto é, quando não está enquadrado dentro de valores éticos, não constitui qualquer seguro contra resultados moralmente repreensíveis.) Ibid, pp. 15-16. E explicita: *Las críticas a la llamada 'racionalidad estratégica' han puesto de manifiesto las debilidades de las teorías de la legitimidad que se apoyan exclusivamente en criterios procesales. Se requiere un 'mordisco normativo'...para evitar que con procedimientos impecables se obtengan resultados inaceptables éticamente. La cuestión de la fundamentación de este 'mordisco normativo' se mueve en un plano diferente al de la aceptación y práctica del procedimiento (cf. Elias Díaz, 1984, 57 ss.) . Esta última es una constatación empírico-descriptiva; aquélla es un tema central de la ética normativa. La distinción entre legitimación y legitimidad sigue, pues, en pie. Además, aún cuando se admita que en las Sociedades con cultura política democrático-liberal su estabilidad está vinculada con la práctica efectiva de los valores que se procura implementar a través del procedimiento democrático, ello no nos autoriza a convertir la legitimidad en condición suficiente de la estabilidad...ni equiparar legitimación con legitimidad. (ibid. p. 16).*

Assim, para ele a legitimidade é conceito ancorado em valores éticos, enquanto a legitimação é o processo “objetivo” (no caso dos regimes democráticos seria a aceitação e a prática das regras do jogo, tal como a regra da maioria), necessário mas não suficiente, que possibilita a legitimidade.

Em outro ensaio de Elias Díaz⁴⁹ encontramos uma postulação diversa da equação legalidade/legitimidade. A seu ver, todo sistema de legalidade (direito) é expressão de um determinado sistema de legitimidade (justiça), ao passo que todo sistema de legitimidade tenta expressar-se através de um determinado sistema de legalidade⁵⁰. Um sistema de legitimidade, um sistema de valores pode, de acordo com ele, expressar-se através de diferentes procedimentos: ou através de um direito positivo, quando esse sistema conseguiu encontrar os meios (a força) para institucionalizar-se coativamente; ou já através das vivências - aspirações - de uma determinada sociedade (isto é, dos diferentes setores ou classes da mesma), ou através de um nível crítico individual. Por isso, diferencia ele entre uma legitimidade legalizada, uma legitimidade socialmente eficaz e

⁴⁹ Cf. DÍAZ, 1975, pp. 38-62.

⁵⁰ Ibid, p. 41: *Esta última referencia a la justicia no debe en modo alguno implicar una confusión de planos entre el Derecho que es y el 'Derecho' (Ética) que debe ser. Al contrario, aquí se parte de la necesidad de diferenciar claramente entre Derecho y Ética. Lo único que significa aquella referencia es que todo Derecho en cuanto 'sistema normativo dotado de una coacción formalizada y positivizada' intenta, es cierto, organizar la sociedad según una cierta concepción de la justicia. Es decir, que todo Derecho es expresión de una determinada idea de justicia y que toda idea de justicia intenta expresarse a través de un determinado Derecho- O en otro lenguaje: que todo sistema de legalidad (Derecho) es expresión de un determinado sistema de legitimidad (justicia) y que, a su vez, todo sistema de legitimidad intenta expresarse a través de un determinado sistema de legalidad.*

uma legitimidade crítica⁵¹. Então, a ciência do direito, ao ter como objeto de análise o direito válido, no fundo opera a descrição e explicitação do sistema de legitimidade incorporada nesse sistema de legalidade (a legitimidade legalizada); de seu lado, a sociologia jurídica tem como escopo constatar qual é a legitimidade eficaz e a coincidência ou não desta com a legitimidade legalizada; por fim, a filosofia do direito, por ter a seu ver como zona de trabalho o direito justo (legitimidade justa) vai tecer as críticas tanto ao direito válido quanto ao direito eficaz: *la Filosofía del Derecho se constituye, por tanto, como una teoría crítica del Derecho y una teoría crítica de la justicia: una teoría crítica de los sistemas de legalidad y una teoría crítica de los sistemas de legitimidad*⁵². Ele denomina estes dois temas como sendo Ontologia Jurídica e Axiologia Jurídica, aos quais acrescenta um terceiro tema: a Ciência Jurídica, entendida por ele como sendo a reflexão crítica dos métodos e procedimentos por ela utilizados⁵³.

A Axiologia Jurídica constitui para ele o tema central da filosofia do direito, a pedra de toque da sua legitimidade e utilidade. Define assim a filosofia do direito (contrapondo-a à ciência que fala de como são as coisas, como é o direito), entendendo-a exclusivamente como uma avaliação de como deve ser o direito. Com isso atender-se-ia à função central da filosofia jurídica (valoração crítica do positivo); mas a seu ver deverá completar-se seu sentido conectando as valorações (Axiologia) às

⁵¹ Cf. DIAZ, op. cit, pp. 41-2

⁵² (a Filosofia do Direito constitui-se, portanto, como uma teoria crítica do Direito e uma teoria crítica da justiça: uma teoria crítica dos sistemas de legalidade e uma teoria crítica dos sistemas de legitimidade.) Ibid, p. 42

⁵³ Ibid, p. 42.

crenças e concepções sobre o quê as coisas são (Ontologia), crenças e concepções que estão na base dos juízos de valor, que se dão quase em identidade real - e refletindo, por sua vez, sobre o próprio caráter da atividade científica (Teoria da Ciência), enquanto precedente necessário da especulação filosófica⁵⁴.

Para Díaz, ao promover o confronto entre Ontologia e Axiologia deve-se partir da premissa de que a legitimidade legalizada, incorporada ao direito positivo, deve tender a coincidir com a legitimidade eficaz, ou seja, socialmente aceita. De resto, essa postura coincide com as elaborações teóricas de Díaz as quais, como já exposto antes⁵⁵, postulam o critério dos “valores compartilhados pela maioria” como paradigma de legitimidade. Este critério é, no trabalho sob análise, relativizado: segundo o autor espanhol, é absolutamente necessário que a crítica à opinião das majorias (embora sendo política e juridicamente decisória) esteja aberta, resultando real e efetivamente possível o seu exercício, ou seja, *que la legitimidad crítica enjuicie y valore constantemente la legitimidad empírica, socialmente eficaz*⁵⁶.

Isso implica uma constante autocrítica no interior de cada sistema e um constante e livre diálogo entre as diferentes concepções e ideologias. Tudo isso, afirma Díaz, em confrontação racional sempre inconclusa e aberta, com os valores (direitos humanos, exigências éticas) de liberdade,

⁵⁴ Cf. DIAZ, op. cit, p. 49

⁵⁵ Cf. supra

⁵⁶ (que a legitimidade crítica julgue e avalie constantemente a legitimidade empírica, socialmente eficaz.) Cf. DIAZ, op. cit, p. 52

paz e igualdade, etc, derivados, como outros, do valor central que é a dignidade da pessoa⁵⁷.

Como se vê, Díaz reconhece exigências éticas superiores à vontade da maioria, mas sua opinião é inconclusa sobre qual valor deve prevalecer num possível confronto entre os valores esposados por aquela e os reclamos mais altos da dignidade humana. Deixa assim uma trilha aberta cuja fecundidade será posteriormente objeto de análise a partir do garantismo.

Similar enfoque ao de Díaz encontramos em López Calera⁵⁸. Para este autor, o tema “direito e soberania popular”, e mais concretamente, a necessidade de uma legitimação democrática do direito responde à inquietude daqueles que se negam a abandonar a necessidade e a exigência racionalizadora do direito como fato social⁵⁹. Na visão do pensador granadino, pode entender-se por racionalização do direito a exigência de que ele se apresente motivado, *...esto es, que sus preceptos se razonen y que, por consiguiente, se presenten como criterios de conducta fundamentados en unos fines y valores y no como fuerza arbitraria y caprichosa*⁶⁰. O problema para ele reside em quem será o sujeito dessa racionalização, ou seja, quem fornecerá as razões para que o direito seja de uma forma e não de outra. Aparece assim o problema da legitimidade do direito, entendida por ele como justiça ou justificação do direito. E essa

⁵⁷ Cf. DIAZ, op. cit, p. 55

⁵⁸ Cf. LÓPEZ CALERA, 1976, pp. 38-77.

⁵⁹ Ibid, p. 38

⁶⁰ (...isto é, que seus preceitos se raciocinem e que, por conseguinte, apresentem-se como critérios de conduta fundamentados em fins e valores e não como força arbitrária e caprichosa.) Ibid, p. 39

justificação do direito é precisamente a sua razão de ser: a sociedade. A sua justificação última não pode ser outra do que a sua legitimação de origem, isto é, a sua criação pela sociedade. A racionalização do direito leva pois à exigência de que ele seja criado democraticamente, dado que a democracia é o modo pelo qual as razões individuais contrastam-se em pé de igualdade e em liberdade e se reduzem a uma certa unidade através do critério da maioria, isto é, faz-se expressiva a soberania social⁶¹.

⁶¹ Cf. LOPEZ CALERA, op. cit., p. 44: *Las decisiones democráticas lógicamente pueden ser tan erróneas y perjudiciales para la misma sociedad como las decisiones elitistas o autocráticas. Sin embargo, a pesar de todas las limitaciones de la democracia, siempre habrá una notable diferencia entre la opción democrática y la opción autocrática. En el caso del derecho la carga del error o el perjuicio tiene una única víctima, porque único es su destinatario: la sociedad. Por consiguiente, es obvio que quien ha de soportar las consecuencias del error sobre lo que es justo o injusto sea también el que decida previamente la determinación de los criterios sobre lo justo o injusto. Decir que la sociedad o las masas pueden equivocarse tiene poca consistencia, porque en definitiva ante dos posibles errores la opción es elemental: que se equivoque decidiendo quién ha de soportar los perjuicios del error.*

La racionalización social del derecho lleva, pues, a la exigencia de que el derecho sea creado democráticamente. La democracia es el modo por el que las razones individuales se contrastan en igualdad y libertad y se reducen a una cierta unidad a través del criterio de la mayoría, esto es, se hace expresiva la soberanía social. Ciertamente hay presupuestos elementales sin los que no puede hablarse en ningún sentido, ni siquiera formal, de democracia. El progreso del individualismo de la Modernidad y el triunfo de la revolución burguesa posibilitaron el reconocimiento formal de principios que, si bien no tenían una realización perfecta en la realidad social, consiguieron una importante emancipación de individuos y clases. El reconocimiento del sufragio universal, el reconocimiento y protección de los derechos humanos, la independencia del poder judicial, la primacía del principio de legalidad, el carácter representativo de los órganos del poder político, etc., constituyen logros parciales en pro de una soberanía social desde luego nunca perfecta o totalmente realizada. Prefiero entender la democracia como democratización, esto es, como lucha por la democracia, como tensión individual y social de progresiva conquista de una más auténtica autonomía de los pueblos, de los grupos sociales. La democracia representativa lleva necesariamente a que el poder político se separe y emancipe de su base, pese a su legitimidad de origen. Por qué? Porque un poder político representativo necesita de una dosis de discrecionalidad y de confianza en su gestión que, aunque se controle, conduce generalmente a esa emancipación a que antes se aludía. La complicación técnica y la urgencia de muchas cuestiones impiden que ese poder político pueda recoger adecuada o directamente todos los deseos y exigencias de la sociedad como totalidad.

4.6 Legitimidade e eficiência do direito

Já Bettini⁶², ao analisar a eficácia do direito a partir da perspectiva da legitimação, pondera que, assumido o fenômeno jurídico enquanto formalização histórica como critério de legitimação dos comportamentos intersubjetivos e sociais de uma coletividade, é necessário prestar-se atenção ao papel desempenhado, no próprio fenômeno, pela produção legislativa. A partir daí, pode-se assegurar, numa perspectiva histórica, que a efetividade e eficácia da produção legislativa ressentem-se, por sua vez, de condições históricas de legitimação, cuja inobservância desemboca, em última instância, em deslegitimação do próprio subsistema legislativo.

Tais condições são a informação, a educação jurídica, a participação na elaboração do projeto e na atuação da norma, no que respeita à efetividade; a clarificação dos fins, o respeito às implicações organizativas e o controle dos resultados no que diz com a eficácia⁶³.

Para ele, essas condições parecem componíveis em dois agrupamentos compreensivos: aquele do consenso e aquele da racionalidade por adequação a fins. Ressalta que enfatizar um ou outro pode conduzir a descompensações legitimatórias: leis que obtiveram o máximo de consenso mas falham no atingimento de seus fins podem a longo prazo prejudicar o assentimento democrático do qual se originam; de

⁶² Cf. BETTINI, 1984, pp. 211-227.

⁶³ op. cit., p. 219.

outro lado, o puro atingimento dos fins sem o respeito ao consenso sobre os modos de operação cria descompensação nas constelações dos valores imperantes, além de toda possível declaração de ilegitimidade ou condenação por ilicitude⁶⁴.

De outra parte -pondera com acerto - é de admitir-se que, enquanto se aduz às dificuldades colocadas pelo autoritarismo aos valores consensualísticos, menos atento se está a respeito das exigências da racionalidade por adequação a fins. Por isso, parece de grande importância histórica - pelas suas implicações deslegitimatórias - o problema do déficit de racionalidade e eficiência dos aparatos públicos; problema sobre o qual incide com ênfase a tradicional ideologia da improdutividade estrutural da Administração Pública⁶⁵.

Um raciocínio paralelo é o desenvolvido por Claus Offe⁶⁶, para quem a grande vantagem do modo de legitimação legal-racional em relação aos outros modos, é o de que aqui a autoridade legitima-se independentemente de quem ocupe a administração pública e quais sejam as suas intenções. A única coisa que decide a legitimidade da autoridade política é o fato de ter sido obtida de acordo com princípios formais gerais, como por exemplo, regras eleitorais⁶⁷. Esses princípios dotam o poder público de legitimidade, seja qual for o uso que se faça dela. Há aqui um deslocamento do mecanismo legitimador da *substância* da autoridade da

⁶⁴ Cf. BETTINI, op. cit, pp. 219-20

⁶⁵ Ibid, p 222

⁶⁶ Cf. OFFE, 1994. pp. 117-34

⁶⁷ Ibid, p. 120

peessoa ou o governante para a *forma* pela qual são recrutados os titulares de cargos⁶⁸.

Os princípios de seleção que regulam o acesso à autoridade política e suportam a carga de legitimá-la operam em duas direções⁶⁹. Constituem eles diretivas vinculantes tanto para os governantes quanto para os governados. Nos regimes democráticos modernos, esses princípios formais obrigam os potenciais titulares de cargos a superar a prova das eleições gerais, a obedecer as regras da constituição enquanto desempenham seu mandato e a abandonar o poder tão logo a elite de um partido concorrente obtiver a vitória eleitoral. Por outro lado, essas regras constitucionais do governo democrático regem também a conduta dos cidadãos sujeitos à autoridade estatal. Isto resulta óbvio especialmente na obrigação de acatar as leis elaboradas pelo governo, aparecendo também de modo muito claro no fato de que se proíbe aos cidadãos a promoção de interesses individuais e coletivos através de meios diversos daqueles oferecidos pela constituição. Em outras palavras, diz Offe, o poder legitimador das regras constitucionais formais vigora enquanto as elites governantes as cumprirem e enquanto os governados evitarem modos de conduta política não cobertos pelo leque de opções oferecido pela constituição⁷⁰.

Se isto é verdade, surge inevitavelmente a questão: quais são as condições sob as quais encontram aceitação universal essas regras legitimadoras e sob quais condições não conseguem obter tal aceitação

⁶⁸ Cf. OFFE, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁹ Sobre tais "princípios de seleção" cf. OFFE, 1984.

⁷⁰ Cf. OFFE, 1994, p. 122.

(por parte dos governantes ou dos governados)? Para Offe, justamente pelo fato de serem formais, tais regras não podem obter aceitação pelas vantagens que implicam. A sua aceitação não deve depender daquilo que elas *são*, mas devido às *consequências* ou prováveis *resultados* da sua aplicação. O exemplo fornecido pelo autor é esclarecedor: não dirigimos pela direita devido a alguma preferência inerente, mas porque supomos que um acatamento geral dessa regra formal implicará uma maior segurança para o transporte etc. Da mesma forma, a preferência pelo governo democrático não está baseada nas próprias regras, mas sobre a esperança de que essa forma de governo vai contribuir para o bem-estar comum e individual e a outros fins desejáveis. A capacidade dos governos para produzir tais fins - ou pelo menos para criar a aparência de que pode atingir tais fins - pode por isso ser considerada como um elemento relevante do que Offe chama de “aceitação das regras legitimadoras”, as quais, por serem formais, devem ser em si legitimadas. O problema de legitimidade fica então prisioneiro da dialética forma/conteúdo⁷¹.

O atingimento dos fins pelos governos é categorizado por Offe no campo da *eficiência*, conceito que requer um esclarecimento. Nas disciplinas acadêmicas de administração de empresas e teoria organizativa, diz Offe, estabelece-se uma distinção entre *eficiência* e *efetividade*. Os ganhos marginais de eficiência realizam-se se for possível produzir a mesma quantidade de resultados com menos custos. Por outra parte, a efetividade mede a capacidade de uma organização para atingir suas metas explícitas. O típico dilema para a diretoria de uma empresa privada é

⁷¹ Cf. OFFE, 1994, pp. 123-4.

encontrar uma combinação de ambos os conceitos operativos - amiúde relacionados inversamente - para elevar os lucros ao máximo. Tanto a eficiência quanto a efetividade são sub-metas vinculadas à meta principal da *rentabilidade* das firmas privadas que compram e vendem seus insumos (*inputs*) e produtos (*outputs*) em *mercados*. No entanto, no caso das organizações governamentais ou do Estado em geral encontram-se ausentes tanto o critério da rentabilidade quanto as relações de mercado, o que torna difícil atribuir um sentido preciso a termos tais como eficiência e efetividade. Ofte dá o exemplo de uma empresa postal estatal: se os serviços postais e a distribuição do correio não funcionam aos sábados para economizar custos e reduzir o déficit crônico da maior parte dessas instituições onde elas são estatais, esta medida parece um ato de economia, e, por isso, promotor de eficiência. Contudo, diz ele, uma inspeção mais detida evidencia que não é necessariamente assim; implica mais inconvenientes para os usuários do serviço postal, bem como uma redução no número (ou o salário) dos funcionários dos correios, e somente um governo que estivesse em posição de considerar irrelevantes esses efeitos colaterais (tanto política quanto economicamente), poderia congratular-se por ter obtido um progresso na eficiência. Na falta dessa condição altamente improvável de irrelevância dos efeitos colaterais, a agência estatal deveria levar em consideração a troca implícita na economia de despesas e o incremento no desconforto do usuário. Mas como apenas uma das variáveis, ou seja, a despesa, pode ser calculada em termos monetários, enquanto a outra (o desconforto do usuário) não reflete um processo de mercado, a comparação entre as duas não é suscetível de

cálculo. Por conseguinte, é de difícil demonstração que tenha havido um ganho de eficiência através de qualquer medida governamental⁷².

Para Offe, em resumo, o estado capitalista não é eficiente e eficaz pelos seus próprios critérios, mas apenas na medida em que consiga universalizar a forma mercantil⁷³.

Partindo enfim do exame dos conceitos de legitimidade, eficiência e efetividade, Offe sugere uma conclusão. Para ele, somente existe um ponto de equilíbrio geral na relação legitimidade/eficiência; e esse equilíbrio harmônico pode ser obtido se: 1) a aceitação das regras legitimadoras dos regimes democráticos e constitucionais for reforçada pelos resultados materiais de medidas e políticas governamentais; 2) se essas medidas e políticas forem “eficientes” da única forma que pode ser eficiente um estado capitalista, isto é, no momento de fornecer, restaurar e manter com êxito as relações mercantilizadas para todos os cidadãos e para a totalidade de suas necessidades⁷⁴.

⁷² Cf. OFFE, 1994, pp. 126-7

⁷³ Ibid, p. 130

⁷⁴ Ibid, p. 134.

4.7 Valores e performances

De seu lado, Ramella⁷⁵ sustenta a tese de que, embora a integração social e política não repousem necessariamente sobre o consenso e a uniformidade de valores, existe uma dinâmica de legitimação respeitante à aceitação do sistema político que dirige as modalidades de estruturação do arranjo institucional e do processo político. Ao mesmo tempo, evidencia ele que a atribuição de legitimidade a um específico regime político possui um perfil multidimensional, que leva em conta, além de uma identificação no *genus* de pertencimento ao regime, também as suas performances concretas, seja em termos de articulação e dos resultados do processo político, seja da qualidade da classe política que ele expressa⁷⁶.

⁷⁵ Cf. RAMELLA, 1994, pp. 67-91.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 67: *In questo contesto la tesi che intendo sostenere è che seppure l'integrazione sociale e quella politica non riposano necessariamente sul consenso e su di una uniformità valoriale - e tantomeno le relazioni di potere poggiano su tali elementi - cionondimeno una dinamica di legittimazione riuscita riguarda l'accettazione dell'appartenenza ad un sistema politico, di cui vengono condivisi alcuni orientamenti, anche a carattere valoriale, che indirizzano le modalità di strutturazione dell'assetto istituzionale e del processo politico. Allo stesso tempo, al fine di recuperare l'utilità euristica del concetto di legittimità, va evidenziato che il conferimento della legittimità ad uno specifico regime politico possiede un profilo multidimensionale, che tiene conto, oltre che di una dimensione di identificazione nel genus di appartenenza dei regimi, anche delle loro concrete performances, nei termini sia dell'articolazione e degli esiti del processo politico, sia della qualità del ceto politico da essi espresso. Il problema della legittimazione dei regimi politici è stato comunque prevalentemente indagato nella sociologia politica a partire da una domanda sulla loro capacità di durata. Questo ha comportato l'assunzione di un legame troppo stretto tra la stabilità/persistenza dei regimi e la loro legittimità, talvolta con la completa sovrapposizione dei due termini e la conseguente superfluità analitica di uno di essi. Ciò per due vie speculari.*

Da un lato vi è chi, esplicitamente o di fatto, ha ridotto il problema della legittimità a quello della effettività dei regimi; cioè alla capacità di questi di assicurare la propria persistenza ottenendo, sulla base di vari equivalenti funzionali, obbedienza ai propri comandi. Con ciò - a partire dalle connotazioni valutative che il termine evoca, portando con sé un alone di prescrittività - si è finito per dar luogo ad una 'definizione persuasiva' (Stevenson 1944) di un fenomeno (persistenza di un regime-obbedienza di fatto), su cui si è fatta confluire la carica valutativa di un termine del quale veniva però mutata sostanzialmente la dimensione descrittiva. Dall'altro vi è chi ha legato la stabilità dei regimi politici in maniera quasi univoca al giudizio di legittimità dei governati, decontestualizzando così il dato dell'obbedienza dall'esistenza di rapporti di potere e di coercizione. La conformità e l'obbedienza, in quest'ottica, sono stati ricondotti ad una integrazione a carattere normativo, e

Nota este autor que, se os critérios de avaliação de um regime se restringirem a um juízo sobre a sua eficácia funcional, e os parâmetros desta última forem unicamente aqueles do bem-estar econômico, da ordem pública, etc. isto pode a longo prazo resultar no enfraquecimento da especificidade da legitimação democrática e da sua cultura política⁷⁷.

Com efeito, somente se existir na sociedade um parâmetro de legitimação democrática que vá além da sua vinculação ao sucesso econômico dos regimes, a democracia terá a capacidade suficiente de mobilizar recursos de sustentação também durante os períodos críticos.

O efeito dos processos de legitimação é o de constituir uma série de expectativas normativas que funcionam como parâmetros de referência para a avaliação crítica das prestações seletivas do sistema, sob o enfoque da sua congruência com as normas legitimantes. E isto, nas democracias ocidentais, diz respeito às *...aspettative istituzionalizzate connesse all'idea dello stato de diritto*⁷⁸.

spesso pensati quasi unicamente come adesione al sistema di norme fondamentali poste alla base del sistema politico. La tesi che sostengo prende le distanze, su piani diversi, da entrambe queste impostazioni. Il concetto di legittimità, infatti, non deve essere scisso dal riconoscimento valutativo dei subordinati - pena la perdita di uno specifico referente semantico - e quindi non può essere né applicato all'obbedienza di fatto, né inferito da essa. Dall'altra parte non è possibile spiegare la nascita e la persistenza dei rapporti di potere politico a partire quasi esclusivamente da un riconoscimento di legittimità basato sull'adesione ai valori dominanti in una società. Il rapporto di legittimazione non spiega, in sé e per sé, né i rapporti di potere, né, nei casi specifici, i motivi che muovono i fenomeni empirici di obbedienza o infrazione della norma. Neppure è possibile dare per scontato che dietro la legittimazione di un regime democratico vi siano orientamenti di valore coincidenti sui modelli di organizzazione socioeconomica.

⁷⁷ Ibid, p. 76

⁷⁸ (...expectativas institucionalizadas conexas à idéia do estado de direito.) Ibid, p. 76.

Para ele, isto implica redescobrir a proficuidade analítica da perspectiva weberiana, fundadora de uma tradição que vincula de forma muito estreita o problema da legitimidade ao da estabilidade dos regimes.

Nesse contexto, os termos legitimidade (como resultado de um processo) e legitimação (como processo de caráter mais ou menos contingente e descontínuo), estão ligados à relação que se instaura entre um poder político que avança uma pretensão de reconhecimento de suas próprias funções de comando e os sujeitos aos quais essa pretensão é dirigida. Tais sujeitos podem ou não julgá-la como fundada, com base numa valoração do poder e das suas justificações. A legitimidade, dessa forma, resolve-se numa atribuição de legitimidade por parte dos subordinados, enquanto resultado do encontro, numa relação bilateral, entre uma pretensão de legitimidade e um juízo valorativo de reconhecimento da mesma⁷⁹.

Devemos ter presente, para Ramella, que a legitimação concerne também a uma consideração dos resultados do processo político. A capacidade vinculante das normas processuais reside não tanto em seu caráter formal e abstrato, mas - contrariamente ao que é sugerido por uma leitura formalística da legitimação processual da democracia - em sua concreta aceitação como critérios de regulação da competição política. Uma aceitação que se explica também em base ao tipo de consequências

⁷⁹Cf. RAMELLA, 1994, pp. 75-6

que dizem com a sua aplicação e nas quais desempenham um papel primário as modalidades de resolução do problema distributivo⁸⁰.

⁸⁰ Cf. RAMELLA, 1994, p. 82

CAPÍTULO V - O ENFOQUE FUNCIONALISTA - SISTÊMICO DA LEGITIMIDADE

5.1 Niklas Luhmann

O enfoque sistêmico demarca a passagem de um conceito de legitimidade entendido como posse por parte do *legitimandum* de uma qualidade inerente a ele (justo, adequado, bom, etc) reconhecida pelo *legitimans* sobre a base de um certo fundamento de legitimidade, a um conceito de legitimidade entendido como resultado de um *processo* de intercâmbio de prestações entre este e o *legitimandum* no marco de uma certa situação social que abrange o público e o ambiente em sentido amplo⁸¹.

Esta passagem da legitimidade como *qualidade* à legitimação como *processo* (“legítimo-te não porque *és*, mas porque *fazes* ou *dás* alguma coisa), apresenta-se como característico das sociedades avançadas, marcadas por uma crescente diferenciação, ou “complexidade”.

As abordagens sistêmicas apresentam duas características comuns que marcam a novidade de sua análise com respeito aos pontos de referência clássicos, como os marxianos e os weberianos. São eles: a) a superação de uma visão hierárquica da sociedade que atribui a um

⁸¹ Cf. FEBBRAJO, Alberto, op. cit., p. 26.

particular setor social um papel predominante e decisivo, tornado referência para a análise da legitimidade; b) a superação de uma visão dicotômica da legitimidade, apoiada na contraposição de dois fundamentos exclusivamente alternativos como a racionalidade formal e a racionalidade material⁸².

Niklas Luhmann é dentro desta área aquele que mais ocupou-se de sofisticar a análise sistêmica. A legitimação das estruturas jurídico-políticas foi enfrentada em sua obra em dois momentos e com acentuações profundamente diferentes.

Numa primeira fase o problema da legitimação é discutido no âmbito de um estudo das estruturas jurídico-políticas e particularmente dos principais procedimentos previstos pelo estado de direito (legislativo, administrativo, judicial)⁸³. O procedimento é entendido como sistema de atos juridicamente ordenados e sem sucesso certo: eles servem para criar legitimidade não já em virtude de sua capacidade efetiva ou potencial de tutelar valores ancorados no ordenamento como aqueles de verdade ou justiça, mas principalmente em virtude dos mecanismos de assunção de papéis que vinculam aquele que participa a sentir-se obrigado a aceitar seu êxito pelo fato de ter, pelo menos em princípio, contribuído para produzi-lo e de ser por isso socialmente co-responsável de seu conteúdo. Daí a definição de legitimidade apresentada pelo autor alemão nessa obra: *“Pode definir-se legitimidade como uma disposição generalizada para*

⁸² Cf. FEBBRAJO, op. cit., p. 30.

⁸³ Cf. LUHMANN, 1980.

aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”⁸⁴. Vê-se assim que para Luhmann a legitimidade aparece aqui como uma prestação do sistema.

Em etapa posterior, Luhmann procura ocupar-se do *Welfare State* tentando avaliar a possibilidade e limites de desenvolvimento a partir de uma ótica sistêmica. Ele enfatiza a dificuldade de manter nesse âmbito uma legitimação fundada sobre a racionalidade material e sobre o princípio da eficiência dos resultados com argumentações que levam em conta os elementos do debate sobre o *welfare* (inclusão de novos sujeitos nos processos decisórios, inflação do poder, limites de previsibilidade dos

⁸⁴ Cf. LUHMANN, 1980, p. 30 (ênfase do autor). A seguir, justifica a sua tomada de posição pela legitimação enquanto aceitação de procedimentos: *Apesar do caráter questionável da legitimação racional-legal, a indubitabilidade da validade legítima de decisões obrigatórias faz parte das características típicas do sistema político moderno; é como que uma espécie de consenso básico, que se pode alcançar sem acordo quanto ao que é objetivamente justo no caso particular e que estabiliza o sistema. Sem a certeza de que decisões, obrigatoriamente tomadas, também são abandonadas, as burocracias racionais em grande escala não poderiam funcionar. Na medida em que cresce a complexidade da Sociedade no decurso do processo civilizacional, aumentam os problemas carecendo de solução e, portanto, têm de se ultrapassar as formas mais antigas de acordo espontâneo e confirmação do que é exato. Essas formas são substituídas por mecanismos de criação e estabilização de símbolos, mecanismos esses indiretos e mais generalizados. Isto pode acontecer em parte pela abstração interior categorizada do sistema de regulamentos, pela criação de conceitos; mas esse auxílio embate contra restrições, pois afinal cada decisão isolada tem de ser concretamente fundamentada. Por conseguinte, partindo dum determinado limite de desenvolvimento, têm de se procurar qualitativamente outras formas de legitimação de decisões. Devido à elevada complexidade e variabilidade do sistema social da comunidade, a legitimação do poder político já não pode ceder a uma moral apresentada de forma natural, antes têm de ser aprofundada no próprio sistema político. É, portanto, legítimo, como Bourricard apropriadamente formula, ‘un pouvoir qui accepte ou même qui institue son propre procès de légitimation’ (um poder que aceita ou até que institui o seu próprio processo de legitimação). Além disso tem de se assegurar que decisões obrigatórias sejam consideradas como premissas do comportamento, sem que se possa especificar com antecedência quais as decisões concretas que serão tomadas. A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso. Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias. (ibid, pp. 31-2).*

resultados) os inserem numa consideração da política como sistema auto-referencial cuja legitimação é vista como um processo de autolegitimação.

Para Luhmann, o *Welfare State* se caracteriza por apresentar, no sistema político, a função de... *apprestamento di capacità di imposizione* (Parsons: *effectiveness*) *di decisioni vincolanti*; bem como, por ...*prestazione politiche...là dove, in altri sistemi funzionali della società sono necessarie decisioni vincolanti*. O *Welfare State* legitimar-se-ia na medida em que desempenhasse a contento aquela função de *apprestamento* e fornecesse estas *prestazione*⁸⁵.

Esta é para Febbrajo⁸⁶ uma concepção política restritiva, dado que, com efeito, vê a política somente como uma determinada função dentre outras, a qual deve “conhecer os limites da própria possibilidade” e evitar afrontar problemas que não podem ser resolvidos de modo seguro “com disposições sobre o direito e o dinheiro”.

Isto opera uma redefinição do conceito de legitimidade: citando Bourricard (*un pouvoir légitime c'est un pouvoir qui accept ou même qui institue son propre procès de légitimation*), Luhmann descarta de forma cortante toda e qualquer possibilidade de legitimação do poder a partir do exterior⁸⁷.

⁸⁵ (...prontidão de capacidade de imposição (Parsons: *effectiveness*) de decisões vinculantes...prestações políticas...lá onde, em outros sistemas funcionais da Sociedade são necessárias decisões vinculantes.) Cf. LUHMANN, 1987, pp. 112 e 113.

⁸⁶ op. cit. p. 33.

⁸⁷ (um poder legítimo é um poder que aceita ou mesmo que institui seu próprio processo de legitimação) Ibid, p. 31. Aliás, em obra posterior (Cf. LUHMANN, 1985), o autor sofisticava ainda mais o seu raciocínio, desenvolvendo a idéia que já estava em sua obra anterior: *Na ação conjunta*

5.2 A Contribuição habermasiana

Como se viu, para Luhmann a legitimidade obtém-se através da legalidade. Para essa concepção, pode-se obter validação jurídica para um conteúdo arbitrário somente através da positividade do direito. Para Habermas, no entanto, não basta o fato de que uma decisão seja legal para que obtenha legitimidade; as decisões, os procedimentos formais e os conteúdos devem ser justificados mediante razões para serem considerados como legítimos⁸⁸.

(das) diferentes constelações de generalidade e especificação, regulamentação sistêmica e liberdade, complexidade e redução, neutralização de papéis e auto-enredamento, surge a impressão generalizada de que os frustrados por decisões vinculativas não podem recorrer ao consenso institucionalizado, mas têm de assimilá-las. A retórica do processo, à qual o participante se submete através da própria participação, reforça essa impressão, tornando-a uma norma. Dessa forma, sugere-se a todos que esperem irrefutavelmente que terceiros esperem normativamente que todos os atingidos se orientem cognitivamente, isto é, dispostos a assimilar o que for normatizado por decisões vinculativas. Essa é a estrutura da legitimidade do direito: um misto cognitivo/normativo de expectativas sobre expectativas normativas de expectativas cognitivas sobre expectativas normativas. (pp. 67-8 - ênfase do autor). É por isso que reage contra uma dimensão meramente valorativa da legitimidade: ...o conceito de legitimidade tem de ser definido no plano do sistema social - aqui: a Sociedade - e que categorias puramente psíquicas, como a da internalização de normas e valores, não são suficientes para captá-lo (p. 68). No horizonte focalizado pelo autor, em Sociedades fortemente diferenciadas e com um direito positivo, a legitimidade do direito não pode ser dependente de que entrem em função determinadas estruturas motivacionais psíquicas (ibid, p. 68).

⁸⁸ Cf. HABERMAS, 1975, pp. 120-21. A posição de Habermas em relação à teoria luhmanniana pode ser resumida esquematicamente no seguinte trecho: *...un procedimiento sólo puede legitimar de manera indirecta, por referencia a instancias que deben ser reconocidas a su vez. Así, las constituciones burguesas escritas contienen un catálogo de derechos fundamentales, fuertemente protegido contra cualquier alteración, que posee virtud legitimante en la medida en que se lo entienda en conexión con una ideología del sistema de poder - y sólo así -. Además, los órganos establecidos para la creación y la aplicación del derecho en modo alguno se encuentran legitimados por la legalidad de su procedimiento, sino, igualmente, por una interpretación general que sustenta al sistema de poder en su conjunto. Las teorías burguesas del parlamentarismo y de la soberanía del pueblo formaban parte de esa ideología. He ahí, en la afirmación de que la validez de las normas jurídicas puede fundarse en la decisión y sólo en ella, el malentendido fundamental del decisionismo, doctrina jurídica reprochable a su vez de ideología. En efecto, la pretensión ingenua de validez de las normas de la acción apunta en todo caso (al menos implícitamente) a la posibilidad de su*

De fato, para Habermas, que uma norma seja sancionada porque ajustada à formalidade jurídica estabelecida de forma alguma lhe confere legitimidade, pois as instâncias jurídico-políticas que lhe atribuem legalidade *son de un sistema de poder que tiene que estar legitimado en total si es que la legalidad pura ha de considerarse signo de legitimidad*⁸⁹.

Refere Habermas que para Johannes Winckelmann a legalidade, a positividade da lei, não se legitima *per se*, senão que requer um *consensus omnium* fundado de maneira racional. Para Winckelmann, existem normas *materiais* suscetíveis de fundamentação e a partir das quais pode-se obter legitimidade. Para Habermas, no entanto, as pretensões de reabilitar o direito natural ou mesmo de edificar uma ética material dos valores demonstraram-se falhas; além do mais, não é necessário recorrer a elas, pois *para defender el carácter sujeto a crítica de las pretensiones de corrección no es preciso asumir la carga de semejante prueba. Más bien, basta recurrir a las normas fundamentales del discurso racional, normas que suponemos en cualquier discurso, aun en los prácticos*⁹⁰.

fundamentación discursiva. Si ciertas decisiones obligatorias son legítimas, es decir, si se las puede hacer valer sin que medie coacción concreta ni la amenaza manifiesta de una pena, aunque contraríen el interés de los afectados, se las puede considerar entonces como el cumplimiento de normas reconocidas. Esta validez normativa no coactiva se basa en el supuesto de que llegado el caso se podrá justificar la norma y defenderla contra las críticas. Y a su vez ese supuesto no se funda en sí mismo. Es la consecuencia de una interpretación según la cual el consenso cumple la función justificante: de una imagen del mundo legitimadora del poder. (ibid, p. 121).

⁸⁹ (são de um sistema de poder que tem de estar legitimado em sua totalidade se é que a legalidade pura deve considerar-se *signo* de legitimidade.) ibid, p. 123 (ênfase do autor)

⁹⁰ (para defender o caráter sujeito a crítica das pretensões de correção não é necessário assumir a carga de tal prova. Mais bem basta recorrer às normas fundamentais do discurso racional, normas que supomos em qualquer discurso, mesmo nos práticos.) ibid., pp. 122-23

Assim, segundo Habermas, é possível fundamentar as pretensões de validade normativa, isto é, motivar racionalmente a sua aceitação. Habermas opõe-se aos postulados não-cognitivistas segundo os quais as controvérsias morais não podem ser decididas com razões porque as premissas valorativas últimas das quais derivamos os enunciados éticos são irracionais, arbitrárias, fruto de uma decisão ou de um ato de vontade, motivadas por interesses pessoais.

Habermas opõe-se, também, às teses contratualistas segundo as quais, dado que os enunciados normativos são baseados em decisões interessadas, a única justificação para uma norma é que seja fruto de um contrato entre os contendores ou afetados; contrato, pacto, que seria o resultado de interesses, temores, equilíbrios e sistemas de poder e não de razões.

La tesis de Habermas es que la fundamentación de las normas se encuentra en el consenso al que acceden los hombres a través de sus acciones comunicativas. Weber reconoce también que es el consenso el que otorga validez a las normas, pero, en él, éste sólo expresa un acuerdo contingente entre voluntades particulares. En cambio, Habermas sostiene que en el proceso de acceder a un consenso comunicativo no sólo entra en juego un equilibrio entre intereses particulares, sino también principios universales ligados a la lógica del discurso práctico.

La diferencia entre Weber y Habermas se torna nítida si destacamos que, para Habermas, no basta sostener que la validez de las normas se encuentra en el consenso, sino que hay que localizar un principio crítico que nos permita

*distinguir entre la multiplicidad de consensos, aquéllos que tienen un carácter racional*⁹¹.

Com efeito, para Habermas, *...no podemos explicar la pretensión de validez de las normas si no recurrimos a un pacto motivado racionalmente, o al menos a la idea de que podría obtenerse, aportando razones, un consenso para la aceptación de la norma recomendada*⁹².

Através do *discurso* pode obter-se o reconhecimento, motivado racionalmente, da pretensão de validade de uma norma de ação. Habermas entende por “discurso” uma comunicação emancipada da experiência e despreocupada com o agir, não submetida a limitação alguma de participações, temas e contribuições convenientes para contrastar as pretensões de validade; na qual não se inclui outro motivo do que aquele

⁹¹ (A tese de Habermas é que a fundamentação das normas encontra-se no consenso ao qual chegam os homens através de suas ações comunicativas. Weber reconhece também que é o consenso o que confere validade às normas, mas, nele, este consenso somente expressa um acordo contingente entre vontades particulares. De seu lado, Habermas sustenta que no processo de chegar a um consenso comunicativo não somente entra em jogo um equilíbrio entre interesses particulares, mas também princípios universais ligados à lógica do discurso prático. A diferença entre Weber e Habermas torna-se nítida se destacarmos que, para Habermas, não basta sustentar que a validade das normas encontra-se no consenso, mas que é necessário localizar um princípio crítico que nos permita distinguir na multiplicidade de consensos, aqueles que possuem um caráter racional.) Cf. SERRANO, 1994. p.193.

⁹² (...não podemos explicar a pretensão de validade das normas se não recorrermos a um pacto motivado racionalmente, ou pelo menos à idéia de que poder-se-ia obter, *aportando razões*, um consenso para a aceitação da norma recomendada.) Cf. HABERMAS, op cit. p. 127. A seguir o autor explicita seu raciocínio: *Pero entonces resulta insuficiente el modelo de partes que acuerdan un contrato, y que solo deberian conocer el significado de las ordenes. El modelo adecuado es, más bien, el de la comunidad de comunicación de los interesados, que, como participantes en un discurso práctico, examinan la pretensión de validez de las normas y, en la medida en que las aceptan con razones, arriban a la convicción de que las normas propuestas, en las circunstancias dadas, son 'correctas'. Lo que fundamenta la pretensión de validez de las normas no son los actos irracionales de voluntad de las partes contratantes, sino el reconocimiento, motivado racionalmente, de normas que pueden ser problematizadas en cualquier momento. Por tanto, el ingrediente cognitivo de las normas no se limita al contenido proposicional de las expectativas de conducta normadas; la pretensión de validez normativa, como tal, es cognitiva en el sentido del supuesto, aun contrafáctico, de que se la podría corroborar discursivamente, fundamentándola en un consenso de los participantes, obtenido mediante argumentos.* (pp.127-28).

da busca cooperativa da verdade. Sob estas condições a vontade torna-se uma “*vontade racional*”⁹³. Desse modo, e como bem escreve Alberto Febbrajo⁹⁴, Habermas entenderá o processo de legitimação do *Welfare State* como um processo de produção do consenso através do discurso.

As necessidades e interesses deverão também ser submetidos ao discurso, deverão estar formados discursivamente e, por conseguinte, à generalização, deverão então ser necessidades generalizáveis e compartilhadas discursivamente⁹⁵. Em vez de resignarmo-nos a um pluralismo particularista e decisionista último, exigimos submeter ao contraste discursivo e à generalização os interesses e valores⁹⁶.

A generalização exige-se desde o momento em que se introduz *el único principio en que se expresa la razón práctica: el de universalización*⁹⁷. Este princípio leva consigo a transubjetividade, pois *obliga a cada uno de los que participan en un discurso práctico a transformar sus apetitos subjetivos en apetitos generalizables*⁹⁸.

Ora, como se justifica o princípio de universalização? A exigência de encontrar uma fundamentação última conduziu Lorenzen e Schwemmer a apelar para o decisionismo. Habermas cita a seguinte passagem de Schwemmer: *Para el establecimiento del principio moral se requiere la*

⁹³ Cf. HABERMAS, op. cit., p. 131

⁹⁴ op. cit. p. 28

⁹⁵ Cf. HABERMAS, op. cit., p. 131

⁹⁶ Ibid, p. 131.

⁹⁷ (o único princípio no qual se expressa a razão prática: o da universalização.) Ibid, p. 132

⁹⁸ (obriga a cada participante num discurso práctico a transformar seus apetites subjetivos em apetites generalizáveis.) Ibid, p. 132.

*participación en la praxis común - por tanto, una 'decisión', no justificada por un discurso ulterior -, y esta participación es lo único que posibilita una acción racional, que comprenda y tome en cuenta también los apetitos de los otros*⁹⁹ .

Habermas rejeita o decisionismo e oferece a seguinte justificação:

*En cuanto admitimos un discurso práctico, inevitablemente suponemos una situación ideal de habla que, por virtud de sus propiedades formales, no admite otro consenso que el de intereses generalizables. Una ética cognitivista basada en el lenguaje no necesita de principio alguno; se apoya únicamente en las normas básicas del discurso racional, normas que tenemos que suponer tan pronto como abordamos un discurso*¹⁰⁰ .

Até aqui foram apreciados dois tipos de normas. De um lado, normas que expressam interesses generalizáveis, baseadas num consenso racional e que são justificáveis. De outro, normas que regulam interesses não generalizáveis, baseadas na coação e que não são justificáveis. Mas, segundo Habermas, existe um tipo de normas que não são generalizáveis e que se baseiam na força, mas que não obstante, podem ser justificadas de modo indireto: trata-se das emergentes das situações de *compromisso*.

⁹⁹ (Para o estabelecimento do princípio moral requer-se a participação na praxis comum - portanto uma 'decisão', não justificada por um discurso ulterior - e esta participação é a única coisa que possibilita uma ação racional, que compreenda e leve em conta também os apetites dos outros.) Cf. HABERMAS, op. cit, p. 133

¹⁰⁰ (Na medida em que admitimos um discurso prático, inevitavelmente supomos uma situação ideal de fala que, por virtude de suas propriedades formais, não admite outro consenso senão o de interesses *generalizáveis*. Uma ética cognitivista baseada na linguagem não necessita nenhum princípio; apóia-se unicamente nas normas básicas do discurso racional, normas que temos de supor tão logo abordamos um discurso.) Ibid, p. 135

Os compromissos são situações nas quais existem: 1) um equilíbrio de poder entre as partes em jogo, e 2) a impossibilidade de generalizar os interesses que entram na negociação.

Quando se dão estas condições - e somente quando ambas se dão - está justificado chegar a compromissos e as normas resultantes obtêm legitimidade. Mas se faltar alguma das condições mencionadas, somente se obterá um pseudo-compromisso carente de legitimação.

O deslinde entre interesses particulares e interesses generalizáveis somente pode ser obtido legitimamente através do discurso; esta demarcação somente pode ser justificada de forma discursiva¹⁰¹.

Segundo Habermas, podemos dizer que a “legitimidade” é a qualidade de um ordenamento normativo pela qual este possui força moral para ser reconhecido e obedecido.

Quando existe legitimidade? Podemos dizer que as normas adquirem legitimidade se forem o resultado de um acordo intersubjetivo fruto, por sua vez, de um processo de diálogo (intercâmbio público de razões) acontecido sob condições ideais (isto é, sob condições que por sua vez estão legitimadas). O diálogo em condições ideais é, pois o pressuposto, a condição de validade, de toda legitimidade¹⁰². A

¹⁰¹ Cf. HABERMAS, op. cit, p. 136

¹⁰² Cf. SAAVEDRA, 1987, pp. 170-71.

legitimidade (validade moral de uma norma) está legitimada pelo consenso e o acordo, por sua vez, legitimado pelo diálogo, legitimado, por sua vez, pelas condições ideais de comunicação. Ou seja, as condições ideais de comunicação legitimam o diálogo que, por sua vez legitima o acordo e o consenso, por sua vez legitimadores da validade moral de uma norma.

Neste marco, quais são as condições ideais de comunicação?

1. *'forma de comunicación emancipada de la experiencia y despreocupada del actuar' (Habermas)*
2. *' no habrá limitación alguna respecto de participantes, temas y contribuciones' (Habermas)*
3. *'toda pretensión de validez puede y debe ser problematizada y sometida a contrastación' (Habermas)*
4. *'no se ejercerá coacción alguna, como no sea la del mejor argumento' , ' por consiguiente, queda excluido todo otro motivo que no consista en la búsqueda cooperativa de la verdad' (Habermas)*
5. *reconocimiento de los demás como personas con igualdad de derechos (Saavedra)*
6. *tener en cuenta a todos los miembros virtuales, por lo que sólo podrá argumentarse en función del criterio de universalidad de los intereses (Saavedra)¹⁰³.*

Como se viu, as condições ideais de comunicação que devem dar-se para produzir legitimidade são condições formais ou procedimentais.

¹⁰³ (1. 'forma de comunicação emancipada da experiência e despreocupada do agir' (Habermas) 2. 'não haverá nenhuma limitação com respeito a participantes, temas e contribuições' (Habermas) 3. 'toda pretensão de validade pode e deve ser problematizada e submetida a contrastação' (Habermas) 4. 'não se exercerá nenhuma coação que não seja a do melhor argumento', por conseguinte, resta excluído qualquer outro motivo que não consista na busca cooperativa da verdade' (Habermas) 5. reconhecimento dos demais como pessoas com igualdade de direitos (Saavedra) 6. levar em conta todos os membros virtuais, pelo que somente poderá argumentar-se em função do critério da universalidade de interesses (Saavedra).) Cf. SAAVEDRA, op. cit, p. 194

O quê legitima tais condições formais e ideais de diálogo? Habermas embasa essas condições numa análise do ato de fala, já que, enquanto admitimos um discurso prático, inevitavelmente supomos uma situação ideal de fala. Ele parte assim da premissa de que todo falante aceita uma situação ideal de comunicação. Como diz Saavedra, *La comunidad ideal de comunicación está presupuesta e implícita en todo acto de habla, y por tanto en toda propuesta normativa*¹⁰⁴.

As normas não são legítimas por possuírem uma validade objetiva e incondicionada, em-si e *per se*, mas o são: a) por serem frutos de um acordo adotado através de um diálogo em condições ideais de comunicação; b) por serem o pressuposto para a existência empírico-real da comunidade ideal de comunicação. Assim, por exemplo, a liberdade de expressão, a igualdade cultural e econômica, a integridade física e moral são legítimas porque sem elas não seria possível uma comunidade ideal para o diálogo legitimador.

Destarte, o reconhecimento da legitimidade da comunidade ideal de diálogo tem consequências práticas normativas e exige um aprofundamento da democracia.

No que diz respeito especificamente ao *Welfare State*, Habermas refere que ele padece de vários déficits de legitimação, por ser incapaz, enquanto estado capitalista, de resolver três gravíssimos problemas

¹⁰⁴ (A comunidade ideal de comunicação é pressuposta e implícita em todo ato de fala, e, portanto, em toda proposta normativa) Cf. SAAVEDRA, op. cit, p. 175

mundiais, derivados do *rápido proceso de crecimiento de sociedades del capitalismo tardío*¹⁰⁵ que se têm acentuado de forma angustiante paralelamente ao desenvolvimento do estado social, quais sejam: a ruptura do equilíbrio ecológico, a acentuação de determinadas alienações antropológicas e a possibilidade da eclosão de conflitos atômicos internacionais.

De outro lado, o estado intervencionista padece de um déficit de legitimação ao não conseguir satisfazer as funções sociais, as exigências programáticas que são consideradas como de sua competência e as quais ele mesmo se impôs¹⁰⁶.

Segundo Habermas, o estado intervencionista mantém as dinâmicas próprias do capitalismo; não as supera, senão que as obedece; e por isso a ação administrativa estatal a longo prazo tende a agravar a crise econômica e os problemas decorrentes¹⁰⁷. Enquanto se mantiverem as estruturas capitalistas, e, dentre elas, a estrutura de classes, haverá déficit de legitimação. Na sociedade capitalista a riqueza acumula-se como riqueza privada destinada ao lucro e ao consumo conspícuo e não como riqueza social destinada ao bem-estar social, à satisfação de necessidades básicas e à realização de interesses generalizáveis. *Habermas sostiene que la contradicción básica del orden capitalista sigue siendo la apropiación privada de la riqueza pública...la represión de intereses generalizables*

¹⁰⁵ (rápido processo de crescimento de Sociedades do capitalismo tardio) Cf. HABERMAS, 1975, cit, p. 58.

¹⁰⁶ Ibid, p. 89

¹⁰⁷ Ibid, p. 70

*mediante su tratamiento como intereses particulares*¹⁰⁸; por conseguinte, as decisões políticas deixam de ser suscetíveis de um consenso racional; elas não resistiriam a um exame discursivo, pelo que possuem um alto grau de deslegitimação. No capitalismo tardio existe uma repressão de interesses generalizáveis em favor de determinados interesses particulares cuja generalização ou tentativa de generalização, além de impossível seria catastrófica. Trata-se de interesses subjetivos (empíricos) que não se deixam guiar por interesses generalizáveis racional, dialogal e intersubjetivamente acordados. Para resolver isso, as necessidades, interesses e vontades pessoais deveriam formar-se discursivamente sob condições ideais de diálogo; mas o capitalismo não pode possibilitar essa formação racional-discursiva da vontade, a não ser que se modifique radicalmente, que deixe de ser capitalismo. Segundo Habermas, é racional desejar a supressão de um sistema social que reprime os interesses generalizáveis¹⁰⁹.

No que diz com a incapacidade do estado capitalista de resolver a crise ecológica, o perigo nuclear e as alienações antropológicas, refere Habermas que, com a acumulação do capital o crescimento econômico institucionaliza-se na formação social capitalista. Os mecanismos de crescimento econômico estabelecidos *imponen el incremento de la población y de la producción en escala mundial*¹¹⁰. Mas à necessidade econômica de dispor de uma população em aumento e à crescente

¹⁰⁸ (Habermas sustenta que a contradição básica da ordem capitalista continua sendo a apropriação privada da riqueza pública...a repressão de interesses generalizáveis mediante o seu tratamento como interesses particulares;) Cf. McCARTHY, 1987. p. 414.

¹⁰⁹ Cf. HABERMAS, 1975, cit, p. 169

¹¹⁰ (impõem o incremento da população e da produção em escala mundial.) Ibid, p.59

exploração produtiva da natureza, opõem-se determinados limites ecológicos:

Las sociedades capitalistas no pueden responder a los imperativos de la limitación del crecimiento sin abandonar su principio de organización, puesto que la reconversión del crecimiento capitalista espontáneo hacia un crecimiento cualitativo exigiría planificar la producción atendiendo a los bienes de uso. En todo caso, el despliegue de las fuerzas productivas no puede desacoplarse de la producción de valores de cambio sin infringir la lógica del sistema¹¹¹.

As possibilidades de escapar dos perigos de auto-destruição derivados das normas termonucleares estão limitados pela índole específica do sistema. *Un desarme efectivo es improbable, si se atiende a las fuerzas impulsoras de la sociedad de clase capitalista y postcapitalista; sin embargo, la regulación de la carrera armamentista no es incompatible a limine con la estructura de las sociedades del capitalismo tardío¹¹².*

Habermas denuncia outrossim a incapacidade do estado intervencionista de cumprir com suas funções sociais. De fato, o estado vê-se submetido a um elenco de exigências sociais às quais deve atender para obter legitimação, ou seja, gerou uma série de expectativas às quais

¹¹¹ (As Sociedades capitalistas não podem responder aos imperativos da limitação do crescimento sem abandonar o seu princípio de organização, dado que a reconversão do crescimento capitalista espontâneo rumo a um crescimento qualitativo exigiria planejar a produção atendendo aos bens de uso. Em todo caso, o desdobramento das forças produtivas não pode desligar-se da produção de valores de troca sem infringir a lógica do sistema) Cf. HABERMAS, 1975, cit, p. 60

¹¹² (Um desarmamento efetivo é improvável, se se atender às forças impulsionadoras da Sociedade de classes capitalista e pós-capitalista; no entanto, a regulação da corrida armamentista não é incompatível a limine com a estrutura das Sociedades do capitalismo tardio.) *ibid*, pp. 62-3

deve responder para legitimar-se. Mas estas expectativas não podem ser atendidas se se conservam as estruturas capitalistas. O estado capitalista vai, dessa forma, entrar em contradição (“crise de racionalidade”): por um lado, suas intervenções servem para a conservação do capitalismo e geram expectativas sociais; mas por outro lado, não pode satisfazer essas expectativas conservando as estruturas capitalistas. O estado vê-se, assim, submetido a uma série de exigências que, no seio do sistema capitalista, não pode satisfazer. Uma administração planejadora (capitalista) não poderia senão *generar inevitablemente déficit de racionalidad*¹¹³.

Comentando as teses de Claus Offe, diz Habermas que, para esse autor, o sistema democrático obriga os partidos políticos a entrar em concorrência de programas, a ofertar expectativas com a finalidade de ganhar o voto popular. Mas essas expectativas são irrealizáveis no sistema de capitalismo tardio, com o que o jogo democrático e a pugna programática entre partidos gera déficit de legitimação.

Dada essa situação, para o capitalismo seria mais benéfico prescindir da democracia formal e instaurar uma espécie de estado de bem-estar autoritário que reduzisse a participação política a níveis inócuos evitando assim sua exposição ao déficit de legitimidade.

Ora, no capitalismo desenvolvido não poderá produzir-se a substituição da democracia por um regime autoritário enquanto existir uma série de expectativas e de exigências surgidas do sistema sócio-cultural (exigências de democracia, valores éticos universalistas etc.). Esse sistema

¹¹³ (gerar inevitavelmente déficit de racionalidade) Cf. HABERMAS, 1975, cit, p. 86

sócio-cultural torna-se disfuncional para as necessidades evolutivas do capitalismo (a saber, a substituição da democracia formal).

Os sistemas normativos universalistas e determinadas exigências culturais formulam ao sistema político-econômico exigências que este não pode satisfazer, com o que, em vez de fornecer-lhe recursos ideológicos para sua legitimação, acarretam críticas e déficit de legitimidade. Para evitar estas exigências e deslegitimações, o sistema capitalista deveria socializar os indivíduos de outra forma que não através de determinados modelos culturais e sociais que, uma vez interiorizados pelos indivíduos, colocam ao capitalismo exigências e problemas de legitimação¹¹⁴.

O atual processo de socialização (interiorização de normas por parte dos indivíduos) traz consigo a necessidade de que as normas sejam legitimadas intersubjetiva e comunicativamente, pelo que, para eliminar o limite da exigência de legitimação, de justificação, deveria modificar-se esse processo de socialização, configurando-se outro baseado na aceitação quase mecânica, imotivada, sem necessidade de justificação das decisões políticas¹¹⁵. É exatamente isso o que, segundo McCarthy, tem-se produzido:

Las instituciones y procedimientos de la 'democracia formal' aseguran, tanto un asentimiento difuso, generalizado, de la población, como la necesaria independencia de la toma de decisiones administrativas respecto de los intereses específicos de los ciudadanos. Estas

¹¹⁴ Cf. HABERMAS, 1975, cit, pp. 115-16

¹¹⁵ *ibid* pp 61-62

*instituciones y procedimientos son democráticos en la forma, pero no en la substancia*¹¹⁶.

Em obra recente, Habermas tenta desenvolver, em grandes linhas, a tese de que a legalidade pode atingir a legitimidade a partir de uma racionalidade processual rica em conteúdos morais¹¹⁷. Parte o autor do raciocínio de que se, no nosso tipo de sociedade, a legitimidade deve poder fundar-se sobre a legalidade, é necessário que a crença na legalidade - uma vez destruídas as certezas coletivas da religião e da metafísica - seja pensada de alguma forma como fundada sobre a “racionalidade” do direito. Exercendo-se nas formas de um direito positivo que está sempre obrigado a justificar-se, o poder político deve a sua legitimidade ao conteúdo implícito nas qualidades formais do direito. E esclarece: *...il fattore generante forza legittimante sta nelle procedure che istituzionalizzano requisiti giustificativi, assegnano oneri di prova, fanno strada alla soluzione argomentativa*¹¹⁸. Descobriremos o núcleo

¹¹⁶ (As instituições e procedimentos da ‘democracia formal’ asseguram tanto um assentimento difuso, generalizado, da população, quanto a necessária independência da tomada de decisões administrativa com respeito aos interesses específicos dos cidadãos. Estas instituições e procedimentos são democráticos na forma, mas não na substância.) Cf. McCARTHY, op cit., p. 425

¹¹⁷ Cf. HABERMAS, 1992, pp. 5-42

¹¹⁸ (...o fator gerador com força legitimante está nos procedimentos que institucionalizam requisitos justificadores, impõem ônus da prova, abrem caminho para a solução argumentativa.) Ibid, p. 31. E complementa: *Inoltre, la fonte di legittimazione non dev'essere unilateralmente cercata soltanto dentro il potere politico legislativo oppure dentro il potere giurisdizionale. Nelle condizioni politiche dello stato sociale, infatti, neppure il più abile legislatore democratico sarà ancora in grado di legare a sé il potere giudiziario e quello amministrativo a partire dalla sola forma semantica della legge: egli dovrà per forza servirsi del diritto regolatore. Scopriremo il nucleo 'razionale' (in senso pratico-morale) delle procedure giuridiche solo individuando come - a partire da un'idea di imparzialità operante sia nella giustificazione, o fondazione, delle norme sia nell'applicazione delle regole - si possano costruttivamente collegare tra loro diritto vigente, procedure legislative e procedure applicative. Questa idea di imparzialità rappresenta il nucleo sostanziale della ragion pratica. Se prescindiamo per un momento dai problemi di applicazione e ci limitiamo a considerare l'idea di imparzialità anzitutto nella prospettiva della giustificazione delle norme, noi la troveremo sviluppata proprio in quelle teorie della morale e della giustizia che suggeriscono la procedura adatta per decidere le questioni pratiche da un punto di vista morale. La razionalità di una siffatta*

“racional” dos procedimentos jurídicos a partir da idéia de *imparcialidade* operante seja na justificação, ou fundação, das normas, seja na sua aplicação¹¹⁹.

Para Habermas, se nos limitar-mos a considerar a idéia de imparcialidade sobretudo na perspectiva de justificação das normas, nós encontraremos desenvolvida naquelas teorias da moral e da justiça que sugerem procedimentos adequados para decidir as questões práticas de um ponto de vista moral. Dentro desse horizonte das teorias morais, ele sugere identificar na própria argumentação moral o procedimento mais adequado a uma racional formação da vontade¹²⁰. O exame argumentativo sobre hipotéticas pretensões de validade representa assim um procedimento, já que ninguém que queira seriamente argumentar pode subtrair-se às pressuposições idealizantes desta exigente forma de comunicação. Cada participante da praxis argumentativa deve de fato pressupor que em princípio todos os eventuais interessados possam tomar parte - como livres e iguais - de uma busca cooperativa da verdade na qual conta somente a constrição do melhor argumento¹²¹.

A tese do autor alemão é a de que o direito procedimentalizado e a justificação moral dos princípios implicam-se necessariamente. Assim,

procedura - pura perchè precedente qualsiasi istituzionalizzazione - è misurata dal grado di adeguatezza con cui essa riesce a esplicitare il moral point of view. (ibid, p. 31 - ênfases do autor).

¹¹⁹ Ibid, p. 31.

¹²⁰ Ibid, p. 32: *...Karl-Otto Apel e io abbiamo suggerito d'identificare nella stessa argomentazione morale la procedura piú adeguata a una razionale formazione della volontà.*

¹²¹ ibid, p. 32.

La legalità può generare legittimità solo nella misura in cui l'ordinamento giuridico - in maniera riflessiva - dia una risposta al fabbisogno di giustificazione conseguente al farsi positivo del diritto. Questa risposta implica l'instituzionalizzazione di procedimenti giuridici che restino permeabili ai discorsi morali¹²².

A argumentação habermasiana parte então da idéia de que um direito convencionalmente exteriorizado e uma moral interiorizada completam-se reciprocamente. A relação entre moral e direito é para Habermas “*una vera e propria simbiosi*”¹²³, derivada do fato de que nos sistemas constitucionais usam-se instrumentos de direito positivo com o fim de distribuir ônus argumentativos e institucionalizar modelos de justificação que devem sempre permanecer “abertos” nos confrontos das argumentações morais. A moral não aparece neste modelo *por cima* do direito positivo, como poderia estar num sistema jusnaturalista: ela está no próprio coração do direito positivo, mas esta moral é puramente procedimental¹²⁴.

De qualquer sorte, Habermas mantém a proposta que já havia esboçado em obra anterior, qual seja, a de que o procedimento por si só

¹²² (A legalidade pode gerar legitimidade somente na medida em que o ordenamento jurídico - de forma reflexiva - dê resposta à necessidade de justificação consequente à positivação do direito. Esta resposta implica a institucionalização de procedimentos jurídicos que se tornam *permeáveis* aos discursos morais.) Cf. HABERMAS, 1992, pp. 32-3 (ênfase do autor)

¹²³ (uma verdadeira e própria simbiose) Ibid, p. 36

¹²⁴ Ibid, p. 36: *La morale non sta più sospesa in aria al di sopra del diritto, così come suggeriva la costruzione del diritto de natura nei termini di un insieme sopra-positivo de norme; adesso la morale s'introduce nel cuore stesso del diritto positivo, senza tuttavia annullarvisi. Certo, quella morale che non è solo estrinsecamente complementare al diritto, ma che s'insedia anche al suo interno, resta sempre di natura puramente procedurale.* (ênfase do autor)

não legitima diretamente nenhuma instância de poder, ao contrário do que pensava Luhmann :

...un procedimiento sólo puede legitimar de manera indirecta, por referencia a instancias que deben ser reconocidas a su vez. Así, las constituciones burguesas escritas contienen un catálogo de derechos fundamentales, fuertemente protegido contra cualquier alteración, que posee virtud legitimante en la medida en que se lo entienda en conexión con una ideología del sistema de poder - y sólo así -. Además, los órganos establecidos para la creación y la aplicación del derecho en modo alguno se encuentran legitimados por la legalidad de su procedimiento, sino, igualmente, por una interpretación general que sustenta al sistema de poder en su conjunto¹²⁵.

Com efeito, a pretensão ingênua de validade das normas de ação aponta, diz Habermas, pelo menos implicitamente para a possibilidade de sua fundamentação discursiva. Para uma decisão obrigatória ser considerada legítima, em última análise deverá a mesma ser passível de fundamentação¹²⁶.

¹²⁵ (...um procedimento somente pode legitimar de forma indireta, por referência a instâncias que devem ser reconhecidas por sua vez. Assim, as constituições burguesas escritas contêm um catálogo de direitos fundamentais fortemente protegido contra qualquer alteração, que possui virtude legitimante na medida em que seja entendido em conexão com uma ideologia do sistema de poder - e somente assim -. Além disso, os órgãos estabelecidos para a criação e a aplicação do direito de forma alguma encontram-se legitimados pela legalidade de seu procedimento, mas, igualmente, por uma interpretação geral que sustenta o sistema de poder em seu conjunto.) Cf. nota 85 *supra*.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 124. O trecho inteiro reza: *Si ciertas decisiones obligatorias son legítimas, es decir, si se las puede hacer valer sin que medie coacción concreta ni la amenaza manifiesta de una pena, aunque contrarien el interés de los afectados. se las puede considerar entonces como el cumplimiento de normas reconocidas. Esta validez normativa no coactiva se basa en el supuesto de que llegado el caso se podrá justificar la norma y defenderla contra las críticas. Y a su vez ese supuesto no se funda en sí mismo. Es la consecuencia de una interpretación según la cual el consenso cumple la función justificante: de una imagen del mundo legitimadora del poder.*

Encontramos assim dois grandes eixos na teoria habermasiana no que esta diz com a legitimidade: a) considerações sobre a crise de legitimação do estado sob a égide do capitalismo tardio, com a consequente construção de uma teoria da legitimidade ligada ao desempenho na esfera econômica; e b) a possibilidade de uma relação estreita (necessária?) entre a legalidade e a legitimidade através da sua reconstrução pela ética discursiva. Trata-se aqui da legitimação do direito nas sociedades contemporâneas. Cada um destes eixos merece uma pequena reflexão, a partir de estudos posteriores realizados por outros autores.

Naquilo que respeita à conexão entre economia e legitimidade, as reflexões de Montoro Romero¹²⁷ podem ser muito úteis e esclarecedoras. Para ele, a legitimidade do sistema significa confiança no mesmo (*Vale, pues, hablar de 'legitimidad del sistema', queriendo decir con ello que se 'confía' en el sistema, que se cree en él*¹²⁸), sendo que de fato parece

¹²⁷ Cf. MONTORO ROMERO, 1985, pp. 177-197.

¹²⁸ (É válido, pois, falar-se em 'legitimidade do sistema', pretendendo dizer com isso que se 'confia' no sistema, que se acredita nele) Ibid, p. 183. Tentando desvendar o quê constitui essa crença, diz Montoro Romero: *Qué constituye esa creencia? ¿Cuál es su génesis? Dado que la legitimidad, en definitiva, en una creencia, y que además afecta de un modo más o menos indirecto, aunque surja directamente en el orden político, a todo el sistema social y a todos sus componentes, hay que esperar lógicamente que la génesis de esa creencia se encuentre, además de en aquella nueva esfera pública, donde se produce de hecho la politización, en los demás niveles que articulan el sistema social. Al detectar la legitimación o la deslegitimación asistimos a un proceso de racionalización ideológico-política. Pero las fuentes que la nutren, las fuerzas sociales que realmente generan ese proceso legitimador o deslegitimador, quedan ocultas. Debemos tener cuidado en este punto. No se trata de meros y descuidados (al modo científico-positivista) irracionalismos o subjetividades. Estamos en el mismo 'ojo de huracán' de la ciencia política y sus limitaciones. Parecería que, en este punto, poco más se puede hacer que un análisis psico-social--más psicológico que sociológico--sobre la fundamentación y grado de existencia de esa creencia legitimadora referida al sistema. Los sondeos de opinión y las encuestas de actitudes tocantes a este sensible tema de la legitimidad (manejando variables como confianza ante el sistema, optimismo o pesimismo ante el futuro, grado de satisfacción con las instituciones, perspectivas de cara al futuro, etc.) recogen constantemente ocultamientos y distorsiones con respecto a la realidad, o con arreglo a comportamientos que luego se hacen efectivos o no. Pero, a pesar de sus limitaciones, ofrecen una significativa pista de*

existir um nexó bastante estreito entre crise econômica e crise de legitimidade no estado contemporâneo. Assim, assevera que sem dúvida alguma, existe uma estreita correlação entre situação econômica de um sistema e a potencialidade do aparato legitimador. Nos tempos em que o estado de bem-estar vivia uma situação economicamente tranquila, com níveis produtivos e de crescimento econômico elevados, e na qual o sistema distributivo da renda operava com ajustada e relativa equidade - e o estado desempenhava um papel fundamental de potenciação do investimento e redistribuição da riqueza - a legitimação do estado de bem-estar social estava praticamente assegurada¹²⁹. Perante o violento processo de deslegitimação que sofre hoje o *Welfare State*, tenta o autor uma explicação a partir das reflexões habermasianas sobre o tema. Parte ele da distinção entre subsistemas econômico, político e sócio-cultural, advertindo que a tradição sistêmica situa o problema de legitimação no nível do subsistema político. De outra parte, assevera que seria cair num determinismo fácil afirmar que a crise econômica experimentada pelo estado de bem-estar é a causadora do processo de deslegitimação sofrido por ele. Mas um idêntico determinismo seria sustentar que tal processo se deve exclusivamente à crise dos valores próprios do subsistema sócio-cultural. *Se pone en duda la legitimidad del sistema...cuando se observa que una sociedad no cuida del bienestar de la mayoría de su población*¹³⁰. Para desenvolver suas reflexões nessa trilha, apoia-se nas

cómo se genera la confianza o desconfianza ante el sistema en los lugares más recónditos del mismo. (ibid., pp. 183-4).

¹²⁹ Ibid, p. 189

¹³⁰ (Coloca-se em dúvida a legitimidade do sistema...quando se observa que uma Sociedade não cuida do bem-estar da maioria da população.) Ibid, p. 189.

considerações de Offe¹³¹, abraçando então a teoria de que a legitimidade admite dois tipos de definições, dependendo do nível de abordagem da mesma. Do ponto de vista filosófico, a legitimidade de um regime ou governo depende da justificabilidade de seus ordenamentos institucionais e de seus êxitos políticos; já do ponto de vista psicológico ou sociológico, ao falar-mos em legitimidade referimo-nos à prevalência de atitudes de confiança num sistema político dado¹³².

De fato, ambas perspectivas, que conformam dois planos de uma mesma realidade, estão intimamente relacionadas, de forma que a legitimidade do sistema, que depende em última instância de seu funcionamento, torna-se patente empírica e sociologicamente na disposição das atitudes de confiança e satisfação existente nos agentes sociais. Postula-se a legitimação em termos de argumentações filosóficas que devem explicar e coordenar-se tanto com aquelas atitudes de confiança quanto com o “funcionamento” do sistema. E surge a crise de legitimação no momento em que o sistema deixa de funcionar, com a conseqüente alteração das atitudes de confiança e das argumentações filosóficas¹³³.

Qual é o alcance do funcionamento desse sistema? Funcionar quer dizer desfrutar de uma situação econômica sólida (na produção, na redistribuição de rendas, na satisfação das crescentes necessidades econômico-sociais)? Ou quer dizer além disso consciência de, ou

¹³¹ Cf. OFFE, 1994, cit.

¹³² MONTORO ROMERO, op. cit., p. 191.

¹³³ Ibid, p. 192

confiança no funcionamento? No primeiro caso, encontrar-nos-íamos perante uma legitimação fundamentada basicamente no êxito econômico, na prosperidade econômica. No segundo caso, sem considerá-lo excludente do primeiro, estaríamos perante uma situação muito mais complexa e difícil na qual não somente contaria a boa disposição econômica do sistema, mas também, e com igual força, a crença por parte das pessoas que conformam esse sistema de que isso é assim mesmo, e não de outra forma, e que, portanto, podem ser desenvolvidas aceitáveis expectativas (no que tange a fazer surgir novas necessidades e demandas sociais). Estamos, neste último caso, na esfera dos valores e normas sócio-culturais. A legitimidade derivada daí adotaria também essa forma. E a crise de legitimidade do *Welfare State* seria (também) uma crise de valores, uma crise de confiança¹³⁴.

Para Montoro Romero, a esfera econômica do capitalismo tardio sofre também os embates de uma crise de racionalidade genuinamente econômica, referida a cada um e a todos os processos econômicos que acontecem em tal esfera (produção, distribuição, etc.). A crise econômica, entendida em sentido amplo, é mais profunda do que uma escalada inflacionária, ou que uma escassez de matérias-primas. São os próprios critérios de racionalidade econômica que estão postos em questão.

Nesse sentido, para ele, a racionalidade não é elemento exclusivo da esfera política, como quer o primeiro Habermas, mas se encontra de igual forma na esfera econômica. De qualquer sorte, demonstra o autor que

¹³⁴ Cf. MONTORO ROMERO, op. cit, p. 193

a legitimidade é fruto de um complexo travejamento de crenças e efetivo funcionamento do sistema¹³⁵.

5.3 Derivações da teoria habermasiana

Cabe agora examinar-se as derivações que a teoria habermasiana permite em termos da possibilidade de extração de legitimidade a partir da legalidade, com a consequente legitimação do aparato jurídico.

A ética discursiva propugnada por Habermas pode ser um eficiente instrumento para medir-se a legitimidade do direito: é esta a proposta de Kaarlo Tuori¹³⁶, para quem o funcionamento de um sistema jurídico, a sua

¹³⁵ Cf. MONTORO ROMERO, op. cit., pp. 194 ss.: *Ello no quiere decir que su presencia en formato crítico en la esfera política no lo sea de una manera especialmente significativa y elocuente, provocando esa crisis de la esfera político-administrativa de la que tanto toma el proceso de deslegitimación del Estado social de bienestar. Esta crisis de la racionalidad político-administrativa encuentra sus más claras expresiones en la crisis burocrática del modelo organizativo del capitalismo tardío y en la crisis fiscal del Estado que, como dice Stanfield, implican en primera instancia la ampliamente 'extendida convicción de que las instituciones gubernamentales son ineficaces' (...). 'Funcionamiento' del sistema no quiere decir, por consiguiente y en exclusiva, boyante situación de los indicadores económicos, ya que tras esos indicadores se mueven variables, como el criterio de racionalidad económica, que está influida también por lo que ocurre en otras esferas de la actividad social. No obstante, y señalados los límites de antemano, parece claro que con los fenómenos de stagflation y slumpflation operando en la actualidad; esto es, con elevadas tasas de desempleo, índices inflacionistas que sólo desde hace muy pocos años parecen remitir, déficits públicos crecidos y en cierto modo incontrolables, débiles tasas de inversión, con un crecimiento económico poco menos que frenado, y con una revolución tecnológica en marcha; con todo esto operando, el proceso de legitimación del Estado social de bienestar debe resentirse obligatoriamente, al menos en el sentido señalado por Urry (...). La necesaria 'lealtad de masas' de la que habla Habermas y que precisa el sistema se debilita siguiendo las complejas vías que aquí hemos señalado atendiendo a distintas esferas de la vida social y con arreglo a un efecto de retroalimentación que sitúa el ámbito legitimador lejos del alcance unilateral de cualquiera de dichas esferas. (ibid, p 194).*

¹³⁶ Cf. TUORI, 1988, pp. 47-67.

eficácia, requer a sua legitimidade empírica, a sua aceitação, e esta, por sua vez, requer uma certa correspondência substancial do direito com as normas morais e as concepções predominantes na sociedade. A seu ver, no entanto, a tese da vinculação necessária entre direito e moral formulada com base na ética discursiva é mais ambiciosa: o direito relaciona-se com a moral através de um vínculo que pode ser demonstrado a nível da sua reconstrução racional. E este nível, de seu lado, implica um conceito normativo de legitimidade em lugar de um conceito empírico utilizado a nível sociológico-funcional¹³⁷.

Segundo a teoria jurídica ético-discursiva abraçada por ele, somente aquelas normas e juízos jurídicos que podem satisfazer as pretensões de correção, isto é, que podem ser aceitos nos discursos prático-morais, podem ser considerados legítimos no sentido normativo do termo. Assim, na teoria o princípio da ética discursiva aplica-se como critério de legitimidade das normas e juízos jurídicos. A distinção entre aceitação social de fato e validade das normas, que para Habermas se encontra na moral¹³⁸, transfere-se também para a teoria jurídica: aquela aceitação social de fato (legitimidade empírica) das normas jurídicas não nos permite extrair conclusões definitivas acerca da sua validade, isto é, da sua legitimidade normativa. A ética discursiva é uma ética procedimental que tenta formular, no lugar de princípios substantivos, regras procedimentais para a solução de questões morais problemáticas. Correlativamente, a ética

¹³⁷ Ibid, p. 48

¹³⁸ Cf. HABERMAS, 1989, onde o filósofo formula este princípio da forma seguinte: somente podem ser válidas as normas que são aceitas ou podem ser aceitas por todos os envolvidos, ou seja, todos os afetados pela norma em questão enquanto participantes num discurso prático. (*passim*)

discursiva aborda também as relações entre direito e moral desde um ponto de vista procedimental¹³⁹. Consequentemente, do ponto de vista da ética discursiva, o que se leva em conta não são primariamente as semelhanças e diferenças substanciais entre as normas jurídicas e morais, mas a relação entre os procedimentos jurídicos e os procedimentos que a teoria da ética discursiva construiu para a solução de questões morais problemáticas. Assim, nas palavras do autor,

La teoría jurídica ético-discursiva no se limita a sostener simplemente que las normas y los juicios jurídicos reclaman una pretensión de validez análoga a la de las normas y juicios morales. Mantiene también que los procedimientos jurídicos del derecho moderno pueden caracterizarse como discursos práctico-morales institucionalizados. Esto significa que el propio derecho moderno ha adoptado, institucionalizado, el criterio de legitimidad formulado sobre la base de la ética discursiva; el concepto de legitimidad normativa no es, pues, un patrón externo al derecho moderno, sino un requisito interno que abre la posibilidad de la llamada crítica immanente del derecho¹⁴⁰.

Ao comentar a interpretação habermasiana dos procedimentos para a criação de normas jurídicas enquanto discursos morais

¹³⁹ Cf. TUORI, op cit p. 49: *Desde la perspectiva de la ética discursiva, lo que se toma en cuenta no son primariamente las semejanzas y diferencias sustanciales entre las normas jurídicas y las morales, sino la relación entre los procedimientos jurídicos y los procedimientos que la teoría de la ética discursiva ha diseñado para la solución de las cuestiones morales problemáticas.*

¹⁴⁰ (A teoria jurídica ético-discursiva não se limita a sustentar simplesmente que as normas e os juízos jurídicos reclamam uma pretensão de validade análoga àquela das normas e juízos morais. Sustenta também que os procedimentos jurídicos do direito moderno podem caracterizar-se como discursos práctico-morais institucionalizados. Isto significa que o próprio direito moderno adotou, institucionalizou, o critério de legitimidade formulado sobre a base da ética discursiva; o conceito de legitimidade normativa não é, pois, um padrão externo ao direito moderno, mas um requisito interno que abre a possibilidade da chamada crítica imanente do direito.) Ibid, p. 50

institucionalizados para a justificação das normas, recorda Tuori que a tese do pensador alemão a esse respeito consiste em que, as constituições das democracias ocidentais, com suas disposições sobre a soberania popular, o Parlamento e seu procedimento legislativo, bem como sobre os direitos políticos fundamentais, institucionalizaram juridicamente o discurso prático como um procedimento para produzir novas regras jurídicas ou, mais exatamente, para avaliar as propostas de normas¹⁴¹. O potencial legitimador do procedimento legislativo, tanto para Habermas quanto para Tuori, não está fundado em última instância nem na sua legalidade, como pensava Max Weber, nem na sua influência simbólico-expressiva que produz uma confiança geral no sistema, como sustentava Luhmann. Seu potencial legitimador básico reside no fato de que este procedimento, pelo menos no que diz respeito às normas constitucionais, *...se corresponde con la práctica discursiva que el nivel postconvencional de la conciencia moral y jurídica en la sociedad moderna requiere para la evaluación de pretensiones de validez normativa problemáticas*¹⁴².

¹⁴¹ Cf. HABERMAS, 1992, pp. 17-8.

¹⁴² (...corresponde-se com a prática discursiva que o nível pós-convencional da consciência moral e jurídica na Sociedade moderna requer para a avaliação de pretensões de validade normativa problemáticas.) Cf. TUORI, op. cit., p. 51. *La argumentación de Habermas sigue la primera de las dos alternativas que he distinguido para la justificación del concepto normativo de legitimidad dentro del programa de reconstrucción racional: se centra en las normas constitucionales que regulan el procedimiento parlamentario legislativo. La legitimación del procedimiento instrumental, a su vez, puede derivarse de la distinción que traza Habermas entre el Sistema y el mundo de la vida. Cuando el Derecho se usa como un instrumento para la organización y el gobierno de los subsistemas autonomizados, la administración pública y la economía, Habermas argumenta que aquél no está directamente afectado por la pretensión de validez normativa que habría de ser resuelta a través del discurso. El punto de vista de Habermas implica que lo más importante para las normas que regulan la administración pública y la economía sería su racionalidad instrumental (o para ser más exactos, funcional), su aptitud para cumplir funciones de gobierno dentro del Sistema. La toma de decisión instrumental es el procedimiento más apropiado para tales funciones, dado que no necesita basarse en un entendimiento mutuo discursivo queda fuera del mundo de la vida y no requiere compromisos entre, por ejemplo, intereses económicos particulares. De este modo, puede presentarse la misma posibilidad de justificación indirecta tanto para el procedimiento instrumental como para el procedimiento estratégico: también a este respecto, la tarea que le queda al procedimiento discursivo es especificar el núcleo de*

Finalmente, para Tuori, a questão da legitimidade pode, pelo menos do ponto de vista da teoria discursiva, ser caracterizada como uma dimensão da racionalidade do direito moderno. Esta racionalidade do direito pode ser examinada pelo menos em três dimensões diferentes. Na primeira dimensão, podem-se discutir problemas da sistemática interna do ordenamento jurídico, as tendências da crise contemporânea na racionalidade interna do direito. Dentro da segunda dimensão, a atenção centra-se nas relações entre o direito e o seu objeto de regulação, a racionalidade do objeto do direito. E na terceira dimensão, a questão são justamente os problemas de legitimidade do direito: se esta legitimidade tem algo a ver com a *aceitação real* das normas jurídicas ou com a sua *aceitabilidade*. Quando o conceito de legitimidade é entendido neste último sentido, pode-se falar da terceira dimensão da racionalidade do direito, a sua racionalidade normativa.

Conclui Tuori que, especialmente na sociologia do direito, a racionalidade do direito moderno é usualmente abordada do ponto de vista

la toma de decisiones. De esta forma, en opinión de Habermas, podemos demostrar que también la toma de decisiones políticas instrumental o funcional tiene su lugar legítimo en el conjunto de procedimientos para dictar normas jurídicas. - Si mi interpretación es correcta, el ámbito marcado por Habermas para el procedimiento discursivo de creación de normas está más o menos limitado: como una cuestión de hecho, en sentido cuantitativo, en la sociedad moderna del capitalismo tardío la mayoría de las regulaciones jurídicas permanecen fuera de él. El principio discursivo de justificación sólo cubre aquellos conjuntos de normas jurídicas que regulan las esferas de actividad situadas dentro del mundo de la vida o los contenidos de las que al menos tienen una conexión directa con las normas morales que guían la actividad comunicativa en el mundo de la vida. Utilizando la terminología del propio Habermas, es una cuestión del Derecho como institución (Recht als Institution). Por otro lado, Habermas utiliza la noción de Derecho como medio (Recht als Medium) para referirse a aquellas regulaciones jurídicas que organizan los subsistemas de la economía y del Estado o la administración pública. Según Habermas estos subsistemas están guiados por el dinero y el poder, y a través de estos medios han llegado a hacerse independientes del mundo de la vida. El Derecho como medio está representado por la mayor parte del Derecho económico y del administrativo. (pp. 51-2)

da teoria weberiana sobre o caráter racional-formal do direito moderno. Para ele, o conceito de Habermas de racionalidade comunicativa ou discursiva abre um caminho alternativo para analisar os problemas do direito moderno. A teoria da legitimidade procedimental do direito pode ser considerada como uma aplicação deste conceito à dimensão da racionalidade do objeto do direito, acrescentando que também os problemas da racionalidade interna do direito moderno podem ser analisados sobre a base dos conceitos da racionalidade discursiva¹⁴³. Mas Tuori deixa em aberto como e quais os resultados dessa aplicação.

5.4 A legitimação através do Direito

Como se vê, a ética discursiva apresenta a vantagem de reconhecer que é possível uma aferição de legitimidade a partir de um ponto de vista “interior” ao direito, dado que constata a institucionalização de valores através da sua positivação nas constituições modernas; mas o problema reside em que a pura procedimentalidade pode esvaziar os critérios materiais de medida de legitimidade. De fato, quando podemos falar de *aceitabilidade* das normas jurídicas? Evidentemente, falta aqui um critério ulterior que nos forneça um padrão de aceitabilidade. Resta assim examinar se esse padrão pode ser fornecido pela própria legalidade. De fato, Tuori aprecia o processo de legitimação *do* direito, mas falta dizer algo sobre o papel por sua vez legitimador do direito, ou seja, a

¹⁴³ Ibid, p. 65

legitimação obtida *através do* direito. Falta, em suma, que se analise a lição weberiana tomada em nova chave, qual seja, na contemporaneidade. Parece ser este o desiderato de Ferrari¹⁴⁴, que se dedica a estudar a legitimidade através do estudo dos instrumentos mediante os quais os atores sociais tentam suscitar consenso acerca de suas próprias ações, gerando a crença de que as mesmas são legítimas¹⁴⁵.

Na visão de Ferrari, legitimar uma ação através do direito significa justificá-la exibindo a sua adesão a um modelo normativo reconhecível pelo interlocutor. Em sua função legitimadora o direito é portanto um argumento que coloca o ator em vantagem mediante o consenso buscado pela sua atuação¹⁴⁶. Assim, segundo a ideologia jurídica oficial, uma ação é definida como “legítima” ou “ilegítima” conforme a modelos normativos prévios. Isto é, o direito é concebido como instrumento de legitimação *ante factum*, não *post factum*.

Mas qual elemento no direito é o fator predominante de legitimação? Os conteúdos ou os procedimentos? Para Ferrari é importante salientar a recorrência contínua da idéia da dissociação entre conteúdos e procedimentos, dissociação essa que encontra ecos em elaborações ideológicas aparentemente bastante diferentes entre si. Existem teorias que se encaminham para uma equação entre legitimidade e conteúdos decisórios, enquanto outras salientam a equação entre

¹⁴⁴ Cf. FERRARI, 1988.

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 197

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 206

legitimidade e respeito aos procedimentos. Mas para ele esses dois caminhos acabam no final por confluir:

Tanto si se sacrifican los contenidos normativos en honor del rito, como los ritos en nombre de los contenidos 'verdaderos', se acaba fatalmente por exaltar una forma de legitimación a través del Derecho, la que consiste en el argumento de autoridad. Ésta es presentada siempre como la dispensadora de la decisión 'jurídica' y, por ello, justa, bien por cuanto es el resultado de un proceso rígido pero vacío, bien porque es justa en sí. Al término de este camino se percibe una autoridad que 'legitima' por el solo hecho de hablar, y se confía esencialmente en la tendencia natural del hombre a obedecer la ley sólo porque es tal ley y es 'justo' obedecerla¹⁴⁷.

Mas como opera a dialética conteúdos/procedimentos através das diversas “formas societárias” dos dois últimos séculos? Ferrari assevera que, com respeito ao direito da sociedade liberal do século XIX, pode parecer espontânea a referência à legitimação “procedimental” derivada do respeito às formas e processos decisórios. De outro lado, pode parecer espontâneo falar-se em legitimação “substantiva” com referência ao direito das sociedades assistenciais (*Welfare State*), nas quais o poder parece ter-se preocupado em exibir a correspondência entre as próprias decisões e os esquemas normativos populares. No entanto, a seu ver, esta hipótese não parece convincente, dado que as sociedades liberais elaboraram o

¹⁴⁷ (Tanto se sacrificam-se os conteúdos normativos em honra do rito, quanto os ritos em nome dos conteúdos ‘verdadeiros’, acaba-se fatalmente por exaltar uma forma de legitimação através do Direito, que consiste no argumento de autoridade. Esta é apresentada sempre como a fornecedora da decisão ‘jurídica’ e, por isso, justa, seja por ser o resultado de um processo rígido mas vazio, seja porque é justa em si. No final deste caminho percebe-se uma autoridade que ‘legitima’ pelo só fato de falar, e confia-se essencialmente na tendencia natural do homem para obedecer à lei só porque é a lei e é ‘justo’ obedecê-la.) Ibid, p. 207

princípio da *rule of law* insistindo tanto nos conteúdos normativos quanto nos procedimentos. De outra parte, nas sociedades assistenciais deste século, a erosão do direito e a sua incerteza cada vez mais acentuada afetaram tanto os conteúdos dispositivos quanto os procedimentos. Para Ferrari, o que distingue uma sociedade da outra é mais bem o fato de que a primeira elaborou um direito mais ou menos rígido e estruturado, enquanto que a segunda, um direito flexível e desestruturado. Parece-lhe, pois, que a sociedade liberal elevou a princípio legitimador primário *a regra em si mesma*, enquanto que a sociedade assistencial identificou tal princípio na *autoridade* que fornece ou negocia regras segundo as vicissitudes impostas pelo conflito político e pelas diferentes formas de entender, mais ou menos democraticamente, a relação entre cidadão e poder, já que o assistencialismo, em diversas formas, foi assumido tanto por regimes democráticos quanto autoritários¹⁴⁸.

Explica o autor peninsular que o direito foi entendido e exibido nas sociedades liberais, mais do que como uma variável independente, quase como uma constante, superior não somente às partes, mas aos próprios árbitros, sujeitos pertencentes ao mesmo círculo restrito, e portanto com facilidades para submeter-se reciprocamente a um controle real. Pelo contrário, nas sociedades assistenciais apresenta-se como uma variável dependente da autoridade das partes e dos árbitros, tanto mais cambiante e efêmero quanto mais se alargava a base social, e os vértices se

¹⁴⁸ Ibid, p. 216

distanciavam da mesma, constrangidos estes a mediar entre partes cada vez mais contrapostas¹⁴⁹.

Estas características parecem, para Ferrari, acentuar-se com a crise do estado assistencial. Erodidas as margens de riqueza que eram a sua condição, as elites políticas afastaram-se paulatinamente da base da sociedade também pelo crescimento desmesurado de um corpo intermediário de sujeitos para-políticos, dedicados à formação e gestão do consenso e favorecidos por isso, como contrapartida, com intercâmbios reais com os vértices: sujeitos que representam um custo real, e não dos menores, no estado social. E continua: *Así, la clase política ha acentuado su tendencia a responder a las necesidades sociales de forma aparente, con medidas puramente simbólicas convertidas en espectaculares por la sagaz utilización de los media*¹⁵⁰. Em consequência, a legitimação através do direito converteu-se assim em algo cada vez mais fictício à medida em que o mesmo direito foi-se convertendo em algo mais ilusório e epifenomênico. E conclui: *En la sociedad 'postmoderna', en la que la política es espectáculo, también se convierte en espectáculo su símbolo primario, el jurídico*¹⁵¹.

¹⁴⁹ Ibid, pp. 216-7

¹⁵⁰ (Assim, a classe política acentuou a sua tendência de responder às necessidades sociais de forma aparente, com medidas puramente simbólicas convertidas em espetaculares pela sagaz utilização da mídia.) Ibid, p. 217

¹⁵¹ (Na Sociedade 'pós-moderna', na qual a política é espetáculo, também converte-se em espetáculo seu símbolo primário, o jurídico.) Ibid, p. 218

5.5 *Legitimidade e Legalidade*

Tem-se ainda de analisar mais a fundo a relação entre a legitimidade e a lei, dado que essa relação torna-se conspícua a partir da consolidação do estado moderno e as formulações de Weber sobre o tipo de dominação que o caracteriza, qual seja a legal-racional.

A redução do problema de legitimidade àquele da legalidade exprime para autores sistêmicos como Palombella¹⁵² uma exigência atual: o direito somente poderá operar como redutor de complexidade se suas prestações forem previsíveis e o seu código for simples e inequívoco. Esta qualidade perder-se-ia se se renunciasse a uma legitimidade puramente legal e fazendo emergir instâncias de legitimidade não formais, mas “materiais”, ou seja, referidas a valores ou necessidades¹⁵³. Na sociologia weberiana o direito é o *legitmans* do poder, em virtude da sua característica legal-racional (ou seja, extrai sua força legitimadora da sua formalidade e racionalidade).

Acontece que essas características esvanecem-se com o advento do estado social, eis que muda a forma da lei. De fato, com o surgimento do

¹⁵² Cf. PALOMBELLA, 1993, pp. 127-168

¹⁵³ *Ibid*, p. 127

Welfare State as leis caracterizam-se muitas vezes por veicular prestações sociais, propiciando a irrupção de uma racionalidade já não mais formal, correspondente ao estado liberal, mas material. Assim, o direito perde seu caráter nomodinâmico, como pretendia Kelsen, aproximando-se dos sistemas morais, caracterizados pela dedutibilidade das normas a partir de outras por relação aos seus conteúdos. De fato, como lembra Palombella, a racionalidade formal, atingida pelo direito somente após a autonomização de princípios teocráticos, ou ético-sacrais, consente a interna dedutibilidade de normas a partir de outras normas. Essa racionalidade é violada se ligada a objetivos de bem-estar social, ou equidade, ou a uma ética determinada¹⁵⁴.

Se o poder legal suporta a agressão de conteúdos materiais, dado que tenta satisfazer pretensões determinadas, e o direito-lei não responde mais às características de generalidade, abstração e sistematicidade que conformam um direito de natureza formal, esvai-se também o princípio de legitimação postulado por Weber. Não se trata de uma mudança na estrutura do poder e portanto de sua legitimidade, mas em coerência com o ponto de vista de Weber (para quem, como se viu, a legitimidade é o motivo pelo qual se obedece a um poder), trata-se de uma mudança do tipo de pretensão cuja satisfação assume relevância para a legitimação do poder. A legitimidade do poder passa a depender da capacidade eudemonística do estado social. Esta consequência é o que propicia a rediscussão atual do problema da legitimação.

¹⁵⁴ Ibid, p. 129

Como se viu acima, Habermas tenta apresentar o direito como *legitimans* somente na medida em que ele institucionalizar procedimentos que consintam a prevalência, na discussão pública, de argumentações racionais prático-morais, ou seja, que garantam uma lógica argumentativa do tipo *moral* para a decisão.

Acontece que em Habermas a relação com a moral é imanente ao direito, dado que para ele a racionalidade da esfera jurídica obriga a motivar e justificar as decisões em contextos abertos, também do ponto de vista dos princípios (dado que os mesmos foram progressivamente incorporados e traduzidos em direito positivo)¹⁵⁵. E esses valores são plasmados nas cartas constitucionais, como já observado no capítulo primeiro desta tese.

Por isso, para Palombella, a nova legalidade constitui-se em

*...una legalità costituzionale che (rompendo l'interpretazione continentale del principio de legalità, Gezetsmassigkeit), recupera l'insieme di valore contenuto nelle costituzioni, e, sovraordinato alla legge ordinaria, esprime un contenuto materiale specifico di valori ed é assunta come frutto di un patto. In ogni caso, il monstrum di una legalità non-formale, non una degenerazione della legalità, ma una legalità piú alta*¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cf. HABERMAS, 1992, pp. 71-74

¹⁵⁶ (...uma legalidade constitucional que (quebrando a interpretação continental do princípio de legalidade, Gezetsmassigkeit), recupera o conjunto de valores contidos nas constituições, e supra-ordenado à lei ordinária, expressa um conteúdo material específico de valores e é assumida como fruto de um pacto. Em todo caso, o *monstrum* de uma legalidade não-formal, não uma degeneração da legalidade, mas uma legalidade mais alta.) Cf. PALOMBELLA, op. cit., p. 144.

Esse enfoque tem o mérito de levar a um verdadeiro núcleo teórico forte da legitimação constitucional por referência a valores. Para o autor peninsular, as contradições estampadas nas constituições não são o produto de pontos de vista teórico-ideológicos (democráticos vs. garantistas), mas consequências do fato de que as constituições parecem remeter a duas formas de legitimação complementares: uma referente a valores e a outra referente a fins¹⁵⁷. O aumento da crença com base na racionalidade referente a fins faz prevalecer a legalidade ordinária, reduzindo a força incondicionada dos valores da constituição. A legitimação com base nos valores é por seu turno, na visão de Palombella, adequada ao tribunal constitucional, o qual somente pode operar sob o pressuposto de “crer” incondicionalmente na unidade de valores da própria constituição (a qual evidentemente se legitima perante a corte¹⁵⁸).

A função da Corte Constitucional adquire assim novos contornos:

Poiché il potere non puo poggiare ulteriormente sulla giustificazione in base alla legge, la costituzione lunga rigida e garantita rilegittima il sistema giuridico sul nuovo piano della legittimazione per valore. L'opera della Corte costituzionale consiste allora nel fare da cinghia di trasmissione tra l'unita 'creduta' come propria della costituzione e la formale operatività della legge¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Ibid, p. 145

¹⁵⁸ Ibid, p. 147

¹⁵⁹ (Dado que o poder não pode apoiar-se ulteriormente sobre a justificação com base na lei, a constituição longa, rígida e garantida relegitima o sistema jurídico sob o novo plano da legitimação por valores. A obra da Corte constitucional consiste então em fazer o papel de correia de transmissão entre a unidade 'acreditada' como própria da constituição e a operatividade formal da lei.) Ibid, pp. 147-8

Para o autor, a tarefa da corte constitucional é inextensiva ao juiz ordinário, já que este é *soggetto alla legge*, enquanto aquela é orientada pelo cânone do raciocínio que constitui a ligação entre a abstração e a transcendência do valor e a realidade política concreta das finalidades (expressas na lei, que não pode legitimar-se com base a um valor, já que é fruto dos embates parlamentares)¹⁶⁰.

Estamos assim perante um duplo modelo de racionalidade (e legalidade) constitucional e ordinária, a qual coloca as cartas constitucionais num novo “nível”¹⁶¹. Para afrontar esta questão, diz Palombella que convém explicitar o problema da legitimação diretamente a partir da constituição, ou seja, do explícito reconhecimento desse duplo nível de legalidade¹⁶². Para ele, o modelo teórico que dá conta do fenómeno é aquele elaborado pelos pensadores norte-americanos, qual seja o da *dualist democracy*. Tal modelo mantém a distinção entre o detentor da soberania (*We The People*) e o legislador ordinário (*We the Normally elected Politicians*). As normas postas pelo detentor da soberania (por exemplo, as emendas que consagram direitos fundamentais), limitam e circunscrevem a atividade do legislador ordinário. Enfim, essa teoria, ...*assume che una costituzione (definibile*

¹⁶⁰ Ibid, p. 148 : *In verità, la legge non può legittimarsi in base ad un valore, essendo invece il frutto della contesa parlamentare. Il compito politico della Corte costituzionale, inestensibile al giudice ordinario (soggetto alla legge), è necessariamente orientato dal canone della ragionevolezza, che costituisce il vero trait d'union tra l'astrattezza e la trascendenza del valore e la politica realta concreta degli scopi. Ciò vale anche se la Corte, nella prassi, ha teso volentieri ad orientarsi a scopi contingenti, posizionando i propri parametri sulla finalita del risultato, e la risoluzione dei conflitti. In contrasto con un modello di legittimazione fondato sulla duplice razionalità (e legalità) costituzionale e ordinaria, ogni diverso modello unitario, proprio perché tale, potrebbe essere sospetto di aver perduto contatto con la piu importante novita dello Stato moderno, il nuovo 'livello' della Costituzione.*

¹⁶¹ Ibid, p. 162

¹⁶² Ibid, p. 162.

*come dualista) distingua tra due differenti tipi di decisione propri di una democrazia; l'una é una decisione diretta del popolo (We the People), l'altra é una decisione delle autorità politiche (Government)*¹⁶³.

Já para Vernengo¹⁶⁴, apesar de ser uma tese firmada do positivismo jurídico que a validade de uma ordem jurídica não depende de uma moral aceita, a crítica interna e valorativa de um regime político - e de seu direito positivo correlativo - realiza-se a partir de certas pautas de legitimidade, definidas a partir de critérios ideológicos¹⁶⁵. Com efeito, a legalidade, a seu ver, somente permite o controle formal de validade das normas estatuídas, e, por consequência, implica um certo conformismo perante o direito objetivo. Se este pudesse ser avaliado e criticado internamente seria necessário contar com critérios aptos para julgar a legalidade a partir de um ponto de vista não formal. Para ele, ... *estos criterios suelen considerarse los propios de la legitimidad del sistema normativo en cuestión, y dado que sus pautas no pueden coincidir con las normas jurídicas objetivas, se los suele identificar con principios morales*¹⁶⁶. Assim, distinguimos a validade formal de um direito positivo, garantida pela sua forma regrada de produção e aplicação - isto é, pela sua legalidade - da sua validade material ou valorativa resultante de um

¹⁶³ (...assume que uma constituição (definível como dualista) distinga entre dois diferentes tipos de decisão próprios de uma democracia; uma é uma decisão direta do povo (We the People), a outra é uma decisão da autoridade política (Government).) Ibid, p. 165

¹⁶⁴ Cf. VERNENGO, 1992, pp. 267-285

¹⁶⁵ Ibid, p. 267

¹⁶⁶ (...estes critérios costumam ser considerados aqueles próprios da legitimidade do sistema normativo em questão, e dado que as suas pautas não podem coincidir com as normas jurídicas objetivas, costuma-se identificá-los com princípios morais.) Ibid, p. 267.

juízo moral sobre os conteúdos e funcionamentos das normas jurídicas.

É claro que isso suporia a possibilidade de contar com critérios suficientes para distinguir o domínio pertencente ao direito objetivo daquele integrado pelas pautas morais. A filosofia política para o autor costuma ser extremamente vaga na definição desses critérios¹⁶⁷.

No que diz com a validade, a recente tradição, fundada por Kelsen, a postula como diferente da eficácia. A validade supõe a existência da norma num ordenamento jurídico, consistindo na própria pertinência daquela ao ordenamento positivo respectivo. Diz Vernengo que para Kelsen essa pertinência pode considerar-se efetiva se se verificam certos atos, tais como a promulgação de uma lei ou sua aplicação por um tribunal. Mas também é frequente a referência, seja a normas morais ou jurídicas, como válidas no sentido de contar com um valor intrínseco que lhes confere mérito para serem dignas de obediência; fala-se de uma validade axiológica ou normativa - a norma válida deve ser acatada - o que conceitualmente não coincide com a propriedade anteriormente destacada¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Nas palavras do autor, *...distinguiríamos la validez formal de un derecho positivo, garantizada por su forma reglada de producción y aplicación - esto es, por su legalidad -, de su validez material o valorativa resultante de un juicio moral sobre los contenidos y funcionamiento de las normas jurídicas. Claro está que ello supone que se cuente con criterios suficientes para distinguir el dominio compuesto por el derecho objetivo y el dominio integrado por las pautas morales y, además, que se defina de alguna suerte las relaciones postuladas entre ambos dominios. La literatura política suele ser extremadamente vaga en ambos aspectos; incumbe a la teoría y filosofía del derecho poner alguna precisión en esta discusión, una discusión en que vuelven a aflorar viejos temas de la especulación ética y iusfilosófica.* (ibid, pp. 267-8).

¹⁶⁸ Ibid, p. 268

Para Vernengo, aqueles que consideram interessante a noção de validade normativa apontam que não levá-la em consideração implicaria deixar sem explicação suficiente o dever não jurídico - isto é, moral - de obedecer ao direito. Em consequência, postulam que as normas do direito positivo requerem um fundamento moral, ou seja, normas morais que lhes outorguem validade axiológica.

As normas jurídicas então teriam uma validade relativa enquanto pertencentes a uma ordem jurídica positiva e uma validade absoluta enquanto intrinsecamente valiosas no plano moral¹⁶⁹.

Na verdade, para o autor, na trilha de Garzón Valdés, a relação entre um direito positivo e uma moral positiva (relação entre conjuntos de normas) somente encontra seu ponto de contato na idéia segundo a qual a legitimidade de um direito positivo está dada pela concordância dos princípios sustentados pela regra de reconhecimento do sistema com aqueles da moral crítica ou ética¹⁷⁰.

Assim, pareceria que a legitimidade de normas jurídicas positivas fosse tema de uma crítica a partir do ponto de vista externo, como aquele que pode realizar um indivíduo ao qual o ordenamento observado não

¹⁶⁹ Mas deve-se levar em conta que ...la falta de validez de una norma jurídica, por ilegitimidad moral, no afecta, claro está, la validez de otras normas y la legalidad global del sistema jurídico. Es decir, la legitimidad para esta forma de pensar es una propiedad de la relación supuesta entre norma jurídica y norma moral cuando ambas regulan el mismo hecho. La legitimidad funciona, en estos casos, como un principio de derogación admitido por los sistemas jurídicos positivos, así como en el derecho argentino cabe la anulación judicial de las obligaciones de contenido inmoral. Se trata de una derogación legalmente regulada - por tanto, condicionada en su legalidad - bajo la forma de una descentralización en los procesos de eliminación de normas de un orden jurídico positivo. (ibid, pp. 269-70).

¹⁷⁰ Ibid, p. 270

obriga do ponto de vista político ou moral. A discussão moderna sobre a legitimidade moral do direito positivo é assim uma versão bastante atenuada de teses jusnaturalistas mais rigorosas: enquanto alguns jusnaturalistas chegaram a negar a validade de normas jurídicas que contrariassem a moral, a tese da ilegitimidade serve apenas de fundamento para possíveis críticas, de um ponto de vista valorativo, ao direito positivo. Estas críticas não questionam a validade formal das normas.

De qualquer sorte, estaríamos segundo o autor, perante o problema de determinar quais sejam as relações que podem ser estabelecidas entre dois conjuntos normativos cujos elementos obedecem, em princípio, a regras de formação diferentes¹⁷¹.

Assim, pensar que as normas jurídicas tenham algum fundamento moral a legitimá-las supõe que as mesmas sejam inferíveis de regras morais. Isso é rejeitado por autores que proclamam que a derivação argumentativa moral não é dedutiva mas está sujeita a padrões de racionalidade diferentes de tipo pragmático. Mas como se admite que de alguma forma a moral legitima, justifica ou convalida as normas jurídicas positivas, algum tipo de implicação dedutiva deve aqui operar.

É obvio para o autor que tal implicação não deve ser a mesma do jusnaturalismo clássico. Cita ele a tese difundida tanto no pensamento filosófico quanto no jurídico, referente aos direitos humanos, que reputa que os princípios morais são anteriores ou prévios às regras jurídicas, sem

¹⁷¹ Ibid, p. 271

que essa prioridade temporal implique supor uma causalidade fática. Para essa tese, não se trata de que as normas jurídicas adquiram a sua existência como consequência da instauração prévia de normas morais, pois estas não tem data de criação, mas valem desde sempre. As normas jurídicas, no entanto, são estatuídas por atos históricos de legisladores concretos. Vernengo critica essa tese postulando que se as normas jurídicas derivassem sua existência ou validade normativa de normas morais preexistentes desde sempre, então as normas jurídicas também seriam eternas, o que contradiz a característica de positividade que lhes é atribuída pelos juristas.

A segunda forma de pensar a relação de fundamentação moral das normas jurídicas encontrada na literatura contemporânea consiste em distinguir aquelas normas jurídicas, ou conjuntos de normas, que não somente tem validade empírica, mas que possuem também validade axiológica. Elas não seriam simplesmente válidas, mas também legítimas. Trata-se da idéia esposada acima por Garzón Valdés que define a legitimidade como *la concordancia de los principios sustentados por la regla de reconocimiento del sistema (jurídico) con los de la moral crítica o ética*¹⁷². Para Vernengo, essa definição está vinculada a uma particular concepção da regra de reconhecimento da qual ele discrepa, pois para ele talvez não seja uma norma integrante dos ordenamentos jurídicos positivos mas um enunciado de metalinguagem com os quais juristas e órgãos decisórios analisam o direito que estudam ou aplicam. Em todo caso, para

¹⁷² (a concordância dos princípios sustentados pela regra de reconhecimento do sistema (jurídico) com aqueles da moral crítica ou ética) Cf. GARZÓN VALDÉS, 1987, p. 5

o autor argentino a noção de legitimidade está relacionada a padrões valorativos morais e pois diferenciada da noção de legalidade (validade)¹⁷³.

A partir dessas constatações, o autor decide perquirir se cabe legitimidade moral sem legalidade. Parte ele da análise das teorias da ética discursiva, para as quais a legitimidade moral é condicionada pela legalidade, embora o problema continue sendo sempre o das relações entre a moral e o direito, relações essas cujas definições ...*permanecen en el terreno de las metáforas sugestivas*¹⁷⁴. Para ele, a afirmação de Habermas sobre a complementação mútua entre direito exteriorizado e moral interiorizada¹⁷⁵ é por demais vaga e obscura, eis que não diz nada sobre quais sejam as relações entre direito e moral. A abordagem habermasiana não é pois substantiva, mas processual ou formal. A moral amarrada ao direito seria para o autor alemão de natureza puramente procedimental, despida de todo conteúdo normativo determinado¹⁷⁶.

Para Vernengo fica claro que para a teoria habermasiana da ética discursiva a moral permanece totalmente juridicizada e que a rigor deve ser repellido o princípio clássico de que o direito fique submetido a princípios morais, como quer a atual literatura referente à legitimidade. Ou a noção jusnaturalista de que uma dominação exercida sob a forma de direito positivo deva sua legitimidade ao conteúdo moral implícito das qualidades formais do direito. Assevera o autor argentino que é ao

¹⁷³ Ibid, p. 277

¹⁷⁴ (...permanecem no terreno das metáforas sugestivas.) Ibid, p. 278

¹⁷⁵ Cf. HABERMAS, 1992, cit (*passim*)

¹⁷⁶ Cf. VERNENGO, op. cit., p. 280

contrário o direito que em certos casos ...*convalida la validez legal de las pautas morales, las cuales, como creían Max Weber y Hans Kelsen, son 'deficientes' para otorgar validez empírica a las normas producidas por órganos políticos*¹⁷⁷ .

Conclui ele que pretender fundar moralmente o direito supõe que a validade do mesmo (a sua existência reconhecida como conjunto de normas sociais aplicáveis) depende do julgamento moral dos sujeitos morais, julgamento esse que para o próprio direito objetivo é descartável. Trata-se, para Vernengo, de que a chamada vontade do Estado se identifique com a vontade de cada um, o que é um ideal irrealizável¹⁷⁸ .

5.6 Maiorias e ética comunicativa

Como se depreende dos enfoques de boa parte dos autores examinados, é grande e sempre presente a tentação de reduzir o tema da legitimação àquele das maiorias produtoras de consensos, dado que a forma de exercício do poder que presenciamos hoje no ocidente encontra sua mínima expressão formal na regra da maioria, base da democracia representativa. Mas essa regra é condição suficiente para falar-se em legitimidade democrática no estado de direito? Parece ser esta a

¹⁷⁷ (...convalida a validade legal dos padrões morais, os quais, como acreditavam Max Weber e Hans Kelsen, são 'deficientes' para fornecer validade empírica às normas produzidas pelos órgãos políticos.) Ibid, p. 282

¹⁷⁸ Ibid, p. 283

preocupação de Roig¹⁷⁹ quem, a partir da matriz habermasiana - na mesma linha de Saavedra - tenta compatibilizar regra da maioria e ética comunicativa. De fato, para este autor parece impossível, no contexto histórico e cultural no qual nos encontramos, falar de legitimidade do poder ou de justiça do direito sem compreender a ambos dentro do sistema democrático. Parte ele da idéia de que a democracia política e as liberdades que são a sua condição, representam um *prius* sem o qual inviabiliza-se a postulação até mesmo de forma virtual dos direitos¹⁸⁰. E esclarece que não é que aquelas sejam anteriores no sentido jusnaturalista, mas elas se encontram na estrutura de todo possível consenso.

Recorda Roig que uma das críticas tradicionais que foram feitas, ao longo da história, à democracia, refere-se à utilização do critério das maiorias, por força do qual é possível limitar o significado da liberdade. Mas para ele a soberania popular não tem por que conduzir ao decisionismo, sobre tudo dentro de sistemas que garantem a racionalidade formal (consenso baseado numa comunicação livre de distorções) e a racionalidade material (sociedade emancipada que persegue interesses generalizadores) do discurso. Se num caso extremo se desse uma situação deste tipo, já não se poderia falar em democracia, dado que esta teria sido destruída¹⁸¹.

¹⁷⁹ Cf. ROIG, 1991, pp. 87-103.

¹⁸⁰ Ibid, p. 87

¹⁸¹ *El poder debe ser consciente de que el criterio de las mayorías puede llevar a lo que Mill llamaba la tiranía de la mayoría. (...)La coordinación del sistema democrático con el diálogo moral, con la comunidad de comunicación, exige el diálogo entre las mayorías y los grupos sociales minoritarios (ibid, p. 88)*

Para ele, um dos trabalhos do Poder consiste em tornar compatível a regra das maiorias com uma situação ideal de comunicação intersubjetiva. Em definitiva, é necessário que não se atribua às decisões das maiorias mais do que um valor pragmático, e não um valor absoluto que implique o dever de submeter-se às mesmas como se fossem verdades definitivas¹⁸².

De qualquer forma, a equação legalidade/legitimidade mantém-se fecunda desde que seja usada como ponto de partida para uma análise dos conteúdos das normas legais: esse é o entendimento de Legaz y Lacambra¹⁸³, que postula que a legitimidade refere-se aos princípios justificadores do direito¹⁸⁴. Pode-se dizer que o princípio da legalidade consiste em ater-se à regra de direito ditada pelas autoridades competentes, mas isso sob a condição de que essa regra de direito cumpra a sua função de fazer com que as prerrogativas que todo ser humano é merecedor pelo fato de sê-lo se vejam protegidas. Não basta, pois, a autojustificação, mas requer-se, além disso, uma justificação objetiva, isto é, perante os demais. Por conseguinte, conclui, a legalidade implica um elemento material que no Ocidente é o respeito à dignidade do indivíduo¹⁸⁵.

¹⁸² Ibid, p. 89

¹⁸³ Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, 1973, especialmente pp. 618-23.

¹⁸⁴ Ibid, p. 620

¹⁸⁵ *...la legalidad se abre, constitutivamente, a la cuestión de la legitimidad. MAX WEBER explica, en plano sociológico, atendiendo al hecho de la autojustificación: 'la subsistencia de toda dominación se manifiesta del modo más preciso en la autojustificación que apela a principios de legalidad'. Se puede decir que el principio de legalidad consiste en "atenerse a la regla de Derecho dictada por las autoridades competentes", pero a condición de que la regla de Derecho cumpla su función de hacer que las prerrogativas que todo ser humano merece por el hecho de serlo se vean protegidas. No basta, pues, la 'autojustificación' sino que se requiere, además, la 'justificación objetiva', es decir, ante los demás. Por consiguiente, la legalidad implica un elemento*

5.7 Os limites da decisão majoritária

Finalmente, MacCormick¹⁸⁶ indaga sobre os limites do poder democrático legítimo em confronto com o constitucionalismo, ou seja, as possibilidades do exercício democrático do poder legítimo ser limitado pela constituição, e o respeito desses limites ser reforçado em nome do constitucionalismo¹⁸⁷. Entendido o constitucionalismo como a virtude política do respeito à constituição e os limites que ela antepõe ao poder legítimo, coloca-se a questão de se o constitucionalismo ser antitético ou de outro lado necessário à democracia. De fato, num estado no qual o direito é respeitado, é observada a “Rule of Law”, a qual representa que nenhum poder estatal é ilimitado¹⁸⁸.

Recorda MacCormick que um componente importante do direito constitucional em quase todos os países modernos, é constituído pelas normas que tutelam os direitos humanos fundamentais dos indivíduos (tradicionalmente, direitos civis e políticos; atualmente, também direitos sociais). A importância destes direitos reside no fato de que eles põem limites ao poder legítimo dos órgãos do estado¹⁸⁹.

‘material’ que, en el Occidente, es el respeto a la dignidad del individuo y en los regimenes socialistas es el favorecer la instauración del sistema de democracia socialista. (id, p. 623)

¹⁸⁶ Cf. MACCORMICK, in AA.VV., 1994, pp. 189-210.

¹⁸⁷ Ibid, p. 189

¹⁸⁸ Ibid, p. 190

¹⁸⁹ Ibid, p. 190

Uma constituição, se devidamente observada, confere ao poder político as vestes de autoridade legal, e, ao mesmo tempo, coloca vínculos e limites para o seu exercício. Mas, adverte ele, que

...le costituzioni non sono soltanto cornici normative che disciplinano l'esercizio del potere politico, stabilendo chi può esercitare quele potere entro quali limiti cui sono soggetti (limiti che dovrebbero o devono necessariamente essere rispettati); esse sono anche fonti del potere politico de facto che può essere esercitato senza tener conto di quei limiti. Un vivido esempio in proposito è offerto dai due grandi scandali politici americani del Watergate e dell'Irangete, in cui l'autorità conferita dalla costituzione fu usata come fonte di un potere politico che fu poi esercitato in modo incostituzionale¹⁹⁰.

E se o constitucionalismo é a crença segundo a qual o poder político deve ser exercido em conformidade às disposições constitucionais e deve estar sujeito a limites constitucionais - entre os quais a separação dos poderes, eficazes freios e controles entre os órgãos do estado e a tutela pelo menos daqueles direitos que devem ser protegidos segundo a teoria dos direitos constitucionais -, é possível que líderes políticos, militares ou de outro tipo, aproveitem o poder a eles conferido pela constituição para agir fora, além ou contra a própria constituição. Ora, isso não poderá acontecer (pelo menos à luz do dia) se não houver uma ideologia qualquer

¹⁹⁰ (...as constituições não são apenas molduras normativas que disciplinam o exercício do poder político, estabelecendo quem pode exercer aquele poder dentro de cujos limites está sujeito (limites que deveriam ou devem necessariamente serem respeitados); elas são também fontes do poder político de fato que pode ser exercido sem levar em conta aqueles limites. Um vívido exemplo a esse propósito é oferecido pelos dois grandes escândalos políticos americanos do Watergate e do Irãgate, nos quais a autoridade conferida pela constituição foi usada como fonte de um poder político que veio a ser posteriormente exercido de modo inconstitucional.) Ibid, p. 194.

apta a legitimizar e justificar esse tipo de ações¹⁹¹. Surge assim a possibilidade da utilização de um “apelo ao povo”, enquanto autoridade suprema. Os apelos deste tipo, segundo o autor, parecem sempre implicar o uso, ou o abuso, de reclamos ideológicos a ideais democráticos de algum tipo¹⁹².

Nesta sede, aquilo que se denomina “democracia” é simplesmente a regra da maioria. A democracia, assim entendida, é claramente uma doutrina que se opõe ao constitucionalismo.

No entanto, para o autor, pode encontrar-se uma profunda interdependência entre democracia e constitucionalismo. Para que a democracia, ou o poder do povo, seja uma forma de governo estável, mais do que um espasmo transitório ligado a um evento revolucionário, é necessário que seja respeitado o ordenamento constitucional e seja garantido o Estado de Direito.

¹⁹¹ Ibid, p. 194

¹⁹² Ibid, p. 195: *...ho accennato alla possibilità che vi sia una costituzione senza (perfetto) costituzionalismo. È possibile che leaders politici, militari, o di altro tipo, sfruttino il potere acquisito conferito loro dalla costituzione per agire al di fuori, o al di là, o contro la costituzione stessa. Ciò non potrebbe accadere, e in particolare non potrebbe accadere alla luce del giorno, se non vi fosse una qualche ideologia atta a legittimare e giustificare quanto accade. Persino il capo di un colpo di stato militare deve far leva sulle convinzioni della truppa, anche se il resto della società può semplicemente essere soggiogato con le armi. L'esperienza comune suggerisce varie possibilità: fare appello ai valori religiosi tradizionali (per esempio, contro l'ateismo comunista), oppure ai veri valori della costituzione contro la loro corruzione perpetrata da inetti capi precedenti, e così via. Più interessante ai fini del presente discorso, tuttavia, è la possibilità di un appello fatto, per così dire, sulla testa della costituzione, direttamente 'al popolo' quale autorità suprema. Per l'occasione, il 'popolo' potrebbe avere una connotazione di classe (come ad esempio in un appello rivolto alla classe operaia contro gli sfruttatori), o una connotazione anticolonialista (come ad esempio in un appello rivolto al popolo contro oppressori esterni), o una connotazione nazionalista (ed è difficile immaginare che in tutti questi casi non vi sia alcun appello al sentimento nazionale).*

O problema não é garantir que, quando todo um povo (ou a sua grande maioria) esteja determinado ao obter uma mudança, possa fazê-lo. Para isso, seriam necessárias duas condições: a) é essencial que cada um possa contribuir em igual medida para a deliberação sobre o mérito da mudança e depois à formação da vontade da maioria; b) é necessário que os cidadãos estejam protegidos nas suas pessoas, em suas relações privadas e na propriedade pelo menos de alguns bens, a fim de que possam gozar daquela independência pessoal indispensável para haver uma decente possibilidade de contribuir ao debate público e às decisões públicas¹⁹³. Enfim, devem ser oferecidas a eles aquelas garantias que se resumem na expressão “due process of law” (*devono essere garantiti almeno i tradizionali diritti civili e politici, e, con tutta probabilità, anche alcuni dei più controversi diritti sociali ed economici*)¹⁹⁴.

Essas condições não podem ser destruídas por uma eventual maioria. É assim paradoxal, diz o autor, que o resultado de uma reflexão sobre as condições para a estabilidade da democracia pareça implicar a necessidade de procedimentos não majoritários de decisões sobre determinadas matérias fundamentais. De fato, se se convencionou sobre a possibilidade de dar garantias internas ou externas aos direitos fundamentais (através de uma constituição rígida ou convenções internacionais), então deve admitir-se o recurso a tribunais competentes para decidir sobre as violações concretizadas ou tentadas de tais direitos.

¹⁹³ Ibid, p. 197

¹⁹⁴ (devem ser garantidos pelo menos os tradicionais direitos civis e políticos, e, com toda probabilidade, também alguns dos mais controvertidos direitos sociais e econômicos) Ibid, p. 197.

Certo, em teoria o poder de revisão constitucional é atribuído em última instância ao povo; mas, na prática, é tarefa dos juizes tomar algumas das decisões fundamentais em temas de interpretação e aplicação de todos os textos nos quais são definidos aqueles direitos. Dentro de tais limites, as condições para garantir a democracia requerem e justificam o parcial sacrificio de princípios pura ou abstratamente democráticos¹⁹⁵.

Conclui o autor que a democracia somente funciona onde o ordenamento constitucional esteja bem construído sobre a base de uma séria tradição constitucional, onde o ordenamento constitucional utilize a separação dos poderes (subtraindo a jurisdição ao controle democrático, ressalvada a possibilidade de júri popular), e onde pelo menos a tutela dos direitos que derivam da constituição esteja firmemente assegurada. Neste sentido, o constitucionalismo é entendido por ele - corretamente - como um pré-requisito da democracia. Isso pode impor - e efetivamente impõe - limites ao princípio de maioria e ao princípio de igualdade. Nesse sentido, uma democracia constitucional é talvez uma democracia imperfeita, dado que reconhece direitos fundamentais que somente em parte derivam do próprio conceito de democracia, e insiste que tais valores da democracia devem ceder perante estes direitos. Trata-se de uma democracia *sui generis*, e não uma democracia sem ulteriores especificações. Mas esta parece ser para ele a única concepção praticável da democracia¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Ibid, p. 205

¹⁹⁶ Ibid, pp. 208-9

Como se vê, MacCormick reivindica para a democracia constitucional um *status* de “democracia imperfeita”, eis que os limites representados pelos direitos fundamentais distorceriam a vontade majoritária, que seria então a indelével marca democrática dos regimes. Mas a democracia, forma de convivência social, além de modelo de dominação, na forma que veio sendo construída nos últimos séculos, deve ser vista em toda sua complexidade, respeitada a distinção - que não é apenas teórica, mas institucional - entre seus aspectos *formal* e *material*. E é esta a reconstrução conceitual - e simultaneamente descritiva - efetuada pela teoria garantista. Com efeito, em ensaio recente, Ferrajoli impugna a abordagem de MacCormick nos seguintes termos:

...o constitucionalismo, de que ontem Neil MacCormick fez uma apaixonada defesa, é não tanto, como ele disse, um elemento antitético à democracia (política e formal), como sobretudo o seu necessário complemento substancial. As duas classes de normas sobre a produção jurídica...- as formais que condicionam a vigência, e as substanciais que condicionam a validade - garantem de fato outras tantas dimensões da democracia: a dimensão formal da ‘democracia política’, que respeita ao quem e ao como das decisões e que é garantida pelas normas formais que disciplinam as formas das decisões, assegurando com elas a expressão da vontade da maioria; e a dimensão material daquilo que podemos chamar ‘democracia substancial’, dado que respeita ao que não pode ou deve ser decidido pela maioria, e que é garantida pelas normas substanciais que das mesmas decisões disciplinam a substância ou o significado, vinculando-as, sob pena de invalidade, ao respeito dos direitos fundamentais e dos outros princípios axiológicos por elas estabelecidos¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Cf. FERRAJOLI, in OLIVEIRA Jr., 1997. A citação é extraída da p. 98 (ênfases do autor).

Assim, para o garantismo, a partir de um enfoque jurídico-normativo do Estado de Direito, a democracia somente poderá ser entendida na abrangência desses seus dois aspectos: o formal e o material. Essa concepção de democracia leva à conseqüente indagação sobre o modelo de legitimidade esposado por essa teoria. Cabe então explicitá-lo.

CAPÍTULO VI - O MODELO GARANTISTA DE LEGITIMIDADE

6.1 O Garantismo como filosofia da política

Além dos significados aludidos no capítulo anterior, o “garantismo” designa também uma *filosofia do direito e crítica da política*, condensando-se numa filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência. Isto permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre ser e dever ser *do direito*, o que é denominado por Ferrajoli de “ponto de vista externo”¹⁹⁸. Tal “ponto de vista” é para o autor essencialmente democrático, pois *ex parte populi*, à

¹⁹⁸ Cf. FERRAJOLI, 1995, p. 853. Na mesma obra, à p. 213, o autor expõe a sua conceituação do que seja tal ponto de vista: Punto de vista normativo externo y punto de vista normativo interno: justicia y validez. De ‘legitimidad’ y de ‘legitimación’ del derecho penal - como en general del derecho positivo o de cada una de sus normas o instituciones - puede hablarse en dos sentidos distintos: en el sentido de ‘legitimidad’ o de ‘legitimación externa’ y en el sentido de ‘legitimidad’ o ‘legitimación interna’. Por legitimación externa o justificación entiendo la legitimación del derecho penal por referencia a principios normativos externos al derecho positivo, es decir, a criterios de valoración morales o políticos o de utilidad de tipo extra o meta-jurídico. Por legitimación interna o legitimación en sentido estricto entiendo por el contrario la legitimación del derecho penal por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o si se quiere intra-jurídicos. El primer tipo de legitimación tiene que ver con las razones externas o, lo que es lo mismo, del derecho penal; el segundo, con sus razones internas, o de derecho penal. La distinción coincide en lo sustancial con la tradicional entre justicia y validez. (ênfases no original).

diferença do “ponto de vista interno”, que seria para ele *ex parte principis*¹⁹⁹.

Estas três acepções vêm delinear a **Teoria Geral do Garantismo**, já que esta se caracteriza por:

- a) o caráter vinculado do poder público no estado de direito;
- b) a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e conseqüentemente um grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das práticas normativas de níveis inferiores;
- c) a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico), com a correspondente divergência entre justiça e validade; e
- d) a autonomia e precedência do primeiro com relação ao segundo, e um grau irreduzível de ilegitimidade política com respeito àquele.

¹⁹⁹ Certamente as expressões “ponto de vista interno” e “ponto de vista externo” são parafraseadas de HART (s/d, pp. 98-99), que usa essas expressões para referir-se às relações das pessoas com as normas: *...porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os ‘pontos de vista’ respectivamente ‘interno’ e ‘externo’*. Apesar do erro do tradutor, invertendo as denominações, a passagem é suficientemente clara para expor o que Hart queria dizer. Ferrajoli explicita o emprego desses significantes à p. 214 da obra em análise: *Conviene precisar de inmediato que nuestra distinción entre punto de vista o legitimación externa no coincide con aquella otra no menos importante, formulada por Herbert Hart, entre ‘punto de vista interno’ o jurídico de la validez y ‘punto de vista externo’ o sociológico de la efectividad o de la explicación causal. El punto de vista externo de la legitimación es de hecho completamente distinto de aquel otro, también externo, de la observación y la explicación. El primero es un punto de vista axiológico o deontológico; el segundo es un punto de vista sociológico...*

Em consequência, tal teoria torna-se uma crítica das ideologias políticas, sejam jusnaturalistas ou ético-formalistas, que confundem a justiça com o direito e vice-versa, e das ideologias jurídicas, tanto normativistas quanto realistas, que confundem, no plano interno, a validade com a vigência, ou pelo contrário, a efetividade (ou eficácia) com a validade²⁰⁰.

6.2 Legitimação formal e legitimação substancial garantistas

Na primeira das três acepções referidas, o garantismo apresenta-se como próprio do *estado de direito*. Como mencionado acima, este é concebido dentro do grande modelo exposto por Bobbio, como um governo *sub lege*, ou submetido a leis, e *per leges* ou através de leis gerais e abstratas²⁰¹. Por sua vez, pode-se entender governo *sub lege* como aquele *conferido* por lei (*Rechtsstaat*), ou no sentido daquele em que qualquer poder deve ser *limitado* pela lei (*rule of law, stato de diritto*). No primeiro sentido, qualquer ordenamento, inclusive os totalitários, pode ser entendido como “estado de direito”; já no segundo sentido, somente os estados constitucionais - particularmente aqueles com Constituições rígidas - merecem esse epíteto, já que em seus níveis superiores incorporam não só os procedimentos para edição de normas de nível

²⁰⁰ Com referência ao equívoco normativista, cf. nota 3 do capítulo primeiro; quanto à redução da validade à eficácia, v. BOBBIO, 1987, cap. *Justicia, Validez y Eficacia*, onde Bobbio critica tal redução como um equívoco das correntes realistas.

²⁰¹ Cf. BOBBIO, Norberto. “Governo das Leis e Governo dos Homens”, in BOBBIO, 1989, cit.

inferior, mas também os limites substanciais para o exercício de qualquer poder.

A estes dois significados de estado de direito, o garantismo associa as duas noções do princípio de legalidade, qual sejam a legalidade em sentido amplo, ou *validade formal*, e aquela em sentido estrito, ou *validade substancial*.

Daí que o estado de direito, para o garantismo, caracteriza-se :

*a) en el plano formal, por el principio de **legalidad**, en virtud del cual todo poder público - legislativo, judicial y administrativo - está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los **derechos fundamentales** de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial. (...) ...la primera de estas dos condiciones representa la fuente de **legitimación formal** de cada poder; la segunda, su fuente de **legitimación sustancial**²⁰².*

²⁰² (a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, em virtude do qual todo poder público - legislativo, jurisdicional e administrativo - está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam as suas formas de exercício e cuja observância encontra-se submetida a controle de legitimidade por parte de juízes separados do mesmo e independentes (o Tribunal Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para as decisões desse carácter); b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do estado ao serviço da garantia dos *derechos fundamentales* dos cidadãos, através da incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres

Estas duas fontes de legitimação correspondem a dois modelos de legalidade: legalidade em sentido amplo (mera legalidade), segundo a qual a lei é condicionante, e legalidade em sentido estrito (legalidade estrita), por força da qual a lei encontra-se condicionada.

Então, as fontes de legitimação de todos os poderes do Estado são duas: a *legitimação formal*, assegurada pelo princípio de legalidade e sujeição do juiz à lei; e a *legitimação substancial*, recebida pela função judicial de sua capacidade de tutelar os direitos fundamentais. Advirta-se que a segunda fonte jamais poderá ser satisfeita na ausência da primeira²⁰³.

Casos há em que a falta de articulações legais na atribuição de direitos, dada a sujeição do juiz à lei, pode enfraquecer e tornar incerta a legitimidade formal. Mas se não existir nenhum apoio legal - como muitas vezes ocorre com os direitos sociais - não cabe outra saída que a denegação de justiça. Acontece, em suma, que a tutela dos direitos por parte dos juízes, na medida em que não tem como apoiar-se numa legislação precisa e unívoca, contradiz a sua sujeição à lei, tornando-se assim impossível²⁰⁴. Por isso diz Ferrajoli que é hoje tempo de uma renovada ciência da legislação:

públicos correspondentes, isto é, das proibições de lesar os direitos de liberdade e das obrigações de satisfazer os direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial. (...) ...a primeira destas duas condições representa a fonte de *legitimação formal* de cada poder; a segunda, a sua fonte de *legitimação substancial*.) Cf. FERRAJOLI, 1995, pp. 856-7

²⁰³ Ibid, p. 918.

²⁰⁴ Ibid, pp. 919-20

*Sólo un relanzamiento del papel de la ley, sostenido por una renovada y actualizada ciencia de la legislación, puede restaurar y en muchos casos in-staurar una legalidad garantista, anclándola sólidamente en la tutela de los derechos fundamentales*²⁰⁵.

6.3 Democracia e estado de direito

A referida distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial encontra correlato na distinção entre *democracia política* e *estado de direito*. As condições formais de validade indicam as regras sobre *quem* pode e *como* se deve decidir; estas referem-se às formas de governo (democrático, monárquico, oligárquico, burocrático). De seu turno, as condições substanciais de validade determinam a estrutura de poder: elas dizem sobre *o quê* se pode ou não decidir; da sua natureza depende o caráter *de direito* (ou absoluto, totalitário, autoritário, ou mais ou menos de direito) do sistema jurídico.

As primeiras determinam competências e procedimentos (p. ex. sufrágio universal, quórum de maioria para votação de leis, etc.) para a tomada de decisões vinculantes para toda a comunidade; as segundas são as que garantem os direitos fundamentais, estabelecendo proibições de suprimir ou limitar as liberdades fora dos casos taxativamente previstos em lei, bem como estabelecendo obrigações de remover os obstáculos que

²⁰⁵ (Somente um relançamento do papel da lei, sustentado por uma renovada e atualizada ciência da legislação, poder restaurar e em muitos casos in-staurar uma legalidade garantista, ancorando-a solidamente na tutela dos direitos fundamentais.) Ibid, p. 920

impeçam as desigualdades sociais (ou seja, dar condições de educação, saúde, etc. enfim, a concretização dos direitos sociais).

Aos *direitos de liberdade* (ou “direitos de”) correspondem *garantias negativas* (ou proibições de fazer) ou limites ao poder normativo infraconstitucional; aos *direitos sociais* (ou “direitos a”) correspondem *garantias positivas* consistentes em prestações individuais ou sociais. O garantismo consiste na tutela de todos esses direitos fundamentais, que representam os alicerces da existência do estado e do direito; que os justificam, e que propiciam a base substancial da democracia.

Nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou tão sequer de um só cidadão. Neste aspecto, o estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos, visando a garantia dos direitos fundamentais, contrapõe-se ao estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir - ou consentir que se decida - que um homem morra ou seja privado de sua liberdade, que pense ou escreva, que se associe ou não a outros.

A esses direitos fundamentais correspondem obrigações do estado de tutelá-los. Essas obrigações conformam as *garantias do cidadão*, instituídas contra os poderes e as maiorias, sendo contra a utilidade geral²⁰⁶.

²⁰⁶ Neste sentido, cf. DWORKIN, 1984, pp 286-288 e 383-388, onde se sustenta o caráter anti-utilitarista dos direitos fundamentais, se por “utilidade” entendermos a utilidade geral: *el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos*”; com efeito, “ningún sentido

Por isso, a lesão dos direitos fundamentais por parte dos poderes justificam não apenas a resistência mas até mesmo a guerra civil²⁰⁷. Isto porque, com a constitucionalização (positivação) dos chamados *dereitos naturais*, vê-se o súdito transformado em cidadão, como consequência dos limites impostos ao poder. Este estado caracterizado por limitações de conteúdo em seu poder normativo é o que passa a denominar-se estado de direito.

6.4 Estado de direito liberal e estado de direito social

O pensamento liberal concebeu o estado de direito limitado tão-somente por proibições, correspondentes às garantias do indivíduo de não ser privado dos bens pré-políticos ou naturais (vida, liberdade, propriedade). Com efeito, as *garantias liberais ou negativas* consistem em deveres públicos negativos de não fazer - deixar viver e deixar fazer - as quais têm por conteúdo prestações negativas.

Estes direitos se caracterizam por serem *invioláveis, indisponíveis e inalienáveis*, o que os torna diferentes de qualquer outro tipo de direitos,

tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resultan inconvenientes (ibid, p. 288).

²⁰⁷ Cf. BOBBIO, 1989, p. 20 : ...as normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo.

principalmente do direito de propriedade, já que este é, obviamente, alienável²⁰⁸.

Mas as constituições deste século passam a reconhecer, ao lado desses “direitos de liberdade” (os quais são *faculdades*) ou “direitos de”, como já referido, outros direitos: à subsistência, à moradia, à saúde, à educação etc, que consistem em *expectativas* (ou “direitos a”), aos quais correspondem *obrigações* do estado.

Diremos então que quando as constituições incorporam apenas as proibições em garantia dos direitos de liberdade, tem-se caracterizado um *estado de direito liberal*; quando incorporar também obrigações correspondentes aos direitos sociais, estaremos perante um *estado de direito social*.

Destarte, muda a base de legitimação do estado: enquanto o estado de direito liberal deve apenas *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o estado de direito social deve também *melhorá-las*. Esta diferença decorre da diferente natureza dos bens a serem preservados. Enquanto o estado liberal de direito tem por fito preservar as condições naturais ou pré-políticas de existência (vida, liberdades, imunidade perante o poder, e, hoje, a não nocividade do ar, da água e dos recursos naturais), as garantias sociais ou positivas baseadas em obrigações do

²⁰⁸ Segundo Ferrajoli, a confusão entre propriedade e liberdade constitui o fundamento teórico das doutrinas liberal-conservadoras de Nozick, Friedman e outros apologistas americanos da propriedade e da liberdade de mercado. Cf. Comanducci, P. *Contrattualismo, Utilitarismo, Garanzie*, Turim, Giappichelli, 1984. (id, nota 11 ao cap. 13)

estado permitem pretender ou adquirir condições *sociais* de vida: subsistência, saúde, educação, trabalho, moradia, etc²⁰⁹.

Obviamente, os dois tipos de garantias e os modelos de estado correspondentes não são excludentes, como se têm afirmado com base em contraposições indevidas entre liberdades individuais e justiça social²¹⁰; sendo que tampouco se implicam reciprocamente, como quer um certo marxismo que é baseado num nexó indissolúvel entre igualdade perfeita e liberdade plena.

6.5 Garantismo e democracia substancial

A regra no estado liberal de direito é : *nem sobre tudo se pode decidir*, nem sequer por maioria. Observe-se que os direitos fundamentais de liberdade são intocáveis por força de dispositivos inseridos nas diversas Constituições. Já a regra do estado social de direito tem como enunciado básico: *nem sobre tudo se pode deixar de decidir*, nem sequer por maioria.

²⁰⁹ Importante notar que as preocupações de Ferrajoli quanto ao modelo prescritivo de Estado Social de Direito foram antecipadas entre nós por Cesar Pasold, quem, propondo um modelo para o Estado contemporâneo, postula: *Esta Função Social que propomos deva o Estado Contemporâneo ter e cumprir somente se viabilizará cañõ entre outros requisitos, dois básicos forem cumpridos: 1º - prioridade para a realização de valores fundamentais do homem (saúde, educação, trabalho, liberdade, igualdade); 2º - ambiente político-jurídico de constante legitimidade, portanto, com prática permanente das medidas clássicas de legitimidade dos detentores de poder governamental e das ações estatais (isto é eleições diretas, secretas, universais e periódicas; plebiscitos; referendos). Cf. PASOLD, 1988, p. 87.*

²¹⁰ Alerta Ferrajoli que entre os sustentadores desta tese da incompatibilidade entre os dois tipos de garantias e em geral do estado de direito e estado social, pode citar-se N. Luhmann, "Il Welfare State come problema politico e teorico", in E. Fano et alii, *Trasformazioni e crisi del Welfare State* Bari, De Donato, 1983, pp. 349-59. Veja-se também os escritos de Luhmann criticados por ZOLO, Danilo, in "Autopoiesis: un paradigma conservatore" in *Complessità e Democrazia*, Torino, Giapicchelli, 1986, pp. 283-285. (Cf. FERRAJOLI, 1995, cit, nota 16 ao capítulo 13).

É o caso em que a regra constitucional impede não só que os direitos sociais sejam atingidos pelo legislador ordinário, mas também impõe a obrigação de promovê-los.

Por isso, o garantismo redefine o conceito de democracia: É chamada *democracia substancial ou social* o “estado de direito” munido de garantias específicas, tanto liberais quanto sociais; sendo que a *democracia formal ou política* será o “estado político representativo”, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade.

A expansão da democracia dá-se hoje, após a conquista do sufrágio universal, em sua extensão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes - democráticos e burocráticos, públicos e privados - para a tutela substancial dos direitos vitais, elaborando sempre novas técnicas de garantias.

Democracia social e estado social de direito formam um todo único no projeto garantista: ao mesmo tempo deve corresponder a um *estado liberal mínimo* (pela minimização das restrições das liberdades aos cidadãos) e *estado social máximo* (pela maximização das expectativas sociais dos cidadãos e correlatos deveres de satisfazê-las por parte do estado).

6.6 *Autopoiese e heteropoiese - Novas aplicações dos termos*²¹¹

Em sua terceira acepção, o garantismo designa uma filosofia política que propicia a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, a partir da distinção entre direito e moral, ou da distinção entre justiça e validade, ou mesmo entre os pontos de vista interno ou jurídico, e externo ou ético-político.

A alternativa entre os princípios de legitimação interna ou jurídica e externa ou moral, própria da tradição jurídica, pode ser vista como decorrência de uma alternativa mais geral, agora centrada no campo da filosofia política: aquela que existe entre as doutrinas políticas que fundamentam os sistemas políticos sobre si mesmos, justificando assim o direito e o estado como *bens* ou valores intrínsecos, e as doutrinas políticas que os postulam fundados sobre finalidades sociais, pelo que justificam as instituições jurídicas e políticas apenas como *males* necessários para satisfazer os interesses vitais dos cidadãos.

Ferrajoli parafraseia a expressão “autopoiese” empregada por Niklas Luhmann para designar o caráter auto-referencial associado por este último aos sistemas políticos²¹², para designar aquelas doutrinas que

²¹¹ Tal como acontece com as expressões “ponto de vista interno” e “ponto de vista externo”, parafraseadas da obra de H. Hart, Ferrajoli adota os significantes “autopoiese” e “heteropoiese” para atribuir-lhes significados totalmente diferentes daqueles esposados por Niklas Luhmann em sua obra. Tais expressões são trazidas à baila neste trabalho por serem consideradas importantes no contexto da teoria da legitimidade garantista.

²¹² Sobre a categoria da autopoiese - elaborada pelos biólogos chilenos Maturana e Varela para explicar as condições biológicas da sobrevivência, recuperada e aplicada como um novo paradigma nas disciplinas epistemológicas e nas ciências sociais por Luhmann e outros, Ferrajoli remete à obra de ZOLO, Danilo. *Autopoiesis (cit)*, pp. 279-336 (id, nota 33 ao capítulo 13)

fundamentam o estado e o direito sobre si mesmos, enquanto que chamará de “heteropoiéticas” as doutrinas do segundo tipo.

Enquanto para as doutrinas autopoiéticas o estado é um *fim* em si mesmo, a cuja conservação e reforço haverão de ser instrumentalizados o direito e os direitos, subordinando tanto os indivíduos como a sociedade, a partir de um ponto de vista interno, para as doutrinas heteropoiéticas o estado é um *meio* que se legitima unicamente pela finalidade de preservar e promover os direitos e garantias individuais, Aqui o ponto de vista é externo ao estado, partindo da sociedade e dos indivíduos que a compõem, os quais são considerados os fins e valores que instituem o estado para sua defesa.

As doutrinas autopoiéticas de legitimação política são aquelas que postulam princípios legitimadores *ex parte principis* (do alto). Elas assumem o princípio da legalidade não só como princípio jurídico interno, mas como princípio axiológico externo, reduzindo a legitimidade política à legalidade jurídica, atribuindo valor às leis em função de sua forma ou de sua fonte (*duce* ou partido, por exemplo).²¹³

De seu lado, as doutrinas heteropoiéticas da legitimação do estado e do direito podem ser consideradas *ex parte populi* (de baixo para cima), ou seja, a partir da sociedade. Aqui encontramos toda uma tradição iniciada pelo jusnaturalismo laico e racionalista da época da Ilustração.

²¹³ Sobre a crítica de Ferrajoli às posturas luhmannianas que dizem respeito à autopoiese, cf. FERRAJOLI, 1995, p. 882 e nota 37 à mesma página.

Para estas doutrinas, o estado, e conseqüentemente o direito foram criados pelo homem como poderes e normas que têm por finalidade proteger os interesses vitais dos indivíduos. É possível assim reinterpretar o contrato social como uma grande metáfora da democracia:

Si se comparte esta reinterpretación del contractualismo clásico como esquema de justificación del estado en cuanto instrumento de tutela de los derechos fundamentales, es lícito reconocerlo como la primera aunque embrional doctrina de la democracia: no sólo de la democracia política o formal, a la que permite fundar sobre el consenso de los contratantes, sino también - y diría que sobre todo - de la democracia sustancial, a la que hace posible fundar sobre la garantía de sus derechos.²¹⁴

Para compreendermos melhor as características das doutrinas heteropoéticas e autopoiéticas, é possível resumi-las esquematicamente no seguinte quadro comparativo:

²¹⁴ (Se se comparte esta reinterpretação do contratualismo clássico como esquema de justificação do estado enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, é lícito reconhecê-lo como a primeira embora embrionária doutrina da democracia: não só da democracia política ou formal, a qual permite fundar sobre o consenso dos contratantes, mas também - e eu diria que sobre tudo - da democracia substancial, a qual possibilita fundar sobre a garantia de seus direitos.) *op cit* p. 883. sobre este tema, cf. BOBBIO, Norberto et al., 1987, esp. o capítulo "O contrato social" (pp. 61-75).

TEORIAS AUTOPOIÉTICAS E HETEROPOIÉTICAS DE LEGITIMAÇÃO

Quadro n° 1:

TEORIAS AUTOPOIÉTICAS	TEORIAS HETEROPOIÉTICAS
Fundamentam os sistemas políticos sobre si mesmos	Fundamentam os sistemas políticos sobre finalidades sociais
Justificam o direito e o estado como <u>bens</u> ou valores intrínsecos	Justificam Direito e estado como <u>males</u> necessários para satisfazer os interesses vitais dos cidadãos
O estado é um <u>fim</u> em si mesmo	O estado é um <u>meio</u> que se legitima por preservar e promover os direitos
Ponto de vista interno	Ponto de vista externo
Princípios legitimadores “ <i>ex parte principis</i> ” (stalinismo, fascismos)	Princípios legitimadores <i>ex parte populi</i> (jusnaturalismo laico e racionalista)
Princípio da legalidade como princípio axiológico externo legalidade legitimidade	Fins externos (valores estampados nas cartas de direitos e garantias)

Quadro composto pelo autor desta tese.

O estado de direito é caracterizado politicamente pelo garantismo de Ferrajoli como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa por suas Constituições, mas sempre de forma incompleta, e a política é vista como dimensão axiológica (externa) do agir social, servindo de critério de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de direito das instituições vigentes.

É de advertir-se ainda que, para esta teoria, existe uma irreduzível e inescapável ilegitimidade dos poderes no estado de direito. O poder

judiciário é em alguma medida poder discricionário de disposição, ao aplicar a lei ao caso concreto; o poder legislativo, dadas a ausência de mandatos imperativos e a existência de mediações burocráticas partidárias apresenta-se sempre como uma representação aproximativa e imperfeita; e o poder executivo detém uma capacidade normativa de conjuntura que exerce de forma ampla, o que lhe permite regular as relações econômicas e sociais a seu talante, dado o deficiente controle parlamentar.

A aferição de legitimidade dos poderes realizada pelo garantismo é sempre *a posteriori* e contingente, relativa a cada um dos seus atos singulares. Assim, a legitimidade política é sempre mensurável em *graus*, dependendo da efetiva realização das funções externas de cada um dos poderes.

As teorias de legitimação tradicionais são atacadas pelo garantismo pelo fato de se terem transformado em ideologias de legitimação: de fato, elas amiúde têm-se concebido não como parâmetros, mas como fontes de legitimação absoluta dos sistemas políticos erigidos em seu nome. Assim, “democracia”, “liberalismo” e “socialismo” mudaram as funções ideais do estado pelas reais, o dever ser político pelo ser de fato dos poderes institucionais. Dessa forma, o estado e o direito perdem seu caráter instrumental para transformar-se em fins em si mesmos.

6.7 *Diferenças e Desigualdades*

Ferrajoli aprofunda a análise do modelo de legitimidade propugnado pelo garantismo no capítulo 14 de sua obra, denominado “*El punto de vista Externo*”. Nele, o autor parte da premissa de que o direito e o estado são instrumentos a serviço de fins, valores interesses e vontades exteriores aos mesmos²¹⁵. Sua análise efetua uma vinculação dos poderes com os direitos fundamentais, para desvelar as relações entre cidadãos e estado.

O “ponto de vista externo” quer dizer ponto de vista **dos cidadãos** (*ex parte populi*). Isto quer dizer que se assume a pessoa como valor, mantendo a pluralidade de pontos de vista externos de cada um dos cidadãos (sobre o que se baseia o valor da tolerância).

Por sua vez, esse valor atribuído à pessoa e o conseqüente valor da igualdade são elementos componentes do princípio da *igualdade jurídica* em sua formulação moderna, princípio esse que para Ferrajoli inclui as *diferenças pessoais* e exclui as *diferenças sociais*.

De fato, em sua formulação nas diversas Constituições contemporâneas, o princípio da igualdade reza que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza...”, como dispõe o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, bem como o inciso IV do art.

²¹⁵ Ibid, p. 905

3º da mesma Carta Magna, que se refere à promoção do “... bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, que se caracterizam como diferenciações sociais. Assim, a igualdade respeita as diferenças pessoais que fazem ...*de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás*²¹⁶. De outro lado, quando a Constituição se refere a “...reduzir as desigualdades sociais...”(inc. III do art. 3º), está-se referindo a diferenças que em vez de decorrer das diversas identidades das pessoas, são verdadeiros privilégios ou reais discriminações que, por isso, são intoleráveis para além de certos limites.

O autor italiano decidiu nominar de *igualdade formal ou política* àquela primeira forma de igualdade, enquanto chama de *igualdade substancial ou social* o nivelamento referido no inciso III do art. 3º. Com a normatização da igualdade formal se parte do pressuposto de que os homens devem ser considerados como iguais (abstraindo suas diferenças pessoais tais como raça, sexo, etc.) Com a afirmação da igualdade substancial, sustenta-se que as diferenças sociais devem ser levadas em conta, mas os homens devem ser igualados na medida do possível. Então chamará o autor de *diferenças* as diversidades do primeiro tipo e *desigualdades* as do segundo²¹⁷.

De qualquer sorte, a igualdade jurídica, tanto formal como substancial, é definida como *igualdade nos direitos fundamentais*. As

²¹⁶ (...de cada pessoa um indivíduo diferente dos outros e de cada indivíduo uma pessoa como todas as outras.) Ibid, p. 906

²¹⁷ Ibid, p. 907

garantias dos direitos de liberdade (ou “direitos de”) asseguram a igualdade formal ou política, enquanto que as garantias dos direitos sociais (ou “direitos a”) possibilitam a igualdade substancial ou social.

Em consequência, o *direito à igualdade* é concebido por Ferrajoli como um meta-direito, tanto no que respeita à liberdade, assegurada pelos direitos de liberdade, quanto à fraternidade, pretendida pelos direitos sociais. Dessa forma, redefine ele os direitos fundamentais como “aqueles direitos cuja garantia é igualmente necessária para satisfazer o valor das pessoas e para realizar a sua igualdade”²¹⁸.

6.8 Falácia Politicista e Falácia Garantista

Conquanto possa ser relativamente fácil estabelecer um modelo teórico do Estado de Direito, postulando seus princípios e traduzindo-os em normas constitucionais suficientemente claras para deslegitimar as normas inferiores que se afastem das mesmas, muito mais difícil será modelar o sistema de garantias na prática, desenvolvendo-as e defendendo-as. À obviedade, o Estado de Direito Real pouco tem a ver com o modelo garantista aqui delineado, o qual constitui-se num tipo ideal nos moldes weberianos, um ideal ao qual o Estado de Direito com o qual tem-se de lidar deve sempre tender, mantendo os homens a consciência de que esse ideal é inatingível.

²¹⁸ Ibid, p. 908

Assim, tal tarefa de plasmar novas garantias e torná-las efetivas será já não uma questão jurídica, mas fática e política: tem a ver com a predisposição dos poderes públicos para atender ao princípio da centralidade da pessoa, bem como da dignidade a ela inerente. Outrossim, tal tarefa tem a ver com a atitude da sociedade para a reivindicação de tais garantias, ou seja, para lutar pelos seus direitos²¹⁹.

Na verdade, pensar que a força de um “bom poder” seja suficiente para satisfazer as aspirações da sociedade - e, ainda mais, imaginar que possa existir tal “bom poder” - significa incorrer naquilo que Ferrajoli denomina “falácia politicista”²²⁰. Isto implica lutar pela construção de um complexo sistema de garantias que possa refrear o poder, neutralizando-o, instrumentalizando-o e, no limite, deslegitimando-o.

Em contrapartida, ao lado da falácia politicista encontramos a “falácia garantista”, que nada mais quer dizer do que imaginar que baste ter-se um sistema normativo adequado e pleno de garantias para que os poderes públicos sejam contidos em sua tendência anti-garantista e, mais ainda, promovam a satisfação das carências materiais da sociedade. A missão do Estado de Direito não se esgota no plano normativo, é necessária a contínua luta social - isto é, fática e política - para assegurar o cumprimento do cometido estatal.

²¹⁹ Ibid, pp. 940-41.

²²⁰ Ibid, p. 941.

Tais falácias são impugnadas por Ferrajoli como sendo ambas expressões ideológicas:

Si la primera falacia es un vicio ideológico habitualmente inducido por los sistemas políticos autoritarios, basados en la valoración apriorística del poder político y en la desvalorización de las garantías, la segunda falacia representa una tentación recurrente inducida por la misma estructura garantista del estado de derecho. Debo decir que el primer vicio está más difundido en el ámbito político, y el segundo, entre los juristas²²¹.

Pode-se dizer que, para além das garantias normativas, a força decisiva na tarefa de aproximação do Estado Real de Direito ao seu modelo teórico reside nas garantias *materiais*: tanto as garantias políticas, que significam uma atitude dos poderes públicos de fidelidade ao texto constitucional, quanto as garantias sociais, qual seja a constante luta da sociedade para manter as garantias liberais e obter as sociais, já que nenhuma garantia jurídica pode sustentar-se apenas em sua formulação normativa; e nenhum direito fundamental pode subsistir sem a luta pela sua realização concreta; ...*en suma, un sistema jurídico, incluso técnicamente perfecto, no puede por sí sólo garantizar nada*²²².

²²¹ (Se a primeira falácia é um vício ideológico habitualmente induzido pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valorização apriorística do poder político e na desvalorização das garantias, a segunda falácia representa uma tentação recorrente induzida pela mesma estrutura garantista do estado de direito. Devo dizer que o primeiro vício é mais difundido no âmbito político, e o segundo, entre os juristas.) *Ibid*, p. 941.

²²² (...em suma, um sistema jurídico, mesmo tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada.) *Ibid*, p. 942.

6.9 Do modelo à realidade

O resgate da legitimidade do Estado de Direito, bem como a constante denúncia de seus vezos de ilegitimidade, é então um trabalho cotidiano que deve ser empreendido pelo conjunto da sociedade, uma vez conscientizada esta da importância civilizatória que aquele modelo normativo comporta.

Com efeito, o mecanismo de limitação do poder que o Estado Constitucional de Direito representa é uma conquista do processo iluminista-racionalista, que não deve ceder aos embates de forças irracionais, sejam elas provenientes de eventuais tendências obscurantistas, sejam provenientes de lógicas de mercado que nada dizem com a dignidade humana.

O modelo garantista de legitimidade, que avalia o poder de acordo com critérios postulados por valores superiores e externos ao Estado, assegura a manutenção da tarefa do poder como estrutura voltada à satisfação dos interesses da sociedade, e, nesta medida, é uma teoria mais apta ao julgamento da instância política.

Enquanto modelo - já se disse acima - é um ideal ao qual os Estados de Direito reais devem aproximar-se, na medida em que estes venham a incorporar limitações e imposições normativas de atuação dos governos

em seus ordenamentos. Ocorre que estas limitações e imposições nem sempre estão explícitas em suas normas maiores, cabendo ao intérprete deduzir o papel garantista implícito nas mesmas. Na Conclusão a seguir far-se-á um levantamento parcial das garantias implícitas na Constituição Federal em vigor, tentando deixar evidenciado o caráter “de Direito” de nosso ordenamento político-constitucional a nível normativo, bem como expor-se-á a prática tendencialmente anti-garantista dos governos, que movidos por uma lógica economicista alheia à razão jurídica, solapam a legitimidade do atual modelo de Estado Constitucional de Direito.

CONCLUSÃO

*“Caminante, son tus huellas
el camino, y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
sino estelas en la mar.”*
(Antonio Machado,
“Proverbios y Cantares”)

1. Considerações Introdutórias

Esta tese teve por finalidade, em primeiro lugar, salientar alguns aspectos relevantes da conformação do Estado Constitucional de Direito enquanto modelo de dominação política, entendendo-o como resultado de um processo histórico concreto. Trata-se do artifício de dominação que surge do evoluir da História dos três últimos séculos no Ocidente.

O perfil estrutural básico que esse artifício político apresenta - o seu esqueleto relacional - foi aquele evidenciado por Weber, sob a definição de “dominação racional-legal”, com as características que lhe são consentâneas, dentro de uma visão sincrônica do fenômeno.

Já a partir de uma abordagem diacrônica, o Estado de Direito aparece como aparato que sofre um processo que paulatinamente incorpora limitações ao exercício do poder soberano, podendo então ser observado num primeiro momento como Estado legal de direito - marcado pelo princípio da legalidade - e posteriormente como Estado Constitucional de Direito - agora incorporando limitações de conteúdo ao exercício da dominação.

Demonstrou-se aqui que a radical limitação do exercício desse poder consistiu na agregação de determinados valores ao nível normativo

máximo do ordenamento - a Constituição - que funcionaram como anteparo ao poder desenfreado e tendencialmente despótico das maiorias ou de seus representantes, eis que esses valores refletiam - e ainda o fazem - as aspirações maiores da Sociedade, que criou o Estado para justamente preservá-los. São eles os chamados “direitos fundamentais”, que mereceram nesta tese uma sucinta análise.

Outrossim, sendo o Estado Constitucional de Direito antes de mais um fenômeno normativo, foi necessário aqui salientar o caráter contrafactual (ou contrafático) das normas, as quais mantêm por isso independência dos fatos que têm por escopo regular. Tornou-se imperativo então proceder-se a uma análise da relação validade/eficácia das normas jurídicas na teoria do direito contemporânea.

Da análise ressaltou que o tratamento que essa dualidade de categorias mereceu por parte de muitos dos melhores tratadistas deixa em aberto algumas questões de magna relevância tanto para os estudiosos do Direito quanto para os operadores do dia-a-dia dos Tribunais.

A mais importante dessas questões puramente de Teoria Geral diz respeito à indiferenciação dos conceitos de validade e de vigência, redução essa que pode induzir a erro aqueles que se debruçarem sobre o fenômeno jurídico.

Surge assim a necessidade de adotar-se uma teoria que, além de fornecer, enquanto teoria jurídica, a solução para tal problema, seja uma

ferramenta idônea para, por um lado, descrever o Estado Constitucional de Direito enquanto fenômeno normativo, e de outro, postular o resgate de sua legitimidade, subtraindo-o a empregos desviados de seus fins que maiorias eventuais possam utilizar.

É adotado então aqui o enfoque garantista, por entender-se que a teoria geral do garantismo é a que melhor preenche esses requisitos. Conseqüentemente, na primeira parte é analisado o Estado de Direito dentro dessa perspectiva, que o aborda como estrutura hierarquizada de normas apresentando relações de coordenação (adequação) e subsunção entre os diversos níveis. As conseqüências teóricas e práticas que esse tratamento acarreta são devidamente abordadas dentro do referido capítulo (por exemplo, o problema das antinomias e lacunas, o novo papel da ciência jurídica e do judiciário etc.)

A segunda parte,, por sua vez, é dedicada ao estudo de algumas teorias sobre a legitimidade do e no Estado de Direito, dado que tal tema é central para entender-se esse aparato político. Ali assumem relevância alguns enfoques sobre tal fenômeno, tais como a referência a valores, as maiorias como fonte de legitimidade, e principalmente as contribuições do pensamento de Habermas, a partir da ética discursiva, na apreensão da legitimidade como fundamento inescapável das relações de dominação. Por fim, a teoria garantista da legitimidade é analisada em seus aspectos mais salientes, sendo adotada, como já referido, como mais apta para dar conta do aspecto prescritivo da dominação política dentro do Estado Constitucional de Direito.

Esse amplo estudo teve por finalidade: a) fornecer subsídios teóricos para a compreensão do Brasil enquanto Estado de Direito; b) efetuar a análise crítica das possíveis desviações - com conseqüente perda de legitimidade - que o uso da máquina estatal por maiorias circunstanciais pode eventualmente acarretar. Estes dois tópicos serão o objeto da presente conclusão.

2. O Discurso Normativo da Constituição brasileira como sistema de garantias

Em primeiro lugar, nestas conclusões pretende-se ressaltar a dimensão normativa garantista do discurso constitucional brasileiro: assim, importa verificar se a própria Constituição consagra, ao longo de todo o seu texto, e não apenas no Título correspondente, garantias para a pessoa frente ao poder¹. A hipótese da qual se parte é a de que temos na Carta Maior não apenas as garantias estampadas no Título específico da Constituição (Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, arts. 5º a 17), mas também garantias *implícitas* decorrentes tanto do modelo de Estado Constitucional de Direito, na medida em que este é entendido como sistema de garantias, quanto de preceito constitucional expresso (art. 5º, & 2º):

¹ Sobre a relação entre o sistema de garantias constitucionais (principalmente aquelas de cunho processual) e a construção da cidadania, Cf. BARACHO, 1995.

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em comentário ao dispositivo, Pinto Ferreira² esclarece que vem o mesmo para tentar coibir veladas violações aos direitos humanos que possam ser perpetradas ao arpejo dos princípios constitucionais:

A finalidade do preceito é evitar e coibir violações contra os direitos humanos; por isso, a enumeração é puramente exemplificativa, e não exaustiva. O preceito, como afirma José Celso de Mello Filho, 'constitui norma de encerramento, que institui as liberdades residuais, inominadas, implícitas ou decorrentes', pois fluem necessariamente dos princípios e do regime constitucional respeitadores das liberdades³.

Ressalte-se que o termo *garantias implícitas* é entendido aqui como todas as garantias que, mesmo expressas, não se encontram no Título referido.

Assim, o exame ora empreendido visa salientar algumas das garantias implícitas, correlacionando-as com os direitos fundamentais que têm as mesmas por finalidade proteger ou promover, e adotando-as assim como exemplo para comprovação da hipótese. Advirta-se que todas essas garantias implícitas são consideradas aqui como garantias *fundamentais*,

² Cf. FERREIRA, 1989, p. 220.

³ (ênfases no original).

não cabendo distinções entre elas e outras de tipo diverso. Qualquer tentativa de abolição ou modificação das mesmas passa então a ser considerada como atentado ao Estado de Direito. Com efeito, revogada qualquer delas ter-se-á não mais um Estado de Direito, mas um aparato de poder distinto, seja qual for o nome que mereça. Vejam-se os seguintes exemplos:

Art. 19: É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. Evidencia-se aqui a preocupação do constituinte em: a) manter a laicidade do Estado como forma de garantir o princípio da igualdade (não estabelecendo discriminação favorável a fiéis de um ou outro culto); e b) garantir a liberdade de culto (pela proibição de embaraçar-lhes o funcionamento) prevista no art. 5º, V.

III - Criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. Novamente, apresenta-se uma garantia do princípio da igualdade, entendida pelo garantismo, como já explicado, como um meta-direito.

Art. 20: São bens da União: (...) II - as terras devolutas indispensáveis...à preservação ambiental, definidas em lei. Este dispositivo garante o direito de todos ao meio ambiente, estampado no art. 225 da Carta Maior.

Art. 21: *Compete à União: (...) XXIII, a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante autorização do Congresso Nacional.* Em nome do direito maior à vida e à segurança dos nacionais, instituiu o constituinte com acerto a proibição de atividades nucleares.

Art. 23: *É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.* Garantia assecuratória dos fins do Estado Constitucional de Direito. Não pode este fugir ao seu escopo maior nem desfigurar-se em sua estrutura normativa. (...) *II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.* Transparece neste dispositivo a obrigação imposta pelo Constituinte aos poderes públicos no sentido de redução das desigualdades sociais como meio de realização da igualdade substancial. *III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.* Como forma de garantir o direito fundamental de todos ao acesso à cultura e à história nacionais, meio indispensável de construção da identidade da Sociedade brasileira, atribui o constituinte aos poderes públicos a guarda e o zelo dos materiais que possibilitarão o atingimento de tal desiderato. No mesmo sentido vão os incisos IV e V do presente artigo. Os incisos VI e VII, ao outorgar competência para proteção do meio ambiente têm a mesma direção que o inciso II do art. 20 acima referido.

Podem ainda ser referidos como exemplos do discurso normativo garantista de nosso Direito constitucional: a) a exigência de quórum qualificado para aprovação de emendas à Constituição (art. 60, & 2). Tal exigência é incontornável por qualquer tentativa de diminuição do referido quórum, até mesmo se tal mudança for antecedida ou referendada por consulta popular; b) a exigência de lei complementar (quórum qualificado) para instituir tributos (art. 146, III), como de resto as garantias em favor do contribuinte em toda a seção respectiva (arts. 150-152); c) a repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, & 4), d) a estabilidade dos servidores públicos como exigência de um tratamento igualitário a todos os jurisdicionados (para evitar a apropriação privada da máquina estatal por apadrinhados do governante de plantão) etc. etc. Enfim, o conjunto de garantias expressos ao longo da Carta Constitucional pode ser subsumido a uma meta-garantia, que visa proteger o *direito fundamental a viver-se num Estado de Direito*.

Fica assim demonstrada a hipótese de que o ordenamento constitucional brasileiro afirma ser a República Federativa do Brasil um Estado de Direito na completa acepção do termo. O passo seguinte, então será verificar-se a hipótese de estar ocorrendo, no marco deste Estado, uma violenta deslegitimação do poder por força de uma ação governamental incisivamente anti-garantista.

3. Da ilegitimidade dos governos pelo desrespeito aos Direitos fundamentais

O garantismo enfoca como objeto privilegiado de sua análise os Estados de Direito contemporâneos, os quais se caracterizam pela estatuição de normas tendencialmente garantistas (isto é, que têm como escopo a plasmação a nível normativo de valores fundamentais para a pessoa humana) e, paradoxalmente, a realização de práticas tendencialmente anti-garantistas. Até certo ponto, esta contradição é constitutiva da estrutura dos modernos Estados de Direito. O que o garantismo apresenta de utilidade para o teórico do Direito é a possibilidade de reduzir essa defasagem ao seu mínimo. O fato é que a dimensão das práticas anti-garantistas têm assumido um tamanho incomensurável, comprometendo a própria legitimidade dos governantes. Tal legitimidade é vista aqui como *adequação da produção normativa e da ação administrativa aos valores plasmados nas cartas de Direitos fundamentais*. Entende-se que é a isto a que se refere Ferrajoli quando entende por legitimação substancial a instrumentalização dos poderes do Estado a serviço dos Direitos fundamentais.

Tanto nas chamadas “democracias avançadas” como nas de recente retomada, caso do Brasil, manifesta-se um grau apreciável de ilegalidade dos poderes públicos, o que acarreta uma substancial perda de

legitimidade⁴. Com a expansão de ações do Executivo, criando novos campos de atuação e interferência na vida dos cidadãos - e conseqüentemente com um incessante aumento da capacidade normativa de conjuntura da Administração, que se evidencia pelo incremento incessante de Medidas Provisórias editadas e reeditadas, com a conseqüente normatização da vida cotidiana através de portarias ministeriais, decretos e outras normas de origem do Executivo - é colocado em xeque o princípio da legalidade, dando origem a uma crise do Estado de Direito a qual arrasta até o próprio Poder Judiciário.

O que se observa é que os poderes do Estado têm-se voltado para uma legislação de emergência visando resolver de forma imediata os problemas estruturais da economia. Com o êxito, às vezes efêmero, dos planos econômicos que se têm sucedido em nosso país, surge um novo tipo de legitimação, que é chamado aqui "legitimação pela eficácia". De fato, o apelo popular imediato que esse tipo de medidas acarreta produz apoio da maioria da população premida por uma situação econômica angustiante. Temos assim largas majorias apoiando e legitimando o governo de plantão. Isto vem a confundir *princípio da maioria* com a idéia de *democracia*. Por esse princípio, a legitimação decorre diretamente do poder da maioria, já porque foi a mesma a que elegeu um determinado governante, já porque, pela aparente solução imediata de seus problemas emergenciais, refletida através das pesquisas de opinião, apoia as medidas econômicas que aquele adota. É esta uma concepção *politicista* da

⁴ Sobre o conceito de legitimidade e suas diversas formulações por muitos autores contemporâneos, v. parte 2.

democracia que escamoteia o fundamento do Estado Constitucional de Direito: a sujeição dessa mesma maioria, bem como das instituições, ao princípio da legalidade, funcionalizadas aquelas à tutela dos Direitos fundamentais.

Como diz Oliveira Jr⁵,

Se falássemos da existência de uma lógica do direito e outra da economia, em termos de Estado versus mercado (ou Sociedade), o que se poderia dizer e verificar é uma brutal redução do direito à economia. Em nome de certas urgências de adequação do Estado à 'realidade', prega-se a implosão do mesmo. E, como foi dito com Bobbio, um Estado ativo e positivo é necessário para a implementação dos novos direitos...

Na mesma linha, Luis Alberto Warat alerta para a base inequivocamente jurídica do político, fato que é descuidado pelos governantes em nome de uma suposta governabilidade:

La gobernabilidad, como poder sin límites, (sostenido por el argumento de que el Estado no funciona en estricto cumplimiento de la ley, la eficacia plena en el cumplimiento del Derecho positivo determinando la ineficacia del Estado) lleva a un proceso donde la forma jurídica es desestimada (sin lugar). Y creo que es un modo de establecer, por consecuencia, la desestimación de la formación política en la vida de las Sociedades. El soporte de lo político es siempre jurídico. Una idea sencilla pero poderosa: lo político es jurídico o deja de ser político⁶

⁵ Cf. OLIVEIRA Jr., in OLIVEIRA Jr., 1997, p. 196.

⁶ Cf. WARAT, 1996, p. 27 (ênfase no original).

O fato é que, como antes foi explicado, ao lado da dimensão *formal* da democracia, constituída pelo princípio da maioria, é de reconhecer-se uma sua dimensão *substancial*, caracterizada pela sujeição de todos os poderes à Constituição, entendida como sistema de limites e vínculos impostos aos poderes. Graças a essa dimensão substancial, o Direito vincula as maiorias não somente quanto à forma do seu exercício (ou seja, os processos de tomada de decisões), mas também em sua substância (referente aos conteúdos que as decisões devem ter ou não ter). Em suma, enquanto o princípio da maioria nos declara *quem* decide, o princípio da democracia substancial nos diz *o quê se deve e o quê não se deve* decidir. Ou seja, existem espaços normativos que conformam a esfera do indecidível (Direitos e garantias individuais e sociais, p. ex.) e os poderes públicos devem respeitá-los em sua integridade.

Na prática, não é o que acontece. Encontramos nos ordenamentos complexos próprios das modernas democracias, normas superiores caracterizadas por algum grau de *inefetividade*, e normas e práticas inferiores caracterizadas por um grau de *invalidade* ou de *ilegitimidade*. Pense-se por um momento na norma constitucional que determina o pagamento de salário mínimo, ou mesmo em leis que consagram Direitos sociais ao trabalhador.

A esse respeito, recente artigo de Oliveira Jr.⁷, detecta com acuidade a situação de ilegitimidade jurídica dos governos atuais, ao reivindicar o Estado de Direito frente aos discursos economicista e

⁷ Cf. OLIVEIRA Jr., 1996, pp. 9-14.

politicista que tentam colonizar o discurso jurídico. Dentre outros, constata o autor os seguintes sintomas de distorção de legitimidade que sofre o Estado brasileiro: a) a inexistência de uma visão sociológica e política do jurídico, aliada a uma visão jurídica do político, para a implementação dos Direitos sociais; b) a presença de uma filosofia neoliberal a pregar o desmantelamento do Estado, ator necessário para a implementação dos Direitos sociais; c) uma consequente redução do Direito à economia; d) a despreocupação reinante com a efetividade dos Direitos fundamentais consagrados positivamente;

e) Atualmente, em nome do atendimento a determinados fins econômicos, cada vez mais, instala-se, na realidade brasileira, uma 'lógica da emergência' que, para todos os efeitos, atenderia a uma suposta 'verdade': a de que todos os males da Sociedade brasileira residem no tamanho e no custo do Estado. E na busca da demolição do Estado, instala-se essa lógica, para a qual pouco importa uma lógica da racionalidade (Direitos deduzidos de Direitos)⁸ ;

f) tal situação encontra ressonância até mesmo em decisões judiciais, como foi o caso da não cassação, pelo Supremo Tribunal Federal, da Medida Provisória 168 (que determinou um inconstitucional confisco de contas correntes) em nome de uma suposta eficácia de tal Medida (contenção da inflação).

Pode-se deduzir daí que os reflexos na prática jurídica dessa verdadeira *ideologia da legitimação pela eficácia* levam o Judiciário a

⁸ Ibid, p. 13

considerar *válidas* as normas que apresentam algum grau de *eficácia* (econômica ou social).

O que têm-se visto é a disseminação de práticas legais e administrativas regidas pelo princípio da capacidade normativa de conjuntura a instaurar uma nova normatividade para-constitucional que obedece a parâmetros alheios à cultura jurídica, como reflexo de uma verdadeira “colonização” do jurídico pelo econômico.

Tal estratégia passa até mesmo pela aprovação de emendas à constituição (recorde-se a recente Emenda Constitucional nº 3/1993, que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade, criando efeito vinculante para as decisões do Supremo Tribunal Federal) que claramente violam Direitos fundamentais (como o do acesso à justiça, dentre outros, no caso da referida emenda).

Enfim, a ação absolutista dos Governos (ou seja, dos representantes de maiorias eventuais colocados à testa da máquina estatal), rebaixa-os à categoria já enunciada por Bartolus na Idade Média de *tiranos pelo exercício*, eis que, se bem assumiram o poder de acordo com as regras do jogo, não exercem esse mesmo poder conforme às mesmas; principalmente não o exercem de maneira a proteger e promover os direitos fundamentais das pessoas que compõem a nação.

Corre-se assim o risco dessa violenta deslegitimação contaminar o próprio Estado de Direito brasileiro, passando a Sociedade a desacreditar

que possa haver uma ação política legítima que venha a satisfazer as suas pretensões. Pior: a população passa a descrever na Constituição enquanto documento que traduz o sentido pactual que têm as relações de dominação nos Estados de Direito contemporâneos. E essa tendência regressiva e totalitária que assumem as ações governamentais em nossos dias são denunciadas de forma precisa e competente pela teoria garantista.

Assim sendo, o Garantismo constitui uma teoria com suficiente aptidão instrumental para avaliar as ações governamentais num confronto com seus postulados, que partem da idéia de Estado de Direito. Por esses pressupostos, a *eficácia* da ação político-econômica como critério de legitimação, próprio de uma social-democracia de massas com opinião pública meramente aclamativa⁹, aparece como uma inversão de toda a tradição teórica democrática, que propõe, acima da vontade de maiorias eventuais, o respeito aos valores fundantes da convivência social, plasmados nas Declarações de Direitos.

De outra parte, a teoria garantista da legitimação, a partir da assunção da idéia-base do Estado como *instrumento* da Sociedade, repõe uma vinculação dessa estrutura de poder a valores que têm por centro a dignidade da pessoa. Em casos como o do nosso país, onde a Sociedade vê-se continuamente avassalada por medidas legislativas (oriundas do Executivo ou não) que muitas vezes colocam-na a serviço de uma racionalidade econômica alheia seus interesses, a adoção desse enfoque

⁹ Sobre a opinião pública meramente aclamativa numa Sociedade de massas, Cf. HABERMAS, 1984, cap. VII.

heteropoiético pode fornecer um travejamento teórico que resgate a valorização da pessoa como ontologicamente anterior ao Estado fundado por ela.

Este tipo de abordagem não pode permitir a inferência de que se está aqui perante um jusnaturalismo disfarçado, eis que, neste particular, o garantismo é claramente tributário do enfoque dworkiniano: desde Dworkin, sabe-se que os princípios morais e as diretrizes políticas fazem parte do direito¹⁰, numa concepção integral do fenômeno. Isto permite que autores como Nino refiram-se à teoria dworkiniana como superação da controvérsia entre as posturas positivistas e jusnaturalistas¹¹.

Além disso, o garantismo, enquanto método, oferece não só ao teórico do Direito como ao operador - juiz, advogado, membro do Ministério Público - um instrumental poderoso para realizar uma crítica das normas positivas *dentro* da teoria jurídica. Isto obviaria a discussão sobre a justiça ou injustiça das normas positivas que é realizada somente a partir de enfoques situados no campo da moral, como têm-se visto em nosso país ultimamente, a partir de algumas postulações realizadas desde um alternativismo ingênuo. A crítica e a deslegitimação jurídicas passam assim a ser *internas* à matriz teórico-jurídica. A distinção entre normas *vigentes* e *válidas* assumirá então o papel de critério de separação entre as normas capazes de serem aplicadas pelo tribunais e aquelas que não deverão sê-lo.

¹⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos...* cit, passim.

¹¹ Cf. NINO, Carlos S. "Dworkin y la Disolución..." cit, passim.

Por último, deve-se salientar que o garantismo oferece travejamento teórico para a única atitude coerente com uma postura verdadeiramente democrática para juristas e cidadãos, num momento em que o vento “neoliberal”, em nome de mudanças e da idéia de progresso, quer varrer as conquistas da razão iluminista no campo político, apresentando-se como “o novo”: uma atitude conservadora, qual seja, a de lutar pelo Estado Constitucional de Direito como obra construída durante séculos pela tarefa civilizatória da Sociedade ocidental. A tarefa neste momento é a da resistência frente ao absolutismo das maiorias e do mercado. A razão esclarecida e democrática deve ser a rocha a servir-nos de refúgio e anteparo contra os embates desse vento regressista. Como diz Ferrajoli, a carência de limites para o poder econômico e para o poder político equivalem a formas de absolutismo perigosamente convergentes que contradizem o paradigma do Estado Constitucional de Direito, provocando um regressão pré-moderna à lei do mais forte. Com efeito, de um lado essas duas formas de absolutismo apresentam-se como contestação à legalidade e às normas, que são desqualificadas como freios inúteis ao decisionismo governamental e ao desenvolvimento produtivo. De outro lado, absolutismo da maioria e absolutismo de mercado, somados à desqualificação da política, da esfera pública e do Estado social, resolvem-se numa ruptura do pacto constitucional fundado na tutela da igualdade e na satisfação dos direitos vitais de todos e particularmente dos sujeitos mais fracos¹².

¹² Cf. FERRAJOLI, Luigi., *in* IBAÑEZ, 1996, pp. 21-2.

Este trabalho não pode concluir sem revisitar o pensamento do *grande vecchio* Norberto Bobbio. Entende o mestre italiano que o principal problema vinculado aos Direitos do homem (aos Direitos fundamentais positivados em cada constituição, dir-se-á), não é tanto o de justificá-los ou declará-los mas efetivamente protegê-los¹³. Esse problema não é filosófico, mas é num primeiro momento jurídico, e num sentido mais amplo, político. Tem-se então no plano jurídico uma teoria geral capaz de fornecer os instrumentos de ação no plano jurídico para aqueles que alimentam o desejo de ver um Estado de Direito mais próximo do modelo ideal concebido pela tradição humanista e verdadeiramente democrática. A tarefa política, tão importante quanto a jurídica, deverá encetar a sua própria trilha. O caminho jurídico está indicado.

¹³ In BOBBIO, 1992, pp. 24 e 25

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms" in *Objektivierung des Rechtsdenkens*, Duncker & Humblot, 1984.

_____. "On the Legitimacy of Law: A Conceptual Point of View" in *Ratio Juris*, vol 2 n.2 . july 1989. Oxford/Harvard, 1989.

_____. "Sobre la Racionalidad de la Racionalidad. Algunas Observaciones Sobre la Justificación Jurídica" in *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, ns.23-24. Granada: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, 1983-4.

_____. *Lo Racional como Razonable*, Madrid: CEC, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1993.

ARGUELLES, Juan Ramón de Páramo. *H L A Hart y la Teoría Analítica del Derecho*. Madrid: CEC, 1984.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BASTOS, Celso R. *Curso de Direito Constitucional*. S. Paulo: Saraiva, 1989.
- BETTINI Romano. “Efetivität ed Efficacia del Diritto nella Prospettiva della Legittimazione”, in *Sociologia del Diritto* n. XI. Milano: FAE 1984
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: CEC, 1981.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB/Polis, 1989.
- _____. *O Futuro da Democracia*. S. Paulo: Brasiliense, 1989.
- _____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992
- _____. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Themis, 1987.
- _____. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. *Teoria das Formas de Governo*. Brasília: UnB, 1980
- _____. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988

- BOBBIO, Norberto/BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. S. Paulo: Brasiliense, 1987.
- BONSIGNORI, Franco. *Concetto di Diritto e Validità Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1985.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991
- CANOTILHO J.J. Gomes/MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra editora, 1991.
- CARRACEDO, José Rubio. “Constructivismo, Utopía y Ética: La Legitimación Ética del Poder” in *Revista de Estudios Políticos*, n. 40. Julio-Agosto de 1984. Madrid: CEC, 1984.
- CASTIGNONE, Silvana. *La Teoria Generale del Diritto - Problemi e Tendenze Attuali*. Milano: ed. de Comunita, s/d.
- _____. “Legittimazione e Potere. Elementi per una Riflessione Analitica” in *Sociologia del Diritto*, n. XI/1984/1. Milano: FAE, 1984.
- COMANDUCCI, P. *Contratualismo, Utilitarismo, Garanzie*. Torino: Giappichelli, 1984.

CONTE, Amedeo. *Filosofía del Lenguaje Normativo. I Studi 1965-1981*.

Torino: Giappichelli, 1989.

COTTA, Sergio. *El Derecho en la Existencia Humana*. Pamplona: Ediciones

de la Universidad de Navarra, 1987.

_____." Éléments d'une Phénoménologie de la Légitimité" in

L'Idée de Légitimité. Paris: PUF, 1967.

CRACOGNA, Dante. "La Negación del Derecho como Sistema Normativo

en Dworkin", in AAVV *Ronald Dworkin: Estudios en su*

Homenaje. Revista de Ciencias Sociales, n° 38. Valparaíso: Edeval,

primer y segundo semestre de 1983.

DIAZ, Elías. "Legitimidad Democrática: Libertad y Criterio de las Mayorías

in *Sociologia del Diritto* n. XI. Milano: FAE, 1984.

_____. "Legitimidad Crítica y Pluralismo Ideológico" in *Anales de la*

Cátedra Francisco Suarez. N. 15. Granada: Departamento de Filosofía

del Derecho de la Universidad de Granada, 1975.

DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*.

Barcelona: Ariel, 1973.

DINIZ, Ma. Helena. *Norma Constitucional e Seus Efeitos*. S. Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. S. Paulo: Saraiva, 1988.

DUMONT, Louis. *O Individualismo. Uma Perspectiva Antropológica da Ideologia Moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUVERGER, Maurice. *Introducción a la Política*, Bari: Laterza, 1966

DWORKIN, R. "Es el Derecho un Sistema de Normas?" in DWORKIN, R. (comp.) *Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

_____. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

EISENMANN, Charles. "Légitimité Juridique des Gouvernements" in *L'Idée de Légitimité*. Paris: PUF, 1967.

FALCÓN Y TELLA, Ma. José. "La Tridimensionalidad y el Problema de la Validez", in *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense n° 76*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1990.

_____. “La Dialéctica Jurisprudencial de la Legitimidad, la Validez y la Eficacia”, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n° 79. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1992.

FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*. Porto Alegre: Globo, 1984.

FEBBRAJO, Alberto. “Legittimazione e Teoria dei Sistemi” in *Sociologia del Diritto* n. XI/1984/1. Milano: FAE, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. “O Direito como Sistema de Garantias” in OLIVEIRA Jr., José Alcebiades de. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. “Note critiche ed Autocritiche Intorno alla Discussione su *Diritto e Ragione*”, in GIANFORMAGGIO Letizia (org). *Le Ragioni del Garantismo*. Torino: Giappichelli, 1993.

_____. “El Estado Constitucional de Derecho Hoy”, in IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la Jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.

- FERRARI, Vincenzo. "Brevi Osservazioni su Funzionalismo e Legittimazione" in *Sociologia del Diritto* n. 1. Milano: FAE, 1984.
- _____. *Funciones del Derecho*. Madrid: Debate, 1988.
- FERRAZ Jr. Tercio. *Introdução ao Estudo do Direito*. S. Paulo: Atlas, 1994.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la Tópica Jurídica*. Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo/ed. Civitas 1988.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos*. Madrid: CEC, 1987.
- _____. "Consenso, Racionalidad y Legitimidad", in *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política*. N. 2. Madrid: CSIC, 1990.
- _____. *Derecho, Ética y Política*. Madrid: CEC, 1993.
- GERARD, Philippe. "Validité Juridique et Souveraineté" in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXXII, 1986.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. "Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere" in GIANFORMAGGIO, L. (org.) *Le Ragioni del Garantismo*. Torino: Giappichelli, 1993.

GUASTINI, Riccardo. "I fondamento Teorici e Filosofici del Garantismo",
 in GIANFORMAGGIO, L. (org.). *Le Ragioni del Garantismo*. Torino,
 Giappichelli, 1993.

GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, Sistema y Realidad*. Buenos Aires,
 Astrea, 1986.

HABERMAS, Jurgen. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*.
 Buenos Aires, Amorrortu, 1975.

_____. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*. Rio de
 Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *Teoría y Praxis*. Madrid, Tecnos, 1990.

_____. *Morale, Diritto, Politica*. Torino, Einaudi, 1992.

_____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de
 Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989

HALL, Jerome. "The Relationship Between Ontological and the Normative
 Elements Under Axiological Aspects" in *ARSP, Beiheft Neue Folge* n.
 6, Wiesbaden, 1970.

HART, Herbert. "El Realismo Escandinavo" in CASANOVAS, Pompeu et
 al. *El Ambito de lo Jurídico*. Barcelona, Crítica, 1994.

- _____. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.
- HENNIS, Wilhelm. "El Problema de la Legitimación en el Estado Moderno" *in Ethos* ns. 4-5. Buenos Aires: Instituto de Filosofía Práctica, 1976-77.
- HOERSTER, Norbert. *En Defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 1992.
- JORI, Mario. "La Cicala e la Formica", *in* GIANFORMAGGIO, L. (org.) *Le Ragioni del Garantismo*. Torino: Giappichelli, 1993.
- KAUFMANN, Arthur. "La Struttura Ontologica del Diritto", *in Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, anno XXXIX - serie III settembre-ottobre 1962 - Fascicolo V - Milano: Giuffrè ed.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: A. Amado editor-sucessor, 1979.
- _____. "El Prof. Stone y la Teoría Pura del Derecho", *in* KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Centro Editor para América Latina, 1969.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Fabris ed.,
1986.

KLIEMT, Hartmut. *Filosofía del Estado y Criterios de Legitimidad*. Buenos
Aires: Alfa, 1979.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o
Pensamento de Hanna Arendt*. S. Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Ariel,
1973.

LENOBLE, Jacques/OST, François. *Droit, Mythe et Raison. Essai sur la
Dérive Mytho-logique de la Rationalité Juridique*, Bruxelles:
Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980.

LÓPEZ CALERA, Nicolás. "La Legitimación Democrática del Derecho" in
Anales de la Cátedra Francisco Suárez. n. 16, 1976. Granada:
Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada,
1976.

_____. "Eficacia y Legitimación: Un Proyecto
Dialéctico" in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de*

Granada. N. 10, 2º. cuatrimestre. Granada: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, 1986.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de M. C. Côrte-Real. Brasilia: Editora da UnB, 1980

_____. *Teoria Politica nello Stato del Benessere*. Milano: Franco Angeli, 1987.

_____. *Sociologia do Direito*, vol II, Rio de Janeiro: ed. Tempo Brasileiro, 1985

_____. "Il Welfare State come problema politico e teorico", in FANO, Emilio et alii, *Trasformazioni e crisi del Welfare State* Bari: De Donato, 1983

LUZZATI, Claudio. "La figura del Giurista e il Garantismo Penale. Riflessioni a Proposito di un Recente Libro di Luigi Ferrajoli", in *Sociologia del Diritto* XVIII/1991/2 - pp. 177-191.

MACCORMICK, Neil. "Spontaneous Order and the Rule of Law. Some Problems" in *Ratio Juris*, vol. 2 n. 1 March 1989, Oxford/Harvard, 1989 (41-54)

- _____. "Diritto, 'Rule of Law' e Democrazia" in *Analisi e Diritto*. Torino: Giappichelli, 1994.
- MACPHERSON, C.B. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo*. Trad. de N. Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- McCARTHY, Thomas. *La Teoria Crítica de Jurgen Habermas*. Madrid: Tecnos, 1987.
- MAIER, Julio. "Reflexiones Acerca de la Vigencia del Derecho" in BULYGIN et alii. *El Lenguaje del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MONTORO ROMERO, Ricardo. "Crisis de Legitimación y Crisis Económica en el Estado de Bienestar" in *Revista de Estudios Políticos*, n. 48. Madrid: CEC, 1985.
- MORAIS, José Luis B. de. *Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- NINO, Carlos S. "Dworkin y la Disolución de la Controversia 'Positivism vs. Iusnaturalismo'" in AAVV *Ronald Dworkin: Estudios en su*

Homenaje. Revista de Ciencias Sociales, n° 38. Valparaíso:

Edeval, primer y segundo semestre de 1983.

_____. *Introducción al Análisis del Derecho.* Buenos Aires: Astrea, s/d.

_____. “Liberalismo Conservador: Liberal o Conservador?” in *Sistema* n. 101. Madrid: Fundación Sistema, 1991.

OFFE, Claus. “Legitimidad versus Eficiencia” in *AAVV Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Madrid: Alianza, 1994.

_____. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVEIRA Jr. José Alcebiades de. “Politização do Direito e Juridicização da Política”, in *Revista Sequência* n° 32, Florianópolis: CPGD/UFSC, julho de 1996

_____. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

_____. “Cidadania e Novos Direitos” in OLIVEIRA Jr., José Alcebiades de. (org.) *O Novo em Direito e Política.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977.

OLIVEIRA Jr., José Alcebiades, MORATO LEITE, José Rubens (orgs.)

Cidadania Coletiva. Florianópolis: CPGD/Paralelo 27, 1996.

OST, François/VAN DER KERCHOVE, Michel. *Jalons Pour une Théorie*

Critique du Droit. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires

Saint-Louis, 1987.

PALOMBELLA, Gianluigi. "Legittimita, Legge e Costituzione" *in Sociologia*

del Diritto XX/1993/2 Milano: Franco Angeli, 1993.

PASOLD, Cesar Luis. *Função Social do Estado*

Contemporâneo. Florianópolis: Estudantil, 1988.

PASSERIN D'ENTREVES, Alexandre. "Légalité et Légitimité" *in* AAVV.

L'Idée de Légitimité. Paris: PUF, 1967.

PATTARO, Enrico. "La Validez del Derecho en Alf Ross" *in Revista de*

Ciencias Sociales n°25/I - 2° semestre de 1984 - Valparaíso: Facultad de

Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1984.

_____. *Elementos para una Teoría del Derecho*. Madrid: Debate,

1986.

PECZENIK, Aleksander. "Rationality and Legal Justification" *in ARSP*, vol.

LXVIII. Wiesbaden: F. Steiner Verlag GmbH, 1982.

- PENNISI, Carlo. “La Legittimazione Delle Norme Giuridiche: Modelli Teorici e Sociologia del Diritto” in *Sociologia del Diritto* XIV/1987/2. Milano: FAE, 1987.
- PEÑA, Antonio. “*El Concepto de Garantía*”. Tese de Doutoramento apresentada perante o Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Facultad de Derecho. Universidad de Granada, 1996, e Madrid: ed. Trotta (no prelo).
- POLIN, Raymond. “Analyse Philosophique de l’idée de Légimité” in *L’Idée de Légimité*. Paris: PUF, 1967.
- PRADA GARCÍA, Aurelio de. “Legitimidad Democrática y Crisis de Legitimación. El Discurso Ecologista” in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n. 75. Madrid: Universidad Complutense, 1989-90.
- RAMELLA, Francesco. “La Legittimazione delle Democrazie: Una Rivisitazione” in *Sociologia del Diritto* XXI/1994/3. Milano: Franco Angeli, 1993.
- RAMOS PASCUA, José Antonio. *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart*. Madrid: Tecnos, 1989.

RAZ, Joseph. "The Identity of Legal Systems" in *California Law Review*, vol 59:795, ed. California Law Review, 1971.

_____. *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

_____. "Autoridad y Consentimiento" in *El Lenguaje del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. S. Paulo: Saraiva, 1977.

RESTA, Eligio. "La Ragione dei Diritti", in GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). *Le Ragioni del Garantismo*. Torino: Giappichelli, 1993

REYES SOTO, Nelson. "El Problema de la Validez y la Obligatoriedad del Derecho en el Pensamiento de Alf Ross" in *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso: Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales - Universidad de Valparaíso, 1984.

ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-Observação*. Curitiba: JM, 1997.

ROIG, Rafael de Asis. "Sobre la Libertad en el Estado Social y Democrático" in *Sistema* n. 101. Madrid: Fundación Sistema, 1991.

ROSS, Alf. "Hans Kelsen: El Concepto de Validez y el Conflicto entre el Positivismo Jurídico y el Derecho Natural" in CASANOVAS, Pompeu et al. *El Ambito de lo Jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994.

_____. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1970.

SAAVEDRA, Modesto. *La Libertad de Expresión en el Estado de Derecho. Entre la Utopía y la Realidad*. Barcelona: Ariel, 1987.

_____. "Notas Sobre la Legitimación Democrática de la Elaboración Judicial del Derecho" in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n. 16. Granada: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, 1976.

SCHMITTER, Philippe C./ KARL, Terry L. "Qué es y qué no es la Democracia" in *Sistema* n. 116 - sep. 1993. Madrid: Fundación Sistema 1993.

SEGURA ORTEGA, Manuel. "Sobre la Noción de Validez", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VII. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990.

SERRANO, Enrique. *Legitimación y Racionalización. Weber y Habermas: la Dimensión Normativa de un Orden Secularizado*. Barcelona: Anthropos, 1994

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. S. Paulo: Malheiros, 1992.

SQUELLA, Agustín. *Derecho, Desobediencia y Justicia*. Valparaíso: Edeval, 1977.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1994.

TUORI, Kaarlo. "Ética Discursiva y Legitimidad del Derecho" in *Doxa* n. 5. Alicante: CEC, 1988.

VERNENGO, Roberto J. "Validez y Verdad en la 'Teoría de las Normas' de Hans Kelsen", in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n° 25, Universidad de Granada, 1985.

_____. *Curso de Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

_____. "Legalidad y Legitimidad: Los Fundamentos Morales del Derecho" in *Revista de Estudios Políticos* n. 77. Madrid: CEC, 1992.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. S. Paulo: RT, 1977.

WARAT, Luis Alberto. *Por Quien Cantan las Sirenas*. Joaçaba:

UNOESC/CPGD-UFSC, 1996.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica,

1984, 1 vol.

WROBLEWSKI, Jerzi. *Sistemi Normativi Statici e Dinamici. Analisi di una*

Tipologia Kelseniana. Torino: Giappichelli, 1991.

ZOLO, Danilo, “Autopoiesis: un paradigma conservatore” *in Complessità e*

Democrazia, Torino: Giapicchelli, 1986

ZULETA PUCEIRO, Enrique. “Teoría Jurídica y Crisis de Legitimación”, *in*

Anuario de Filosofía Jurídica y Social, n. 2, 1982. Buenos Aires:

Abeledo-Perrot, 1982.