

ALEXANDRE ALMEIDA ROCHA

Constituição e Garantia:
aproximação garantista à problemática da Teoria da Constituição

NOVEMBRO - 1999

ALEXANDRE ALMEIDA ROCHA

Constituição e Garantia:
aproximação garantista à problemática da Teoria da Constituição

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do grau de Mestre, Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Urquhart Cademartori

FLORIANÓPOLIS

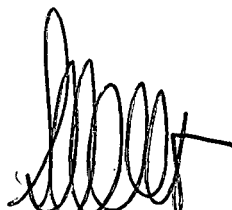
PRIMAVERA - 1999

ALEXANDRE ALMEIDA ROCHA

Constituição e Garantia:
aproximação garantista à problemática da Teoria da Constituição

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela banca examinadora formada pelos professores:

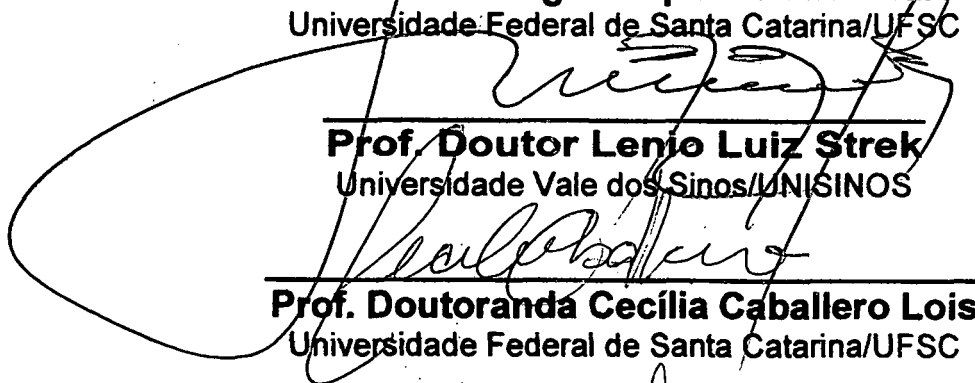
Orientador/Presidente:



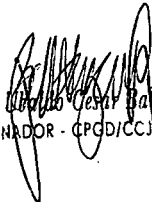
Prof. Doutor Sérgio Urquhart Cademartori
Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC



Prof. Doutor Lenio Luiz Streck
Universidade Vale dos Sinos/UNISINOS



Prof. Doutoranda Cecília Caballero Lois
Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC



Prof. Dr. Alberto Cesar Balthazar
COORDENADOR - (PGD/CC)/UFSC

Florianópolis, 25 de novembro de 1999.

*“Caminante, son tu 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 esteas en la mar”.*

ANTONIO MACHADO
in Proverbios y Cantares

AGRADECIMENTOS

Ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na pessoa de meus companheiros de turma, pelo apoio constante;

Às funcionárias do CPGD, pela disposição entusiasmada de todos os momentos, em particular, à Melissa pela amizade e carinho;

Aos professores do CPGD, que de uma forma ou de outra auxiliaram na minha formação acadêmica;

Aos professores do Departamento de Filosofía dei Dercecho, Moral y Política da Universidad de Granada, pela calorosa acolhida;

Aos amigos granadinos Jose Luis Serrano Moreno e Antonio Peña Freire, pela atenção dispensada quando da minha estada em Granada;

Ao professor e eterno amigo José Sebastião Fagundes Cunha por ter aberto o caminho para a pesquisa pelas vias da iniciação científica

Aos meus familiares, principalmente aos irmãos: Luciana, Elisângela, Pedro Luiz, Ana Paula, pelo apoio incondicional;

A todos os amigos, em especial, a Adriano de Bortoli, pela profunda amizade nascida nos primeiros anos de graduação, e também a Gustavo Pedrollo, pelo companheirismo;

À minha namorada Mariana, pela paciência e renúncia durante toda a elaboração deste trabalho;

Ao Prof. Dr. Sérgio Cademartori, pela cumplicidade acadêmica na condução desta dissertação, assim como pela amizade construída durante os últimos anos.

S U M Á R I O

RESUMO.....	vi
RIASSUNTO.....	vii
INTRODUÇÃO.....	08
PRIMEIRA PARTE – <u>INTRODUÇÃO A TEORIA GERAL DO GARANTISMO: alguns aspectos</u>	
I – ESTRUTURA NORMATIVA DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: redefinições a partir da teoria garantista do direito	
1.1. Considerações Introdutórias.....	16
1.2. Níveis e hierarquias de normas.....	19
1.3. Incorporação limitativa de obrigações a produção normativa.....	25
1.4. O grau irredutível de ilegitimidade quanto aos poderes normativo, legislativo e judiciário.....	31
1.5. Os conceitos de validade e vigência no Estado Constitucional: crítica interna e externa ao direito vigente.....	36
II – DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTISMO	
2.1. Considerações preliminares.....	44
2.2. Os direitos fundamentais como objeto da garantia.....	45
2.2.1. Direitos fundamentais x direitos patrimoniais.....	48
2.2.2. Direitos fundamentais e democracia substancial.....	51
2.2.3. Direitos fundamentais e cidadania.....	55
2.2.4. Direitos fundamentais e garantia.....	56
2.3. Estado direito e democracia: limites à decisão por maiorias.....	66
SEGUNDA PARTE - <u>APROXIMAÇÃO GARANTISTA À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO</u>	
III – TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO: elementos para uma pré-compreensão	
3.1. FERDINAND LASSALLE: A Concepção sociológica da Constituição.....	74
3.2. CARL SCHMITT: A Constituição como decisão política.....	78
3.3. HERMANN HELLER: A Constituição do Estado.....	86
3.4. RUDOLF SMEND: A Constituição como fator de integração do Estado.....	89
3.5. KARL LOEWENSTEIN: A Constituição como controle do poder político.....	93
3.6. KONRAD HESSE: A Constituição como ordem jurídica fundamental.....	98
IV - O GARANTISMO JURÍDICO COMO TEORIA DA CONSTITUIÇÃO	
4.1. Considerações preliminares.....	105
4.2. Conceito de Constituição.....	110
4.3. Funções da Constituição.....	118
4.4. Constituição e soberania.....	123
4.5. Constitucionalismo como novo paradigma do direito.....	132
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146

RESUMO

Este trabalho é uma análise da temática da constituição e tem por finalidade realizar uma aproximação ao conceito desta no contexto do Estado Constitucional de Direito, com fulcro na teoria geral do garantismo jurídico, articulando-a como teoria da constituição. Objetivando resgatar algumas teses clássicas acerca do assunto e visualizar a teoria garantista como teoria da constituição, a abordagem restringe-se à análise de alguns problemas que se apresentam em sede de Teoria da Constituição, no intuito de se revitalizar a discussão das funções que devem desempenhar as Constituições no Estado Contemporâneo e no cenário internacional.

RIASSUNTO

Questo lavoro è una analisi del tema della Costituzione e ha per finalità realizzare una approssimazione al concetto di essa nel contesto dello Stato Costituzionale di Diritto, con base nella teoria generale del garantismo giuridico, trattandola come teoria della costituzione. Con l'obiettivo di riscattare alcune tesi classiche dell'assunto ed visualizzare la teoria garantista come teoria della costituzione, l'approccio restringe all'analisi di alcuni problemi che si presentano in sede di teoria della costituzione, nell'intento di rivitalizzare la discussione delle funzioni che devono adempiere la Costituzione nel Stato Contemporaneo e nel scenario internazionale.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como justificativa a infeliz constatação de que, hodiernamente, vivencia-se um paradoxo, que tem como característica, de um lado a incrível evolução tecnológica, responsável pela aceleração das descobertas e uma fantástica ampliação dos meios de comunicação que diariamente desafiam teorias e princípios derrubando fronteiras e limites que se tornaram virtuais; e, por outro lado, vê-se o aumento da miséria em todo o mundo; a proliferação de ameaças de guerras nucleares; as irracionalidades dos fundamentalismos; enfim, o desrespeito aos direitos humanos em nome de políticas neoliberais e de teorias pós-modernas. Assim, implicitamente, nas entrelinhas deste discurso está a indignação em relação aos poderes públicos, que permanecem, muitas vezes, alheios aos problemas sociais e econômicos, impedindo desta forma a utilização do direito na criação das condições necessárias para a realização integral do ser humano.

Já, explicitamente, serve-se do travejamento teórico da Teoria Garantista do Direito, tal como apresentada por LUIGI FERRAJOLI, e por ser esta, como diz CADEMARTORI, capaz de *“dar conta de uma análise rigorosa da estrutura normativo-institucional desse fenômeno de dominação conhecido como “Estado de Direito” em sua versão contemporânea”* e de *“propor um caminho para a correção das distorções que hoje determinam a crise desse modelo”*.¹

Para lograr-se o almejado, divide-se este trabalho em dois momentos: num primeiro momento trabalha-se com a teoria geral do garantismo jurídico, abordando-se os principais pontos desta.

¹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: LAEL, 1999. p. 11.

Salienta-se no primeiro capítulo deste trabalho a estrutura normativa do Estado de Direito. O estrutura-se em quatro tópicos. No primeiro, intitulado *Níveis e hierarquia de normas*, distingue-se o governo *sub leges* do governo *per leges* para chegar-se a uma distinção fundamental para a teoria do garantismo jurídico entre legalidade em sentido estrito ou substancial e legalidade em sentido lato ou formal, sendo que se infere da teoria garantista o entendimento de que todos os poderes públicos estão não apenas subordinados a legalidade formal mas também a legalidade substancial. No segundo tópico, analisa-se a incorporação limitativa de direitos na ordem constitucional em função do desenvolvimento do Constitucionalismo, do que se extrai uma distinção entre direitos sociais (direitos a) e direitos liberais (direitos de). No terceiro tópico, por consequência desta incorporação limitativa de direitos, aborda-se a distinção entre normatividade e efetividade presente no seio da doutrina garantista originária do grau irreduzível de ilegitimidade jurídica dos ordenamentos jurídicos modernos. E, por último, sustenta-se a distinção entre duas categorias centrais da teoria geral do direito, quais sejam: validade e vigência. Esta distinção, segundo FERRAJOLI, sustenta-se no contexto do Estado Constitucional de Direito e afasta os posicionamentos reducionistas do positivismo dogmático, do realismo jurídico e do jusnaturalismo.

Ainda na primeira parte deste trabalho aborda-se a concepção de FERRAJOLI acerca dos direitos fundamentais. Aqui se trabalha com a distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais; com a análise da relação existente entre direitos fundamentais e democracia substancial; com as implicações dos direitos fundamentais na idéia de cidadania, em que se demonstra a antinomia existente entre igualdade e soberania; com a distinção entre direitos fundamentais e garantias, central para o desenvolvimento da crítica ao realismo jurídico que, ao

confundir estas duas categorias, justifica a não realização dos direitos fundamentais; e, ao final, encerrando-se a primeira parte da dissertação, aborda-se a diferença conceitual entre democracia e Estado de direito. Verifica-se que a concepção dos direitos fundamentais aqui desenvolvida conexas-se com a revitalização da teoria da constituição.

Num segundo momento, trabalha-se especificamente com os problemas atinentes à teoria da constituição, resgatando-se algumas destas teorias, tais como as desenvolvidas por FERDINAND LASSALLE (fatores reais de poder), CARL SCHMITT (A Constituição como decisão política), HERMANN HELLER (A Constituição do Estado), RUDOLF SMEND (A Constituição como fator de integração do Estado), KARL LOEWENSTEIN (A Constituição como controle do poder político), KONRAD HESSE (A Constituição como ordem jurídica fundamental), em que se destaca principalmente a tese central da unidade da Constituição, ainda que os pontos de partida destes autores sejam diversos e até mesmo contraditórios.

Já, no último capítulo, procura-se realizar, com fulcro nas categorias e concepções trabalhadas anteriormente, uma aproximação garantista ao conceito de constituição defendendo-se o tratamento do garantismo jurídico como teoria da constituição. Para tanto, estrutura-se o capítulo em quatro tópicos, assim nominados: 1.) *Conceito de Constituição*, em que se trabalha com a defesa de que o conceito de Constituição para o garantismo jurídico é um conceito material, dado o papel instrumental que assume o Estado na concretização dos direitos fundamentais; 2.) *Funções da Constituição*, em que se desenvolve uma crítica a idéia de execução da Constituição e sustenta-se como papel primordial desta o de limitação do poder; 3.) *Constituição e Soberania*, em que se explica as três aporias apresentadas por FERRAJOLI no desenvolvimento da doutrina da soberania e suas implicações; e,

finalmente, 4.) *Constitucionalismo Mundial*, em que se formula e se sustenta, a partir da valorização da pessoa humana, este constitucionalismo como paradigma emergente.

Pretende-se com este trabalho oferecer alguns elementos que contribuam na árdua e difícil tarefa de concretização dos direitos fundamentais positivados na Constituição, já que, nos últimos anos, o Brasil tem sido o proscênio das mais absurdas aberrações jurídicas que têm como justificativa o projeto político pessoal do chefe do Executivo e a submissão aos grandes interesses econômicos e financeiros, ditados pelo FMI, que são, na ótica deste governo, o que realmente conta. Inúmeros são os exemplos que podem ser relatados, basta mencionar-se o excesso de medidas provisórias e suas contínuas reedições que atentam flagrantemente contra o princípio da separação dos poderes e, não raras vezes, contra o princípio mais caro ao Estado de Direito: o princípio da legalidade.

Quer-se, talvez pretensiosamente, somar-se aos esforços dispensados por aqueles que de alguma forma, juristas ou não, procuram despertar não só o olhar dos operadores jurídicos, mas também de todos os brasileiros desejosos de liberdade e conscientes de que o desrespeito à Constituição e ao direito leva à consagração do arbítrio. É necessário, em caráter de urgência, atentar-se para as violações que diariamente afetam os direitos fundamentais e colocam em cheque os postulados do Estado Constitucional de Direito. Espera-se que, na medida do possível, tenha-se contribuído para o encaminhamento destes problemas, embora não se tenha a pretensão de oferecer respostas definitivas.

Para finalizar, tecem-se aqui algumas considerações de caráter metodológico: a) o trabalho é fruto exclusivo de pesquisa bibliográfica; c) as traduções foram elaboradas em notas de rodapé tendo em vista que as mesmas são

de mão própria, e daí preferir-se mencionar no texto a citação original para manter-se a fidelidade da fonte utilizada. c) algumas obras em italiano foram obtidas por *scanner* e não houve acesso ao original, fato este que impossibilitou a referência precisa de algumas citações.

PRIMEIRA PARTE

INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DO GARANTISMO: alguns aspectos

“Não podemos prever, por métodos racionais ou científicos, o crescimento futuro dos nossos conhecimentos; não podemos, portanto, prever o nosso futuro da história humana”

POPPER
A miséria do historicismo

I

**ESTRUTURA NORMATIVA DO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO: redefinições a
partir da teoria garantista do direito.**

1.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

FERRAJOLI¹ trabalha com três acepções do termo garantismo, quais sejam: um modelo normativo de Estado de Direito; teoria e crítica do direito; e, ainda, filosofia do direito e crítica da política.

Na primeira acepção, a idéia de garantismo designa um modelo normativo de direito: o modelo de estrita legalidade próprio do Estado de direito, e tem como cerne da discussão a falta de técnicas coercitivas que permitam o contraste e a neutralização do poder e do direito ilegítimos. Caracteriza-se, assim, no plano epistemológico como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado pela garantia dos direitos fundamentais².

Já, na segunda acepção, propõe uma teoria da divergência que estuda o conflito entre validade e efetividade como categorias independentes não só entre si, mas também, da existência ou vigência das normas. Neste sentido o garantismo exprime uma abordagem teórica que mantém separados o ser e o dever ser no direito, e, por conseguinte, em sua temática surge como questão central a distinção existente nos ordenamentos complexos entre modelo normativo (tendencialmente garantista) e prática operativa (tendencialmente anti-garantista), que se interpreta mediante a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora deles patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoria do garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995. p. 850 e ss.

E, finalmente, numa terceira acepção garantismo designa uma filosofia política que atribui ao Direito e ao Estado a responsabilidade da justificação externa conforme aos bens e aos interesses cuja tutela e garantia constitua a finalidade de ambos.

Portanto, a utilização do termo redefinição/ não é aleatória, pois desempenha também uma função metodológica, uma vez que o objetivo do *garantismo* jurídico não é o de reinventar o positivismo jurídico³, numa inovação completa e irrestrita, mas o de reler determinadas categorias que já integram o pensamento jurídico moderno, aperfeiçoando-as, ou melhor, redefinindo-as na medida em que se procura explicar o fenómeno jurídico. Abstrai-se, portanto, de se enfrentar uma discussão filosófica acerca das espécies de definições possíveis, e filia-se aqui a uma idéia de redefinição formulada por FERRAZ Jr., advertindo-se, desde logo, que *“as redefinições não podem ser julgadas pelo critério de verdade, mas sim pelo da ‘funcionalidade’, o que depende, obviamente, dos objetivos de quem define”*.⁴

Assim sendo, procura-se, nos tópicos seguintes, caracterizar o modelo normativo do Estado Constitucional de Direito, a partir da teoria do garantismo jurídico, trazendo-se ao debate as problemáticas atinentes ao positivismo jurídico

² Cabe destacar inicialmente que a análise que se privilegia no desenvolvimento deste trabalho está adstrita à teoria geral do garantismo e, portanto, não têm uma preocupação com as teses do garantismo penal.

³ Neste sentido, CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 80-81., esclarece que 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”. Ainda quanto a esta autonomia da teoria garantista, vale mencionar GIANFORMAGGIO, Letizia. *Diritto e ragione tra essere e dover essere*. in GIANFORMAGGIO, L. **Le ragioni del Garantismo**. Torino: Giappichelli, 1993. em que afirma “Il garantismo di Ferrajoli è una teoria del diritto a fianco di altre teorie; e non è riducibile a nessuna, pur essendo particolarmente tributaria nei confronti di alcune di esse, pur essendo specialmente vicina ad altre”. p. [?] A omissão da página deve-se ao fato de que alguns textos acerca do garantismo foram obtidos pelo processo do *scanner*.

levantadas por esta teoria para se construir uma pré-compreensão que sirva de sustentáculo teórico para a aproximação garantista à problemática da teoria da constituição.

Antes, porém, cabe uma advertência. Quando se referir este trabalho a Estado Constitucional de Direito ou, simplesmente, a Estado Constitucional, não se quer mencionar uma ordem jurídico-política real ou positiva, ou um conglomerado institucional determinado, e sim um modelo normativo ao qual podem ser referidas as distintas ordens jurídico-políticas reais e a respeito das quais podem ser valoradas, não obstante se utilize de exemplos extraídos da Constituição do Estado Brasileiro.

Destarte, ressalta-se desde já, que *“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”*.⁵

⁴ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 37.

⁵ CADEMARTORI, *op. cit.*, p. 24.

1.2. NÍVEIS E HIERARQUIA DE NORMAS

Parte-se da consideração, neste primeiro tópico, da falência do Estado legislativo de direito e a sua culminação no Estado Constitucional.⁶ Entretanto, não se faz aqui uma abordagem exaustiva das distintas conotações que assumiu a expressão Estado de direito no seu devir histórico, pois não constitui objeto deste trabalho.⁷ Interessa, sobremaneira, o apontamento de algumas características deste modelo jurídico-político na visão da teoria garantista do direito que parecem importantes para uma aproximação à problemática do conceito de Constituição; isto, contudo, não implica na desconsideração da discussão acerca do Estado de direito, já que (in)diretamente toca a investigação que se propõe.

BOBBIO⁸ entende que a expressão governo da lei pode significar duas coisas: 1. governo *sub leges*, ou seja, submetido às leis; equivalente à submissão de todo poder ao direito; refere-se às relações de poder com suas próprias normas, ou seja com o direito ao qual o governante se declara submetido. 2. governo *per leges*, ou seja, que atua mediante leis gerais e abstratas; aponta para os aspectos formais do poder em relação aos súditos, tais como as exigências formais para que a norma seja válida e possa obrigar, como são a generalidade e a abstração.

PEÑA FREIRE agrega uma outra característica ao governo *per leges* que consiste na exigência de que a lei seja a expressão da vontade geral, pois "*no hay tal ley si proviene de una voluntad individual y absoluta y no de un asamblea que de*

⁶ PEÑA FREIRE, Antonio M. *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. E, também, ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 21-45.

⁷ Sobre este assunto consultar, entre outros: CHÂTELET, François *et al.* *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1985; BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1996; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, e ainda, NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 1987.

algún modo pueda considerarse expresiva de la voluntad general.⁹ Pretende-se com isto, afastar-se os governos com cariz absolutista ou autoritário que, não obstante se expressem por intermédio de normas gerais e abstratas, sejam considerados Estado de direito, ainda que em sua versão formal ou *per leges*.

Para FERRAJOLI o termo “estado de direito”, ao menos no campo penal, designa as duas coisas: “*el poder judicial de descubrir y castigar los delitos es en efecto sub lege por cuanto el poder legislativo de definirlos se ejercita per leges; y el poder legislativo se ejercita per leges en cuanto a su vez está sub lege, es decir, está prescrita por ley constitucional a reserva de ley general y abstracta en materia penal*”.¹⁰

Este autor entende que o poder *sub leges* apresenta dois significados possíveis: um significado fraco, *lato* ou formal e um significado forte, estrito ou substancial. O primeiro sentido é de que qualquer poder deve ser conferido por lei e exercido nas formas e procedimentos nela estabelecido. Já o segundo sentido é o de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não só sua forma mas também seu conteúdo. Para o jurista italiano,

El término “estado de derecho” se usa aquí en la Segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinónimo de “garantismo”. Por eso designa no simplemente un “estado legal” o “regulado por la ley”, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: 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 independiente (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias,

⁸ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992. p. 156.

⁹ PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 48-49. (“no existe tal lei se provém de uma vontade individual e absoluta e não de uma assembléa que de algum modo possa considerar-se expressiva da vontade geral”)

¹⁰ *Derecho y razón*. p. 856 (“o poder judicial de descobrir e castigar os delitos é com efeito *sub lege* não obstante o poder legislativo de defini-los se exercita *per leges*; e o poder legislativo se exercita *per leges* enquanto que por sua vez está *sub lege*, quer dizer, está prescrito por norma constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal”)

*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 obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial.*¹¹

CADEMARTORI, analisando a distinção acima exposta, conclui:

*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.*¹²

Logo, nos três elementos – generalidade, abstração e legitimação pela vontade geral – “*se localiza la función potencial garantista de la ley como forma jurídica. Los tres, cada uno a su manera, son formas de control o limitación del ejercicio del poder a través del derecho; los tres marcan distancias entre uno y otro al subrayar la diferenciación entre la forma jurídica y el simple ejercicio del dominio*”.¹³

FERRAJOLI identifica com estas duas fontes de legitimação do estado de direito – governo *sub leges* e governo *per leges* – dois modelos de legalidade:

¹¹ *Derecho y razón...*, p. 856-857. (“O termo ‘estado de direito’ se usa aqui na segunda de ambas as acepções; e neste sentido é sinónimo de “garantismo”. Por isso designa não simplesmente um ‘estado legal’ ou regulado pela lei’, senão um modelo de estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, em virtude do qual todo poder público – legislativo, judicial e administrativo – está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam suas formas de exercício e cuja observância se acha submetida ao controle de legitimidade por parte de juizes separados do mesmo e independentes (o Tribunal Constitucional para as leis, os juizes 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 *direitos fundamentais* dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, quer dizer, das proibições de lesionar os direitos de liberdade e das obrigações de satisfazer os direitos sociais, assim como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial”)

¹² CADEMARTORI, *op. cit.*, p. 20.

¹³ PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 50. (“se localiza a função ou potencial garantista da lei como forma jurídica. Os três, cada um a sua maneira, são formas de controle ou limitação do exercício do poder através do direito; os três

legalidade no sentido lato ou validade formal e legalidade no sentido estrito ou validade substancial. *“El principio de mera legalidad se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad; el principio de estricta legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos sustanciales la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido”*.¹⁴

ESTEVEZ ARAÚJO analisando a crise do princípio da legalidade, deflagrado principalmente pelas mudanças estruturais que acompanharam o desenvolvimento do capitalismo e pelo incremento da atividade intervencionista do Estado, entende, no mesmo sentido que FERRAJOLI, que a submissão da Administração à lei é uma condição necessária da legitimidade de sua atuação no desenho do Estado de Direito. No entanto, adverte que a caracterização do princípio da legalidade acaba sendo uma tarefa mais complexa quando se analisa a legitimidade da atuação administrativa a partir do momento em que se admite a possibilidade de que determinados órgãos da Administração ditem normas de caráter geral, como, por exemplo, os regulamentos.¹⁵

A posição de FERRAJOLI foi fortemente criticada por DANILO ZOLO. Para formular sua crítica ZOLO lança mão de duas categorias: “otimismo normativo” e “pessimismo político”. Com a primeira expressão (otimismo normativo) quer designar duas coisas: a confiança que FERRAJOLI deposita na virtude da razão

marcam distâncias entre um e outro ao sublinhar a diferenciação entre a forma jurídica e o simples exercício do domínio”)

¹⁴ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...*, p. 857. (“o princípio da mera legalidade se limita em realidade a exigir que o exercício de qualquer poder tenha por fonte a lei como condição *formal* de legitimidade; o princípio da estricta legalidade exige ao contrário que a própria lei condicione a determinados conteúdos *substanciais* a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituido”)

¹⁵ ESTEVEZ ARAÚJO, Jose A. La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. *Anales de Filosofía del Derecho*. tomo VII. Madrid: Nova Época, 1990. Ressalte-se que o autor trabalha com o direito administrativo espanhol, daí a referência aos regulamentos. No entanto, é possível aceitar-se o posicionamento deste autor, pois, tem-se a possibilidade de que a Administração Pública edite normas de caráter geral, tais como resoluções, portarias, etc.

jurídica e na capacidade do direito moderno de produzir uma estável racionalização da vida social, bem como àquela confiança depositada na oposição entre “*governo delle leggi*” e “*governo degli uomini*”.

No primeiro caso, ZOLO destaca que FERRAJOLI é fiel à tradição do iluminismo jurídico e em particular à teoria iluminista e liberal do direito, e que daí se pode deduzir que para FERRAJOLI a democracia coincida essencialmente com o Estado de direito, e seja apenas um Estado de direito que tem o dever de assegurar, além dos direitos de liberdade, um congruente repertório de “direitos sociais”. De outro lado, ZOLO destaca que na arquitetura da teoria do garantismo jurídico há um otimismo do legislador iluminista acerca da capacidade do instrumento formal do direito de

[...] ritualizzare l'esercizio del potere imbrigliandone la connaturata tendenza prevaricatrice”. “E per converso esprime una profonda diffidenza nei confronti di ogni forma di discrezionalità del potere. Il potere discrezionale, di natura amministrativa o giudiziaria, è per Ferrajoli il grand avversario del garantismo penale (e del garantismo tout court) poiché, secondo una radicale opzione individualistica e liberale, egli tende a identificare il potere discrezionale con l'arbitrio potestativo. [...] Libertà e “governo degli uomini” si oppongono irrimediabilmente.¹⁶

Já pela expressão “pessimismo político”, ZOLO quer indicar uma implacável postura crítica nas comparações das “promessas não mantidas” do Estado de Direito moderno, da sua inadequada estrutura prática em relação aos princípios do garantismo declarados ao máximo nível constitucional. ZOLO adverte que se o próprio FERRAJOLI reconhece implicitamente que se está em presença de

¹⁶ ZOLO, Danilo. Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo. in GIANFORMAGGIO, Letizia. *op. cit.*, p. 450-451. (“[...] ritualizar o exercício do poder impedindo-lhe a conatural tendência à prevaricação. De outro lado exprime uma profunda desconfiança nos confrontos de toda forma de discricionariedade do poder. O poder discricionário, de natureza administrativa ou judiciária, é para FERRAJOLI, o grande adversário do garantismo penal (e do garantismo *tout court*) pois que, segundo uma radical oposição individualista e liberal,

uma crise do projeto iluminista do direito moderno, têm-se que esperar dele uma abordagem mais explícita dos limites da racionalidade funcional do direito, ou ao menos, uma larga disposição a medir-se com as críticas pós-modernas do Estado de Direito e da sua eficácia garantista.¹⁷

Não obstante as censuras formuladas à teoria garantista, entende-se que a mesma oferece um *plus* em relação ao entendimento dominante no que se refere ao papel que desempenha o **princípio da legalidade** no Estado de direito, ao subordinar os poderes públicos não só aos aspectos formais, mas também por imprimir uma funcionalização de todos os poderes no sentido de realizar e concretizar os direitos assegurados.

ele tende a identificar o poder discricionário com o arbítrio potestativo. [...] Liberdade e governo dos homens se opõem irremediavelmente”)

¹⁷ ZOLO, Danilo. Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo. in GIANFORMAGGIO, Letizia. *op. cit.*, p. 451-452.

1.3. A INCORPORAÇÃO LIMITATIVA DE OBRIGAÇÕES E PROIBIÇÕES QUANTO À PRODUÇÃO NORMATIVA

O constitucionalismo contemporâneo caracteriza-se pelo desejo de alcançar a efetividade dos direitos e liberdades reconhecidos nos textos constitucionais; ou, em outras palavras, busca encontrar uma fórmula para concretizar os valores plasmados na Constituição.¹⁸ E de fato, *“hoy, en el constitucionalismo más reciente es constatable no sólo un esfuerzo de ampliación del sistema de garantías y de nuevos instrumentos jurídicos al efecto sino también de su ordenación en función de la naturaleza de los derechos y libertades susceptibles de proteger”*.¹⁹ Por certo, a história do constitucionalismo é a história deste progressivo alargamento da esfera pública dos direitos e da busca de instrumentos para a efetiva garantia destes.²⁰

Neste contexto FERRAJOLI distingue entre direitos sociais e liberais. Estes, segundo ele, geram antinomias e aqueles geram lacunas (omissões legislativas). Para ele a diferença entre “direitos a” (direitos sociais) e “direitos de” (direitos de liberdade) está acompanhada da diferença de natureza dos bens assegurados pelos dois tipos de garantias (sociais e liberais). Ou melhor,

Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de

¹⁸ Acerca desta temática, numa análise do direito constitucional brasileiro, ver entre outros: BARROSO, Luiz R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. E, do mesmo autor, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

¹⁹ CARRILLO, Marc. *Los derechos fundamentales tradicionales y sus mecanismos de garantía*. Madrid: CEC, 1997. p. 43. (“Hoje, no mais atual constitucionalismo é constatável não só um esforço de ampliação do sistema de garantias e de novos instrumentos jurídicos para esse propósito, mas também de sua ordenação em função da natureza dos direitos e liberdades suscetíveis de proteção”)

²⁰ Acerca destes processos históricos através dos quais se multiplicam e reforçam-se os direitos fundamentais, cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

*poder y, hoy hay que añadir, la no nocividad dei aire, del agua y en general dei ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etc. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance inovador.*²¹

Aparecem, portanto, nas Constituições um rol de valores que impõem limites (liberais e sociais) à atividade normativa do Estado, que deve necessariamente, estar vinculada substancialmente, e não apenas formalmente, aos comandos da Constituição. Portanto, a *“técnica garantista consiste en incluir valores bajo la forma de límites o deberes en los niveles más altos del ordenamiento a fin de excluirlos en forma de poderes en los niveles más bajos”*.²²

A isto, FERRAJOLI chama de incorporação limitativa de obrigações e proibições quanto à produção normativa. Assim, *“la técnica garantista es siempre la de la incorporación limitativa de los derechos civiles y, correlativamente, de los deberes públicos a los niveles normativos superiores del ordenamiento: la declaración constitucional de los derechos de los ciudadanos, repetimos, equivale a la declaración constitucional de los deberes del estado”*.²³

ESTEVEZ ARAÚJO, no que respeita aos vínculos da Administração Pública no âmbito do Estado de direito, entende que o intervencionismo estatal exige

²¹ *Derecho y razón...*, p. 862. (“As garantias liberais ou negativas baseadas em proibições servem para defender ou conservar as condições *naturais* ou pré-políticas de existência: a vida, as liberdades, as imunidades frente aos abusos de poder e, hoje, têm-se que acrescentar, a não nocividade do ar, da água e em geral do ambiente natural; as garantias sociais ou positivas baseadas em obrigações permitem pelo contrário pretender ou adquirir condições sociais de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, a moradia, a educação, etc. As primeiras estão dirigidas para o passado e têm como tais uma função conservadora; as segundas olham para o futuro e têm um alcance inovador”)

²² FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...*, p. 870. (“A técnica garantista consiste em incluir valores sob a forma de limites ou deveres nos níveis mais altos do ordenamento a fim de excluí-los em forma de poderes nos níveis mais baixos.”)

²³ *id., ibid.*, p. 862. (“A técnica garantista é sempre a da incorporação limitativa dos direitos civis e, correlativamente, dos deveres públicos aos níveis normativos superiores ao ordenamento: a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos, repetimos, equivale a declaração constitucional dos deveres do estado.”)

que as regras da administração pública não sejam somente normas gerais e abstratas, mas também diretrizes que marcam objetivos concretos e que podem ter a forma de normas jurídicas. Não obstante, segue o autor, isto não ieva em consideração o fato de que nos dois casos o tipo de sujeição da Administração à norma é diverso. No primeiro, tem-se normas gerais e abstratas que delimitam a competência de cada órgão e o procedimento a seguir para a adoção e execução de decisões; enquanto que, no segundo, supõe-se uma autorização implícita de utilizar os meios que se considerem mais eficazes para sua consecução. Portanto, são critérios distintos de racionalidade.

Surgem, segundo ESTEVEZ ARAÚJO, modificações estruturais no direito para que se possa tomar compatível estes dois critérios, consistentes, por um lado, no incremento das matérias reguladas juridicamente, e por outro, na perda de precisão das normas jurídicas, por uma crescente informalidade, que se concretiza com o surgimento de normas que se limitam a fixar os objetivos que devem alcançar determinadas instâncias administrativas. Isto acarreta a manutenção de normas de atuação estatal em geral e administrativas em particular, sendo que as normas de caráter geral perdem capacidade de predeterminar as decisões concretas. Observa-se que, na realidade, as normas gerais – especialmente as leis – são as que se *informalizam*. Já quanto às resoluções *concretas* pode-se notar um incremento da atividade de decisão substantiva por parte do Estado. O que se tem, diz ESTEVES, é um incremento das faculdades de decisão dos órgãos encarregados de aplicar ou executar as leis, especialmente determinados órgãos da Administração. Esta temática tem reflexos principalmente no que respeita aos

conceitos jurídicos indeterminados, já que dizem respeito ao grau de determinação das normas jurídicas e à discricionariedade da administração pública.²⁴

Em outra passagem, FERRAJOLI, melhor explica em que consiste esta incorporação limitativa, e esclarece que:

Cuanto más valores se incorporen a los niveles normativos superiores en forma de vinculaciones o imperativos negativos, tanto menos quedan expuestos los niveles inferiores – el legislativo respecto al constitucional, el jurisdiccional respecto al legislativo – a elecciones contingentes de justicia sustancial guiadas de hecho por el arbitrio potestativo: las leyes, en pocas palabras son tanto más vinculantes cuanto más vinculadas estén.

[...]

*A la inversa, cuanto menos valores vinculantes incluyan los niveles superiores en forma de prohibiciones y garantías de inmunidad, tanto más amplias son las opciones valorativas dejadas a la discrecionalidad de los órganos normativos de nivel inferior: las leyes, diremos en ese caso, son tanto menos vinculantes cuanto menos vinculadas estén.*²⁵

Neste sentido cabe um esclarecimento. Para a teoria garantista do direito há que se distinguir entre produção normativa e decisão jurídica. A produção normativa pertence ao âmbito do político, onde a autoridade expressa livremente sua vontade. Já a decisão jurídica encontra seus limites no próprio texto constitucional e não pode basear-se em valores externos, ou seja, não devem estar

²⁴ ESTEVEZ ARAÚJO, Jose A., *op. cit.*, p. 110 e ss. Vale mencionar as considerações de PEÑA FREIRE, Antonio M. *op. cit.*, p. 207, o qual lembra que não se pode afirmar que a lei seja suficiente como mecanismo de garantia dos direitos, sob pena de se fazer uma afirmação falaz. Destaca a necessidade de auto-regulação do sistema jurídico como uma exigência de coerência interna e de eficácia de suas próprias normas, sendo que para isto dispõe de mecanismos para a expressão e solução dos conflitos que se colocam. Segundo este autor, vários fatores contribuem para que não se considere a reserva de lei como fator de garantia, como por exemplo: a prevalência dos interesses partidários em detrimento dos interesse geral, a *informalização* e o esvaziamento do princípio da legalidade.

²⁵ *Derecho y razón...*, p. 363. (“Quantos mais valores se incorporem aos níveis normativos superiores em forma de vinculações ou imperativos negativos, tanto menos ficam expostos os níveis inferiores – o legislativo a respeito do constitucional, o jurisdiccional a respeito do legislativo – às eleições contingentes de justiça substancial guiadas de fato pelo arbitrio potestativo: as leis, em poucas palavras são tanto mais vinculantes quanto mais vinculadas estejam. [...] Ao inverso, quanto menos valores vinculantes incluam os níveis superiores em forma de proibições e garantias de imunidade, tanto mais amplo são as opções valorativas deixadas a discricionariedade dos órgãos normativos de níveis inferiores: as leis, diremos nesse caso, são tão menos vinculantes quanto menos vinculadas estejam”)

no terreno da subjetividade e da incerteza, sob pena de violarem um dos valores mais caros ao positivismo: a segurança jurídica.

Uma contradição destacada por ZOLO na tese de FERRAJOLI é aquela entre a idéia de que os ordenamentos jurídicos modernos são construídos, por um lado, sobre a base da separação iluminista entre direito e moral e, por outro, pela admissão de que as constituições liberais, que naqueles ordenamentos representam o máximo nível normativo, incorporam os elementos essenciais de uma concepção ética da pessoa e de uma particular teoria da justiça. Entende que FERRAJOLI, a partir deste ponto de vista, adere a uma concepção convencionalista dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico e a uma concepção subjetivista e não-cognitivista da moral, fundamentada, em algumas passagens estratégicas de sua tese, na autonomia da consciência individual.²⁶

FERRAJOLI respondendo a estas observações de ZOLO destaca que embora defenda insistentemente o valor metodológico e normativo da separação entre direito e moral faz freqüentemente apelo a princípios morais. Isto, contudo, não implica existir uma contradição em sua tese, pois o que se quer dizer, em suma, é que num sentido descritivo moral e direito são coisas distintas e, num sentido prescritivo que a moral é insuficiente, por si só, para justificar a intervenção penal. Ou seja, *“vuol dire, in particolare, che la (violazione della) morale è condizione necessaria ma non sufficiente a giustificare le proibizioni penali: in altre parole [...] che un fatto no dev’essere punito se non è in qualche senso riprovevole una non basta che sia riprovevole perché se ne giustifichi la punizione”*.²⁷

²⁶ ZOLO, Danilo. *op. cit.*, p. 454.

²⁷ FERRAJOLI, L. Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*. *op. cit.*, p. 516 (“Quer dizer, em particular, que a (violação da) moral é condição necessária mas não suficiente para justificar as proibições penais: em outras palavras [...] que um fato não deve ser punido se não é em qualquer sentido reprovável; mas não basta que seja reprovável para que dele se justifique a punição”)

Num certo sentido pode-se reforçar o que FERRAJOLI entende por incorporação limitativa, com os conceitos de positivação e constitucionalização dos direitos fundamentais traçados por CANOTILHO. Este autor entende por **positivação** dos direitos fundamentais “*a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo*”. E por **constitucionalização** “*a incorporação de direitos subjetivos do homem em norma formalmente básica, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário*”.²⁸ Mais adiante, CANOTILHO, utiliza-se da categoria *fundamentalidade* que aponta para a proteção dos direitos num sentido material e formal. Vale destacar uma das dimensões da fundamentalidade formal, que ressalta o fato de que as normas constitucionais “*como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais*”.²⁹

Esta incorporação limitativa de valores ao nível constitucional, como se verá mais adiante, tem como um de seus principais efeitos, incidir em um dos conceitos básicos da teoria geral do direito: o conceito de validade. Ou seja, constitui o primeiro passo para a compreensão da relação entre vigência, validade, eficácia e efetividade na teoria geral do garantismo e irá indicar, ainda, uma outra tese que está na base do garantismo, que é o grau de ilegitimidade jurídica dos poderes normativo, legislativo e judiciário, o que se passa a analisar.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 347-348.

²⁹ *idem.*, p. 348-349.

1.4. O GRAU IRREDUTÍVEL DE ILEGITIMIDADE QUANTO AOS PODERES ADMINISTRATIVO³⁰, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO.

Visto no tópico anterior que a técnica garantista se caracteriza pela incorporação limitativa aos níveis superiores do ordenamento de valores que atuam como limites à produção normativa, coloca-se, agora, um outro problema derivado deste que é atinente à *aporia*³¹ da irredutível ilegitimidade jurídica dos poderes no Estado de Direito.

FERRAJOLI parte desta incorporação limitativa para explicar uma distinção, ao que parece, fundamental para a teoria do garantismo, qual seja: a diferença entre o plano da normatividade e o da efetividade, donde deduz esta *aporia* irredutível da ilegitimidade jurídica dos poderes públicos. Para o autor esta ilegitimidade jurídica decorre das promessas formuladas nos níveis superiores e não sustentadas nos níveis inferiores do ordenamento jurídico.

ZAGREBELSKI³² quando trata da passagem do Estado de Direito para o Estado constitucional de direito, explica que no Estado Liberal o princípio da legalidade traduzia, em termos constitucionais, a hegemonia da burguesia que se representava na câmara legislativa em detrimento do executivo e dos juizes que encontravam-se subordinados à lei. Havia, segundo este autor, uma pressuposição

³⁰ MEIRELLES, Helly L. *Direitos Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1999. p. 100 e ss., distinguia entre poderes administrativos e poderes políticos. Segundo ele os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem, ou seja, são instrumentais, enquanto que os poderes políticos são estruturais e orgânicos porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional. Utiliza-se a expressão **poderes normativos** (uso corrente entre os espanhóis) no sentido de **poderes administrativos**, por ser a expressão mais adequada de acordo com a melhor doutrina pátria. Consultar, entre outros, GASPARINI, Diógenes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 103-115.

³¹ Usa-se o termo no sentido definido por ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. tradução de Alfredo Bosi *et.al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 75. Veja-se: "APORIA (gr. [...]; in. *Aporia*; fr. *Apoite*; al. *Aporie*; it. *Aporía*). *Esse termo é usado no sentido de dúvida racional, isto é, de dificuldade inerente a um raciocínio, e não no de estado subjetivo de incerteza. É, portanto, a dúvida objetiva, a dificuldade efetiva de um raciocínio ou da conclusão a que leva um raciocínio [...]*"

da homogeneidade do direito legislativo e, por via de consequência, a consideração do ordenamento jurídico como um *dado*. Ou, em outras palavras, a unidade e a completude do ordenamento estavam pressupostas em função do papel que desempenhava a lei, considerada a expressão de uma classe hegemônica.

En la época liberal la unidad sustancial de la Administración y de la jurisdicción constituía un problema que debía ser resuelto, y se resolvía como se acaba de decir, recurriendo al principio de legalidad. Respecto a la legislación, en cambio, no surgía un problema análogo de unidad y coherencia. Su sistematicidad podía considerarse un dato, un postulado que venía asegurado por la tendencial unidad y homogeneidad de las orientaciones de fondo de la fuerza política que se expresaba a través de la ley, sobre todo porque la evolución de los sistemas constitucionales había asegurado la hegemonía de los principios políticos y jurídicos de la burguesía liberal.

La expresión jurídica de esta hegemonía era la ley, a la que, en consecuencia, se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos y también frente a los documentos constitucionales de entonces.

[...]

En este panorama, el monopolio político-legislativo de una clase social relativamente homogénea determinaba por sí mismo las condiciones de la unidad de la legislación. Su coherencia venía asegurada fundamentalmente por la coherencia de la fuerza política que la expresaba, sin necesidad de instrumentos constitucionales ad hoc.

[...]

Estos principios del ordenamiento, es decir, su propia unidad, nacían, pues, de una unidad presupuesta que, al ser fundamental, tampoco tenía que ser expresada formalmente en textos jurídicos³³.

³² ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos, justicia*. tradução Marina Gascón Madrid: Trotta, 1995.

³³ *idem.*, p. 30 e ss. (“Na época liberal a unidade substancial da Administração e da jurisdição constituía um problema que devia ser resolvido, e se resolvía como se acaba de dizer, recorrendo ao princípio da legalidade. No que respeita a legislação, em compensação, não surgia um problema análogo de unidade e coerência. Sua sistematicidade podia considerar-se um dado, um postulado que vinha assegurado pela tendencial unidade e homogeneidade das orientações de fundo da força política que se expressava através da lei, sobre tudo porque a evolução dos sistemas constitucionais havia assegurado a hegemonia dos princípios políticos e jurídicos da burguesia liberal. A expressão jurídica desta hegemonia era a lei, à qual, em consequência, se reconhecia superioridade frente a todos os demais atos jurídicos e também frente aos documentos constitucionais de então. [...] Neste panorama, o monopólio político-legislativo de uma classe social relativamente homogénea determinava por si mesma as condições da unidade da legislação. [...] Este princípios do ordenamento, quer dizer, sua própria unidade, nasciam, pois, de uma unidade pressuposta que, ao ser fundamental, tampouco tinha que ser expressa formalmente em textos jurídicos”)

Mais adiante, ZAGREBELSKY, após fazer uma abordagem do conceito *Estado de direito* entende que o Estado constitucional não é apenas uma simples continuação dos princípios do Estado de direito, mas constitui-se numa transformação que afeta a concepção de direito, acarretando uma alteração da posição que a lei assume frente ao Estado de Direito.

Entende, outrossim, que devido à explosão de legislações setoriais, fruto da pressão de interesses corporativos sobre o legislador, há uma queda do princípio de generalidade da lei, ante as exigências da sociedade contemporânea. Estas exigências também acarretam uma crise do princípio da abstração ocorrida em função das rápidas transformações que são desencadeadas pelos grupos sociais, que exigem legislações que apresentem soluções para os problemas que surgem. Nesta linha têm-se uma dificuldade de se manter a idéia de ordenamento como dado, em face do papel que se atribui à lei, o que gera uma crise do princípio de legalidade conforme a formulação que teve no modelo de Estado Liberal. Assim, *“en estas condiciones, la exigencia de una reconducción a unidad debe tener en cuenta la crisis del principio de legalidad, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras fuentes dei derecho”*.³⁴

Daí pode-se deduzir que no princípio a legitimidade restringia-se à legitimidade formal, ou seja, à subordinação de todos os atos à lei qualquer que fosse esta. Consoante esta explicação apresentada por ZAGREBELSKY pode-se agregar a explicação que FERRAJOLI formula quando trata de democracia e do Estado de direito. Para ele a relação entre democracia política e Estado de direito é esclarecida a partir da distinção entre legitimidade formal (condições formais) e

³⁴ ZAGREBELSKI, *op. cit.*, p. 37-39. (“nestas condições, a exigência de uma recondução a unidade deve levar em conta a crise do princípio da legalidade, determinada pela acentuada perda de sentido, pulverização e incoerência da lei e das outras fontes do direito”)

legitimidade substancial (limitações materiais impostas ao válido exercício do poder). As condições formais e as condições substanciais de validade se constituem no objeto de dois tipos de regras: as regras de *quem* pode e de *como* se deve decidir, e as regras sobre o *que* se deve e não se deve decidir. As primeiras dizem respeito à forma de governo [caráter democrático do sistema político] enquanto que as segundas dizem respeito à estrutura do poder [caráter de direito do sistema jurídico]. Estas colocações servem para comprovar-se que quanto mais se expandem em um ordenamento os direitos e garantias com a incorporação de deveres, maior poderá ser a distância entre normatividade e efetividade.

Corresponde a la naturaleza deóntica de los deberes, no importa que estén impuestos a poderes públicos, la posibilidad de ser violados. Y está en la misma naturaleza deóntica de los valores la imposibilidad de ser integralmente realizados.

[...]

De aquí se sigue una latente y estructural ilegitimidad jurídica del estado de derecho debida a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores.³⁵

Vale destacar que esta aporia não aparece nos Estados Absolutos onde não há promessas, e o governante atua com poderes ilimitados.

A diferencia de los estados absolutos, dotados de una estructura normativa elemental, en los estados de derecho antinomias y lagunas son, en suma, un fenómeno estructural, tanto más relevante cuanto más complejos son los desniveles entre las diversas actividades normativas. Por esto, frente al problema de la ineffectividad y de la consecuente ilegitimidad en el estado de derecho, siempre es una solución regresiva la búsqueda de la coherencia mediante interpretaciones restrictivas de las normas de nivel superior para hacerlas compatibles con las de nivel

³⁵ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...* p. 866-867. (“Corresponde à natureza deóntica dos deveres, não importa que estejam impostos aos poderes públicos, a possibilidade de serem violados. E está na mesma natureza deóntica dos valores a impossibilidade de serem integralmente realizados. [...] Daqui se segue uma latente e estrutural ilegitimidade do estado de direito devida à ambição das promessas formuladas em seus níveis normativos superiores e não mantidas em seus níveis inferiores”)

*inferior o, peor, mediante reformas de la llamada "constitución formal" para adecuarla a la llamada "constitución material"; mientras que es siempre progresiva, aun a costa de ver crecer las incoherencias del ordenamiento, toda interpretación extensiva de los valores constitucionales o, mejor aún, toda reformulación normativa en términos más ricos y vinculantes.*³⁶

³⁶FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...*, p. 867. ("Diferentemente dos estados absolutos, dotados de uma estrutura normativa, elemental, nos estados de direito, antinomias e lacunas são, em resumo, um fenômeno estrutural, tanto mais relevantes quanto mais complexos são os desníveis entre as diversas atividades normativas. Por isto, frente ao problema da não efetividade e da conseqüente ilegitimidade no estado de direito, sempre é uma solução regressiva a busca da coerência mediante interpretações restritivas das normas de nível superior para torná-las compatíveis com as de nível inferior ou, pior, mediante reformas da chamada "constituição forma" para adequá-la a chamada "constituição material"; enquanto que é sempre progressiva, ainda às custas de ver crescer as incoerências do ordenamento, toda interpretação extensiva dos valores constitucionais ou, melhor ainda, toda reformulação normativa em termos mais ricos e vinculantes")

1.5. OS CONCEITOS DE VALIDADE E VIGÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL. CRÍTICA INTERNA E EXTERNA AO DIREITO VIGENTE

1.5.1. VALIDADE E VIGÊNCIA

Não é tarefa fácil proceder a análise destas categorias³⁷, pois as mesmas não receberam um tratamento uníssono ao longo da evolução do pensamento jurídico. Caracterizam-se de acordo com as distintas concepções que envolveram o estudo do direito, tendo sofrido, também, as influências das abordagens acerca do fenômeno jurídico deflagradas por outras ciências ligadas ao direito, tais com a sociologia, a filosofia, a psicologia, e até mesmo as ciências naturais. Por isso, ao analisar-se o tratamento destas categorias nos manuais de introdução ao estudo do direito³⁸ constata-se que cada autor, em respeito à concepção que alimenta sobre o direito, apresenta uma compreensão destas categorias, ora filiando-se às concepções normativistas, ora filiando-se aos realistas, para falar aqui das duas principais correntes do direito moderno.

³⁷ Utiliza-se o termo no sentido operacional, ou seja, como é utilizado e definido pelo garantismo jurídico. Não se quer aqui, pois não seria oportuno, trazer à tona a discussão filosófica acerca das categorias, já que esta é uma preocupação permanente que se arrasta desde os primórdios da filosofia até os nossos dias. Para um resumo desta problemática consultar, BLACKBURN, Simon. **Dicionário oxford de filosofia**. tradução Desidério Murcho *et al.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997. p. 54-55.

³⁸ Entre nós, pode-se consultar, dentre outras as seguintes obras: NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: 1997. p. 99, 113.; GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 77-86.; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 196-202. Também ver: LEONARDI, Franco. *Validità ed efficacia delle Regole di Condotta*, in **RIFD**, anno XXXIII, serie III, Milano: Guiffre, 1956. p. 171-182.; AARNIO, Aulis. *On The Validity, Efficacy, and acceptability of legal Norms*. in **Objektivierung der Rechtsdenkens**, Duncker & Humboldt, 1984, p. 427 e ss.; ROSS, Alf. **Crítica del diritto e analisi del linguaggio**. Bologna: Il mulino, 1982. p. 152-158.; PATTARO, Enrico. **Elementos para una Teoría del Derecho**. Madrid: Debate, 1986. p. 230-289.; NINO, Carlos Santiago. **La validez del Derecho**. Buenos Aires: Astrea, [?]; VERNENGO, Roberto J. **Curso de Teoría General del Derecho**. Buenos Aires: CDyCS, 1976 e, ainda, para uma excelente visão panorâmica e um resumo dos principais teóricos do direito que analisaram o tratamento da validade e da vigência, consultar CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista**. Porto Alegre: LAEL, 1999. p. 43-71.

NORBERTO BOBBIO identifica alguns pontos fundamentais da doutrina juspositivista, e entre eles menciona àquele relativo ao modo de abordagem do direito, onde o positivismo responde com a consideração do direito como um fato e não como um valor. Segundo BOBBIO deriva-se deste ponto uma teoria da validade do direito, *“na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo”*.³⁹

FERRAJOLI explica esta diferenciação conceptual, mostrando que

El concepto de “vigencia” tiene en suma un significado extensional más amplio que el de “validez” y que el de “eficacia”, y es predicable con independencia dei uno y del outro, aunque quizá no con independencia de los dos a la vez. Por decirlo mejor, no corresponde siquiera, como la validez y la eficacia, a una categoría de calificación teórica, sino que es más bien una categoría meta-teórica de la semántica de la teoría del derecho que designa la existencia de lo que es denotado por “norma jurídica”, es decir, la referencia empírica de la noción teórica de “norma”.⁴⁰

PEÑA, a partir da teoria garantista, bem esclarece esta distinção:

En el contexto dei estado Constitucional de derecho, a los tres criterios tradicionales de valoración de las normas – validez, justicia y eficacia – se puede añadir un cuarto, elaborado a partir de la distinción entre validez y vigencia de las normas. Además de justas y eficaces, las normas podrán ser vigentes pero inválidas, con lo que derecho “derecho vigente” y “derecho válido” no coinciden.⁴¹

³⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito*. tradução Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995. p. 131.

⁴⁰ *Derecho y razon...*, p. 360. Ressalta em outra passagem que é melhor *“concebir norma y hecho, normatividad y efectividad, como los dos puntos de vista, parciales y complementarios, desde los que puede contemplarse todo fenómeno jurídico normativo”*. p. 871 e ss. (“O conceito de ‘vigência’ tem em resumo um significado extensional mais amplo que o de ‘validade’ e que o de ‘eficácia’, e é predicável com independência de um e de outro, ainda que quiza não com independência dos dois ao mesmo tempo. Para melhor dizer, não corresponde se quer, como a validade e a eficácia, a uma categoria de qualificação teórica, senão, mais ainda, é uma categoria meta-teórica da semântica da teoria do direito que designa a existência do que é denotado por “norma jurídica”, quer dizer, a referência empírica da noção teórica de “norma”)

⁴¹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 97. (“No contexto do Estado constitucional de direito, aos três critérios tradicionais de valoração das normas – validade, justiça e eficácia – pode-se acrescentar um quarto, elaborado a partir da distinção entre

A respeito desta posição BOBBIO, ao tratar o positivismo jurídico como uma postura científica frente ao direito, distingue entre juízos de fato e juízos de valor, e esclarece esta concepção, *ipsis literis*:

Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente a realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.

[...]

O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto.⁴²

Esta distinção conforme colocada pela teoria geral tradicional, constitui-se numa concepção exclusivamente formal da validade e confunde o juízo de validade com o juízo de fato, sendo inadequada para compreensão do estado constitucional de direito.

Segundo FERRAJOLI:

Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del acto normativo,...); las condiciones formales de la vigencia constituyen requisitos de hecho en ausencia de los cuales el acto normativo es imperfecto y la norma dictada por él no llega a existir así como la competencia del órgano de que emana, con lo

validade e vigência das normas. Além de justas e eficazes, as normas poderão ser *vigentes mas inválidas*, com o que “direito vigente” e “direito válido” não coincidem”)

⁴² *op. cit.*, p. 135-136.

que la verdad (o la falsedad) de los juicios sobre la vigencia es predicable sobre la base de simples averiguaciones empíricas o de hecho.

[...]

Toda norma jurídica, diremos entonces, puede ser contemplada como hecho respecto a las normas que regulan su producción y como derecho respecto a las normas y prácticas cuya producción regula. En el primer caso (que es el único caso posible si se trata de actividades ejecutivas no normales a su vez) se valorará su validez o invalidez respecto a las normas de rango superior a ella; en el segundo caso (que es el único caso posible si se trata de normas de máximo rango como las constitucionales) se valorará su eficacia o ineficacia respecto a las normas de rango inferior al suyo.⁴³

Ressalte-se que a distinção da vigência da norma, tanto com respeito à sua validade, quanto com respeito à sua eficácia, *“es una diferenciación temporal e histórica propia de la forma constitucional del Estado y no un invento metodológico del garantismo”⁴⁴*, ou seja, a diferença conceitual não pode ser sustentada em modelos de estado absolutistas – sejam autocráticos ou democráticos -, ou até mesmo dentro dos limites estreitos da concepção liberal de Estado de direito, pois os termos validade e vigência são termos equivalentes no sentido de que é válido o que está vigente (*quod principis placuit*).

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 357, 874. (“Para que uma norma exista ou esteja em vigor é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, condições que fazem referência as formas e aos procedimentos do ato normativo, [...]; as condições formais da vigência constituem requisitos de fato na ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma ditada por ele não chega a existir assim como a competência do órgão do qual emana, com o que a verdade (ou falsidade) dos juízos sobre a vigência é predicável sobre a base de simples averiguações empíricas ou de fato. [...] Toda norma jurídica, diremos então, pode ser contemplada como *fato* com respeito às normas que regulam sua produção e como direito em relação às normas e práticas cuja produção regula. No primeiro caso (que é o único caso possível quando se trata de atividades executivas não normativas por sua vez) se valorará sua validade ou invalidez no que respeita as normas de nível superior a ela; No segundo caso (que é o único caso possível quando se trata de normas de máximo nível como são as constitucionais) se valorará sua eficácia ou ineficácia com respeito às normas de nível inferior ao seu”)

⁴⁴ SERRANO MORENO, Jose Luis. *Validez y vigencia: aproximación a teoría da norma*. Madrid: Trotta, 1999 (no prelo) p. 142. “*Pero precisamente por su radical historicidad, la diferencia conceptual validez/vigencia se convierte en metodológicamente esencial para comprender la estructura normativa de los Estados Constitucionales de derecho*”.

1.5.2. CRÍTICA DO DIREITO. JUÍZOS DE FATO E JUÍZOS DE VALOR

Cabe aqui um aprofundamento desta distinção entre juízos de fato e juízos de valor. Não se ignora a temática desenvolvida no campo da filosofia a respeito do termo juízo, no entanto por razões metodológicas tomar-se-á esta expressão no sentido trabalhado por BOBBIO, ou seja, *“che è una proposizione composta di un soggetto e di un predicato, uniti da una copula (S é P)”*.⁴⁵ E na linha deste autor, adverte-se que não se deve confundir **proposições** com **juízos**. Os juízos se constroem sempre dentro da estrutura sujeito-predicado (Sócrates é mortal). Já as proposições não respeitam esta estrutura. Por exemplo, o fato de considerarmos que uma norma é uma proposição (o que é proposto, declarado) não quer dizer que a mesma descreva um fato com o verbo ser.

Cabe distinguir também a proposição e o juízo dos enunciados. Segundo BOBBIO, enunciado é *“la forma grammaticale e linguistica con cui un determinato significato è espresso, per cui la stessa può avere enunciati diversi, e lo stesso enunciato può avere enunciati diversi, e lo stesso enunciato può esprimere proposizioni diverse”*.⁴⁶ Esclarecidos alguns conceitos analisa-se a posição de FERRAJOLI.

Para a teoria garantista do direito – e aqui nos interessa este prisma - a concepção tradicional de validade⁴⁷ de HOBBS a BOBBIO, é inadequada para as exigências dos modernos estados constitucionais de direito. Para o autor, a distinção

⁴⁵ SERRANO MORENO, J. L. *Validez y vigencia.: aproximación a teoria da norma*. Madrid: Trotta, 1999. (“Juízos são aquelas proposições que enlaçam um predicado a um sujeito”)

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 1993. p. 48.

⁴⁷ Para um aprofundamento acerca destas categorias consultar, dentre outros: HART, H. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, 1986.; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

entre legitimação interna e legitimação externa, ou seja, entre direito e moral, ou entre a validade e a justiça, é uma conquista do pensamento jurídico moderno. No entanto, esta tese deu lugar a um equívoco, caracterizado pela confusão com outra tese distinta, não menos importante, da separação entre direito positivo como fato e direito natural como valor, ou, em termos clássicos, entre **ser e dever ser do direito**. Para o autor, isto se inferiu da idéia de que juízos relativos à legitimidade ou ilegitimidade externa são juízos de valor, enquanto que aqueles que se referem à legitimidade ou ilegitimidade interna são juízos de fato que dizem respeito somente à existência das normas.

Assim, FERRAJOLI sustenta que a ciência jurídica tem o dever não só de conhecer mas de valorar e criticar o direito vigente no sentido de denunciar a não observância das normas válidas, como também, a observância e aplicação de normas inválidas. Para ele os juízos de validade não são juízos de fato, mas, ao contrário, são uma espécie de juízos de valor. Logo, a ciência jurídica não deve limitar-se a descrever o seu objeto.

GUASTINI formula uma crítica em relação à concepção de FERRAJOLI quanto ao juízo de validade. Para este autor FERRAJOLI sustenta que o juízo de validade é um juízo de valor porque, por um lado pressupõe valores e deles faz aplicação e, por outro é um juízo de valor porque são opináveis. GUASTINI tece duas observações quanto a este posicionamento. Primeiramente observa que um juízo opinável e controverso não é necessariamente valorativo. E em segundo lugar, que uma coisa é valorar, outra é descrever valores alheios. Para ele quem emprega os valores incorporados na constituição para julgar acerca da validade das leis em confronto com esta, descreve os valores constitucionais, não necessariamente os torna próprios. Ou seja, para este autor uma coisa é constatar que uma norma

responde aos critérios de validade (ou de identificação) de um sistema jurídico, outra é aprovar tais critérios.⁴⁸

FERRAJOLI defende-se com os seguintes argumentos: 1. para se valorar e criticar é necessário primeiramente conhecer; 2. nunca sustentou a implicação recíproca entre juízos de valor e *indecidibilidade*; 3. Que os juízos de validade e invalidade são inverificáveis não somente e não tanto porque de valor, mas porque opináveis por causa da vagueza das normas, especialmente as de nível constitucional; 4. O próprio GUASTINI admite a crítica interna do direito vigente e a qualifica como discurso valorativo. O que quer dizer que o jurista, uma vez assumindo, como não pode assumir o ponto de vista interno do ordenamento “descrito”, não se limita a descrever os valores, digamos constitucionais, mas os assume como parâmetros do próprio juízo jurídico, seja ele de convalidação ou de crítica interna independentemente de sua não adesão, que pode bem sugerir-lhe (também) uma crítica externa.⁴⁹

Em resumo, pode-se afirmar que a teoria do garantismo jurídico ganha em atualidade por que redefine algumas categorias da teoria geral do direito, possibilitando desta maneira um nova leitura do direito num momento em que se desenvolvem as teorias pós-modernas, das quais destacam-se os ataques a racionalidade normativa construída e nascida com a modernidade. As teses apresentadas neste primeiro capítulo permitem que se faça uma leitura dos direitos fundamentais em conexão com a democracia constitucional e, por conseguinte, com a problemática da teoria da constituição.

⁴⁸ GUASTINI, Riccardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. in GIANFORMAGGIO, L. *op. cit.* [?].

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e Ragione*. in GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993. p. 463 e ss. O nome próprio do autor italiano LUIGI FERRAJOLI aparece grafado em letras minúsculas para guardar fidelidade com o título da obra redigido desta maneira.

II

DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTISMO

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de analisar-se a leitura que o garantismo realiza dos direitos fundamentais é imprescindível que se façam algumas considerações no sentido de melhor localizar a temática dos direitos fundamentais e a sua relação com a teoria da constituição. Deve-se primeiramente cuidar-se das questões relativas à terminologia utilizada normalmente pelos diversos doutrinadores e até mesmo àquela utilizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Evidencia-se de imediato que a terminologia utilizada neste trabalho, como denuncia o próprio título deste tópico, prima pela expressão direitos fundamentais; o que não dispensa uma referência, ainda que perfunctória de outras terminologias atribuídas aos mesmos, como o são por exemplo: "Direitos do Homem", "Direitos humanos", "Direitos humanos fundamentais", "Liberdades públicas", "Direitos subjetivos públicos", "Liberdades fundamentais"; "Direitos fundamentais da pessoa humana", isto apenas para apontar as mais importantes. A Constituição de 1988 também caracteriza-se pela diversidade semântica, veja-se por exemplo os termos encontrados ao longo do seu texto: a) direitos humanos (art. 4º, inciso III); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inciso LXXI, mandado de injunção); d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV); e) direitos da pessoa humana (artigo 34, inciso IV, alínea b); e, ainda, direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17).

Como o referencial teórico deste trabalho é o garantismo jurídico, se utilizará a expressão direitos fundamentais indistintamente, ou seja, também como

significante de direitos humanos, visto que o conceito que se propõe é um conceito formal e não diz respeito a nenhum ordenamento jurídico específico.

2. 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO OBJETO DA GARANTIA

FERRAJOLI propõe uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, dos direitos fundamentais. Para ele são direitos fundamentais “[...] *tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire*”¹. Sendo que, compreende por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica e, por *status* a condição de um sujeito, sendo esta também prevista por uma norma jurídica positiva como pressuposto da idoneidade daquele para ser titular de situações jurídicas e/ou autores dos atos que dele são exercício.

Esta definição, conforme percebe-se não é dogmática, pois não faz referência a nenhum ordenamento jurídico em concreto. É, segundo FERRAJOLI, uma definição teórica que prescinde da circunstância de fato de que tais direitos estejam formulados em cartas constitucionais ou em leis fundamentais e, até mesmo, do fato de que estes direitos fundamentais estejam enunciados em normas de direito positivo. A previsão dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, para o autor italiano, é condição de sua existência ou vigor, mas não influi sobre o significado do conceito de direito fundamental; e, nem mesmo a previsão em texto constitucional influencia na construção do conceito, já que apenas indica que devem ser observados pelo legislador ordinário.

¹ FERRAJOLI, L. *Diritti Fondamentali*, *op. cit.*, p. 3. (“[...] todos aqueles direitos subjetivos que cabem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, ou de cidadãos ou de pessoas capazes de agir”)

Desta forma a definição proposta por FERRAJOLI é uma definição formal ou estrutural no sentido de que prescinde da natureza dos interesses e necessidades tuteladas com o seu reconhecimento como direitos fundamentais, e baseia-se unicamente sobre o carácter universal da sua imputação, entendendo-se por “*universale nel senso puramente logico e avalutativo della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari*”.²

Anota FERRAJOLI que este carácter formal não impede que esta definição seja suficiente para identificar nos direitos fundamentais a base da igualdade jurídica. Esta universalidade configura-se como uma característica estrutural, que comporta o carácter inalienável e indisponível dos interesses substanciais em que eles consistem. A garantia se realiza através desta universalidade que não é absoluta e sim relativa aos argumentos com referência aos quais é predicada.³

*Il “tutti” di cui diritti consentono di predicare l’uguaglianza è infatti logicamente relativo alle classi dei soggetti cui la loro titolarità è normativamente riconosciuta. Se dalla quantità e dalla qualità degli interessi protetti come diritti fondamentali dipende l’intensione dell’uguaglianza, è dunque dall’estensione di tale classi, ossia dalla soppressione o riduzione delle differenze di status da cui esse sono determinante, che dipende l’estensione dell’uguaglianza e quindi il grado di democraticità in un dato ordinamento.*⁴

A capacidade de agir e a cidadania, segundo FERRAJOLI, podem servir de parâmetros para fundar duas grandes divisões entre os direitos fundamentais: 1.

² FERRAJOLI, L. *Diritti Fondamentali*, p. 4. (“‘universal’ no sentido puramente lógico e avalutivo da quantificação universal da classe dos sujeitos que dele são titulares”) Entende FERRAJOLI ser vantajosa esta definição porque é válida para qualquer ordenamento, independentemente dos direitos fundamentais previstos. Tem um valor de uma definição da teoria geral do direito. É ideologicamente neutral, enquanto é independente dos bens ou dos valores ou das necessidades substanciais que pelos direitos fundamentais são tutelados, ou seja, “*valida qualunque sia la filosofia giuridica o politica condivisa: giuspositivistica o giusnaturalistica, liberale o socialista, e perfino illiberale e anti-democratica*”.

³ *id.*, *ibid.*, p. 4.

⁴ *id.*, *ibid.*, p. 5. (“O ‘todos’ aos quais tais direitos consentem de predicar a igualdade jurídica é, na realidade, relativo às classes dos sujeitos aos quais a sua titularidade está normativamente reconhecida. Se da qualidade e da quantidade dos interesses protegidos como direitos fundamentais depende a intenção da igualdade, é, portanto, da extensão de tais classes, ou seja da supressão ou redução das diferenças de status pelas quais elas

distinção entre *direitos da personalidade*, atribuíveis a todos e os *direitos de cidadania*, cabíveis somente aos cidadãos; 2. distinção entre os *direitos primários ou substanciais*, que dizem respeito a todos e os *direitos secundários (instrumentais ou de autonomia)* que cabem somente as pessoas com capacidade de agir. Articulado estas duas distinções, FERRAJOLI informa que é possível chegar-se a quatro classes de direitos: 1. Direitos humanos; 2. direitos públicos; 3. direitos civis e, ainda, 4. direitos políticos. Para ele os parâmetros de inclusão e de exclusão dos seres humanos entre os titulares dos direitos e, portanto, da sua igualdade ou desigualdade, sempre foram fornecidos pelas três identidades – de pessoa, de cidadão e da capacidade de agir.

Oggi, dopo che anche la capacità d'agire è stata estesa a tutti, con le sole eccezioni dei minori e degli infermi di mente, la disuguaglianza passa essenzialmente attraverso lo stampo statale della cittadinanza, la cui definizione in base ad appartenenze nazionali e territoriali rappresenta l'ultima grande limitazione normativa del principio di uguaglianza giuridica. Ciò che è insomma cambiato con il progresso del diritto, a parte le garanzie offerte da codificazioni e costituzioni, non sono i criteri – personalità, capacità d'agire e cittadinanza – sulla cui base sono attribuiti i diritti fondamentali, ma unicamente il loro significato, dapprima ristretto e fortemente discriminatori, poi sempre più esteso e tendenzialmente universale.⁵

A partir destas considerações entende este autor que a definição dos direitos fundamentais apresentada está em condições de fundamentar quatro teses essenciais a uma teoria da democracia constitucional. São elas: a) a que considera

são determinadas, que depende a extensão da igualdade jurídica e conseqüentemente do grau de democraticidade em um dado ordenamento”)

⁵ FERRAJOLI, L. *Diritti Fondamentali*, p. 7. (“Hoje, quando também a capacidade de agir foi estendida a todos, com somente as exceções dos menores e dos enfermos da mente, a desigualdade passa essencialmente através do caráter estatal da cidadania, cuja definição com base em atribuições nacionais e territoriais representa a última grande limitação normativa do princípio de igualdade jurídica. Isto que, em suma, mudou com o progresso do direito, além das as garantias oferecidas pela codificação e constituição, não são os critérios – personalidade, capacidade de agir e cidadania – a base sobre a qual são atribuídos os direitos fundamentais, mas unicamente o seu significado, antes restrito e fortemente discriminatório, pois sempre mais extenso e tendencialmente universal”)

a diferença entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais; b) os direitos fundamentais, correspondentes aos interesses e às expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica e, por esta razão, da dimensão da democracia que se chama substancial, prejudicial em relação a sua dimensão política ou formal fundada, ao contrário da primeira, sobre os poderes da maioria; c) a terceira tese, que considera a natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais e, por fim, d) a quarta tese, em que considera as relações entre direitos e garantias, defende que a existência de direitos sem garantia implica o não cumprimento dos direitos positivamente estipulados e, por isso, consiste numa indevida lacuna que é dever da legislação colmatar.

2.2.1. Direitos fundamentais x direitos patrimoniais

A primeira tese que FERRAJOLI sustenta é que existe uma diferença estrutural entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, sendo que os primeiros unem a todas as classes de sujeitos e os segundos dizem respeito a cada titular do direito com exclusão dos demais. Dentro desta perspectiva destaca quatro diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais.

A primeira diferença é a de que os direitos fundamentais são direitos universais (*omnium*), no sentido lógico da quantificação universal da classe dos sujeitos que deles são titulares, enquanto que os direitos patrimoniais são direitos singulares (*singuli*), no sentido igualmente lógico de que para cada um deles existe um titular determinado com a exclusão de todos os outros. Logo, os direitos fundamentais são reconhecidos a todos os seus titulares de forma igual, ao passo que os direitos patrimoniais dizem respeito a cada um de maneira diversa.

A segunda diferença é a de que os direitos fundamentais são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, não transigíveis e, ainda, personalíssimos. Os direitos patrimoniais, pelo contrário, são direitos disponíveis, negociáveis e alienáveis. Como diz FERRAJOLI, "*non si può divenire giuridicamente più liberi, mentre si può divenire giuridicamente più ricchi. Avendo un oggetto consistente in un bene patrimoniale, i diritti patrimoniali si acquistano, si scambiano, si vendono. Le libertà, invece, no si scambiano né si accumulano. Gli uni sono alterati e magari estinti dal loro esercizio; gli altri restano invariati, qualunque sia il loro esercizio*".⁶

Para este autor a diferença fortalece a definição formal que se pretende dos direitos fundamentais, conforme supracitado, tendo em vista que a vida, a liberdade pessoal o direito de voto são direitos fundamentais não tanto porque correspondam a valores ou interesses vitais, mas porque são universais e indisponíveis.

A terceira diferença, que decorre da anterior, é aquela de que os direitos fundamentais são normas, ou seja, têm seu título na própria lei, enquanto que os direitos patrimoniais estão predispostos pela norma, por exemplo, o direito de propriedade está predisposto no Código Civil. À FERRAJOLI aparece com mais facilidade esta distinção já que a Constituição Italiana não elenca o direito de propriedade como direito fundamental. Entre nós, visto que a Constituição insere o direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais, esta distinção ao menos formalmente não seria possível, dada a positivação do direito de propriedade como direito fundamental.⁷

⁶ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali*, p. 11. ("Não se pode tornar juridicamente livre, enquanto se pode tornar juridicamente mais rico. Obtenho um objeto consistente em um bem patrimonial, os direitos patrimoniais se conquistam, se trocam, se vendem. As liberdades, ao invés, não se trocam nem se acumulam. Os primeiros são alterados e até mesmo extintos pelo seu exercício; os outros permanecem invariáveis, qualquer que seja o seu exercício")

⁷ Evidente que o direito de propriedade vêm relativizado pela inserção do princípio da função social da propriedade no rol dos direitos fundamentais. Contudo, entende-se que mesmo existindo a limitação do direito de propriedade - formalmente estabelecido como direito fundamental - o princípio da função social da propriedade não permite a consideração desta distinção entre direito de propriedade e direito fundamental,

A quarta e última diferença consiste no fato de que os direitos fundamentais são verticais, e os direitos patrimoniais, ao invés, são horizontais. Explica-se isto, segundo FERRAJOLI, em dois sentidos. Primeiramente no sentido de que as relações jurídicas mantidas pelos titulares dos direitos patrimoniais são relações reciprocamente subjetivas (caráter cível), enquanto que as relações jurídicas mantidas pelos titulares dos direitos fundamentais são relações de tipo publicista, ou seja, do indivíduo nos confrontos com o Estado. E, em segundo lugar, no sentido de que enquanto aos direitos patrimoniais correspondem, ou o dever de não ingerência no caso dos denominados direitos reais, ou as obrigações decorrentes de direitos pessoais ou de crédito (contratos); aos direitos fundamentais, onde estejam previstos em normas constitucionais, correspondem os deveres e obrigações do Estado, cuja violação é causa de invalidade da lei e de outros procedimentos nos quais a observância é condição de legitimidade dos poderes públicos.⁸

porque embora a função social atue como limitador do direito de propriedade, relativizando-o a mesma não o contraria, senão o confirma. Neste sentido consultar GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Boletim da Faculdade de direito**, Coimbra, v. II, p. 423-427. Na doutrina não há um entendimento pacífico acerca das transformações ocorridas com a previsão constitucional do princípio da função social da propriedade. Mas vale resgatar o entendimento de TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil**, São Paulo, v. 65, p. 22-32., jul./set., 1993 que afirma quanto a matéria: *“Em matéria de propriedade, essencial torna-se a normativa constitucional para reconstituição do instituto, no âmbito das relações privadas. A atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua propriedade. As profundas restrições que, pouco a pouco, foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretam a crise do conceito tradicional e perplexidade entre os operadores do direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se desnatura o próprio direito. [...] Em razão da supremacia da Constituição, que passou a se constituir como o centro de integração do sistema jurídico de direito privado, a lógica da propriedade privada deve obsequiar a regulamentação lá estabelecida, que determina um novo regime jurídico para a matéria. [...] Reformulando, pois, a antiga concepção, pode-se afirmar que a função social passa a ser vista como elemento interno da estrutura do direito subjetivo, determinando sua destinação, e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que disciplina constitucional lhe concede, na medida em que, ‘o pressuposto para a tutela da situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que por sua vez, tem conteúdo predeterminado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários’.* Em sentido semelhante, mais analisando a questão da perspectiva possessória, consultar: HERNANDES GIL, Antonio. **La función social de la posesión: ensayo de teorización sociológico-jurídica**. Madrid: Castilhas, 1983.

⁸ FERRAJOLI, L. *Diritti Fondamentali*, p. 13.

2.2.2. Direitos fundamentais e democracia substancial

A partir da distinção acima explicitada pode-se adentrar na segunda tese desenvolvida por FERRAJOLI, qual seja, àquela de que os direitos fundamentais correspondem aos interesses e às expectativas de todos e formam, desta forma, o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica. Com esta tese procura-se explicitar em que sentido os direitos fundamentais exprimem a dimensão que se chama substancial da democracia em oposição àquela política ou formal.

Nesta tarefa, há que se fazer uma oposição à teoria do *status* de JELLINEK, pois esta, segundo informa SUZANA DE TOLEDO BARROS, “procura evidenciar que os direitos fundamentais nada mais são do que o conjunto de todas as normas jurídicas fundamentais que atribuem ao cidadão diferentes posições jurídicas frente ao Estado”⁹; logo, incompatível com a definição dos direitos fundamentais que pretende FERRAJOLI, pois para este o conceito dos direitos fundamentais é formal, e portanto, não depende de que os mesmos estejam ou não previstos em determinada constituição. Ademais, os direitos fundamentais estabelecem um sistema de vínculos e limites ordenados acima do poder soberano, podendo serem opostos até mesmo contra o Estado, ou seja contra os poderes públicos quer sejam somente democráticos ou de maioria.

Para FERRAJOLI as próprias características estruturais assinaladas aos direitos fundamentais – universais, inalienáveis, indisponíveis, estarem conferidos *ex lege* a nível constitucional - demonstram que os direitos fundamentais

⁹ **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 132. Segundo FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, p. 16. “*I diritti fondamentali sanciti nelle costituzioni – dai diritti di libertà ai diritti sociali – operano in tal modo come fonti d’invalidazione e di delegittimazione, oltre che di legittimazione. Per questo, la loro configurazione come “elementi organici dello Stato” ed “effetti riflessi” del potere statale nel passo di Gerber qui richiamato, e più in generale nella dottrina dei diritti pubblici elaborata dalla giuspubblicistica tedesca e italiana del secolo scorso,*

configuram-se como vínculos substanciais normativamente impostos.¹⁰ Conforme anota FERRAJOLI “*la forma universale, inalienabile, indisponibile e costituzionale di questi diritti si rivela in altre parole come la tecnica – o garanzia – apprestata a tutela di ciò che nel patto costituzionale viene ritenuto “fondamentale”: ossia di quei bisogni sostanziali la cui soddisfazione è condizione della convivenza civile e insieme causa o ragione sociale di quell’artificio che è lo Stato*”.¹¹

Em razão destes caracteres estruturais, os direitos fundamentais configuram-se, diversamente de outros direitos, como vínculos substanciais normativamente impostos – em garantia de interesses e necessidades por todos estipulados como vitais, ou mesmo fundamentais (a vida, a liberdade a sobrevivência) - desse modo às decisões por maioria e ao livre mercado.

Adiante FERRAJOLI destaca:

Alla domanda “che cosa sono i diritti fondamentali?”, se su piano della loro forma si può rispondere a priori, elencando i caratteri strutturali che ho prima illustrato, sul piano dei contenuti – ossia di quali beni sono o devono essere protetti come fondamentali – si può rispondere solo a posteriori: allorché si vuol garantire un bisogno o un interesse come fondamentali, li si sottrae sia al mercato che alle decisioni di maggioranza. Nessun contratto, si è detto, può disporre della vita. Nessuna maggioranza politica può disporre delle libertà e degli altri diritti fondamentali: decidere che una persona sia condannata senza prove, o privata della libertà personale, o dei diritti civili o politici o ancora, lasciata morire senza cure o nell’indigenza.

*Di qui la connotazione “sostanziale” impressa dai diritti fondamentali allo stato di diritto e alla democrazia costituzionale.*¹²

rappresenta un capovolgimento del loro significato ed esprime una profonda incompreensão del costituzionalismo e del modelo dello stato costituzionale di diritto.”

¹⁰ Ver quanto a esta vinculação o tópico 4 do capítulo anterior onde trata-se a questão relativa a incorporação limitativa.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. *in Teoria Política*. sommario n. 2, settembre 1998. p. 14. (“A forma universal, inalienável, indisponível e constitucional destes direitos se revelam em outras palavras como a técnica – ou garantia – preparadas a tutela disto que no pacto constitucional vem mantido como fundamental: ou seja daquelas necessidades substanciais em que a satisfação é condição da convivência civil e ao mesmo tempo causa ou razão social daquele artificio que é o estado”)

¹² FERRAJOLI, L. Diritti fondamentali, *op. cit.*, p. 14-15. (“A pergunta ‘O que são os direitos fundamentais?’, se sobre o plano da sua forma pode-se responder *a priori*, elencando os caracteres estruturais que illustrei primeiramente, sobre o plano do conteúdo – ou seja, de quais os bens que são ou devem ser protegidos como fundamentais – somente se pode responder *a posteriori*: quando se quer garantir uma necessidade ou um

Evidente esta adjectivação 'substancial' emprestada a democracia desperta muitas críticas devido ao uso indiscriminado que se fez e se faz desta expressão pelas mais variadas ideologias. Um dos autores que desenvolve uma crítica a esta concepção de FERRAJOLI, ou seja, a identificação do paradigma do estado de direito com a dimensão substancial da democracia é MICHELANGELO BOVERO.¹³

Este autor julga inoportuna, porque pode gerar equívocos, não só improdutivo mas também nociva num plano científico a consideração demasiada que tem FERRAJOLI pela noção de democracia substancial. Entende que o termo democracia substancial suscitou e suscita muitas discussões, a exemplo, daquela travada entre os corifeus da democracia formal e os defensores da democracia substancial (ou "progressista", ou "popular"); estas discussões, segundo BOVERO, acabam por permanecerem sem conclusão porque vêm colocadas num mesmo plano - juntadas pelo uso de um mesmo termo - duas noções heterogêneas como aquela de uma forma de governo e aquela de um conteúdo substancial. Reconhece, contudo, que FERRAJOLI, ao contrário de alguns autores, não opõe democracia formal e democracia substancial, querendo a exemplo de alguns doutrinadores afirmar que somente a segunda é a verdadeira democracia.

Outra observação deste autor consiste na crítica à forma como FERRAJOLI refere-se à democracia substancial em sua tese, como, por exemplo, referindo-se aos "bens e interesses materiais" e à "realização da igualdade

interesse como fundamental, subtrai-se-lhe ao mercado bem como às decisões por maioria. Nenhum contrato, se disse, pode dispor da vida. Nenhuma maioria política pode dispor da liberdade e dos outros direitos fundamentais: decidir que uma pessoa seja condenada sem prova, ou privada da liberdade pessoal, ou dos direitos civis ou políticos ou ainda, abandonada a morte sem cura ou na indigência. Daqui a conotação 'substancial' impressa pelos direitos fundamentais ao estado de direito e a democracia constitucional")

¹³ BOVERO, Michelangelo. *La filosofia politica di Ferrajoli*. in GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993. p. 399 e ss.

substancial” – expressões que, para ele, recordam a antiga idéia de democracia “*pour le peuple*” ou até mesmo a contraposição da democracia substancial à democracia formal. E por fim, menciona-se as restrições que tece quanto à identificação da democracia substancial com o modelo ideal de estado de direito. Quanto a este ponto adverte BOVERO que é precipitado afirmar, como o faz FERRAJOLI, que os dois tipos de garantias (sociais e liberais) e os correspondentes modelos de estado (social e liberal) não se excluem entre si, como às vezes se afirma com base em injustificadas contraposições entre liberdade individual e justiça social, por se tratar de uma questão bastante controvertida e discutida na filosofia política contemporânea. Entende que o problema de fundo persiste quanto a se determinar quais são os direitos fundamentais, ainda que, por um lado FERRAJOLI reconheça a não naturalidade e historicidade dos direitos fundamentais e de outro identifique na inalienabilidade e na indisponibilidade critérios gerais para individualizá-los.

Contudo, não assiste razão a este autor. Primeiramente porque a identificação entre o modelo de estado e as espécies de garantias não parece aleatória, e nem está desprovida de justificação. Conforme se depreende da tese de FERRAJOLI a incorporação limitativa de direitos e obrigações oponíveis aos poderes públicos, formam a história do constitucionalismo moderno; assim os direitos fundamentais, ao contrário do que pensa BOVERO, não são estabelecidos independentemente das opiniões manifestamente expressas no processo formal democrático, estão, na verdade, estabelecidos nos contratos sociais escritos que são as cartas constitucionais, emanadas pelas maiorias qualificadas, em momentos particularmente solenes e constituintes da democracia. Mas o que distingue o Estado Constitucional é que uma vez estabelecidos os direitos e princípios estes

valem independentemente da opinião manifestamente expressa no processo formal democrático, isto é, independente da vontade da maioria.

2.2.3. Direitos fundamentais e cidadania

A terceira tese diz respeito à natureza supranacional dos direitos fundamentais, ou seja, à internacionalização dos direitos fundamentais. Esta temática ficará melhor explanada quando tratar-se do conceito de soberania e suas relações com o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Por ora, cabe apenas apontar as ligações entre o conceito formal dos direitos fundamentais e o conceito de cidadania.

Entende FERRAJOLI que

[...] dopo la nascita dell'Onu, e grazie all'approvazione di carte e convenzioni internazionali sui diritti umani, questi diritti no sono più "fondamentali" solo all'interno degli Stati nelle cui costituzioni sono formulati, ma sono diritti sovra-statali cui gli stati sono vincolati e subordinati anche al livello del diritto internazinale; non più diritti di cittadinanza, ma diritti delle persone indipendentemente dalle loro diverse cittadinanze.¹⁴

¹⁴FERRAJOLI, L. Diritti fondamentali. *in Teoria Política*, p. 18. ("Após o nascimento da ONU, e graças a aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, estes direitos não são mais "fundamentais" só internamente aos Estados nos quais as constituições estão formulados, mas são direitos supranacionais ao quais os estados estão vinculados e subordinados também a nível do direito internacional ; não são mais direitos de cidadania, e sim direitos das pessoas independentemente de suas diversas cidadanias")

Nesta linha já se encontra trabalhos que procuram sustentar a aplicabilidade dos tratados internacionais dos quais o BRASIL é signatário, e que têm como pano de fundo a tese do carácter supranacional dos direitos fundamentais. Entre estes trabalhos, destaca-se, o de CUNHA, José Sebastião Fagundes. *et. al.* **O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica: a vigência e a supremacia sobre o direito interno brasileiro (Dec. 678/92)**. Curitiba: Juruá, 1997, em que se defende a impossibilidade da prisão civil por dívida, embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido que não tem aplicabilidade o pacto em função de que as normas deste são recepcionadas como infraconstitucionais, logo não podem opor-se a Constituição.

Vale lembrar também, embora o trabalho não tenha como preocupação principal desenvolver um estudo dogmático acerca dos direitos fundamentais, que a Constituição Federal no § 2 do artigo 5 dispõe acerca da aplicabilidade dos tratados e convenções no âmbito constitucional.

FERRAJOLI crítica a tese desenvolvida por THOMAS MARSHALL na sua obra *"Citizenship and Social Class"*, onde este nivela sobre a cidadania os direitos sociais, os direitos políticos e os direitos civis, chamando-os indistintamente de direitos de cidadania. Ainda que amenize a sua crítica entendendo que MARSHALL desenvolveu sua tese no contexto do *Welfare State*, onde o objetivo era oferecer uma base teórica aos direitos sociais dada a superação do velho modelo liberal-democrático, afirma que esta tese, por certo, contraria o que está estabelecido não só na Declaração Universal dos Direitos (1948), mas também na grande parte das constituições modernas que conferem direitos às pessoas e não aos cidadãos. Ou seja, nega-se com ela uma das características estruturais dos direitos fundamentais, que é a sua universalidade, condicionando-os à cidadania.

Completa FERRAJOLI, após elucidar, por um lado, que muitos teóricos puseram em dúvida ou até mesmo negaram a natureza dos direitos sociais devido à crise de eficiência e de legalidade do Estado Social e, por outro lado, ante a crise dos Estados Nacionais e da soberania, conexas com a cidadania, que *"in queste condizioni la categoria della cittadinanza rischia di prestarsi a fondare, ben più che una teoria della democrazia basata sull'espansione dei diritti, un'idea regressiva e nei tempi lunghi illusoria della democrazia in un paese solo, o meglio nei nostri ricchi paesi dell'Occidente, a prezzo della non-democrazia nel resto del mondo"*.¹⁵

FERRAJOLI quer destacar com estas considerações que de fato existe um nexo profundo entre democracia e igualdade e, inversamente entre desigualdade nos direitos e racismo, pois *"come la parità nei diritti genera il senso dell'uguaglianza basata sul rispetto dell'altro come uguale, così la disuguaglianza nei diritti genera l*

¹⁵ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali.*, *op. cit.*, p. 19. ("Nestas condições a categoria da cidadania arrisca a prestar-se a fundamentar, bem mais que uma teoria da democracia baseada sobre a expansão dos direitos, uma idéia regressiva e ao longo dos tempos ilusória da democracia em um país solitário, ou melhor em nossos países ricos do Ocidente, pelo preço da não democracia no resto do mundo")

immagine dell'altro come disuguale, ossia inferiore antropologicamente proprio perché inferiore giuridicamente".¹⁶

Analisada a categoria cidadania e as suas relações com os direitos fundamentais, onde destaca-se a antinomia entre igualdade e cidadania, antinomia que melhor se compreenderá quando da análise do conceito de soberania, aborda-se no tópico seguinte as relações entre direitos fundamentais e garantias, que é de crucial importância para a teoria garantista do direito, e consiste na quarta tese a ser abordada.

2.2.4. Direitos fundamentais e garantia

Outra tese que está presente no garantismo quanto aos direitos fundamentais diz respeito às relações entre direitos e suas garantias, pois, não diversamente de outros direitos, os direitos fundamentais consistem em expectativas negativas ou positivas às quais correspondem obrigações e deveres. Na doutrina o tratamento da distinção entre direitos e garantias ainda não encontrou um ponto pacífico, havendo autores que utilizam estas categorias indistintamente, e outros que defendem a existência de direitos somente quando estes estejam acompanhados de suas garantias.

A confusão entre estes dois termos, defende FERRAJOLI, desqualifica as duas maiores conquistas do constitucionalismo moderno que são a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais, que ficam reduzidos, na falta de adequadas garantias, a simples declarações retóricas, ou melhor, a vagos programas políticos juridicamente

¹⁶ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 21. ("Como a paridade nos direitos gera o sentido da igualdade baseada sobre o respeito do outro como igual, assim a desigualdade nos direitos gera a imagem do

irrelevantes. Isto, por si só, justificaria a distinção entre os direitos e as suas garantias.¹⁷

As razões que levam FERRAJOLI a sustentar a distinção entre os direitos subjetivos que são as expectativas positivas (ou de prestação) ou negativas (de não lesão) atribuídos a um sujeito por uma norma jurídica, e os deveres correspondentes que deles constituem as *garantias* igualmente impostas por uma norma jurídica, sejam estas garantias primárias, quer dizer, às obrigações ou os deveres a eles correlativos, ou garantias secundárias, ou melhor, as obrigações de segundo grau de aplicar a sanção ou de declarar a nulidade das violações das primeiras, encontram sua justificativa numa razão muito mais de fundo, inerentemente ligada à natureza positiva e *nomodinâmica* do direito moderno.¹⁸

Sustenta FERRAJOLI que num sistema *nomoestático*, como é a moral ou como seria um sistema de direito natural fundado unicamente em princípios de razão, as relações entre figuras deônticas são relações puramente lógicas: dado um direito, ou seja uma expectativa jurídica positiva ou negativa, existe em princípio para um outro sujeito uma obrigação ou uma proibição relativa a este direito; dada uma permissão positiva, o comportamento permitido não está vetado e não existe portanto a relativa proibição; dada uma obrigação, não é permitido quanto ao comportamento obrigatório a omissão e não existe portanto a relativa permissão negativa enquanto existe a relativa permissão positiva.

In questi sistemi l'esistenza o la non esistenza di tali figure deontiche è implicata e dedotta dall'esistenza di quelle assunte come 'date'. In essi,

outro como desigual, ou seja, inferior antropologicamente já que inferior juridicamente")

¹⁷ Vale lembrar que os argumentos que combatem a tese da supranacionalidade dos direitos são de caráter realista, isto porque apegam-se ao fato de que os direitos humanos inscritos nos tratados internacionais, não são direitos porque desprovidos de garantias. E pela mesma razão, segundo alguns autores, os direitos sociais não seriam direitos por não possuírem adequadas garantias jurisdicionais.

¹⁸ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali*, p. 22.

*conseguentemente, non esistono ne antinomie né lacune: ove due norme siano tra loro in contraddizione, una delle due dev'essere esclusa come inesistente, ancor prima che invalida. È questo il senso del principio giusnaturalistico veritas non auctoritas facit legem: in mancanza di criteri logici e razionali di tipo immediatamente sostanziale, cioè legati a ciò che dicono le norme.*¹⁹

Já num sistema *nomodinâmico* do direito positivo estas relações não ocorrem desta forma, uma vez que a existência ou a inexistência de uma situação jurídica, ou seja de uma obrigação ou de uma proibição ou de uma permissão ou de uma expectativa jurídica, depende da existência de uma norma jurídica que a prevê, a qual por sua vez não é deduzida por aquela de outras normas, mas é induzida, como fato empírico, pelo ato da sua produção. Assim, destaca FERRAJOLI que é possível, por conseguinte, que dado um direito subjetivo, não exista – ainda que devesse existir – a obrigação ou a proibição correspondente por causa da indevida inexistência da norma que a prevê. Assim como, é possível que, dada uma permissão, exista – ainda que não o devesse – a proibição do mesmo comportamento por causa da indevida existência da norma que a prevê.

*Sono insomma possibili e in qualche misura inevitabili, in simili sistemi, sia lacune che antinomie. Ne deriva che in queste condizioni, espresse dal principio giuspositivistico auctoritas non veritas facit legem, le tesi della teoria del diritto, come la definizione di diritto soggettivo quale aspettativa giuridica cui corrisponde un obbligo o un divieto, sono – non diversamente dalle definizioni del divieto come non permesso della commissione e dell'obbligo come permesso dell'omissione, e perfino dal principio logico di non contraddizione – tesi di tipo deontico o normativo, no sull'essere ma sul dover essere del diritto di cui si parla.*²⁰

¹⁹ FERRAJOLI, L. Diritti fondamentali., p. 22 . (“Nestes sistemas a existência ou a não existência de tais figuras deónticas está implicada e deduzida da existência daquelas afirmações como ‘dadas’. Neles, por conseguinte, não existem nem antinomias e nem lacunas: onde duas normas estejam em contradição entre si, uma das duas deve ser excluída como inexistente, antes que inválida. É este o sentido do princípio jusnaturalista *veritas non auctoritas facit legem*: na falta de critérios formais de identificação do direito existente, os únicos critérios disponíveis são critérios lógicos e racionais de tipo imediatamente substancial, isto é legados a isto que dizem as normas”)

²⁰ FERRAJOLI, L. Diritti fondamentali., p. 22-23. (“São, em conclusão, possíveis e, em certa medida, inevitáveis, em sistemas similares, tanto lacunas quanto antinomias. Distó deriva que nestas condições,

No entanto, lembra FERRAJOLI que estas teses são teóricas e podem ser desmentidas pela realidade efetiva do direito. Desta forma é possível que existam **antinomias**, ou seja, contradições entre normas, o que torna o princípio da não contradição, ou seja, a proibição de antinomias, em relação ao direito positivo, um princípio normativo. Mas, ressalta ainda, que nesses sistemas é possível que existam **lacunas**; quer **primárias**, quando não exista a obrigação e a proibição correlativa a um direito subjetivo, e ainda mais, que não exista a obrigação de aplicar a sanção em caso de violação da primeira ou da segunda; quer **secundárias**, pela ausência de órgãos obrigados a sancionar ou a invalidar as violações, ou seja, a aplicar as garantias secundárias. Em tais casos, contudo, não se pode negar a existência do direito subjetivo estipulado pela norma jurídica, ainda que a obrigação de preencher a lacuna recaia sobre o legislador. Desta maneira, o princípio da completude, ou seja a proibição de existência de lacunas, torna-se, da mesma forma que o princípio da não contradição, um princípio normativo.

Estas considerações acerca do direito subjetivo, antecipam, em parte, a insuficiência deste para fundamentar um sistema de garantias, conforme demonstrar-se-á. No entanto, estas reflexões servem para esclarecer a distinção no início proposta, já que, quanto aos direitos fundamentais – até mesmo em relação aos direitos sociais e direitos de nível internacional - tudo se passa diferente, pois estes estão imediatamente dispostos pelas normas.

No caso dos direitos fundamentais a existência de garantias – tanto das primárias quanto das secundárias – “[...] *non è affatto scontata, dipendendo dalla*

expressas pelo princípio juspositivista *auctoritas non veritas facit legem*, as teses da teoria do direito, como a definição do direito subjetivo como expectativa jurídica a qual corresponde uma obrigação ou um dever, são – não diversamente das definições do dever como não permissão pela comissão e da obrigação como permissão da

loro espressa stipulazione ad opera di norme di diritto positivo ben distinte da quelle che ascrivono i diritti. [...] Ma ovviamente sarebbe assurdo negare per ciò solo l'esistenza dei diritti, in presenza delle norme che li dispongono, anziché, più correttamente, l'esistenza delle loro garanzie in assenza delle norme che le predispongono".²¹

CADEMARTORI esclarece esta distinção, após destacar que as garantias são técnicas de limitação da atuação do estado e de implementação da ação do Estado, no que respeita, aos direitos de liberdade no primeiro caso e aos direitos sociais no segundo, conclui que *"no léxico político quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos".* Ou seja, *"[...] fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos".²²*

Assim afirma FERRAJOLI que:

È insomma la struttura nomodinamica del diritto moderno che impone, in forza del principio di legalità quale norma di riconoscimento delle norme positivamente esistenti, di distinguere tra i diritti e le loro garanzie: di riconoscere che i diritti esistono se e solo se normativamente stabiliti, così come le garanzie costituite dagli obblighi e dai divieti corrispondenti esistono se e solo se anch'esse normativamente stabilite. E questo vale per i diritti di libertà (negativi) come per i diritti sociali (positivi), per quelli

omissão, e por fim do princípio lógico de não contradição – teses de tipo deontico ou normativo, não sobre o ser mas sobre o dever ser do direito do qual se fala")

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*, p. 24. ("[...] não está completamente deduzida, dependendo da sua expressa estipulação através de normas de direito positivo bem distintas daquelas que escrevem os direitos. [...] Mas obviamente seria absurdo negar por isto a existência dos direitos, em presença das normas que o dispõem, ao invés de, mais corretamente, a existência das suas garantias na ausência das normas que lhe predispoem")

²² CADEMARTORI, Sérgio. *op. cit.*, p. 86. Mais adiante este autor coloca que *"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 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. Por fim, é de se ressaltar que o leque de garantias parte de dois princípios básicos: a) 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".* p. 86-87.

*stabiliti dal diritto statale come per quelli stabiliti dal diritto internazionale. Se non vogliamo cadere in una forma di paradossale giusnaturalismo realistico e non vogliamo far svolgere alle nostre teorie funzioni legislative, dobbiamo ammettere che i diritti e le norme che li esprimono esistono tanto quanto sono positivamente prodotti dal legislatore, sia esso ordinario, o costituzionale o internazionale.*²³

E mais adiante, reafirma a importância desta distinção:

*La conseguenza di questa distinzione tra diritti e garanzie è di enorme importanza, non solo a livello teorico ma anche a livello metateorico. Sul piano teorico essa comporta che il nesso tra aspettative e garanzie non è un nesso empirico ma un nesso normativo, che può essere contraddetto dall'esistenza delle prime e dall'inesistenza delle seconde; e che quindi l'assenza di garanzie dev'essere considerata come un'indebita lacuna che è obbligo dei pubblici poteri, interni e internazionali, riempire; così come le violazioni dei diritti ad opera dei pubblici poteri contro i loro cittadini devono essere concepite come indebite antinomie che è obbligatorio sanzionare come atti illeciti o annullare come atti invalidi. Sul piano metateorico essa comporta un ruolo non puramente descrittivo ma altresì critico e normativo della scienza giuridica nei confronti del suo oggetto: critico nei confronti delle lacune e delle antinomie che essa ha il compito di rilevare, e normativo nei riguardi della legislazione e della giurisdizione cui essa impone il loro completamento a la loro riparazione.*²⁴

Insta, deste momento em diante, após as explicações acima delineadas, explicitar a tese de que os direitos subjetivos não podem servir de eixo para o

²³ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali.*, p. 24-25. (“É, em conclusão, a estrutura *nomodinâmica* do direito moderno que impõe, por força do princípio de legalidade como norma de reconhecimento das normas positivamente existentes, distinguir entre os direitos e as suas garantias: de reconhecer que os direitos existem se e somente se normativamente estabelecidos, assim como as garantias constituídas pelas obrigações e pelas proibições correspondentes existem se e somente se também estiverem normativamente estabelecidos. E isto vale para os direitos de liberdade (negativos) como para os direitos sociais (positivos), para aqueles estabelecidos pelo direito estatal como para aqueles estabelecidos pelo direito internacional. Se não queremos cair em um forma de paradoxal jusnaturalismo realista e não queremos fazer crescer as nossas teóricas funções legislativas, devemos admitir que os direitos e as normas que os exprimem existem tanto quanto estão positivamente produzidos pelo legislador, seja ele ordinário, ou constitucional ou internacional”)

²⁴ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali.*, p. 25. (“A consequência desta distinção entre direitos e garantias é de enorme importância, não só a nível teórico mas também a nível metateórico. Sobre o plano teórico ela implica que o nexa entre expectativas e garantias não é um nexa empírico mas um nexa normativo, que pode ser contraditado pela existência das primeiras e pela inexistência das segundas; e que, portanto, a ausência de garantias deve ser considerada como um indevida lacuna que é obrigação dos poderes públicos, internos e internacionais, preencher, assim como as violações dos direitos a serviço dos poderes públicos contra os seus cidadãos devem ser concebidos como antinomias indevidas que é obrigatório sancionar como atos ilícitos ou anular como atos inválidos. Sobre o plano *metateórico* ela implica um papel não puramente descritivo mas, outrossim, crítico e normativo da ciência jurídica nos confrontos do seu objeto: crítico nos confrontos das

sistema de garantias. Para se alcançar este desígnio abebera-se dos ensinamentos de PEÑA FREIRE; este autor agrupa os inconvenientes que desprestigiam a defesa da tese mencionada em três ordens de argumentação: 1. os inconvenientes políticos; 2. os inconvenientes axiológicos; e, 3. os inconvenientes estruturais, aos quais se passa a analisar.

As dificuldades políticas se devem principalmente ao fato de que os poderes políticos não estão isentos de sofrerem as influências de interesses que não condizem com os interesses dos cidadãos, e portanto, fazer depender os direitos fundamentais da atividade normativa exercida por estes órgãos, ou melhor, ficar na dependência de uma atribuição normativa para se ver garantidos os direitos fundamentais, poderia levar à não efetividade dos mesmos. As inconveniências axiológicas dizem respeito à diversa estrutura dos direitos subjetivos e dos direitos fundamentais que já foram exploradas neste capítulo, mas querem marcar principalmente a questão dos valores que um e outro estão a proteger; os direitos fundamentais, visam (ao menos na linha em que se propõe) proteger a igualdade, enquanto que os direitos subjetivos, conforme aqui caracterizados, visam proteger a desigualdade. Por último, destaca-se também, os inconvenientes estruturais que existem, primeiramente por que não se pode reduzir os direitos fundamentais aos direitos subjetivos, bem como existe a necessidade de se superar a identificação semântica entre as duas categorias e, também a necessidade de se superar a identificação entre os direitos subjetivos e os direitos fundamentais. O autor aponta três diferenças básicas de caráter estrutural entre estas duas categorias de direitos: 1. diferenças que derivam da distinta origem dos direitos subjetivos/situações jurídicas e dos direitos fundamentais; 2. aquelas que dizem respeito a quem é o

lacunas e das antinomias que ela tem o dever de ressaltar, e normativo nas considerações da legislação e da jurisdição, as quais ela impõe o seu complemento ou a sua reparação”)

titular destes direitos; e, por fim, 3. as distinções que afetam as possibilidades de disposição destas duas categorias de direitos. Portanto, alguns deste inconvenientes reforçam o que até o momento se apresentou quanto aos direitos fundamentais.

Não se pode olvidar que o garantismo jurídico destaca a existência de *micro-* e *macro-* poderes selvagens que denunciam a limitação da esfera do estado de direito e de suas garantias. Quer se destacar com esta tese que junto às situações jurídicas de poder e as relações a elas correspondentes, ocorrem também poderes e sujeições extrajurídicos que se desenvolvem em sede de instituições jurídicas abandonadas a dinâmicas sem qualquer controle. Entre estes poderes extrajurídicos, anota FERRAJOLI, estão, *verbi gratia*, os poderes do padre, do marido, do patrono ou do superior hierárquico que se manifestam – muitas vezes atípica e ilegalmente – nas mais variadas relações, ou seja, na família, nas relações conjugais, na disciplina da fábrica, nos quartéis, etc. E, entre as sujeições extrajurídicas, que desenvolvem de fato e informalmente na vida civil e econômica: das relações de parceria às relações comerciais, das dependências e clientelas políticas às diversas sujeições e opressões econômicas, até as formas de poder e de relações abertamente criminais.²⁵

Nestas esferas os poderes privados não encontram qualquer limitação e estão à margem de qualquer possível garantia jurídica. Por isso, tanto os poderes jurídicos quanto os poderes extrajurídicos constituem a base das desigualdades jurídicas. A função garantista do direito, neste sentido, consiste na limitação dos poderes e na correspondente ampliação das liberdades.

²⁵ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...*, p. 933. Neste sentido pode-se falar da **eficácia horizontal** dos direitos fundamentais, para acentuar que a expansão destes atinge também as relações entre particulares. Alguns exemplos que podem ser mencionados são: o cabimento de *habeas data* contra entidades não-estatais,

Así como la función utilitaria y garantista del derecho penal es la minimización de la violencia, tanto privada como pública, la función garantista del derecho en general consiste en la minimización del poder, de otro modo absoluto: de los poderes privados, tal y como se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico e de abuso interpersonal; de los poderes públicos, tal y como se expresan en las arbitrariedades políticas y en los abusos de poder policiales y administrativos.²⁶

E, mais adiante assinala FERRAJOLI, a imbricação da minimização destes poderes com a realização da democracia substancial.

El progreso de la que he llamado democracia sustancial se produce, pues, además de mediante la expansión de los derechos y de sus garantías, también a través de la ampliación del estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y de esferas de poder, de modo que también en ellos se tutelen y sean satisfechos los derechos fundamentales.²⁷

Assim sendo, não se pode confundir direitos fundamentais com direitos subjetivos, pois que categorias diversas, sob pena de cair-se num realismo jurídico, inaceitável do ponto de vista da teoria garantista. Nem se pode ter como base do sistema de garantias os direitos subjetivos ante as inconveniências que surgem desta consideração. E, conforme visto, deve-se buscar a ampliação do estado de direito para se alcançar e controlar as esferas dos *micro-poderes selvagens*, buscando ampliar as liberdades e estender as garantias jurídicas a estes espaços. Como se denota a problemática dos direitos fundamentais está interligada com o

particulares, serviços de proteção ao crédito; a impetração *habeas corpus* contra constrangimento provocado por particular (por exemplo, diretor de hospital que impeça a saída de paciente), etc.

²⁶ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...*, p. 931. (“Assim como a função utilitária e garantista do direito penal é a minimização da violência, tanto privada como pública, a função garantista do direito em geral consiste na minimização do poder, de outro modo absoluto: dos poderes privados, tal e como se manifestam no uso da força física, na exploração e nas infinitas formas de opressão familiar, de domínio econômico e de abuso interpessoal; de los poderes públicos, tal y como se expresan nas arbitrariedades políticas e nos abusos dos poderes policiais e administrativos”)

²⁷ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...*, p. 934. (“O progresso do que chamei de *democracia substancial* se produz, pois, mediante, além da expansão dos direitos e de suas garantias, também através da ampliação do

desenvolvimento da democracia. A partir desta consideração, analisa-se agora as implicações desta ligação direitos fundamentais/democracia no âmbito estado constitucional de direito.

2.3. ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA: LIMITES À DECISÃO POR MAIORIAS

Na teoria garantista do direito a relação entre democracia política e Estado de Direito estabelece-se a partir da distinção entre legitimidade formal (condições formais) e legitimidade substancial (conteúdos impostos ao válido exercício do poder). Estas condições da validade formam, segundo FERRAJOLI, o objeto de dois tipos de regras: as regras de **quem** pode e de **como** se deve decidir, e as regras sobre **o que** se deve e não se deve decidir. As regras do primeiro tipo – sustenta o autor italiano – dizem respeito à forma de governo e determinam o caráter democrático do sistema político, enquanto que as regras do segundo tipo dizem respeito à **estrutura do poder** e determinam o caráter de **direito** do sistema jurídico.²⁸

Defende, com isto, a tese de que o Estado Moderno, tanto cronológica quanto axiologicamente, nasceu primeiramente como Estado de Direito e não como Estado Democrático, ou seja, como Estado de Direito limitado por proibições mas não vinculado a obrigações. Para ele, *“la primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por*

estado de direito ao maior número de âmbitos de vida e de esferas de poder, de modo que também neles se tutelem e sejam satisfeitos os direitos fundamentais das pessoas”)

²⁸ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...*, p. 850.

*mayoría. Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o no decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano.*²⁹

PEÑA FREIRE, analisando as relações entre o componente constitucional do Estado e o componente democrático, conclui que no Estado Constitucional de Direito tem-se que compreender que as regras e os limites que o definem precedem àquelas que determinam a sua organização e funcionamento democráticos. Ou, nas palavras do autor, *“lo constitucional, en definitiva, precede a lo democrático en la medida en que la constitución del Estado como Estado es axiologicamente posterior a su constitución como Estado de derecho”*.³⁰ Assim, o autor corrobora a tese da prioridade axiológica do Estado de direito sobre o Estado democrático.

Mais adiante, PEÑA FREIRE ressalta que precedência axiológica não significa primazia ou subordinação ou, muito menos, oposição. Estado de direito e Estado de democrático se supõem e se exigem reciprocamente; não existe, portanto, nenhum tipo de confrontação.³¹ O constitucionalismo atual, ao que parece, compartilha desta tese, principalmente quando aborda a questão relativa à proteção dos direitos fundamentais. SCHNEIDER, quando analisa a função que assumem os direitos fundamentais no Estado de Direito, afirma que *“toda injerencia excesiva o innecesaria en los derechos fundamentales se manifiesta, al mismo tiempo, como una decomposición del carácter de Estado de derecho”*.³²

²⁹ *Derecho y razón...*, p. 858 e ss. (“A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é, com efeito, que se deve decidir sobre tudo por maioria, senão que não se pode decidir (ou não decidir) sobre tudo, nem si quer por maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão”)

³⁰ PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 65. (“O constitucional, em conclusão, precede ao democrático na medida em que a constituição do Estado como Estado é axiologicamente posterior a sua constituição como Estado de Direito”)

³¹ PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 65 e ss.

³² SCHNEIDER, Hans Peter. *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. tradução de Joaquín Abelán. in *Democracia y constitución*. Madrid: CEC, 1991. p. 138. (“Toda ingerência excessiva ou não necessária nos direitos fundamentais se manifesta, ao mesmo tempo, como uma decomposição do caráter de Estado de Direito”) E, ainda, pode-se mencionar outra passagem onde o autor mostra a reciprocidade que deve existir entre democracia e direitos fundamentais, vejamos: *“La democracia, por*

Ainda na esteira de PEÑA FREIRE encontra-se uma melhor visualização desta tese. Este autor distingue duas esferas de organização do Estado: de um lado, a limitação constitucional do Estado e os direitos (primeiro nível de consenso); e por outro lado, a organização e funcionamento democráticos (segundo nível de consenso); ambas justificativas de outros níveis de consenso. Para ele *“existiría así un ámbito básico de la organización jurídico-política referido a los valores fundamentales y fines valorativos, es decir, a su sentido básico y que está dirigido a la preservación de unos derechos tenidos como vitales”*.³³

Já em outro nível de consenso localizam-se, continua PEÑA FREIRE, as regras do jogo social. Ou seja, os mecanismos habilitados para a resolução dos direitos na sociedade política, tanto *a priori*, ou seja, um sistema para a tomada de decisões normativas que regulem o conflito, como a *posteriori*, mediante a atuação em cada conflito concreto já apresentado. Concluindo, afirma que nesta tese - da prioridade axiológica do Estado de direito acerca do Estado democrático- a proteção dos direitos integra o primeiro nível de consenso e este precede a eleição do procedimento para a resolução de conflitos. Pressupõe-se, pois, que a intangibilidade dos direitos vitais é o critério inicial para se começar as negociações. E, por conseguinte, entre as decisões que se encontram no primeiro nível de consenso, está a que estabelece que *“cualquier procedimiento de decisión que se adopte habrá de garantizar la preservación de los derechos vitales básicos”*.³⁴

conseguinte, presupone los derechos fundamentales de la misma forma que, al contrario, los derechos fundamentales sólo pueden adquirir su plena efectividad en condiciones democráticas”. p. 175.

³³ PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 66. (“Existiria assim um âmbito básico da organização jurídico-política referente aos valores fundamentais e fins valorativos, quer dizer, a seu sentido básico e que está dirigido a preservação de alguns direitos tidos como vitais”)

³⁴ *id.*, *ibid.*, p. 66. (“Qualquer procedimento de decisão que se adote terá que garantir a preservação dos direitos vitais básicos”)

Portanto, qualquer decisão democrática encontra seu limite nos direitos vitais. Ou, em outras palavras, a decisão por maioria não pode ser compreendida de maneira absoluta. A relação entre as duas esferas, ou seja, entre os direitos dos indivíduos - considerados estes como exigências e limites frente ao poder - e o modo como tenha que se organizar este poder, ainda que inegável não se restringe a limitação dos direitos fundamentais aos princípios de organização política democrática. Existe outra relação que se extrai, segundo PEÑA FREIRE, da dimensão axiológica da democracia como modelo político na medida em que incorpora uma dimensão valorativa que permite considerá-la algo mais que um simples procedimento decisório. Ou seja, a democracia não se restringe ao princípio da maioria; ao contrário, possui uma dimensão axiológica que permite que se afirme a existência de relações e conexões entre os distintos níveis de consenso.³⁵

SERRANO MORENO procura fazer um paralelo entre as duas categorias da teoria geral do direito acima trabalhadas, qual sejam, vigência e validade e estes outros dois conceitos, Estado de direito/democracia. Para fins metodológicos, considera este autor a teoria geral do estado como consideraram-na os juristas, como uma segunda parte da teoria geral do direito. Partindo de FERRAJOLI este autor levanta duas teses:

1ª. Que hay normas que por más democráticas que sean en su respaldo y promulgación, son inválidas de pleno derecho. O, dicho en negativo, que la legitimidad democrática no es requisito suficiente para la validez jurídica.

[...]

*2ª. Que el Estado de derecho y el Estado social son axiológicamente prioritarios y actúan como límites superiores sobre el estado democrático, en aquellos Estados constitucionales donde las tres opciones se den.*³⁶

³⁵ *op. cit.*, p. 66-67.

³⁶ SERRANO MORENO, Jose. Luis. **Validez y Vigencia. Aproximación a teoría da norma.** Madrid: Trotta, 1999. ("Que existem normas que por mais democráticas que sejam em seu respaldo e promulgação, são

SERRANO MORENO analisa as objeções que podem ser opostas a esta tese do paralelismo entre validade/vigência e democracia/estado de direito. Num primeiro momento, pode-se falar daquelas objeções formuladas por autores que entendem que o Estado democrático é um ponto de chegada do Estado de direito que passa pelo Estado social. Já num segundo momento, fala-se das teses opostas pelo normativismo que entende que do Estado é Estado de direito superando o dualismo entre o jurídico e o estatal.

Quanto às primeiras objeções, o autor aceita-as como problemas terminológicos, e sua resposta e aceitação compreendem três fases: Primeira: Aceitar a polissemia do termo democracia, entendendo-a como sinônimo de pluralismo; Segunda: Aceitar um conteúdo máximo de democracia, que pode coincidir com o proposto por ELIAS DIAS, ou seja, sociedade democrática; e Terceira e última fase, é aceitar um mínimo denominador comum e, só então, a partir deste sustentar a diferença conceptual entre democracia e estado de direito. Quanto às objeções formuladas pelo normativismo o autor as refuta dizendo que a correspondência entre Estado e Estado de direito não se comprova historicamente pois o Estado em seu nascimento não era Estado de direito, pois este nasce com os controles da lei positiva; os limites existentes anteriormente – éticos, políticos, naturais, religiosos – não dão lugar a um Estado de direito.³⁷

Compreender a relação entre estado de direito e democracia, como quer FERRAJOLI, é um ponto crucial para entender-se o conceito de constituição implicitamente existente na teoria geral do garantismo. Se é verdade que

inválidas de pleno direito. Ou, de forma negativa, que a legitimidade democrática não é requisito suficiente para a validade jurídica. [...] Que o Estado de direito e o Estado Social são axiologicamente prioritários e atuam como limites superiores sobre o estado democrático, naqueles Estados constitucionais onde as três opções ocorreram”)

³⁷ SERRANO MORENO, p. 79 e ss.

validade/vigência e estado de direito/democracia se relacionam no interior da teoria garantista, pode-se afirmar que a supremacia dos direitos fundamentais e também a centralidade da pessoa atuam como limites materiais intransponíveis a qualquer teoria da constituição que queira identificar-se com o garantismo jurídico.

Com este tópico encerra-se a primeira parte deste trabalho, que objetiva inserir o leitor no universo da teoria garantista e realizar alguns acordos semânticos, para então podermos tratar especificamente do conceito de constituição garantista. É, prudente, ressaltar que as temáticas analisadas, conforme já ressaltado inicialmente, não pretendem esgotar o assunto, pois as matérias tratadas neste primeira parte contam com um sem número de obras que enfocam de ângulos diferenciados os temas conexos com o conteúdo proposto. Privilegia-se, desta forma, em todo o trabalho a cosmovisão garantista, o que não implica uma depreciação de outros enfoques, mesmo porque, não seria possível no âmbito estreito desta dissertação tratar-se exaustivamente cada assunto abordado.

Passa-se à segunda parte do trabalho em que se realiza uma revisão das principais obras clássicas acerca da teoria da constituição. Procura-se destacar alguns pontos centrais das teses para servir como uma pré-compreensão da temática, embora o objetivo seja desenvolver um conceito de constituição, a partir de uma aproximação à teoria constitucional garantista, que implicitamente vem tratada quando da descrição da estrutura normativa do Estado Constitucional de Direito.

SEGUNDA PARTE

APROXIMAÇÃO À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

*“O mito é o nada que é tudo.
O mesmo sol que abre os céus
É um mito brilhante e mudo –
O corpo morto de Deus,
Vivo e desnudo”.*

FERNANDO PESSOA

III

TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO: ELEMENTOS
PARA UMA PRÉ-COMPREENSÃO

3.1. FERDINAND LASSALLE: A CONCEPÇÃO SOCIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO

LASSALLE inicia sua exposição com a seguinte indagação: *Que é uma Constituição? Qual é a verdadeira essência de uma Constituição?* Entende LASSALLE que não adianta buscar-se um conceito de constituição em uma determinada constituição. *"Primeiramente torna-se necessário sabermos qual é a verdadeira essência de uma Constituição, e, depois, poderemos, saber se a Carta Constitucional determinada e concreta que estamos examinando se acomoda ou não às exigências substanciais".*¹

Segundo LASSALLE *"o conceito de constituição – [...] – é a fonte primitiva da qual nascem a arte e a sabedoria constitucionais".*²

Para desvendar a essência da Constituição LASSALLE utiliza-se *ab initio* de uma comparação entre a lei e a constituição e extrai daí as diferenças que afastam uma da outra, entendendo que a *"Constituição não é uma lei como as outras, é uma lei fundamental da nação."*³ Mas adverte que esta afirmação não esclarece a diferença que existe entre Lei e Constituição pois desemboca em uma outra indagação: Qual a diferença entre lei e lei fundamental? Para explicar esta adjetivação e distinguir a lei fundamental da lei comum lança mão de três pontos:

1.º - *Que a lei fundamental seja uma lei básica, mais do que as outras comuns, como indica seu próprio nome "fundamental"*

2.º - *Que constitua – pois de outra forma não poderíamos chamá-la de fundamental – o verdadeiro fundamento das outras lei; isto é, a lei fundamental, se realmente pretende ser merecedora desse nome, deverá informar e engendrar as outras lei comuns originárias da mesma. A lei fundamental, para sê-lo, deverá, pois, atuar e irradiar através das leis comuns do país.*

¹ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* 2. ed. São Paulo: Kairós, 1985. p. 10-11.

² *op. cit.*, p. 11.

³ *idem.*, p. 13.

3.º - *Mas, as coisas que têm um fundamento não são assim por um capricho; existem porque necessariamente devem existir. O fundamento a que respondem não permite serem de outro modo.*⁴

Aqui, ao que parece, LASSALLE adere a uma concepção aristotélica de fundamento, que entende este como causa, no sentido de razão de ser. Ou seja, filia-se a idéia de que causa-razão é um conceito ontológico que expressa a necessidade do ser enquanto substância.⁵ Pois afirma que *“o fundamento a que respondem [as coisas] não permite serem de outro modo. A idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz que torna por lei da necessidade que o que sôbre [sic] ela se baseia seja assim e não de outro modo”*.⁶

A partir destes pressupostos LASSALLE coloca que *“sendo a Constituição a lei fundamental da nação, será [...], uma fôrça [sic] ativa que faz, uma exigência da necessidade, que tôdas [sic] as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são, de tal forma que, a partir dêsse instante, não podem decretar, naquele país, embora quisessem, outras quaisquer.”*⁷

Para LASSALLE os fatores reais do poder são essa *“força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.”*⁸ Para explicar esta afirmação LASSALLE utiliza-se de um exemplo hipotético, onde identifica alguns desses fatores reais de poder (partes integrantes da constituição), tais como o Monarca, a aristocracia, a classe burguesa, os banqueiros, a classe operária e, a partir daí, conclui que *“essa é, em síntese, em essência, a Constituição*

⁴ LASSALLE, *op. cit.*, p. 15.

⁵ Para um adequado entendimento da categoria fundamento consultar ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 474-476.

⁶ *op. cit.*, p. 15.

⁷ *op. cit.*, p. 15-16.

de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem um país”.⁹ A relação com a Constituição jurídica se dá a partir do momento em que se materializa estes fatores reais do poder em um texto escrito transformando-se em verdadeiro direito.¹⁰ Através da análise de algumas questões políticas o autor demonstra a relação que existe entre a “Constituição *real e efetiva*, integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, e essa outra Constituição *escrita*, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de *folha de papel*.”¹¹

Entende que esta constituição real e efetiva todos os países tiveram, não sendo a Constituição uma prerrogativa dos tempos modernos. LASSALLE afirma que a Constituição dos tempos modernos é caracterizada pelo fato de ser escrita.¹²

Em seguida o autor demonstra como se pode dar a mudança e a transformação dos fatores reais de poder. Importante salientar que com isto o autor pretende demonstrar que a Constituição escrita deverá sempre corresponder aos fatores reais de poder, de modo que quando estes se alteram, altera-se também a constituição.¹³ É nesta correspondência entre a constituição escrita e os fatores reais de poder donde LASSALLE retira a durabilidade e estabilidade das constituições. Diz ele, respondendo à indagação de quando se pode considerar uma constituição boa e duradoura, que: “Quando esta Constituição escrita corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país”.¹⁴ E mais adiante, LASSALLE afirma:

⁸ *op. cit.*, p. 17.

⁹ *idem.*, p. 30.

¹⁰ *op. cit.*, p. 31.

¹¹ *op. cit.*, p. 38. Alusão à célebre frase de Frederico Guilherme IV que disse: “*Julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem no futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma folha de papel escrita como se fôsse uma segunda Providência*”.

¹² *op. cit.*, p. 39.

¹³ *op. cit.*, p. 41.

¹⁴ *op. cit.*, p. 51.

*Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem; e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.*¹⁵

Assim, ficam consubstanciados os principais pontos da teoria da constituição desenvolvida por LASSALLE, na qual se evidencia uma preocupação com a efetividade da Constituição, ou seja, com a correspondência entre a realidade (fatores reais de poder) e o que está estabelecido na Constituição. Por isto classifica-se esta teoria como sociológica.¹⁶

¹⁵ *op. cit.*, p. 61.

¹⁶ Cabe informar que no pós-guerra, outro autor parte da refutação da obra de FERDINAND LASSALLE para fundamentar seu entendimento da constituição, este autor é KONRAD HESSE que desenvolve sua tese calcado na idéia da força normativa da constituição.

3.2. CARL SCHMITT: A CONSTITUIÇÃO COMO DECISÃO POLÍTICA

Outro teórico que oferece grande contribuição para o desenvolvimento da Teoria da Constituição é CARL SCHMITT. Este autor distingue quatro conceitos básicos de Constituição: **1.** Conceito absoluto: a Constituição como todo unitário; **2.** Conceito relativo: a Constituição como uma pluralidade de leis particulares; **3.** Conceito positivo: a Constituição como decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política; e, ainda, **4.** Conceito ideal: a Constituição ligada a determinado conteúdo.

Quando ao primeiro sentido CARL SCHMITT delimita o conceito de constituição, para uma compreensão específica da noção desta, a *“Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política, o bien, considerado como una forma especial y concreta de la existencia estatal; entonces significa la situación total de la unidad y ordenación políticas”*.¹⁷

Nesta primeira concepção a Constituição em sentido absoluto pode significar a concreta maneira de ser resultante de qualquer unidade política. Assim, SCHMITT irá distinguir três significados possíveis.

1. Primeiro significado. Constituição equivale à concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social de um Estado. Segundo esta concepção a palavra Constituição designa *“[...] el Estado particular y concreto – [...]”*

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 29. (“Constituição de um Estado, quer dizer, da unidade política de um povo. Nesta delimitação pode designar-se ao Estado mesmo, ao Estado particular e concreto como unidade política, ou ainda, considerado como uma forma especial e concreta da existência estatal., então significa a situação total da unidade e ordenação políticas”)

– en su concreta existencia política. [...] El Estado es Constitución, es decir, una situación presente del ser, un status de unidad y ordenación”.¹⁸

2. Segundo significado. Constituição equivale a uma maneira especial de ordenação política e social. Neste sentido, “Constitución es la forma especial de dominio que afecta a cada Estado y que no puede separar-se de él; [...] Constitución es aquí = forma de gobierno”.¹⁹ Da mesma forma que o significado anterior, expõe SCHMITT que a Constituição – porque entendida como forma de governo – é algo existente, um *status*, e não algo que se acomoda ao normativamente devido.

3. Terceiro significado.: Constituição equivale ao princípio do devir dinâmico da unidade política, do fenómeno da continuamente renovada formação e levantamento desta unidade a partir de uma força e energia subjacente e operante na base. Neste significado, têm-se uma diferença em relação aos conceitos anteriores, pois trabalha-se com a idéia de Estado como um devir, e não como algo estático, *status*. Mas esta concepção, não deixa de situar-se, como as anteriores na esfera do ser (evolutivo) e do existir. Aqui, “La Constitución es el principio activo de un proceso dinámico de energías eficaces, un elemento del devenir, pero no, ciertamente, un procedimiento regulado de prescripciones e imputaciones “normativas””.²⁰

Ainda, falando-se do conceito absoluto de constituição, CARL SCHMITT trabalha o segundo sentido que pode assumir, onde a Constituição pode significar uma regulação legal fundamental, ou seja, um sistema de normas supremas e últimas. Aqui, Constituição não é “una actuación del ser, ni tampoco un devenir

¹⁸ SCHMITT, C. *op. cit.*, p. 30. (“o Estado particular e concreto – [...] - em sua concreta existência política. - o Estado é Constituição, quer dizer, uma situação presente do ser, um *status* de unidade e ordenação”)

¹⁹ *id.*, *ibid.*, p. 30-31. (“Constituição é a forma especial de domínio que afeta a cada Estado e que não pode separar-se dele. [...] Constituição é aqui = forma de governo”)

²⁰ *id.*, *ibid.*, p. 31-32. (“A Constituição é um princípio ativo de um processo dinâmico de energias eficazes, um elemento do devir, mas não, certamente, um procedimento regulado de prescrições e imputações normativas”)

dinámico, sino algo normativo, un simple 'deber ser'".²¹ Trata-se de uma unidade fechada. Constituição entendida como Lei das leis. Ou seja, *"el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas. Aquí, la palabra 'Constitución designa una unidad y totalidad'*".²² Nesta concepção Estado não é igual a Constituição, e sim, Constituição é Estado, porque o Estado é tratado como um *dever ser normativo*. Não tem uma existência do Ser. Mas SCHMITT sustenta que isto serve para fundar um conceito absoluto de Constituição. Diz o autor que neste caso a constituição pode ser dita soberana, embora tenha restrições quanto a esta nomenclatura, pois, para ele, somente pode ser soberano aquilo que existe. Explica logo abaixo como se chegou a esta afirmação de que a constituição é soberana.²³

Referindo-se a KELSEN, quanto à sua concepção de Estado, refuta-o por que *"presenta también el Estado como un sistema y una unidad de normas jurídicas, naturalmente sin el menor intento de esclarecer el principio objetivo y lógico de esta 'unidad' y este 'sistema' y sin explicar cómo ocurre y por qué necesidad sucede que las muchas prescripciones legales positivas de un Estado y las distintas normas legal-constitucionales formen un tal 'sistema' o una 'unidad'".*²⁴

Coloca SCHMITT que

"en Kelsen, [...] sólo valen las normas positivas, es decir, aquellas que realmente valen; no valen porque en justicia deban valer, sino sólo porque son positivas, sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc. Aquí cesa de repente el deber ser y desaparece la normatividad; en

²¹ SCHMITT, C. p. 33. ("uma atuação do ser, nem tampouco um devir dinâmico, senão algo normativo, um simples "dever ser")

²² *id. ibid.*, p. 33. ("O Estado se converte em uma ordenação jurídica que descansa na Constituição como norma fundamental, quer dizer, em uma unidade de normas jurídicas. Aqui, a palavra "Constituição designa uma unidade e totalidade")

²³ *op. cit.*, p. 33.

²⁴ *id. ibid.*, p. 33. ("apresenta o Estado como um sistema e uma unidade de normas jurídicas, naturalmente sem a menor tentativa de esclarecer o princípio objetivo e lógico desta unidade e deste sistema e sem explicar como ocorre e porque necessidade sucede que as muitas prescrições legais positivas de um Estado e as distintas normas legal-constitucionais formem um tal 'sistema' ou uma 'unidade'")

*su lugar aparece la tautología de unos simples hechos: una cosa vale, cuando vale y porque vale. Esto es 'positivismo'.*²⁵

Diz SCHMITT que “*en realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad.*”²⁶ Esta força e autoridade que SCHMITT menciona consiste em um ser (existencial). Para o autor, é necessário algo mais além da normatividade para se considerar uma constituição como norma fundamental, pois não existe um sistema constitucional fechado de natureza puramente normativa. Ou seja, a Unidade de um Estado não descansa nos artigos que fazem parte de sua constituição. Têm-se que afastar as concepções que entendiam a constituição como um código fechado, concepção esta fruto da fé racionalista que se depositava no legislador.²⁷

Num segundo momento, SCHMITT irá tratar do conceito relativo de constituição e nesse sentido, “*Constitución [...] significa, pues, la ley constitucional en particular.*”²⁸ Ocorre, segundo SCHMITT, uma dissolução da Constituição única em uma pluralidade de leis constitucionais distintas. O conteúdo da Constituição não interessa para esta concepção da constituição como *ley constitucional concreta*.²⁹

Entende SCHMITT que o caráter formal da Constituição não se reduz ao texto escrito, pois há outros fatores que justificam esta atribuição. No entanto, a identificação que ocorreu entre Constituição = a lei escrita, acarretou um esvaziamento de conteúdo da constituição, e a Constituição tornou-se uma série de leis constitucionais escritas. Ou seja, “*aquel pretendido concepto formal ha llevado*

²⁵ *op. cit.*, p. 34. (“Em Kelsen, pelo contrário, só valem as normas positivas, quer dizer, aquelas que realmente valem; não valem porque devam valer por justiça, senão só porque são positivas, sem consideração as qualidades como razoabilidade, justiça, etc. em seu lugar aparece tautologia de alguns simples fatos: uma coisa vale, quando vale, e porque vale. Isto é positivismo”)

²⁶ *id., ibid.*, p. 34. (“Na realidade, uma Constituição é válida quando emana de um poder (vale dizer, força ou autoridade) constituinte e se estabelece por sua vontade”)

²⁷ *id., ibid.*, p. 34.

²⁸ SCHMITT, C. p. 37. (“Constituição significa, pois, a lei constitucional em particular”)

²⁹ SCHMITT, C. *op. cit.*, p. 37. (“lei constitucional concreta”)

*tan sólo a relativizar el concepto de Constitución, es decir, a hacer de la Constitución, entendida como unidad cerrada, una multitud de prescripciones legales externamente caracterizadas, que se designan como "leyes constitucionales".*³⁰

Conclui este autor, após argumentar acerca da reforma e duração da constituição que:

*El primitivo sentido de la garantía de una Constitución se pierde cuando la Constitución como un todo se relativiza en una pluralidad de distintas leyes constitucionales. La Constitución es, por su contenido y alcance, siempre más elevada y abarca más que cualquier ley particular. El contenido de la Constitución no era una cosa singular y destacada a causa de su más difícil reforma, sino al contrario: debía recibir la garantía de duración a causa de su significación fundamental.*³¹

Refuta o autor este conceito formal de constituição, por entender que este a esvazia de conteúdo e não contribui para a construção de seu conceito.

Num terceiro momento, o autor trata do conceito positivo de Constituição. Para SCHMITT somente é possível construir um conceito de Constituição a partir da distinção entre **Constituição e lei constitucional**. Este é o ponto de partida de discussão para a **Teoria Constitucional**.³²

A unidade política não se dá porque existe uma constituição, é anterior a esta. A fundação de uma constituição não implica a fundação de um novo Estado. A constituição *"no se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta"*.³³ Assim, *"La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo*

³⁰ SCHMITT, C. *op. cit.*, p. 41. ("Aquele pretendido conceito formal levou tão somente a relativizar o conceito de Constituição, quer dizer, a tornar a Constituição, entendida como unidade cerrada, uma multidão de prescrições legais externamente caracterizadas, que se designam como "leis constitucionais").

³¹ *op. cit.*, p. 43. ("O primitivo sentido da garantia de uma Constituição se perde quando a Constituição como um todo se relativiza em uma pluralidade de distintas leis constitucionais. A constituição e, por seu conteúdo e alcance, sempre mais elevada e abarca mais que qualquer lei particular. O conteúdo da Constituição não era uma coisa singular e destacada por causa das dificuldades para reforma, senão ao contrário: deveria receber a garantia de duração por causa de seu significado fundamental")

³² SCHMITT, C. *op. cit.*, p. 45.

³³ *op. cit.*, p. 46. (" não se dá a si mesma, senão é dada por uma unidade política concreta")

posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.³⁴

Pode-se afirmar que a Constituição, dentro deste conceito positivo, é *“uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte adota por si própria e se dá a si própria”*.³⁵

Num último momento, SCHMITT trabalha com o conceito ideal de constituição. Comenta que os diversos enfoques políticos implicam considerar a existência ou não de uma Constituição, ou seja, considera-se ideal aquela constituição que atenda aos ditames políticos de determinada ideologia.³⁶

Diz o autor que prosperou uma concepção ideal de constituição que considerava constituição aquela que atendia as demandas da liberdade burguesa e continham garantias de dita liberdade. Aqui o autor trabalha com três significados.

1. Constituição = um sistema de garantias da liberdade burguesa.

Demonstra SCHMITT que o conceito de constituição como um sistema de garantias da liberdade burguesa, assentava-se na distinção existente entre Constituições liberais e não liberais, distinção esta que tem seu fundamento da obra de MONTESQUIEU, “O Espírito das Leis”, onde está subjacente uma distinção entre liberdade e poder.³⁷

³⁴ *op. cit.*, p. 47. (“A distinção entre Constituição e lei constitucional é somente possível, sem embargo, porque a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda normação reside uma *decisão política do titular do poder constituinte*, vale dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na monarquia autêntica”) SCHMITT a partir desta tese da decisão política fundamental faz uma defesa da normatividade do preâmbulo da Constituição de WEIMAR, por entender que ali estão as decisões políticas fundamentais. Tese que pode-se aplicar no âmbito da maioria das Constituições Modernas.

³⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 57. tomo II.

³⁶ *id.*, *ibid.*, p. 57-59.

³⁷ SCHMITT, C. *op. cit.*, p. 59-60.

2. Constituição = a chamada divisão (ou melhor, distinção) de poderes. Aqui, fala o autor de um conceito de constituição que se apoia na divisão de poderes (distinção de poderes). Atrás desta concepção está a idéia de que somente a garantia de direitos fundamentais não é suficiente. Há necessidade de existir uma garantia orgânica contra o abuso do poder do Estado. Ou seja, a divisão de poderes chegou a ser uma característica da Constituição sendo que em sua ausência estaria caracterizado uma anomalia das formas de governo. Ou melhor, "*la organización del Poder del Estado era más importante para la garantía de la libertad burguesa [...] que la proclamación de derechos fundamentales y de libertad*".³⁸

3. Constituição = Constituição escrita (documento constitucional) SCHMITT trata da constituição como constituição escrita. Segundo o autor, esta questão surgiu historicamente através, primeiramente, do pacto instrumentado e depois como lei constitucional. No entanto, coloca o autor, que estas abordagens não correspondem ao sentido da constituição moderna. Entende que somente após a Constituição Francesa de 1791 é que se tem uma concepção moderna de constituição cujo esquema correspondeu até o momento quase sempre ao esquema fundamental do Estado Burguês de Direito.³⁹

Vale destacar desta análise de SCHMITT que sua teoria da constituição foi desenvolvida no contexto do Estado Burguês de direito, como ele mesmo afirma. Considerava o modelo dominante de conceito ideal de constituição como sendo o desse Estado. Tece uma crítica ao Estado burguês de direito por este não abarcar a totalidade da Constituição do Estado, uma vez que tende a reduzir a atividade do Estado em competências.

³⁸ *ob. cit.*, p. 61. ("a organização do Poder do Estado era mais importante para a garantia da liberdade burguesa – [...] que a proclamação de direitos fundamentais e de liberdade")

³⁹ *id.*, *ibid.*, p. 62.

BONAVIDES⁴⁰ insere a teoria da constituição desenvolvida por CARL SCHMITT entre aquelas que contribuíram para a construção da teoria material da Constituição, mas entende que este autor não se afasta dos aspectos formal e jurídico no desenvolvimento de sua tese; apenas os coloca numa posição hierárquica inferior aos valores existenciais, já que a constituição caracteriza-se pelo seu valor existencial.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 85-86.

3.3. HERMANN HELLER: A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO

HELLER trabalha com a idéia de totalidade. Neste sentido, distingue, em toda Constituição Estatal e como conteúdos parciais da Constituição política total, a constituição não-normada, e dentro desta, a normada extrajudicialmente e a normada juridicamente.

Entende que o Estado não pode ser concebido nem como comunidade nem como sociedade exclusivamente. O Estado não é somente produto da técnica organizadora, porque o indivíduo está inserido no Estado. Para ele, *“el Estado es una forma organizada de vida cuya Constitución se caracteriza no sólo por la conducta normada y juricamente organizada de sus miembros, sino ademas por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos”*.⁴¹

Este autor é, parece, fortemente influenciado pela descrição que faz MAX WEBER do processo de racionalização do direito, quando explica o aumento da normalidade pelo aumento da normatividade. Esta influência também aparece na descrição que faz do Estado Moderno.

Chega-se a esta racionalização *“haciendo que las relaciones sociales, singularmente las políticas, económicas y militares, se vean sometidas en medida creciente (tanto en su materia como respecto al territorio) a una ordenación unitaria, es decir, que sean normadas de modo planificado desde un centro y, por eso mismo, normalizadas”*.⁴²

⁴¹ HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 270 (“o estado é uma forma organizada de vida cuja organização se caracteriza não só pela conduta normada e juridicamente organizada de seus membros, mas pela conduta não norma, ainda que normalizada, dos mesmos”) Para HELLER, *“La normalidad de una conducta consiste en su concordancia con una regla de previsión basada sobre la observación de lo que sucede por término medio en determinados periodos de tiempos”* op. cit., p. 270.

⁴²HELLER, op. cit., p. 273. (“fazendo com que as relações sociais, singularmente as políticas, económicas e militares, se vejam submetidas em medida crescente (tanto em sua matéria como com respeito ao território) a uma ordenação unitária, ou seja, que sejam normadas de modo planificado a partir de um centro e, por isso mesmo, normalizadas”)

Segundo HELLER o resultado final deste processo de racionalização é o Estado atual, e dentro desta concepção de *“la Constitución estatal, así nacida, forma un todo en el que aparecen complementándose recíprocamente la normalidad y la normatividad, así como la normatividad jurídica y la extrajurídica”*.⁴³

Estava no centro das preocupações de HELLER a problemática de como se poderia harmonizar a permanência das normas com a mudança constante da realidade social. Desenvolve uma crítica a afirmação de Carl Schmitt de que todo direito é direito de situação. Ou seja, a idéia de que toda normatividade requer como suposto permanente uma certa normalidade e não existe norma que seja aplicada a um caos. Para HELLER *“un derecho semejante no aparecería ya como una construcción relativamente estática en el devenir social ni como una estructuración de las situaciones de poder siempre cambiantes, dando sólo lugar, en el mejor de los casos, a situaciones constitucionales en constante mutación pero nunca a un status constitucional o a una Constitución estatal”*.⁴⁴

La Constitución normada jurídicamente no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado sino que, para su validez, precisa siempre ser complementada por los elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos. El contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra, ni tampoco por los propósitos y cualidades del que la dicta, sino, además y sobre todo, por las cualidades de aquellos a quienes la norma se dirige y que la observan”.⁴⁵

Destaca JORGE MIRANDA que a teoria de HELLER *“consiste, em primeiro lugar, na definição da Constituição como totalidade, baseada numa relação*

⁴³ *op. cit.*, p. 273. (“A constituição estatal, assim nascida, forma um todo no qual aparecem complementando-se reciprocamente a normalidade e a normatividade, assim como a normatividade jurídica e a extrajurídica”)

⁴⁴ *ob. cit.*, p. 274. (“um direito semelhante não apareceria nem como uma construção relativamente estática no devir social nem como uma estruturação das situações de poder sempre cambiantes, dando somente lugar, no melhor dos casos, a situações constitucionais em constante mutação mas nunca a um *status* constitucional ou a uma Constituição estatal”)

⁴⁵ HELLER, *op. cit.*, p. 274.

dialética entre normalidade e normatividade e, em segundo lugar, na procura da conexão entre a Constituição enquanto ser e a Constituição enquanto Constituição jurídica normativa (superando, assim, as “unilateralidades de KELSEN e SCHMITT)”⁴⁶.

Cabe destacar que HELLER constrói uma Teoria do Estado que não se pretendia uma teoria geral, daí não preocupar-se com a *essência* do Estado. No contexto histórico pós- Constituição WEIMAR e pré- nazismo, este autor teve uma preocupação para com a temática da democracia buscando construir uma Teoria do Estado que oferece-se elementos para a legitimação do poder político, ao contrário, das tese de KELSEN e SCHMITT que estruturam seus modelos político-jurídicos apoiados na **legalidade** e não na legitimidade.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito Constitucional**. Tomo II, p. 57.

3.4. RUDOLF SMEND: A CONSTITUIÇÃO COMO FATOR DE INTEGRAÇÃO DO ESTADO

Esta autor inicia a abordagem da Teoria da Constituição buscando encontrar os pressupostos filosóficos para a construção de uma Teoria Material do Estado. Neste sentido SMEND rejeita qualquer análise mecanicista que se faça das ciências do espírito, pois entende que seus elementos não podem ser analisados isoladamente, senão como momentos de uma articulação dialética cujos membros se encontram permanentemente vinculados por uma relação de oposição. Para ele o método das ciências do espírito deve ser aplicado na construção de uma teoria do Estado e de uma filosofia do Estado. Daí pode-se extrair a incompatibilidade com a Teoria do Estado desenvolvida por KELSEN, uma vez que a postura de SMEND implica a referência aos valores, não possível no âmbito da pureza metódica kelseniana.

Para SMEND não se pode partir do indivíduo isolado para chegar-se ao Estado, no sentido de se entender o Estado como progressão causal derivada do indivíduo ou como progressão teleológica que foi criada para o indivíduo alcançar os seus fins. O Estado necessita de uma construção conceitual própria. Não se pode, portanto, lograr-se a construção do Estado, por intermédio da individualidade.

Segundo este autor, *"El individuo sólo puede ser entendido desde la óptica de lo social y lo social a su vez no se puede entender como una simple sustancia articulada de lo supraindividual sino com algo que en sí mismo pertenece y*

*se desarrolla exclusivamente junto con el individuo; en la polaridad entre individuo x sociedad estriba justamente la esencia del "ensamblaje social".*⁴⁷

Não se pode entender o social como um desenvolvimento teleológico, como uma realização finalista que proceda consciente ou inconscientemente do indivíduo. Nesta ótica, SMEND distancia-se das teorias finalistas do Estado. De igual modo critica teorias teleológicas, por entender, que estas surgiram junto com o individualismo - que contempla o indivíduo de forma isolada -, vinculadas de forma mecanicista através de relações jurídicas com o Estado, sem se importar com o essencial que é a dinâmica deste.⁴⁸

SMEND sustenta a tese da existência de uma realidade espiritual do Estado. Para ele, *"El Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en duda"*.⁴⁹

Este processo de contínua renovação e permanente revivescência, e que consiste no núcleo substancial da dinâmica do Estado, SMEND denomina de integração.⁵⁰ Assim, *"El Estado existe únicamente a causa de y en la medida en que se halla inmerso en este proceso de auto-integración que se desarrolla a partir del individuo y en el propio individuo"*.⁵¹

⁴⁷ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1985. p. 53. ("O indivíduo só pode ser entendido a partir da ótica do social, e este por sua vez não se pode entender como uma simples substância articulada do supraindividual senão como algo que em si mesmo pertence e desenvolve exclusivamente junto com o indivíduo; na polaridade entre indivíduo x sociedade apoia-se justamente a essência do 'ensamblaje social'")

⁴⁸ *op. cit.*, p. 54.

⁴⁹ *op. cit.*, p. 54. ("O Estado não é um fenómeno natural que deva ser simplesmente constatado, senão uma realização cultural que como tal realidade da vida do espírito é fluida, necessitada continuamente de renovação e desenvolvimento, colocada continuamente em dúvida")

⁵⁰ *op. cit.*, p. 63. O autor define por integração "el conjunto de todas las ideas y fuerzas de unificación". p. 63.

⁵¹ *op. cit.*, p. 65. ("O Estado existe unicamente por causa de e na medida em que se acha imerso neste processo de auto-integração que se desenvolve a partir do indivíduo e no próprio indivíduo")

Portanto para SMEND o Estado não se integra de modo mecanicista, senão, ao contrário, de modo cultural através de processos dinâmicos. Estes processos dinâmicos (fatores) que permitem a realização do Estado, segundo SMEND, são três: integração pessoal, integração funcional e, ainda, integração material. A integração pessoal é a que se dá por líderes, personagens da história de cada povo, caudilhos. Entende SMEND que o papel que cabe a todo chefe político não se resume à execução de tarefas objetivas, mas também, no papel de proporcionar uma integração da totalidade dos governados para que se convertam em uma unidade política.⁵² A integração funcional é a que se dá por meio da atividade dos órgãos estatais: votações, discussões parlamentares, sentenças judiciais. E, por fim, a integração material que ocorre pelo território, que segundo SMEND é o primeiro fator de integração objetiva do Estado, e ainda através de símbolos políticos, hinos, bandeiras, escudos, etc. Para SMEND estes são processos incessantes que corroboram a realidade dinâmica e espiritual do Estado.

Neste sentido SMEND afirma que *“la Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso”*.⁵³ Ou seja, a Constituição é a transcrição jurídico-normativa dos diversos processos integradores (material, funcional, pessoal) da realidade do Estado.

Ressalva SMEND que o dinamismo da vida política não pode ser abarcado pelos artigos da Constituição; no entanto esta pode orientar a dinâmica

⁵² *op. cit.*, p. 72.

⁵³ *op. cit.*, p. 132. (“A constituição é a ordenação jurídica do Estado, melhor dito, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, quer dizer, de seu processo de integração. A finalidade deste processo é a perpétua

política. Pois, "*por su propia naturaleza la Constitución no tiende, así pues, a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del proceso integrador*".⁵⁴

Pelo exposto, pode-se afirmar, sem se expressar um juízo apodítico, que a doutrina da integração é uma teoria substancialista, uma vez que sustenta um conceito de Constituição a partir de uma teoria material do Estado. É não formalista, ainda que se apresente exposta com alguma obscuridade e freqüentes reiteraões. No entretanto, ao que parece, a teoria da integração de SMEND, serve ainda como pré-compreensão de algumas questões constitucionais atuais.

reimplantação da realidade total do Estado: e a Constituição é a plasmação legal ou normativa de aspectos determinados deste processo")

⁵⁴ *op. cit.*, p. 133. ("Por sua própria natureza a Constituição não tende, assim, pois, a regular hipóteses concretas, senão a abarcar a totalidade do Estado e a totalidade do processo integrador")

3.5. KARL LOEWENSTEIN: A CONSTITUIÇÃO COMO CONTROLE DO PODER POLÍTICO

Urge, primeiramente, destacar que KARL LOWENSTEIN desenvolve sua teoria da constituição numa ótica de cientista político⁵⁵, daí notar-se sua preocupação extremada com o controle do poder político. Não obstante, é possível inserir este trabalho entre aqueles que procuraram desenvolver uma teoria da constituição no âmbito de uma metódica constitucional e destacar alguns elementos importantes para construção do conceito de constituição.

Para este autor é necessário que se realize um controle do exercício do poder político. Entende que a constituição se converteu no dispositivo fundamental para o controle deste poder. Em suas palavras *“La Constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del poder”*.⁵⁶

A ilustração, segundo o autor, impulsionada pelo racionalismo, deu a configuração definitiva da distinção entre Constituição formal e Constituição material, no entanto, a constituição escrita não se identifica com o Constitucionalismo, visto que houveram organizações políticas que tiveram um governo constitucional sem contudo terem uma Constituição escrita. Para ele, *“La Constitución escrita ofreció el*

⁵⁵ Note-se que quanto ao objeto específico da Ciência Política como ciência particular não há na doutrina um tratamento claro, assim, encontram-se doutrinadores que defendem a tese de que o objeto privilegiado pela Ciência Política é o fenômeno do poder (cf. MOREIRA, Adriano. *Ciência Política*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997 p. 19.), outros que não visualizam uma distinção entre o objeto de que trata a Teoria Geral do Estado e a Ciência Política, entendendo que são uma mesma disciplina (cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 25-45.), e, ainda, alguns que reservam à expressão Teoria do Estado, o estudo específico do Estado (cf. CAMPOS, German J. Bidart. *Teoría del Estado. Los temas de la ciencia política*. Buenos Aires: EDIAR, 1991. p. 15-23.). Este mesmo autor, em outro trabalho intitulado *Ciencia Política y Ciencia del derecho constitucional. Unidad o Dualidad?*, também publicado pela EDIAR, investiga a questão da ciência política ser ou não a mesma ciência do direito constitucional, e sustenta a manutenção da dualidade das ciências. É um a interessante análise do tema.

⁵⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 149. (“A constituição se converteu assim no dispositivo fundamental de controle do poder”)

marco dentro del cual se alcanzó en generaciones posteriores la completa democratización del proceso del poder político".⁵⁷

Resgatando o entendimento de LASSALLE, o autor afirma que a identidade ideal entre constituição real e constituição legal não pode ser alcançada e, aí assenta-se a dificuldade metódica de se desenvolver uma teoria geral da Constituição assim como também seu inesgotável incentivo. Por isso entende que a constituição dentro do marco do Estado de direito, democrático e pluralista, ou seja, a melhor constituição – aquela que tenha conseguido um maior consenso e tenha sido elaborada de forma mais cuidadosa – é apenas um **compromisso**, e nada além disso.⁵⁸

LOEWENSTEIN⁵⁹ trabalha com as classificações mais antigas sobre as constituições, tecendo uma crítica por não conseguirem abarcar com uma tipologia simples a complexidade do Estado e da Constituição, dando, em consequência margem a equívocos. Desenvolve novos critérios para a classificação das Constituições, que consistem, nos seguintes:

1. Constituições originárias e derivadas. Constituição originária é aquele

[...] documento de gobierno que contiene un principio funcional nuevo, verdaderamente creador, y por tanto "original", para el proceso del poder político y para la formación de la voluntad estatal. La expresión de Constitución "derivada" [...] designa un tipo de Constitución que sigue fundamentalmente los modelos constitucionales nacionales o extranjeros, llevando a cabo tan sólo una adaptación a las necesidades nacionales".⁶⁰

⁵⁷ LOEWENSTEIN, K. *op. cit.*, p. 160. ("A Constituição escrita ofereceu o marco dentro do qual se alcançou em gerações posteriores a completa democratização do poder político")

⁵⁸ *op. cit.*, p. 160 e ss.

⁵⁹ *op. cit.*, p. 205 e ss.

⁶⁰ *op. cit.*, p. 211. ("[...] documento de governo que contém um princípio funcional novo, verdadeiramente criador, e portanto, "original" para o processo do poder político e para a formação da vontade estatal. A expressão Constituição derivada [...] designa um tipo de constituição que segue fundamentalmente os modelos constitucionais nacionais, realizando tão somente uma adaptação as necessidades nacionais")

A classificação de uma constituição como originária ou derivada, segundo o autor, depende de um juízo de valor subjetivo. Daí que, dentro do que compreende como originária ou derivada, o autor faça menção a determinadas constituições que considera originárias e a outras que considera derivadas.⁶¹

2. Constituições ideológico-programáticas e utilitárias. Outro critério que LOEWENSTEIN utiliza para classificar as constituições é o da análise de seu conteúdo ideológico. Daí que possam existir constituições carregadas ideologicamente e constituições ideologicamente neutras (ou puramente utilitárias). As constituições neutras se propõem, segundo o autor, a oferecerem um quadro funcional dentro do qual as forças sociais e políticas da comunidade deveriam enfrentar-se em livre concorrência, isto, naturalmente, na presunção de que utilizem as instituições existentes e se submetam ao mecanismo prescrito para o processo do poder. Ressalta, todavia, LOEWENSTEIN, depois de mencionar alguns exemplos de constituições ideológicas e utilitárias, que *“en todos estos casos, la estructura ideológica posee más que un mero carácter declarativo. Tiene un completo sentido normativo y enfrenta a la práctica constitucional con la tarea completamente nueva de enjuiciar el proceso político en su conformidad con estos valores y premisas ideológicas”*.⁶²

Oferece, no entanto, maior interesse a classificação que LOEWENSTEIN realiza com base num critério ontológico⁶³, onde, ao que parece, melhor se caracteriza sua posição quanto a Constituição ter como objetivo primordial o controle

⁶¹ *op. cit.*, p. 209-211.

⁶² *op. cit.*, p. 213. (“Em todos os casos a estrutura ideológica possui mais que um mero caráter declarativo. Tem um completo sentido normativo e enfrenta a prática com a tarefa completamente nova de ajuizar o processo político em conformidade com estes valores e premissas ideológicas”)

⁶³ Aqui o autor em tela se refere a ontológico no sentido da consideração da ontologia como doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser, ou seja, aqueles que todo o ser tem e não pode deixar de ter.

do poder político. Assim, dentro deste critério as constituições podem ser diferenciadas segundo seu caráter **normativo, nominal e semântico**.

1. A Constituição normativa. No primeiro caso, LOEWENSTEIN, esclarece que *“el criterio del análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder”*⁶⁴. Para o autor somente pode-se falar em constituição normativa quando existe uma simbiose entre a Constituição e a comunidade, vale dizer, quando as normas da Constituição dominam o processo político e o processo de poder se adapta às normas da constituição. O ponto de partida é a *“tesis de que una Constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una Constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica”*.⁶⁵ Esse caráter normativo não deve ser tomado como um **dado** e subentendido, ao contrário deve ser confirmado pela prática.⁶⁶

2. A Constituição nominal. Quando a dinâmica do processo político não se adapta às normas constitucionais a Constituição carece de **realidade existencial**. E então deve-se qualificá-la de Constituição nominal. Nas palavras de LOEWENSTEIN, *“Lo que la Constitución nominal implica es que los presupuestos sociales y económicos existentes [...] en el momento actual operan contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder”*.⁶⁷ Ou seja, quando não temos caracterizada uma Constituição normativa, temos uma constituição nominal que está para ser realizada.

⁶⁴ *op. cit.*, p. 217. (“o critério ontológico de análise consiste na concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder”).

⁶⁵ *id.*, *ibid.*, p. 217. (“tese de que uma constituição escrita não funciona por si mesma uma vez que haja sido adotada pelo povo senão que uma constituição é o que os detentores e destinatários do poder fazem dela”).

⁶⁶ *op. cit.*, p. 218.

⁶⁷ *op. cit.*, p. 218. (“O que a Constituição nominal implica é que os pressupostos sociais e econômicos existentes [...] no momento atual operam contra uma concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo do poder”).

3. A Constituição semântica. Segundo LOEWENSTEIN a constituição será caracterizada como semântica quando servir para justificar a ação dos detentores fáticos do poder. Quanto a esta classificação, LOEWENSTEIN explica que *"mientras la tarea original de la Constitución escrita fue limitar la concentración del poder, dando posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro constitucional, la dinámica social, bajo el tipo constitucional aquí analizado, tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder."*⁶⁸ Ou seja, a constituição serve para mascarar o processo político, buscando legitimá-lo, sem contudo existir uma correspondência entre a realidade existencial da Constituição e o seu texto normativo e, ainda, sem ser uma Constituição normativa.

⁶⁸ *op. cit.*, p. 219. ("enquanto a tarefa original da constituição escrita foi limitar a concentração do poder, possibilitando um livre desenvolvimento das forças sociais da comunidade dentro do quadro constitucional, a dinâmica constitucional, sob o tipo de constituição aqui analisado, terá restringida sua liberdade de ação e será enquadrada na forma desejada pelos detentores do poder")

3.6. KONRAD HESSE: A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

HESSE propõe o estudo de um conceito de constituição que sirva ao direito constitucional e possa ser utilizado para equacionar os problemas que se apresentem; portanto, conforme já ressaltou CANOTILHO⁶⁹, um estudo não necessariamente teórico-constitucional, mas que contribui para uma pré-compreensão do conceito de constituição. Preocupa-se HESSE com a Constituição atual, individual e concreta. Ressalta que não existe uma teoria da constituição dominante e que há dificuldades para se construir uma teoria da constituição. Não há resposta satisfatória a esta questão.⁷⁰

Para HESSE o objetivo a perseguir é a unidade política do Estado. O que signifique Constituição é algo que só pode ser concebido a partir dos deveres e da função da constituição. O Estado e o poder estatal só existem na medida em que se consegue reduzir a uma unidade política de atuação a pluralidade de interesses, aspirações e formas de conduta existentes na realidade da vida humana.⁷¹ Mas a unidade que HESSE defende é uma unidade do tipo funcional, ou seja, não é aquela ligada à pessoa jurídica do Estado (estática e abstrata) e nem mesmo se refere a uma unidade substancial (nacional, religiosa, ideológica, etc.) é sim, *"una unidad de actuación posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso, incluso,*

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 112.

⁷⁰ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** Madrid: CEC, 1983. p. 4.

⁷¹ **Escritos de derecho constitucional,** p. 8.

mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo funcional.⁷²

Compreende HESSE que o Estado só pode ser entendido sob duas dimensões: como unidade que deve ser perseguida pois nunca é definitiva e como atividade e atuação dos poderes sobre esta base constituídos. Estas dimensões são mutuamente interdependentes, ou seja, o êxito de uma dimensão depende da outra. Unidade política e Estado são aspectos de uma mesma conexão unitária, ainda que complexa, mas a unidade política não se estende a totalidade da convivência humana dentro do território estatal.⁷³

CANOTILHO, tecendo considerações acerca da teoria da Constituição de HESSE, destaca este ponto com a clareza que lhe é peculiar, afirmando que:

*A idéia de constituição como “ordem de totalidade social” deve afastar-se. Por um lado, a constituição deixa intencionalmente “abertas” certas questões (ex., constituição econômica), renunciando à sua normatização, por que aqui deve haver espaço para a confrontação e decisão políticas. Por outro lado, a constituição “regula mas não codifica”, o que conduz, muitas vezes, a uma deliberada parcimônia de regulamentação e à consciente limitação dos preceitos constitucionais aos aspectos nucleares do problema.*⁷⁴

Para HESSE a Constituição “es el orden jurídico fundamental da la Comunidad”.⁷⁵ Vale lembrar que HESSE se utiliza do termo comunidade para expressar uma diferença entre o estatal e o não-estatal no seio da colaboração humana dentro do território do Estado, reservando o conceito de Estado para o

⁷² *Escritos de derecho constitucional*, p. 9. (“uma unidade de atuação possibilitada e realizada mediante o acordo ou o compromisso, mediante a concordância tácita ou a simples aceitação e respeito, chegado o caso, inclusive, mediante a coerção realizada com resultado positivo; em uma palavra, uma unidade de tipo funcional”)

⁷³ *Escritos de derecho constitucional*, p. 12.

⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 115.

⁷⁵ *idem*, *ibidem*, p. 16. (“é ordem jurídica fundamental da comunidade”)

âmbito da atividade e atuação dos poderes constituídos através da formação da unidade política.⁷⁶

Assim,

La constitución, pues, no es ordenación de la totalidad de la cooperación social-territorial (gebietsgesellschaftliches Zusammenwirken), la cual no es, en absoluto, simple "ejecución constitucional". Como tampoco es una unidad sistemática ya cerrada, bien sea ésta de tipo lógico-axiomático o bien basada en una jerarquía de valores. Sin embargo, sus elementos se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia, y sólo el juego global de todos produce el conjunto de la conformación concreta de la Comunidad por parte de la Constitución. Ello no significa que este juego global se halle libre de tensiones y contradicciones, pero sí que la Constitución sólo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende, en este sentido, como unidad, y que el Derecho constitucional se halla orientado en mucha mayor medida hacia la coordinación que no hacia el deslinde y el acotamiento.⁷⁷

Em outro lugar, HESSE, reafirma esta tese, entendendo que as questões constitucionais (questões políticas) só encontram respostas adequadas quando partem do condicionamento recíproco entre constituição e realidade político-social. HESSE afasta qualquer abordagem do significado de ordenação jurídica na realidade e em face dela que privilegie um dos aspectos – realidade ou ordenação, pois entende que somente é possível compreender este significado quando se considera estes dois aspectos em sua relação, em seu contexto e em sua mútua dependência. HESSE faz esta afirmação devido ao fato de que o pensamento

⁷⁶ **Escritos de direito constitucional**, p. 13.

⁷⁷ **Escritos de derecho constitucional**, p. 18. (“A Constituição, pois, não é ordenação da totalidade da cooperação social-territorial (gebietsgesellschaftliches Zusammenwirken), a qual não é, em absoluto, simples “execução consitucional”. Como tampouco é uma unidade sistemática já fechada, seja esta de tipo lógico-axiomático ou seja baseada numa hierarquia de valores. Não obstante, seus elementos se acham em uma situação de mútua interação e dependência, e somente o desenvolvimento global de todos produz o conjunto da conformação concreta da Comunidade por parte da Constituição. Isto não significa que este desenvolvimento global se ache livre de tensões e contradições, mas sim que a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente quando se entende-a, neste sentido, como unidade, e que o Direito Constitucional se acha orientado com muito maior medida para a coordenação que para o deslinde e a fixação de limites”)

constitucional do passado está marcado pelo isolamento entre norma e a realidade.⁷⁸

Vale mencionar nesta altura as reflexões de CANOTILHO acerca da teoria da constituição de KONRAD HESSE, onde apresenta, no seu entender, as idéias condutoras e as objeções que se podem fazer e que são as seguintes:

a) O “doseamento” de elementos provenientes de uma teoria da constituição com princípios da doutrina do direito constitucional permite-lhe uma visão, ao mesmo tempo, rigorosamente normativa e prudentemente realista das questões centrais suscitadas por uma constituição;

b) Esta “ponderação” refletida justifica, também, parcialmente, a assinalável supressão de “preconceitos negativos” (embora não de compreensão) que sobrecarregam uma construção autónoma da teoria da constituição: por um lado, a localização do problema em sede teórico-constitucional possibilita a reconstrução da análise da constituição sem os dogmas da “teoria do Estado” e a transferência encapuçada de arquétipos políticos ultrapassados; por outro lado, a dimensão jurídico-normativa conduz à necessidade de um conceito de constituição adaptado a uma ordem constitucional, historicamente concreta;

c) a teoria da constituição de K. Hesse, é, assim, uma teoria “teórico-constitucional” e “jurídico-constitucional” da democracia social, tal como ela é plasmada na Grundgesetz alemã. As exigências de democracia justificam o relevo dado pelo autor à necessidade de a constituição assegurar um amplo espaço de conformação para as decisões políticas e à necessidade de ela fornecer os “processos” para a confrontação livre dos grupos na cena política. Neste aspecto, a constituição de K. Hesse pretende refletir a realidade do “pluralismo” social e político e a estrutura conflitual (no sentido de R. Dahrendorf) da sociedade;

d) O topoi anterior fornece também o processo de “integração” da sociedade na teoria da constituição: uma “constituição estadual”, limitada à simples formalidade do Estado de Direito, revelar-se-ia completamente inadequada para captar os fenómenos da “socialidade” e da “interpenetração e interdependência entre o Estado e a sociedade”;

e) A “dimensão política” do direito constitucional leva HESSE a dar particular atenção ao fenómeno da sua “historicidade” e às situações cambiantes da vida política. Daí que, para não cair no existencialismo constitucional extremo do seu discípulo P. Häberle, saliente os “dados não

⁷⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. Esclareça-se que este título é parte integrante da obra já mencionada *Escritos de derecho Constitucional*, no entanto se utiliza a versão em língua portuguesa porque esta melhor se adaptada a linguagem jurídica brasileira, principalmente, quando se fala da questão relativa a pretensão de eficácia.

abertos” de uma lei fundamental, a par de uma consciente “abertura” para a luta política.

E, quanto as objeções, salienta CANOTILHO que:

1. Em primeiro lugar, questiona-se como ponto de partida de uma teoria da constituição a ideia de “integração”, não obstante ser visível em HESSE o esforço para superar o pensamento do automatismo não consciente, à maneira de SMEND. Mas sempre permanece nele o pensamento de constituição como “unidade política do Estado” e a “pré-compreensão” da lei fundamental como determinadora dos princípios segundo os quais se deve formar a “unidade política”. A acentuação da “ideia integrativa” é patente, por ex., na “dimensão ordenadora” que aponta a democracia (demokratische Ordnung), à actuação dos partidos como elementos integrantes desta ordem (integrierende Bestandteile) e ao Estado de Direito (rechtsstaatliche Ordnung), etc.

2. É certo que a teoria da constituição acolhe positivamente a “existência de conflitos” e reconhece a sua indissociabilidade da vida humana comunitária. Mesmo neste aspecto se verifica, contudo, que eles são dimensionados, não na sua “estrutura de tensão”, mas como garantia da criação e manutenção da “unidade política”.

3. Em terceiro lugar, a “força normativa da constituição” significará, neste trabalho, na senda de Bäumlin, “programa de acção conformadora” e não apenas uma exigência de congruência de “normatividade constitucional” e de “facticidade política”. Desenvolva-se esta objecção: K. HESSE, ao desenvolver o conceito de “normative Kraft der Verfassung”, pretende (contra o neo-kantianismo da separação entre ser e dever-ser) atribuir à força normativa da constituição uma “eficácia real”. “A correlação ordenadora” ou, se se preferir, “ordenação correlativa” de constituição e realidade, traduzir-se-ia no facto de a “constituição ser apta a actuar determinante e regulativamente na realidade da vida histórica”. Se é indesmentível que a força normativa de uma constituição não pode fundamentar-se apenas na vontade do poder constituinte que criou a constituição, dado que têm de ponderar-se as “possibilidades de realização do seu conteúdo” e confiar-se na “vontade actual” dos participantes da vida política de dar efectividade aos preceitos materiais da constituição, nem por isso se julga negativo acentuar a dimensão da constituição como “tarefa” e “esboço programático”, a realizar independentemente da sua eventual não conformidade com uma “realidade constitucional”.

Isto têm reflexos práticos: se uma constituição é também “programa” “aberto” da política e não apenas “processo da política”, de certo que domínios como os da constituição económica e dos direitos económicos, sociais e culturais entrarão no âmbito do direito constitucional formal. A única questão é a de saber em que medida, e com que extensão, os princípios a eles respeitantes deverão ser constitucionalmente plasmados.

4. Este ponto conduz-nos a uma outra objecção. Numa teoria da Constituição do Estado Democrático a “liberdade e abertura do processo

político” é um elemento constitutivo da “compreensão constitucional”. No reconhecimento da existência e necessidade de concepções e interesses contrapostos, oferece a ordem democrática o espaço para a confrontação das forças espirituais, políticas e sociais. Mas se a vida política é assim um “campo de tensão” como podem escapar os fins consagrados na lei fundamental a esse mesmo campo de tensão? A constitucionalização destes “campos de batalha práticos” encontra resposta insuficiente numa teoria dominada pela ideia de constituição como “processo de unidade”, resultante da “ideia” ordenadora da integração.⁷⁹

Aqui estão delineados os pontos fundamentais da teoria da constituição de KONRAD HESSE. Por oportuno, saliente-se que este autor procurou construir seu entendimento acerca da constituição para opor-se principalmente às teses de FERDINAND LASSALLE; daí sua preocupação em construir uma teoria da constituição que não se distanciasse dos acontecimentos históricos e das mudanças político-sociais, e ao mesmo tempo possibilitasse a preservação da força normativa da constituição. Junto com CANOTILHO entende-se que a contribuição de HESSE está entre aquelas que possibilitam o desenvolvimento e compreensão das questões constitucionais da atualidade.

⁷⁹ *Constituição dirigente e vinculação do legislador.*, p. 117-121. Atente-se ao fato de que o texto é escrito em língua portuguesa, mas não na vertente brasileira desta, daí a razão da existência de algumas palavras que não compõem nosso vocabulário, e também de palavras com grafia distinta, principalmente, no que se refere à acentuação.

IV

O GARANTISMO JURÍDICO COMO TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Analisa-se, neste capítulo final, o que é a constituição para o garantismo, sem perder de vista, conforme ressalta CANOTILHO¹, que a teoria da constituição não apresenta hoje uma situação clássica, ou seja, “aquela em que se verifica um acordo duradouro em termos de categorias teóricas, aparelhos conceituais e métodos de conhecimento”.

À guisa de prolegômenos, CANOTILHO faz a seguinte assertiva acerca do estudo da teoria da constituição:

*Por isso, continuaremos a considerar o estado de direito democrático constitucional como uma parte fundamental de um **sistema de complexidade**. Esta proposta marcará também aquilo que, a nosso ver, representa o insubstituível contributo da teoria da constituição no actual discurso comunicativo: (1) a teoria da constituição continua a girar em torno da **problemática do estado de direito democrático-constitucional**, embora com novos actores sistêmicos, internacionais e supranacionais; (2) pressupõe, por isso, a indispensabilidade do direito e do Estado; (3) assenta na indispensabilidade da democracia, e, desta forma, a teoria da constituição tenta conceber-se como teoria da democracia; (4) a articulação do processo democrático com o processo de institucionalização de garantias fundamentais conduzirá sempre à análise da complexidade do estado de direito democrático-constitucional.²*

Tendo em vista estas considerações, procura-se trabalhar com a estrutura normativa do Estado Constitucional de Direito conforme à teoria garantista do direito e, na medida do possível, contrapõe-se ou fortalece-se a compreensão garantista da constituição com a concepção dos autores já tratados no capítulo anterior, pois entende-se que, embora suas teorias sejam insuficientes para a compreensão da

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1187.

constituição no Estado Contemporâneo, não se pode deduzir daí a inutilidade das mesmas, uma vez que oferecem elementos importantes que serviram e servem para a análise das inquietações constitucionais de ontem, de hoje, e quiçá de um futuro próximo.

Leva-se em conta que “*todo problema constitucional ainda hoje procede, [...], da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: a jurídica e a política*”³, aliás, esta é a problemática inerente a toda teoria da constituição, já que deve considerar a realidade constitucional e às transformações econômicas, políticas e sociais que ocorrem.

A análise da teoria do garantismo jurídico como teoria da constituição procura destacar estas duas dimensões da constituição, a partir do momento em que fragmenta a análise do fenômeno jurídico em dois pontos de vista, um interno (validade e vigência) e outro externo (filosofia política). Objetiva, na sua análise, alcançar uma maior efetividade das normas constitucionais, principalmente daquelas definidoras dos direitos fundamentais, ressaltando sobretudo a supremacia da constituição.

Evidente que a abordagem desta temática é penosa e trilha-se por um caminho repleto de percalços. Como destaca CANOTILHO⁴ a teoria da constituição atualmente se defronta com vários problemas: **1. problemas de inclusão**, ou seja, dificuldades de inclusão das inovações jurídicas. Não consegue acompanhar as mudanças. Dificuldades de inclusão do fenômeno da materialização do direito. Incompreensão perante as *auto-referencialidades* dos vários subsistemas sociais.; **2. problemas de referência**, ou seja, prevalência da perspectiva individualista da teoria do Estado e da constituição. Indiferença em relação aos novos atores

² **Direito constitucional e teoria da constituição.**, p. 1188.

neocorporativos e de seus esquemas comunicativos que tendem a formar unidades comunicativas autônomas relativamente às quais a tradicional *semântica do poder* surge como explicação *naif*.; **3. problemas de reflexividade**, onde por crise de reflexividade exprime-se a impossibilidade do sistema regulador central gerar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas ou exigências oriundas *do* ou constituídas *no* sistema social; **4. problemas de universalização**, pelo fato de que a força da teoria da constituição radicava na idéia ordenadora central que se reconduzia afinal ao Estado-pessoa, mesmo quando essa teoria procurava captar a força normativa do fático ou da constituição real; **5. problemas de materialização do direito**, onde destaca-se o fato de que a teoria da constituição revela dificuldades para compreender as lógicas da materialização do direito, entendendo-se por materialização do direito a adequação da esfera jurídica aos diferentes âmbitos sociais (direito social, direito dos consumidores, direito do ambiente, etc.); **6. problemas de reinvenção do território**, caracterizado pela perda das tarefas soberanas do Estado, que se deslocaram para o direito europeu. Perda do Território. Teses da supranacionalidade e a força dos tratados internacionais; **7. problemas de fundamentação** (princípios ou paradoxos), a teoria da constituição apresenta problemas de fundamentação em sede de teoria do discurso. Dificuldades para sustentar uma argumentação. Envereda-se para outros campos contribuindo-se para aumentar os paradoxos; **8. problemas de "tragédia"**, ocorre uma mudança do sucesso da *estatalidade* para o insucesso do paradigma político-estatal. Fixação na categoria Estado como uma idéia diretriz radicada no seio da sociedade. O Estado, na teoria da constituição, transforma-se em 'categoria

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 77.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.*, *op. cit.*, p. 1197-1206.

ontológica e ignora sobranceiramente a *secularização e civilização da política* e a *contingência* da ordem social. Subsiste quase como categoria religiosa; **9. problemas de simbolização**, que localiza-se em três correntes: (1) sociologia crítica: falta de eficácia real; (2) teoria sistêmica: a constituição não se desenvolveria como instância reflexiva do sistema jurídico; (3) arqueologia mítico-retórica: Aqui se “[...] *articula constituição, constitucionalismo e codificação a fim de denunciar o artificialismo do sistema constituinte como sistema assente num pacto fundador, mesmo quando esse sistema se esconde atrás de teorias do consenso, teorias contratualistas, teorias comunicativas ou teorias processuais*”⁵ e, por fim, **10. problemas de complexidade**, que surgem devido as diferenciações funcionais geradas pela complexidade social, que conduz a diferentes graus de especialização, impessoalidade e abstração no conjunto do sistema social. Daí a impossibilidade de formação de um código que consiga tornar unitário os vários sistemas sociais.

A solução para o equacionamento de todos esses problemas não se encontra na teoria do garantismo jurídico, e nem mesmo é o objetivo deste trabalho buscar soluções definitivas. No entanto, o arcabouço teórico desta teoria, conforme analisou-se em dois capítulos desta dissertação, permite, ao menos em caráter aproximativo, sustentar a teoria do garantismo como teoria da constituição, e em certa medida contribuir para uma revalorização desta última, que conforme menciona o mestre português supracitado foi objeto de erosão e esvaziamento.

A aproximação à teoria da constituição deve precisar, por razões metodológicas, os limites em que navega, pois de acordo com IVO DANTAS, o objeto da teoria da constituição compreende, *“exatamente, a análise do conceito, sua elaboração, processos de mudanças formais e informais, conteúdo,*

⁵ **Direito constitucional e teoria da constituição.** p. 1204.

classificação, etc., dos textos constitucionais".⁶ Assim, privilegia-se neste último capítulo a abordagem do conceito de constituição, não descurando-se de alguns aspectos marginais à teoria da constituição. Feitas estas considerações iniciais, insta, agora, analisar-se o problema da teoria da constituição, notadamente, quanto ao seu conceito, a partir do referencial garantista.

⁶ DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 1.

4.2. O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Primeiramente é oportuno recordar que a categoria constituição não encontra um significado unívoco em seu desenvolvimento, nisto aliás reside a sua riqueza, pois permite que se tenha as mais variadas interpretações que sujeitam-na a toda sorte de intempéries. Ainda cabe mencionar que o próprio uso da palavra conceito encontra na filosofia um tratamento controverso.

NICOLA ABBAGNANO, com objetividade ímpar, resume os principais pontos que caracterizam o histórico da categoria *conceito*. Segundo este autor conceito significa “*em geral, todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis*”.⁷ Segundo NICOLA ABBAGNANO a noção de conceito dá origem a dois problemas fundamentais: um sobre a *natureza* do conceito e outro sobre a *função* do conceito, sendo que estes dois problemas podem ou não coincidir. O problema da natureza recebeu duas soluções fundamentais: 1º O conceito é a *essência* das coisas, mais precisamente a sua *essência necessária*, pela qual não podem ser de modo diferente daquilo que são; 2º o conceito é um *signo*. Já quanto a função do conceito, esta pode ser concebida de duas formas fundamentais e diferentes, isto é, como *final* e como *instrumental*. A primeira atribui ao conceito a interpretação como *essência*, já que, por essa interpretação, o conceito não tem outra função senão exprimir ou revelar a substância das coisas. Desse ponto de vista, a função identifica-se com a própria natureza do conceito. Mas, quando se admite a teoria simbólica do conceito, admite-se *ipso facto* também a sua instrumentalidade; e essa instrumentalidade pode ser aclarada e descrita nos seus múltiplos aspectos. Os aspectos principais são os

seguintes: 1. função de descrever; 2. função econômica do conceito (classificação); 3. função de organizar; e, 4. função de previsão.⁸

Não se pretende trazer toda esta discussão e suas nuances para os contornos deste trabalho, mas acredita-se que a noção de conceito que se procura trabalhar - isto numa análise perfunctória - é aquela relacionada a um dos dois de seus problemas acima mencionados, mais especificamente, àquele relativo a sua função e não a sua natureza, já que a partir da aproximação ao conceito de constituição garantista quer-se chegar a sua instrumentalidade, que tem conforme colocado por ABBAGNANO, como aspectos principais: descrever; classificar; organizar e, ainda, prever.

Tendo-se como pressuposto deste trabalho a diferença conceptual existente entre as categorias validade/vigência e Estado de direito/democracia pode-se afirmar que os direitos fundamentais e suas garantias atuam como limites materiais ao conceito de constituição, uma vez que no modelo do Estado Constitucional os direitos fundamentais contidos na constituição são "*la única fuente de legitimidad de los sistemas jurídicos y políticos*".⁹

Considerando-se, também, que os direitos fundamentais expressam a dimensão substancial da democracia e são a fonte de legitimidade dos sistemas jurídicos e políticos - já que atuam como fatores de deslegitimação da ordem jurídica-, parece que uma aproximação à teoria da constituição garantista, implica uma reabilitação das doutrinas do *contrato social*, extirpando-se destas os excessos oriundos das doutrinas liberais do Estado e do direito que as influenciaram (perspectiva individualista). A necessária consideração das teorias contratualistas apoiam-se na tese de que o direito defende a instituição de um "pacto pela vida",

⁷ *op. cit.*, p. 164.

⁸ *op. cit.*, p. 164-169.

onde os contratantes encontram os limites de atuação e decisão no respeito a pessoa humana, e de que “*questa natura pattizia è insomma intrinseca alla nozione stessa di costituzione*”.¹⁰ Esta idéia encontra resistência justamente naquilo que CANOTILHO destaca como **problemas de simbolização** (ver tópico anterior), pois conforme visto, os ataques que sofre a teoria da constituição concentram-se principalmente nas idéias de uma pacto fundador, portanto, endereçam-se ao momento constituinte.

Não obstante estas restrições, FERRAJOLI considera que a partir da declaração universal dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, inicia-se um novo paradigma para o direito que altera o significado de Constituição. Segundo este autor, o conceito de constituição conforme ao paradigma do Estado Constitucional de direito foi redescoberto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹¹ e implica a subordinação de todos os poderes públicos aos limites e vínculos estabelecidos no texto da constituição, e portanto, implica a consideração de que os vínculos substanciais, hoje positivados como direitos fundamentais, atuam de forma supranacional (lembre-se dos problemas da universalização) e também impõe limites à decisão por majorias.

GARCÍA DE ENTERRÍA corrobora esta asserção de FERRAJOLI entendendo que a idéia de constituição se concretiza nos finais do século XVIII e no século XIX com o movimento constitucional sendo que após a segunda guerra mundial reaparece o seu sentido específico, que inicialmente se expressava em

⁹PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 199. (“a única fonte de legitimidade dos sistemas jurídicos e políticos.”)

¹⁰FERRAJOLI, L. *Democrazia e costituzione*. [?]. p. 323. (“Esta natureza de pacto é em suma intrínseca a noção mesma de constituição”)

¹¹Vale lembrar, consoante afirma MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, calcado nos teóricos franceses, que “do ângulo doutrinário a Declaração é a renovação do pacto social, o seu preâmbulo é bastante claro ao apontar a finalidade última e o objetivo imediato do texto. A finalidade é, em última análise, proteger

pactos entre o Rei e o Reino, sentido este que ganhou novos contornos em virtude das doutrinas do pacto social, do jusnaturalismo puritano e das doutrinas da ilustração, acabando por culminar no entendimento de que o povo decide por si mesmo o que se entende por Constituição. Portanto, após este movimento constitucional, subsiste a idéia de que o poder deve aparecer como uma construção da sociedade e do povo.

Neste sentido GARCIA DE ENTERRÍA conclui que:

En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales. Sigue siendo, pues, válido el concepto del antes transcrito art. 16¹² de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad.¹³

PEÑA FREIRE, na mesma linha de raciocínio, entende que uma teoria da constituição que pretenda fundamentar determinado modelo normativo ou determinado sistema de governo deve levar em conta as teorias acerca do pacto social. Este autor vê no contratualismo uma vitalidade teórica e uma utilidade prática, ainda que exista uma imagem do contratualismo como um expediente liberal e

*os direitos do Homem contra os atos do Governo, e é expressa a menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo". in **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 22.*

¹² Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. "Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

¹³ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991. p. 45. ("Na Constituição como instrumento jurídico deve expressar-se, precisamente, o princípio da autodeterminação política comunitaria, que é o pressuposto do caráter originário e não derivado da Constituição, assim como o princípio da limitação do poder. Nenhum dos dois, e por suposição nem o último, são acessórios, senão essenciais. Segue sendo, pois, válido o conceito do antes transcrito art. 16 da Declaração de Direitos de 1789, no qual caberia unicamente matizar hoje a relatividade do princípio de divisão dos poderes como técnica operativa, sem prejuízo de sua validade geral quanto aos seus princípios e quanto a sua finalidade, a limitação do poder dos governantes, a garantia da liberdade")

superado. PEÑA FREIRE entende que a idéia de pacto social não é alheia ao tempo. Para ele, o pacto social é ao mesmo tempo definitivo, pois não é revogável; é vinculante e limitativo, e ainda, atual, pois pode incluir novas pretensões, novas aspirações sociais que venham a ser compreendidas como fundamentais. Entende PEÑA FREIRE que dentro desta concepção o pacto social assemelha-se ao momento constituinte. Pacto social e constituição são, portanto, *fundacionais e fundantes*.¹⁴

Evidencia-se, na sustentação destas teses, a idéia de que o direito não é um fim em si mesmo, e deve, portanto, constituir-se num instrumento para que se efetivem os valores incorporados (limitativamente) às Constituições como direitos fundamentais. Logo, pode-se afirmar que os direitos fundamentais delimitam os contornos substanciais do conceito de constituição que se assume como um conceito material. Como lembra BONAVIDES, o aspecto material refere-se “ao conteúdo, mas tão somente ao conteúdo das determinações mais importantes, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria constitucional”.¹⁵

Portanto, para o garantismo jurídico a constituição é um sistema de regras, substanciais e formais que têm os titulares dos poderes como os seus próprios destinatários, permanecendo estes vinculados aos conteúdos materiais definidos no pacto constituinte. Neste sentido, a constituição

¹⁴ *op. cit.*, p. 77. Para PEÑA FREIRE o sentido do pacto constitucional no modelo do Estado Constitucional de Direito é limitativo ou oclusivo, pois determina quais são as questões de sobrevivência, ou seja, questões indispensáveis para a vida, que serão declaradas intangíveis, e ficará expresso a intenção de preservá-las de toda agressão, excluindo-as inclusive das possibilidades de decisão política, a partir da juridificação dos direitos fundamentais e do asseguramento de sua garantia. p. 78. FERRAJOLI coloca que “*el llamado contrato social, una vez traducido a pacto constitucional, deja de ser una hipótesis filosófico-política para convertirse en un conjunto de normas positivas que obligan entre sí al estado y al ciudadano, haciendo de ellos dos sujetos con soberanía reciprocamente limitada*”, in **Derecho y razón...**, p. 860.

¹⁵ BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**, p. 63-64.

[...] *no es sino la expresión condensada de toda una serie de valores respecto de los que es presumible un elevado consenso, y que habrán de afectar a las dinámicas y relaciones públicas y privadas, en un doble sentido: en primer lugar, habrán de inspirar los distintos procesos políticos y sociales y, en segundo lugar, habrán de ser preservados de cualquier vulneración que pudiera tener su origen en alguna de las dinámicas referidas.*¹⁶

Esta maneira de conceber a constituição, contudo não ocasiona o engessamento da mesma, como se poderia pensar. A constituição não pode e nem deve realizar uma *ditadura de valores*, deve consistir em uma ordem aberta que permita a recepção de novos valores, novos direitos (problemas de materialização) sem contudo perder sua *força normativa*. Neste sentido, a distinção entre validade e vigência, bem como o papel que atribui FERRAJOLI à ciência jurídica, possibilita que se realize esta adequação do texto da constituição as novas realidades sociais, e permite que se desenvolva uma crítica ao direito vigente. Por certo que ainda está por fazer uma *teoria da argumentação e da coerência garantista*, que, por certo, ofereciam melhores condições de compreender esta problemática.

Neste sentido destaca PEÑA FREIRE que

*La constitución no és tanto una norma que vincula y ata a la inferior sino un complejo programa que pretende la ordenación, la constitucionalización social, política, etc., es decir, que pretende llegar a todas las relaciones de poder, públicas o privadas, que existen en la sociedad. Por ser la expresión de la máxima apertura del orden jurídico y político a lo externo es patrimonio social y su función y repercusiones en el contexto institucional no pueden agotarse en un único acto ni su desarrollo y efectividad pueden ser patrimonio de un solo órgano.*¹⁷

¹⁶ PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 79. (“[...] não é senão a expressão condensada de um série de valores a respeito dos quais é presumível um consenso, e que afetaram as dinâmicas e relações públicas e privadas, num duplo sentido: em primeiro lugar, devem inspirar os distintos processo políticos e sociais e, em segundo lugar, devem ser preservados de qualquer vulneração que possa ter sua origem em alguma das dinâmicas referidas”)

¹⁷ *id.*, *ibid.*, p. 198. (“A constituição não é tanto uma norma que vincula e ata a inferior senão um complexo programa que pretende a ordenação, a *constitucionalização* social, política, etc., ou seja, que pretende chegar a todas as relações de poder, pública ou privadas, que existem na sociedade. Por ser a expressão da máxima abertura da ordem jurídica e política ao externo é patrimônio social e sua função e repercussão no contexto institucional não podem esgotar-se em um único ato nem seu desenvolvimento e efetividade podem ser patrimônio de um só órgão”)

Ainda quanto a ser a Constituição uma ordem aberta, vale mencionar o entendimento de ZAGREBELSKY que afirma:

[...] *para darse cuenta de esta transformación, ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La 'política constitucional' mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva.*¹⁸

Esta concepção de ZAGREBELSKI mereceu destaque na obra de CANOTILHO, o qual a coloca entre as novas sugestões de constituição, embora entenda que algumas das sugestões estão longe de serem novas, não obstante o modo e o dom da escrita o sejam. Segundo CANOTILHO *"fala-se de uma constituição suave para exprimir a necessidade de a constituição acompanhar a perda do centro ordenador do estado e refletir o pluralismo social, político e económico"*.¹⁹

Neste sentido, como destaca o próprio CANOTILHO a tese da constituição dirigente perde força, já que caberá a constituição *"a tarefa básica de assegurar apenas as condições possibilitadoras de uma vida em comum, mas já não lhe pertence realizar directamente um projeto pré-determinado dessa vida comunitária"*.²⁰

¹⁸ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 14. ("Para dar-se conta desta transformação, já não se pode pensarse na Constituição como centro do qual tudo derivava por irradiação através da soberania do Estado em que se apoiava, senão como centro sobre o qual tudo deve convergir; ou seja, mas como centro a alcançar do que como centro do qual partir. A política constitucional mediante a qual se persegue esse centro não é execução da Constituição, senão realização da mesma em um dos cambiantes equilibrios nos quais pode tornar-se efetiva")

¹⁹ **Direito constitucional e teoria da constituição.** p. 1233.

²⁰ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição,** p. 1233.

Ou seja, *“la pluralidad o ductilidad de la constitución es la causa de que, desde ésta, sean posibles desarrollos normativos heterogéneos e incluso contradictorios entre sí: la constitución no trata de imponer un proyecto político determinado haciendo exclusión de todos los demás, sino sólo fija las condiciones para la posibilidad de distintos proyectos de vida”*.²¹

²¹ ZAGREBELSKI, G. *op. cit.*, p. 15. (“A pluralidade ou ductilidade da constituição é a causa de que, a partir desta, sejam possíveis desenvolvimentos normativos heterogêneos, e inclusive contraditórios entre si: a constituição não trata de impor um projeto político determinado excluindo os demais, senão somente fixa as condições para a possibilidade dos distintos projetos de vida”)

4.3. FUNÇÕES DA CONSTITUIÇÃO

A primeira função que cabe à Constituição, no contexto do Estado Constitucional de Direito, é a de controle da função de garantia, pois a constituição *“es la función/elemento constitutivo del derecho y del Estado que da sentido y unidad al ordenamiento y con el que entabla variadas y complejas relaciones en la medida en que el resto del ordenamiento constituido sólo puede ser contemplado desde la constitución como el desarrollo y ejecución de lo prevenido por ella”*.²²

Segundo CANOTILHO a função mais importante da constituição é a função de garantia e proteção dos direitos de liberdade. Diz este autor que:

Uma das principais dimensões do constitucionalismo moderno – recorde-se – foi a de, através da constitucionalização dos direitos e liberdades, subtrair à livre disponibilidade do soberano (rei, estado, nação) a titularidade e exercício de direitos fundamentais. Nas constituições modernas, os direitos e liberdades não se reconduziam, em termos genéricos e segundo o “entendimento dos homens”, a qualquer ideia de competência subjectiva atribuída pelo poder político. Os direitos constitucionalmente garantidos e protegidos representavam a positivação jurídico-constitucional de direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao estado.

*Em segundo lugar a constituição assume-se e é reconhecida como “direito superior”, como “lei superior”, que vincula, em termos jurídicos e não apenas políticos, os titulares do poder. Através da subordinação ao direito dos titulares do poder, pretende-se realizar o fim permanente de qualquer lei fundamental – a **limitação do poder**.*²³

Estas asserções remetem para uma outra problemática corrente no direito constitucional: a questão da execução da constituição. Há que se tomar com

²² PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 197. (“é a função/elemento constitutivo do direito e do Estado que dá sentido e unidade ao ordenamento e com o qual entabula várias e complexas relações na medida em que o resto do ordenamento *constituído* só pode ser contemplado a partir da constituição como o desenvolvimento e execução do disposto por ela”)

²³ **Direito constitucional e teoria da constituição.** p. 1276.

reservas esta idéia da execução da constituição. GARCIA DE ENTERRÍA, segundo PEÑA FREIRE, entende que a lei não é execução da constituição, pois sua essência é modificar o direito objetivo e regular as distintas situações e relações da vida social. Assim, para GARCIA DE ENTERRÍA, o poder legislativo tem autonomia, portanto não atua em exercício de um poder discricionário concedido pela Constituição, pois caso se considerasse o poder legislativo um órgão subalterno, vinculado à mera execução constitucional, se veria desnaturalizado; via de conseqüência, ficariam sem explicação as importantes funções políticas que desempenha.

Esta posição defendida pelo administrativista espanhol é refutada por PEÑA FREIRE por entender este que as afirmações de que a lei não é execução da constituição por ser de sua essência a configuração e modificação da ordem jurídica cria alguns problemas ao sentido e às funções da norma fundamental e da legalidade ordinária nos ordenamentos constitucionais como são compreendidos no contexto do Estado Constitucional de Direito, perspectiva aqui trabalhada.

PEÑA FREIRE desenvolve dois argumentos, o primeiro relativo à consideração de que a lei é a fonte básica do direito e, o segundo diz respeito à autonomia do legislador. Entende que a primeira tese, somada àquela outra da necessidade do respeito aos limites e diretrizes constitucionais, parece afastar a constituição dos processos jurídicos e normativos, já que tende a considerá-la um fato jurídico extraordinário e, talvez, por isto desconectado da realidade jurídica de cada dia. Neste sentido, *“la constitución, [...], vincularía al plano de juridicidad inmediateamente anterior que es el legal y éste, a su vez, afectaría a los inferiores que lo ejecutan”*.²⁴ Isto, continua o autor, permite concluir que a repercussão de um

²⁴ PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 198. (“A constituição, [...], vincularia ao plano de juridicidade anterior que é o legal e este, por sua vez, afetaria aos inferiores que o executam”)

plano de juridicidade sobre outro se esgota no anterior. Para PEÑA FREIRE esta é uma visão mecânica e restrita que não é compatível com a estrutura normativa do Estado Constitucional que se manifesta na distinção entre *validade* e *vigencia* ou na projeção das normas de direito fundamental no ordenamento e “*según las cuales la constante referencia a la constitución de toda la realidad jurídica es una exigencia de la supremacía constitucional que caracteriza al Estado de derecho en su forma actual*”.²⁵

A outra oposição que faz PEÑA FREIRE à concepção de GARCIA DE ENTERRÍA, é quanto à criação do direito pelo legislador dentro dos limites impostos a seu poder pela constituição. Entende que esta autonomia atribuída ao legislador supõe uma fonte de legitimidade própria do poder legislativo comparável à da constituição. Para PEÑA FREIRE a configuração do ordenamento jurídico que faz o legislador não é nem original nem criadora, “*lo que hace el legislativo es señalar, de entre las diversas orientaciones posibles, aquella que será implementada. Y es en este punto donde se encuentra su especificidad y la de la ley como fuente del derecho*”.²⁶

Esta questão da execução da constituição remete a uma outra função clássica que é atribuída a constituição: legitimidade e legitimação da ordem constitucional. Lembra CANOTILHO quanto a esta função da constituição que:

A articulação destas duas dimensões – a da legitimidade e a da legitimação – implica que a constituição não seja considerada como uma simples “carta” ou “folha de papel” resultante de relações de poder ou da pressão de forças sociais. A constituição não se legitima através da

²⁵ PEÑA FREIRE, *op. cit.*, p. 198. (“e segundo as quais a constante referência à constituição de toda a realidade jurídica é uma exigência da supremacia constitucional que caracteriza ao Estado de direito em sua forma atual”)

²⁶ *id.*, *ibid.*, p. 201. (“O que faz o legislativo é assinalar, dentre as diversas orientações possíveis, aquela que será implementada. E é neste ponto onde se encontra sua especificidade e a da lei como fonte do direito”) Este autor trabalha com a idéia de sentido político e sentido constitucional, sendo que a tarefa do legislador é configurar o sentido político do ordenamento que deve estar de acordo com o sentido último do ordenamento que é o sentido constitucional.

*simples legalidade, ou seja, não é pelo facto de ela ser formalmente a lei superior criada por um poder constituinte, que ela pode e deve ser considerada legítima. A legitimidade de uma constituição (ou validade material) pressupõe uma conformidade substancial com a **ideia de direito**, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico. Consequentemente, a constituição não representa uma simples positivação do poder. É também a positivação dos valores jurídicos radicados na consciência jurídica geral da comunidade. Quando uma lei constitucional logra obter validade como ordem justa e aceitação, por parte da colectividade, da sua bondade "intrínseca", diz-se que uma constituição tem **legitimidade**. Mas se a constituição tem legitimidade compreende-se que ela própria tenha uma função de legitimidade. Ela contribui para a sua aceitação real (consenso fáctico ou aceitação fáctica ou sociológica) e para uma boa ordenação da sociedade assente em princípios de justiça normativo-constitucionalmente consagrados.*²⁷

Ao lado destas duas funções que se destacou acima, além daquelas clássicas, que são, por exemplo: 1. a de ser a revelação normativa do consenso fundamental; 2. àquela de ser a ordem fundamental do Estado; 3. àqueloutra de organizar o poder político; que podem ser atribuídas a constituição no universo garantista, surgem, conforme salienta CANOTILHO, novas funções para a constituição, como, por exemplo: função de autovinculação, que indica a autovinculação dos indivíduos por intermédio da constituição para que possam resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios da sua vontade; função de inclusividade multicultural, que denuncia a necessidade de uma revisão da função integradora da constituição deflagrada pelos fenômenos do pluralismo jurídico e multiculturalismo social.²⁸

Entende-se que estas novas funções assinaladas por CANOTILHO prestam-se para qualquer teoria da constituição, independentemente dos vínculos teóricos, pois estas funções podem oferecer elementos para o equacionamento dos problemas que envolvem a temática. Portanto, a análise de teoria do garantismo

²⁷ **Direito constitucional e teoria da constituição.** p. 1275.

²⁸ **Direito constitucional e teoria da constituição.** p. 1283-1291.

jurídico como teoria da constituição deve levar em conta estes aspectos sob pena de se construir uma teoria da constituição já ultrapassada desde a sua nascente.

4.4. CONSTITUIÇÃO E SOBERANIA

Como salientou-se no início deste capítulo, com fulcro nas lições de CANOTILHO, a teoria da constituição se depara com vários obstáculos atualmente. Neste momento, destaca-se um daqueles problemas, que denominou-se problema de reinvenção do território. Segundo CANOTILHO os problemas do direito constitucional conectionam-se com a sua progressiva transformação em um *direito regional do estado*, esvaziados de tarefas soberanas que se trasferiram para o direito europeu. Completa este autor, antecipando algumas considerações, afirmando que:

A esta transformação está associada a perda do território. O território, como vimos ao estudar o aparecimento da categoria política estado, constitui um ponto de referência do agir estatal e, por isso, de grande relevância jurídica e política. Quanto mais o direito estiver "supranacionalizado" ou internacionalizado tanto menos o território constituirá as margens do "mundo jurídico soberano". O velho "direito nas fronteiras" é "dissolvido" pelas quatro liberdades fundamentais do direito comunitário: liberdade de pessoas, liberdade de mercadorias, liberdade de serviços e liberdade de capitais. O velho "direito de defesa" tem hoje operatividade prática fora das fronteiras e com enquadramentos internacionais (NATO, UEO, ONU).²⁹

Neste final de século, os constitucionalistas, impulsionados pelo neoliberalismo (propostas do Estado mínimo) e pelas propostas pós-modernas (crítica a capacidade de ordenação do Estado e da constituição), procuram desenvolver uma metódica constitucional que considere as mudanças estruturais porque passa o Estado Moderno, sobretudo, no que concerne à soberania e as relações desta com o Estado de direito e a Teoria da Constituição.

²⁹ Direito constitucional e teoria da constituição. p. 1202.

É certo que o nexó entre Estado, constituição e garantias dos direitos fundamentais é um nexó contingente, ou seja, não reflete nenhuma necessidade teórica, ainda que o conceito de soberania tenha nascido e permanecido ligado a forma constitucional do Estado-Nação. No entanto, urge revisar-se a temática da soberania no Estado Moderno, num momento em que pululam as teses da supranacionalidade e da defesa de uma cidadania mundial, procurando-se ressaltar a importância desta categoria no âmbito do Estado Constitucional de Direito conforme caracterizado neste trabalho e suas implicações numa Teoria da Constituição.

É necessário destacar, primeiramente, o fato de que soberania³⁰ e constitucionalismo sempre foram entendidos como termos antitéticos³¹, ou seja, o desenvolvimento do Constitucionalismo sempre representou a derrota da Soberania, uma vez que o Constitucionalismo, grosso modo, se caracteriza pela imposição de limites ao exercício do poder político. Embora, o tema da soberania venha tratado em várias obras, privilegia-se aqui a análise da soberania no âmbito do Estado moderno conforme abordado por FERRAJOLI, uma vez que o objetivo é tratar desta questão marginalmente dado as implicações que tem em sede da Teoria da Constituição.

Este autor considera três aporias da doutrina da soberania que são fruto de múltiplos e heterogêneos materiais – jusnaturalismo, positivismo jurídico, contratualismo, idealismo e espiritualismo – que no curso de quatro séculos têm-na

³⁰ O desenvolvimento do Conceito de Razão de Estado tem um desenvolvimento semelhante ao da soberania. Consultar neste sentido BOBBIO, Norberto. *et al. Dicionário de Política*. Tradução de Carmem C. Varrialle *et al.* 5. ed. Brasília: Edunb, 1995. p. 1066-1073.

³¹ Cf. MATTEUCCI, Nicola. *et al. Dicionário de Política*. Tradução de Carmem C. Varrialle *et al.* 5. ed. Brasília: Edunb, 1995. p. 1179-1188. “Soberania e constitucionalismo foram sempre entendidos como termos antitéticos; a vitória do segundo se deu com a elaboração das constituições escritas, cujas normas são hierarquicamente superiores às leis ordinárias e são tornadas eficazes por adequadas cortes judiciárias. Desta forma, foi possível garantir o direito dos cidadãos diante dos velhos e dos novos soberanos; porém, esta supremacia da lei continua sendo uma supremacia desarmada”.

alimentada. A primeira aporia diz respeito ao significado filosófico da idéia de soberania. Esta como categoria filosófico-jurídica é uma construção de matriz jusnaturalista que serviu de base à concepção positivista do Estado e ao paradigma do direito internacional moderno. A segunda aporia considera a história, teórica e prática, da idéia de soberania como "*potestas absoluta superiorem non recognoscens*".³² Onde se têm a história de dois acontecimentos paralelos e divergentes: por um lado a progressiva limitação e dissolução da soberania interna paralelamente a formação dos Estados Constitucionais e democráticos de direito e, por outro lado, a progressiva absolutização da soberania externa que chega ao seu apogeu com a catástrofe das duas guerras mundiais. Já a terceira e última aporia tratada por FERRAJOLI considera a consistência e a legitimidade conceptual da idéia de soberania do ponto de vista do direito, onde sustenta a tese da antinomia irreduzível entre soberania e direito. Esta antinomia não está apenas presente no direito interno, onde a soberania está em contraste com o paradigma do Estado de Direito e da sujeição à lei de qualquer poder, mas também aparece no direito internacional sobretudo após o surgimento das cartas constitucionais internacionais.³³

Interessa no âmbito deste trabalho destacar apenas as duas últimas aporias, ainda que a primeira também seja importante, já que o que se pretende explicitar neste tópico é a relação entre direito e soberania, procurando esclarecer o desenvolvimento antitético entre esta categoria e o constitucionalismo. Antes de iniciar-se a explicação recorde-se, primeiramente, o conceito de soberania com o qual FERRAJOLI abre a sua exposição sobre o tema: "*Sovranità' è il concetto, al*

³² FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma: Laterza, 1997. p. 9.

³³ *id.*, *ibid.*, p. 7-10.

tempo stesso giuridico e politico, attorno al quale si addensano tutti i problemi e de aporie della teoria giuspositivistica del diritto e dello Stato".³⁴

Para FERRAJOLI no período entre a metade do século dezenove e a metade do século vinte, fase em que se construiu o Estado de direito e a democracia na Europa e, também a época de ouro dos Estados soberanos, a soberania interna e a soberania externa seguem percursos inversos, isto é, *"l'una si limita tanto quanto l'altra si libera, in corrispondenza con la doppia faccia dello Stato, fattore di pace all'interno e di guerra all'esterno"*.³⁵

Acerca desta relativização do princípio da soberania interna conforme afirma FERRAJOLI, *"il modello dello stato di diritto, in forza del quale tutti i poteri sono subordinati alla legge, equivale alla negazione della sovranità, risultandone esclusi i soggetti o poteri legibus solutus; così come la dottrina liberale dello stato di diritto e dei limiti della sua attività equivale a una dottrina di negazione della sovranità"*.³⁶

Em outra passagem FERRAJOLI ilumina a questão, explicando que o caminho que se percorreu até se alcançar a metáfora antropomórfica do Estado-pessoa - fruto do paradigma hobbesiano do Estado -, e a sua posterior cessação como ficção, dá lugar a uma metafísica estatalista de *matiz* idealístico e autoritário, donde se deduz duas conseqüências: a primeira é a configuração dos direitos fundamentais não mais como limites externos mas como "autolimitação" da soberania do Estado; e a segunda, é a elaboração da doutrina organicista do

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno: ...*, p. 7. ("A soberania é o conceito, ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se condensam todos os problemas e as aporias da teoria positivista do direito e do Estado")

³⁵ *id., ibid.*, p. 30. ("a primeira se limita tanto quanto a outra se libera, em correspondência com a dupla face do Estado, fator de paz internamente e guerra externamente")

³⁶ *id., ibid.*, p. 30. ("o modelo do estado de direito, por força do qual todos os poderes estão subordinados à lei, equivale a negação da soberania, resultando-lhe excluídos os sujeitos ou poderes *legibus soluti*; assim como a doutrina liberal do Estado de Direito e dos limites da sua atividade equivale a uma doutrina de negação da soberania")

Estado, secundo a qual não só a soberania, mas também o povo e o território estão configurados como elementos constitutivos do Estado. Para o autor, todavia, não obstante esta construção jurídica e política, *“lo sviluppo storico dello stato di diritto quale ordinamento in cui tutti i poteri sono sottoposti alla legge equivale alla fine della sovranità quale potestas legibus soluta e superiorem non recognocens”*.³⁷

Portanto, quanto a soberania interna e sua caracterização ao longo da história conclui FERRAJOLI que atualmente:

*S'infrange allora il postulato – giuspositivistico e insieme “democrático” – dell’onnipotenza del legislatore e della sovranità del parlamento. Con la subordinazione dello stesso potere legislativo di maggioranza alla legge costituzionale ed ai diritti fondamentali in essa stabiliti, il modello dello stato costituzionale di diritto, e la sovranità interna quale potestas assoluta, no esistendo piú nessun potere assoluto ma essendo tutti i poteri sottoposti al diritto, definitivamente si dissolve. [...] Dunque neppure il popolo è sovrano nel vecchio senso di ‘superiorem non recognocens’ o di ‘legibus solutus’. Né tanto meno lo è la maggioranza, essendo la garanzia dei diritti di tutti – anche contro la maggioranza – divenuta il tratto caratteristico dello stato democratico di diritto.*³⁸

Quanto ao percurso diverso que teve a soberania externa, entende FERRAJOLI que *“parallelamente allo sviluppo dello stato di diritto e della liberaldemocrazia, la sovranità esterna dei nuovi Stati nazionali, ormai interamente laicizzata e per di piú rafforzata dalla sua nuova base popolare e nazionale, si*

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno: ...*, p. 33. (“o desenvolvimento histórico do Estado de direito como ordenamento no qual todos os poderes estão submetidos à lei equivale ao fim da soberania como *potestas legibus soluta e superiorem non recognocens*”)

³⁸ *id.*, *ibid.*, p. 34. (“Se transcende agora o postulato – juspositivístico e ao mesmo tempo ‘democrático’ – da onipotência do legislador e da soberania do parlamento. Com a subordinação do poder legislativo da maioria à lei constitucional e aos direitos fundamentais nela estabelecidos, o modelo do Estado de direito se aperfeiçoa e se completa naquele do Estado Constitucional de Direito; e a soberania interna como *potestas absoluta*, não existindo mais nenhum poder absoluto, estando, assim, todos os poderes submetidos ao direito, definitivamente se dissolve. [...] Portanto, nem mesmo o povo é soberano no velho sentido de “superiorem non recognocens” o di “legibus solutus”. Muito menos o é a maioria, estando a garantia dos direitos de todos – também contra a maioria – tornado-se o traço característico do Estado Democrático de Direito”)

É verdade que o leitor atento lembrar-se-á que o artigo 1º. da Constituição Federal de 1988 consagra a soberania como um dos princípios fundamentais e, mais adiante no art. 14. fala em soberania popular, no entanto entendemos que se trata de uma homenagem verbal ao caráter democrático-representativo do nosso ordenamento, pois no parágrafo único do artigo 1º diz que *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”* (grifamos), ou seja, os limites ao poder da maioria encontram-se traçados na própria Constituição que limita e vincula o poder legislativo.

autonomizza da ogni residuo vincolo giusnaturalistico, sia esso di stampo teologico o razionalistico”.³⁹

Para FERRAJOLI,

*I due processi sono simultanei e paradossalmente connessi. Stato di diritto all'interno e stato assoluto all'esterno crescono insieme come le due facce della stessa medaglia. Quanto più si limita e attraverso i suoi stessi limiti si autolegittima la sovranità interna, tanto più si assolutizza e si legittima, nei riguardi degli altri Stati e soprattutto del mondo "incivile", la sovranità esterna". Quanto più lo stato di natura viene superato all'interno, tanto più viene riprodotto e sviluppato all'esterno. E quanto più lo Stato si giuridicizza come ordinamento, tanto più si afferma come entità autosufficiente, identificandosi con il diritto ma insieme ipostatizzandosi come soggetto irrelato e legibus solutus.*⁴⁰

Segundo anota o mestre italiano isto explica o destino dos direitos fundamentais, ao menos até a Declaração Universal de 1948. Ou seja, a afirmação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos (internamente), portanto, limitados ao território do Estado. *“È in questo modo che la cittadinanza, se all'interno è alla base dell'uguaglianza, all'esterno opera come privilegio e come fonte di discriminazione nei riguardi dei non-cittadini”.*⁴¹

Neste sentido, sustenta FERRAJOLI que *“L'universalità' dei diritti umani si risolve conseguentemente in un'universalità parziale e di parte: viziata dal suo stampo statalístico, e quindi dai meccanismi di esclusione da esso innestati nei*

³⁹ FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mondo moderno: ...*, p. 35. (“paralelamente ao desenvolvimento do estado de direito e da liberal-democracia, a soberania externa dos novos Estados nacionais, já inteiramente laicizadas e por demais reforçada pela sua base popular e nacional, se autonomiza de cada residuo vínculo jusnaturalista, seja este de caráter teológico ou racionalista”)

⁴⁰ *id. ibid.*, p. 36. (“os dois processos são simultâneos e paradoxalmente conexos. Estado de Direito internamente e estado absoluto externamente crescem ao mesmo tempo como as duas faces da mesma moeda. Quanto mais se limita e através de seus mesmos limites se autolegítima a soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, na proteção dos outros Estados e sobretudo do mundo “não-civilizado”, a soberania externa. Quanto mais o estado de natureza vem superado internamente, tanto mais vem reproduzido e desenvolvido externamente. E quanto mais o Estado se juridiciza como ordenamento, tanto mais se afirma como entidade autosuficiente, identificando-se com o direito mas ao mesmo tempo hipostaziando-se como sujeito irreal e *legibus solutus*”)

⁴¹ FERRAJOLI, L. *La sovranità...*, p. 36 (“E deste modo que a cidadania, se internamente é a base da igualdade, externamente opera como privilégio e como fonte de discriminação na proteção dos não-cidadãos”)

riguardi dei non-cittadini di garanzie sovrastatali di diritto internazionale contro le loro violazioni impunito commesse dagli Stati medesimi".⁴²

Este desenvolvimento antitético entre soberania e constitucionalismo, explica a ausência de direito que vem a produzir-se nas relações entre os Estados, donde se extraem duas conseqüências. A primeira é a negação do direito internacional que desaguará nas teorias monistas do direito internacional. E a segunda conseqüência é o espírito de potência e a vocação expansionista e destrutiva que animam o paradigma da soberania estatal. Deste paradigma, anota FERRAJOLI, são corolários: a exaltação da guerra; o ressurgimento da razão de Estado como razão de potência, alimentado pelos nacionalismos; o desprezo pelos povos "incivili" o "naturali" do resto do mundo.

Quanto a terceira aporia, qual seja da relação entre direito e soberania, entende FERRAJOLI que a partir da Carta da ONU de 1945⁴³ e da Declaração dos Direitos do Homem de 1948 nasce um novo paradigma. Para FERRAJOLI

*Questi due documenti trasformano, almeno sul piano normativo, l'ordine giuridico del mondo, portandolo dallo stato de natura allo stato civile – almeno in via di principio – cessa con essi di essere una libertà assoluta e selvaggia e si subordina, giuridicamente, a due norme fondamentali: l'imperativo della pace e la tutela dei diritti umani. È da allora che lo stesso concetto di sovranità esterna diventa logicamente inconsistente e può parlarsi, in accordo con la dottrina monistica di Kelsen, del diritto internazionale e dei diversi diritti statali come di un único ordinamento.*⁴⁴

⁴² FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mondo moderno...*, p. 37. ("A 'universalidade' dos direitos humanos se resolve conseqüentemente em uma universalidade parcial e de parte: viciada pelo seu caráter estatal e, portanto, pelos mecanismos de exclusão por este inseridos na proteção dos não cidadãos e, ao mesmo tempo, pela ausência para os mesmos cidadãos de garantias supranacionais de direito internacional contra as violações impunemente cometidas pelos Estados mesmos")

⁴³ No Brasil o Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945, promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência Internacional das Nações Unidas.

⁴⁴ FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mundo moderno...*, p. 39-40. ("Estes dois documentos transformam, ao menos sobre o plano normativo, a ordem jurídica do mundo, transportando-a do estado de natureza ao estado civil. A soberania também externa do Estado – ao menos por via de princípio - deixa com ele de ser uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos. É agora que o mesmo conceito de soberania externa torna-se logicamente

A partir destas considerações FERRAJOLI trabalha com sua terceira hipótese que se refere a antinomia irreduzível entre soberania e direito tanto no plano interno quanto no plano internacional. Quanto a isto afirma que

Almeno sul piano della teoria del diritto, la sovranità si è insomma rivelato un pseudo- concetto o, peggio, una categoria anti-giuridica. La sua crisi possiamo ora affermare, inizia per l'appunto, nella sua dimensione interna come in quella esterna, nel momento stesso in cui essa entra in rapporto con il diritto, dato che del diritto essa è la negazione. Giacché la sovranità è assenza di limiti e di regole, cioè il contrario di ciò in cui il diritto consiste. Per questo la storia giuridica della sovranità è la storia di un'antinomia tra due termini – diritto e sovranità – logicamente incompatibili e storicamente in lotta tra loro.⁴⁵

Destaca este autor que, não obstante a inspiração e aspiração universal das Declarações, a parábola da soberania está longe de terminar. Subsiste ainda a proibição de ingerências nas questões internas de cada Estado, por força do que dispõe a própria declaração em seu artigo segundo. A ciência jurídica internacional não modernizou suas categorias e é tutora de uma insegurança, um complexo de inferioridade científica e jurídica que a leva a desvalorizar a nova dimensão normativa do direito internacional e a achatá-la a respeito da efetividade das relações de força entre os Estados. Recoloca a originária contradição destacada por FRANCISCO VITORIA entre “comunitas orbis” e (igual) soberania dos Estados.⁴⁶

inconsistente e se pode falar, de acordo com a doutrina monista de Kelsen, do direito internacional e dos diversos direitos estatais como de um único ordenamento”)

⁴⁵ FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mundo moderno...*, p. 30. (“Ao menos sobre o plano da teoria do direito, a soberania revelou-se em suma um pseudo-conceito ou, pior, uma categoria anti-jurídica. A sua crise podemos portanto afirmar, inicia precisamente, na sua dimensão interna como naquela externa, no exato momento em que ela entra em relação com o direito, uma vez que do direito ela é a negação, assim como o direito é a sua negação. Já que a soberania é a ausência de limites e de regras, isto é o contrário disto que o direito consiste. Por isto a história jurídica da soberania é a história de uma antinomia entre dois termos – direito e soberania – logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si”)

⁴⁶ FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mundo moderno...*, p. 41-43.

E mais adiante conclui acerca desta antinomia irreductível entre soberania e direito, afirmando que

*Quest'antinomia, come si è visto, si è risolta a livello del diritto interno con la nascita dello stato costituzionale di diritto: in forza del quale il diritto regola se stesso, imponendo alla sua produzione vincoli no piú solo formali, cioè relativi alle sue forme, ma anche sostanzianli, cioè relativi ai suoi contenuti, e quindi condizionando non piú soltanto, mediante norme sulle procedure, il vigore delle norme prodotte, ma anche, mediante norme sui diritti fondamentali, la loro validità sostanziale. Nello stato di diritto non esiste quindi nessun sovrano, a meno di non intendere come "sovrana", con un puro artificio retorico, la stessa **costituzione**, ossia **il sistema di limiti e di vincoli giuridici da essa imposti ai pubblici poteri non piú sovrani.**"⁴⁷ [sem grifo no original]*

⁴⁷ FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mundo moderno...*, p. 43-44. ("Esta antinomia, como se vê, resolve-se a nível do direito interno com o nascimento do estado constitucional de direito: por força do qual o direito regula a si mesmo, impondo à sua produção vínculo não só formais, isto é relativos a sua forma, mas também substanciais, isto é, relativos aos seus conteúdos, e portanto condicionando não mais apenas, mediante normas sobre procedimento, o vigor das normas produzidas, mas também, mediante normas sobre direitos fundamentais, a sua validade substancial. No Estado de direito não existe portanto nenhum soberano, há não ser que se entenda como "soberana", com um puro artificio retórico, a constituição mesma, ou seja, o sistema de limites e vínculos jurídicos por ela imposto aos públicos poderes não mais soberanos")

Aqui pode-se formular uma crítica a Gustavo ZAGREBELSKI que defende a idéia de soberania da constituição, pois, na configuração do Estado Constitucional de Direito, conforme apresentado neste trabalho, não se pode admitir a existência de nenhum poder soberano, já que a legitimação se dá pelo respeito aos direitos fundamentais.

4.5. O CONSTITUCIONALISMO COMO NOVO PARADIGMA DO DIREITO

Em *A era dos direitos*, BOBBIO descreve e salienta as principais controvérsias que surgiram no campo doutrinário acerca da Revolução Francesa e das relações desta com a Revolução Americana, finalizando, após mencionar as impressões que KANT teve da revolução, com as seguintes indagações:

*Mas podemos sustentar seriamente que a idéia da Constituição fundada no direito natural foi esquecida? O tema dos direitos do homem, que foi imposto à atenção dos soberanos pela Declaração de 1789, não será hoje mais atual do que nunca? Não é um dos grandes temas, juntamente com o da paz e o da justiça internacional, para os quais são arrastados irresistivelmente, queiram-no [sic] ou não, povos e governos? Assim como as Declarações nacionais formam o pressuposto necessário para o nascimento das democracias modernas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem não será talvez o pressuposto daquela democratização do sistema internacional da qual dependem o fim do sistema tradicional de equilíbrio, no qual a paz é sempre uma trégua entre duas guerras, e o início de uma era de paz estável que não tenha mais a guerra como alternativa?*⁴⁸

As teses desenvolvidas acerca dos direitos fundamentais somadas aos argumentos expostos no que respeita ao nascimento e crise da soberania no contexto do Estado Moderno, autorizam, longe do pessimismo encontrado nas melancólicas palavras de BOBBIO, atribuir à teoria do garantismo jurídico a defesa da tese do Constitucionalismo Mundial ou Global como quer CANOTILHO⁴⁹, que se acredita fruto de uma mudança de paradigma impulsionada pelas Declarações de Direitos e, por que não dizer, pelo resgate da idéia de constituição presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ainda que subsista a

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 104.

ausência de garantias dos direitos fundamentais no âmbito internacional, ou seja, a falta de um *ius cogens* internacional que neutralize o constitucionalismo nacional.

Antes de adentrar-se nas teses de FERRAJOLI acerca do tema, menciona-se, dada a clareza e precisão com que se apresenta e a semelhança nas argumentações, as principais teses deste constitucionalismo mundial, esboçadas brilhantemente por CANOTILHO:

*Tentemos aceitar as sugestões do chamado **constitucionalismo global**. O que é que ele nos propõe? Quais são os seus princípios e as suas regras? De uma forma sintética, os traços caracterizadores deste novo paradigma emergente são os seguintes: (1) alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (paradigma hobbesiano/westfalliano, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de um *ius cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalistas.⁵⁰*

De certa maneira os pontos destacados por CANOTILHO estão presentes na tese garantista, como poderá se observar. FERRAJOLI sustenta sua tese do constitucionalismo mundial a partir das idéias de Francisco Vitoria que elucida no segundo capítulo da sua obra já citada - *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello Stato nazionale*-; e, despojando-se da dimensão utópica e do caráter assimétrico das teses por este desenvolvidas, busca reavivar esta teses no contexto do Estado Constitucional de Direito e, desta forma, fundar as garantias efetivas do direito positivo. A partir daí faz quatro apontamentos.

⁴⁹ No âmbito do direito penal, FERRAJOLI sustenta a tese de um Direito Penal Internacional. A esse respeito, pode-se consultar **Derecho y razón**.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1218.

A primeira idéia que retoma de Francisco Vitoria é a hipótese do “totus orbis” que hoje pode ser alcançada através da elaboração de um constitucionalismo mundial “[...] capace de offrire alle varie carte dei diritti fondamentali di cui già dispone la comunità internazionale quelle garanzie giuridiche dalla cui mancanza dipende la loro ineffetività”.⁵¹ Segundo este autor, deve-se reconhecer esta *lacuna* e procurar colmá-la. Neste sentido recupera a tese de HANS KELSEN desenvolvida no seu livro “A paz através do direito”, defendendo a introdução de garantias jurisdicionais pela Corte Internacional de Justiça de HAYA. Quanto a criação desta corte propõe as seguintes alterações. 1) a extensão da sua competência, atualmente limitada as controvérsias entre Estados, também aos juízos de responsabilidade em matéria de guerra, ameaças a paz e violações de direitos fundamentais; 2) a afirmação do carácter obrigatório da sua jurisdição, hoje subordinada, segundo o esquema dos juízos arbitrais, a anterior aceitação por parte dos Estados; 3) o reconhecimento da legitimação de agir perante a Corte, hoje limitada somente aos Estados, também às pessoas singulares, que são os titulares dos direitos fundamentais violados, ou *quanto menos* às centenas de organizações não governamentais instituídas para a tutela dos direitos humanos; 4) a introdução da responsabilidade pessoal dos governantes pelos crimes de direito internacional – guerras, lesões irreversíveis ao meio ambiente e em geral todas aquelas ofensas aos direitos humanos não puníveis internamente pelos Estados porque cometidos de costume pelos próprios Estados – os quais deverão finalmente ser codificados em um código penal internacional.

⁵¹ FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mondo moderno...*, p. 51. (“[...] capaz de oferecer às várias cartas dos direitos fundamentais das quais já dispõe a comunidade internacional aquelas garantias jurídicas de cuja a falta depende a sua não efetividade”)

Estas sugestões de FERRAJOLI vão de encontro justamente àqueles pontos destacados por CANOTILHO que fazem com que o constitucionalismo nacional ainda prospere ante a proposta do constitucionalismo global. Destaca este autor:

Este constitucionalismo assenta, ainda hoje, nas seguintes premissas: (1) soberania de cada Estado, conducente, no plano externo, a um sistema de relações horizontais interestaduais e, no plano interno, à afirmação de um poder ou supremacia dentro de determinado território e concretamente traduzido no exercício das competências soberanas (legislação, jurisdição e administração); (2) particular centralidade jurídica e política da constituição interna como carta de soberania e de independência de cada Estado perante os outros Estados; (3) aplicação do direito internacional nos termos definidos pela constituição interna, recusando-se, em muitos estados, a aplicação das normas de direito internacional na ordem interna sem a sua “conversão” ou adaptação pelas leis do Estado; (4) consideração das “populações” ou “povos” permanentemente residentes num território como “povo do Estado” que só nele, através dele e com submissão a ele poderão adquirir a “cara de nacionalidade”.⁵²

A segunda idéia que retoma de FRANCISCO DE VITORIA é aquela relativa ao dever de guerra que Vitoria considerava danoso para toda a humanidade. Onde FERRAJOLI extrai a necessidade imperiosa de se promover o desarmamento dos Estados.

La pace sarà infatti garantita non solo e non tanto armando l’Onu, quanto soprattutto disarmando gli Stati; se non altro perché le forze attualmente detenute dagli Stati bastano da sole a distruggere molte volte il pianeta e nessuna forza sovranazionale è da sola sufficiente a domarle; mentre è chiaro che qualunque forza sovranazionale con funzioni di polizia potrà essere tanto minore quanto minori saranno gli armamenti cui disporranno gli Stati.⁵³

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. *op. cit.*, p. 1219.

⁵³ FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mondo moderno...*, p. 53. (“A paz estará de fato garantida não só e nem tanto armando a ONU, mas sobretudo desarmando os Estados; se não por outras razões as forças atualmente mantidas pelos Estados bastam, por si só para destruir muitas vezes o planeta e nenhuma força supranacional é por si só suficiente para dominá-los; enquanto é claro que qualquer força supranacional com funções de polícia poderá ser tanto menor quanto menores sejam os armamentos de que disponham os Estados”)

A terceira indicação trata dos direitos dos povos que FRANCISCO VITORIA enunciou em benefício dos conquistadores que hoje o ocidente teria o dever de reconhecer, como uma espécie de ressarcimento, a todos os povos do mundo: *lo "ius societatis et communicationis", lo "ius peregrinandi" nelle nostre "provincias et illio degendi", lo "ius migrandi" nei nostri ricchi paesi e di acquisirvi cittadinanza in forza del semplice titolo proclamato da Vitoria che tutti siamo uomini, ed "ergo videtur quod amicitia inter homines sit de iure naturali, et contra naturam est vitare consortium hoinum innoxiorum"*.⁵⁴

Donde conclui-se que

[...] *prendere sul serio quei valori, ossia i diritti umani proclamati dalle carte costituzionale, vuol dire conseguentemente avere il coraggio di disancorarli dalla cittadinanza, ossia dall'ultimo privilegio di status rimasto nel diritto moderno. E questo significa riconoscere il carattere sovranazionale, garantirli non solo dentro ma anche fuori e contro tutti gli Stati, e quindi por fine a questo grande apartheid che esclude dal loro godimento la grande maggioranza del genere umano.*⁵⁵

E a quarta e última indicação diz respeito a dimensão normativa da ciência jurídica e, em particular, daquela internacionalista, legada ao caráter positivo e "artificial" do direito moderno. Neste sentido FERRAJOLI sustenta que se deve recuperar a dimensão normativa e axiológica da ciência jurídica internacional desenvolvidas tanto em VITORIA quanto em KANT em face das posições realistas que reduzem o direito ao fato. Diz que:

⁵⁴ FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mondo moderno..*, p. 55. ("O 'ius societatis et communicationis', o 'ius peregrinandi' nas nossas 'provincias et illio degendi', o 'ius migrandi' nos nossos países ricos e de acquisirvi cidadania por força do simples título proclamado por Vitoria que todos sejam homens, e "ergo videtur quod amicitia inter hominis sit de iure naturali, et contra naturam est vitare consortium hoinun innoxiorum")

⁵⁵ *id. ibid.*, p. 58. ("Levar a sério aqueles valores, ou seja os direitos humanos, proclamados pelas cartas constitucionais, quer dizer consequentemente, tem coragem de desancorar-se da cidadania, ou seja do último privilégio do status que permanece no mundo moderno. E isto significa reconhecer o caráter supranacional,

Il conflitto che ha finora pesato sulla cultura giuridica internazionalistica tra dover essere ed essere del diritto, tra normatività assiologica ed effettività concreta, tra giustizia e diritto, tra idealismo e realismo, tra razionalità sostanziale e razionalità formale, si è infatti trasferito, attraverso le carte internazionali dei diritti, nel corpo stesso del diritto internazionale positivo. È divenuto un'antinomia giuridica tra norme positive, ricalcando il medesimo processo di formazione da cui trassero origine, con la costituzionalizzazione dei diritti naturali, lo stato costituzionale di diritto e le nostre democrazie.

Grazie a questa penetrazione della razionalità sostanziale nelle forme del diritto internazionale positivo, abbiamo già, in altre parole, un'embrionale costituzione del mondo".⁵⁶

E em outro lugar, faz uma conexão entre o surgimento deste Constitucionalismo Mundial e a tese dos direitos fundamentais, salientando que:

Il costituzionalismo, quale risulta dalla positivizzazione di diritti fondamentali come limiti e vincoli sostanziali alla legislazione positiva, corrisponde a una seconda rivoluzione nella natura del diritto che si esprimen un'alterazione interna del paradigma positivistico classico. Se la prima rivoluzione si era espressa nell'affermazione dell'onipotenza del legislatore, ossia del principio di mera legalità (o di legalità formale) quale norma di riconoscimento dell'esistenza delle norme, questa seconda rivoluzione si è realizzata con l'affermazione di quello che possiamo chiamare di principio di stretta legalità (o di legalità sostanziale): ossia con la sottomissione anche della legge ai vincoli no più solo formali ma sostanziali imposti dai principi e dai diritti fondamentali espressi delle costituzioni.⁵⁷

garanti-los não só dentro mas também fora e contra os Estados, e portanto por fim a este grande *apartheid* que exclui do seu gozo a grande maioria da espécie humana")

⁵⁶ **La sovranità nel mondo moderno:...**, p. 57. ("O conflito que pesou até hoje sobre a cultura jurídica internacionalista entre dever ser e ser do direito, entre normatividade axiológica e efetividade concreta, entre justiça e direito, entre idealismo e realismo, entre racionalidade substancial e racionalidade formal, se transferiu de fato, através das cartas internacionais dos direitos, no corpo mesmo do direito internacional positivo. Provenho uma antinomia jurídica entre norma positiva, seguindo o exemplo do mesmo processo de formalização pelo qual teve origem, com a constitucionalização dos direitos naturais, o estado constitucional de direito e a nossa democracia. Graças a esta penetração da racionalidade substancial nas formas do direito internacional positivo, temos já, em outras palavras, o embrião da constituição do mundo")

⁵⁷ FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 27. ("O costituzionalismo, como resulta da positivação dos direitos fundamentais como limites e vinculos substanciais a legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito que se exprime em um alteração interna do paradigma positivista clássico. Se a primeira revolução se expressava na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal) como norma de reconhecimento da existência da norma, esta segunda revolução se realizou com a afirmação disto que podemos chamar princípio de *estrita legalidade* (ou da *legalidade substancial*): ou seja, com a submissão também da lei aos vinculos não mais só formais mas substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos na constituição")

V

CONSIDERAÇÕES

FINAIS

No transcorrer deste trabalho puderam ser recolhidas algumas considerações acerca do tema abordado, as quais são transcritas abaixo:

(1) A análise da estrutura normativa do Estado Constitucional de Direito, levada a efeito no primeiro capítulo, denuncia a imbricação que deve existir entre o estudo do direito constitucional (Teoria da Constituição, Teoria Constitucional e Direito Constitucional Positivo) e a teoria do direito, ao menos em sede da teoria do garantismo jurídico, a qual - trabalhando a distinção estrutural e normativa entre validade e vigência -, reclama uma funcionalização dos poderes públicos para a efetivação dos direitos fundamentais;

→ (2) A teoria do garantismo jurídico revitaliza a discussão acerca dos valores constitucionais ao colocar, quando da análise do ponto de vista externo, a pessoa humana como eixo central do Estado Constitucional de Direito, deslocando a funcionalidade do direito para o atendimento dos direitos fundamentais, afastando-se, desta maneira, das formas absolutistas de Estado;

(3) A questão da não efetividade constitucional dos direitos fundamentais, da vinculação do legislador à Constituição não só formal, mas substancial, assim como a realização da Constituição, deixam em aberto algumas temáticas: (a) àquela de estabelecer em que medida e em que sentido se encontra a interpretação do legislador e do aplicador do direito vinculada materialmente à Constituição. Isto, por si só, reclama a construção de uma **teoria da argumentação jurídica** no marco da teoria garantista do direito; (b) quem, no Estado Constitucional de Direito, teria o direito e o poder de controlar os limites da vinculação e da liberdade do legislador e

do aplicador do direito; isto denuncia a necessidade de elaboração de uma **teoria da coerência**, que procure, dentro de certa razoabilidade, encontrar o equilíbrio entre as weberianas racionalidades formal e material, possibilitando a funcionalização do direito em favor da emancipação e evolução da pessoa humana;

(4) Denuncia-se com este trabalho quaisquer reducionismos, quer os realizados pelas análises normativistas do direito, quer em relação às visões realistas do direito, que reduzem a validade do direito à sua eficácia, principalmente pelas conseqüências que acarreta em relação a efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, e ainda, quer quanto às reduções jusnaturalistas, que resumem a existência do direito à justiça;

(5) A distinção vigência/validade e sua conexão com os direitos fundamentais, conforme exposto, apontam no sentido de deslocar a legitimidade da Constituição, não só para a análise dos pressupostos formais desta, mas também no sentido de se buscar sua legitimação material com a concretização dos valores constitucionais positivados nas Constituições modernas como direitos fundamentais; daí se afirmar que na teoria garantista do direito a legitimidade dos poderes é sempre *a posteriori* e contingente, e por isto, pode sempre ser mensurada em *graus*, dependendo da efetiva realização das funções externas de cada um dos poderes;

(6) A precedência axiológica e cronológica do Estado de Direito em relação ao Estado Democrático, conforme descrito neste trabalho, está intimamente conectada com a distinção entre democracia formal – caracterizada pelo princípio da

maioria – e democracia substancial - compreendida como sistema de limites e vínculos impostos aos poderes públicos - e revelam a existência de um espaço normativo (direitos fundamentais) que não deve ser desrespeitado por estes poderes. Na prática, contudo, constata-se a violação diuturna dos direitos fundamentais; isto, nas três esferas de poder: no executivo, basta analisar-se os abusos que se cometem todos os dias na administração pública; no legislativo, onde se pode mencionar, por exemplo, as denúncias e CPI's que são instaladas todos os dias para apuração de irregularidades e favorecimentos que têm como protagonistas os nossos parlamentares, e, por fim, no poder judiciário, vítima também da corrupção sistemática e de uma não justificável desatenção em relação aos direitos fundamentais;

(7) Evidencia-se na análise da teoria do garantismo jurídico e da teoria da constituição a necessidade de se garantir a implementação de uma justiça constitucional para a imprescindível tarefa de interpretar e aplicar a Constituição nos limites impostos e definidos pela própria Constituição e, desta forma, impor a efetividade de suas normas; caso contrário, qualquer Constituição estará fadada ao insucesso, pois se enfraqueceria uma das principais funções que desempenha que é a *função de garantia*. Esta avaliação ganha relevo, notadamente entre nós, onde constata-se, os mais variados tipos de abusos que são praticados a partir da e contra a Constituição. Oportuno mencionar-se, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, a qual entende que os tratados internacionais são recepcionados como normas de nível infra-constitucional;

(8) A abordagem de algumas teorias clássicas da Constituição fortalecem e enaltecem a necessidade de se realizar uma contínua e interminável revisão do papel que desempenha a Constituição no modelo do Estado Constitucional de Direito, objetivando-se sempre encontrar um equilíbrio entre a realidade e o texto da lei, sem, por certo, cair-se num realismo jurídico ou num normativismo lógico, ameaçadores do valor inestimável que ocupa a pessoa humana no centro da teoria garantista do direito;

(09) As teses abordadas quanto à categoria da soberania, fortalecidas pelas características estruturais dos direitos fundamentais, apontam para a fixação das bases de um constitucionalismo mundial, o qual relativiza o conceito de soberania para buscar a funcionalização dos poderes não só internos, mas também externos, no sentido da efetiva realização dos direitos fundamentais;

(10) O referencial teórico das doutrinas autopoieticas pode contribuir para o esclarecimento da distinção entre os conceitos validade, vigência, eficácia e efetividade, pela utilização das categorias (autoreferencial, autonomia, etc.) destas teorias, fortalecendo-se o sistema jurídico em relação aos outros sistemas. Tem-se, contudo, que tomar com reservas a análise que se faz do Estado na visão autopoietica, pois quanto a esta, conforme ressalta CADEMARTORI confrontam-se com postulados da teoria do garantismo jurídico, pois: **(a)** *fundamentam os sistemas políticos sobre si mesmos*; **(b)** *justificam o direito e o estado como bens ou valores intrínsecos*; **(c)** *o estado é um fim em si mesmo*; *princípios legitimadores ex parte principis*; **(d)** *princípio da legalidade como princípio axiológico*¹;

(11) A teoria do discurso notadamente na apropriação que faz JÜRGEN HABERMAS (racionalidade comunicacional), em sua obra *Facticidad y Validez*², oferece vários elementos para uma nova análise do princípio da maioria e do princípio da legalidade, que em certa medida, por denunciar a complexidade da crise da racionalidade jurídica moderna (racionalidade normativa), connexionam-se com a *legalidade substancial* defendida por LUIGI FERRAJOLI;

(12) A análise da teoria do garantismo como teoria da constituição revela que a aproximação ao conceito de constituição demonstra o distanciamento de uma preocupação central que estava presente nas teorias clássicas: a da centralidade e unidade do Estado. Esta preocupação é relativizada, na teoria do garantismo jurídico, pela consideração do ponto de vista externo e pela centralidade da pessoa humana, que como já mencionado, atua como eixo do sistema de garantias, pois subordina a legitimidade (*a posteriori*) dos poderes do Estado à observância dos direitos fundamentais incorporados na Constituição;

O discurso proposto no conjunto deste trabalho que ora se finaliza quis destacar a necessidade de se funcionalizar os poderes públicos para a concretização das normas constitucionais, notadamente, àquelas definidoras de direitos fundamentais. Objetiva-se, com esta preocupação, discutir-se o papel do direito, num momento em que a lógica neoliberal coloniza o discurso jurídico, fazendo este depender das incertezas do mercado e, por conseguinte, no campo político, favorecendo um absolutismo das maiorias, pela carência de limites para o poder econômico e político.

¹ *op. cit.*, p. 164.

De certa forma, a teoria garantista do direito recupera a idéia do contrato social, colocando no centro do pacto os valores da pessoa humana, revitalizando, assim, as funções da Constituição - no contexto de uma sociedade marcada pelas constantes mudanças e alterações – que deve ao mesmo tempo manter sua *força normativa* sem olvidar a pluralidade dos valores.

Por tudo, as Constituições atuais, no âmbito do Estado Constitucional de Direito, exigem respeito, tanto em relação às formas e procedimentos que estabelecem (legitimidade formal), quanto aos objetivos que prescrevem, consubstanciados pelos valores incorporados em seu texto.

Isto posto, têm-se no garantismo jurídico uma teoria geral que oferece instrumentos para o operador do direito proporcionar a realização da Constituição, e ver, desta maneira, um Estado de Direito desejado e almejado pelos defensores dos direitos humanos e de uma sociedade verdadeiramente democrática. Com toda certeza este trabalho não é o novo, pois repete em outras palavras o óbvio, ou seja, a necessidade de emancipar a pessoa humana, libertando-a dos grilhões que impedem-na de desenvolver-se em toda sua plenitude. Quanto a isto, socorre-se das palavras do poeta: “**NAVEGADORES ANTIGOS** *tinham uma frase gloriosa:*

‘Navegar é preciso; viver não é preciso.’

Quero para mim o espírito desta frase, transformada a forma para a casar com o que eu sou:

Viver não é necessário; o que é necessário é criar.

Não conto gozar a minha vida; nem em gozá-la penso. Só quero torná-la grande,

ainda que para isso tenha de ser o meu corpo e a minha alma a lenha desse fogo.

Só quero torná-la de toda a humanidade; ainda que para isso tenha de a perder como minha vida.

Cada vez mais assim penso. Cada vez mais ponho na essência anímica do meu sangue

² HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre o derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.** Madrid: Trotta, 1998.

*Cada vez mais assim penso. Cada vez mais ponho na essência anímica do meu sangue
o propósito impessoal de engrandecer a pátria e contribuir para a evolução da humanidade.*

É a forma que em mim tomou o misticismo da nossa Raça.

FERNANDO PESSOA

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: CEC, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário oxford de filosofia**. tradução Desidério Murcho. *et al.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. tradução Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia**. tradução de Márcio Pugliesi *et. al.* São Paulo: Icone, 1995.

_____. **Teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli, 1993.

BOVERO, Michelangelo. La filosofia politica di Ferrajoli. *in* GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni dei garantismo: discutendo con luigi ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993. p. 399-406.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

- _____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CARRILLO, Marc. **Los derechos fundamentales tradicionales y sus mecanismos de garantía.** Madrid: CEC, 1997.
- CHÂTELET, François *et. al.* **História das idéias políticas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.
- CONTU, Alberto. La sovranità illegitima. Teoria dei garantismo, tutela dei diritti fondamentali e prospectiva del federalismo. *in* GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni dei garantismo: discutendo con luigi ferrajoli.** Torino: Giappichelli, 1993. 407-420
- CUNHA, José Sebastião Fagundes. *et.al.* **O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica: a vigência e a supremacia sobre o direito interno brasileiro. (Dec. 678/92)** Curitiba: Juruá, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- ESTEVEZ ARAUJO, Jose A. La crisis del principio de legalidade: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. *in* **Anuário de filosofia del Derecho.** tomo VII. Madrid: Nueva epoca, 1990. p. 107-129.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoria del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 1995.
- _____. **La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello stato nazionale.** Roma: Laterza, 1997.
- _____. **Diritti fondamentali. in Teoria política.** Il quadrimestre. setembro. 1998. sommario n. 2.
- _____. **Giurisdizione e democrazia. in Democrazia e diritto.** numero 1, gennaio-marzo 1997 anno XXXVII.
- _____. **Note critiche ed autocritiche intorno alia discussione su Diritto e ragione. in** GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con luigi ferrajoli.** Torino: giappichelli, 1993.

- _____. *Diritto, giustizia e democrazia. Comune on line* [On-line]. Available: <http://www.comune.roma.it/COMUNE/ass.cambia.mill/Rferra.htm>.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade. Ensaio sobre a (in) governabilidade brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. *Direito e ragione tra essere e dover essere*. in GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993.
- GOMES, Orlando. *A função social da propriedade*. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra. v. II, p. 423-427.
- GUASTINI, Ricardo. *I fondamenti teorici e filosofici del garantismo*. in GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni dei garantismo: discutendo con Luigi ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo de direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Madrid: Trotta, 1998.
- HART, H. **O Conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, 1986.
- HELLER, Hermann. **Teoría del estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- HERNANDES GIL, Antonio. **La función social de la posesión: ensayo de teorización sociológico-jurídica**. Madrid: Castilhas, 1983.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: CEC, 1983.
- _____. **A força normativa da constituição**. tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

- LAPORTA, Francisco J. Norma básica, constitución y decisión por mayorías. *in* **Revista de las Cortes Generales**. [?] p. 35-57.
- LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** 2. ed. São Paulo: Kairós, 1985.
- LEONARDI, Franco. Validità ed efficacia delle regole di condotta. *in* **RIFD**, anno XXXIII, série III, Milano: Giufré, 1956. p. 171-182.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1964.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1999.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. tomos I, II, III, IV e V.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: 1997.
- NINO, Carlos Santiago. **La validez del Derecho**. Buenos Aires: Astrea, [?].
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**. Coimbra: Almedina, 1987.
- PATTARO, Enrico. **Elementos para una Teoría dei derecho**. Madrid: Debate, 1986. p. 230-289.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado Constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.
- RESTA, Eligio. Le ragione dei diritti. *in* GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni dei garantismo: discutendo con luigi ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993. p. 432-443.
- RIPOLI, Mariangela. Diritto e morale. Il neo illuminismo penale di Luigi Ferrajoli. *in* GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni dei garantismo: discutendo con luigi ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993. p. 158-170.
- ROSS, Alf. **Critica del diritto e analisi del linguaggio**. Bologna: Il mulino, 1982. p. 152-158.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- SCHNEIDER, Hans Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. trad. de Joaquín Abelán. *in* **Democracia y constitución**. Madrid: CEC. 1991.

SERRANO MORENO, Jose L. **Validez y vigencia: aproximación a teoría da norma.** Madrid: Trotta, 1999. (no prelo)

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional.** Madrid: CEC, 1985.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil.** São Paulo, v. 65, p. 22-32., jul./set., 1993.

VERDÚ, Pablo Lucas. Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución. La constitución como norma y como integración política. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)** n. 83, enero-marzo. 1994.

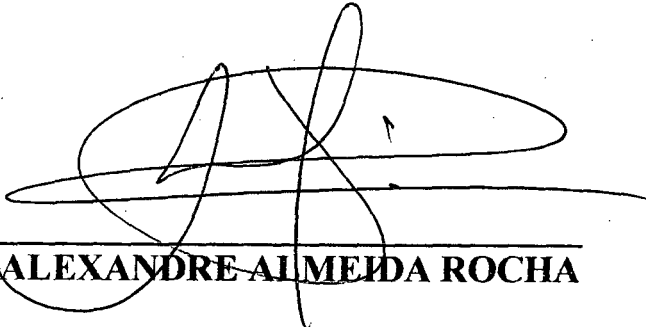
VERNENGO, Roberto J. **Curso de Teoría General del derecho.** Buenos Aires: CDyCS, 1976.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia.** tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

ZOLO, Danilo. Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo. *in* GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni dei garantismo: discutendo con luigi ferrajoli.** Torino: Giappichelli, 1993. p. 444-455.

Florianópolis, 25 de novembro de 1999.



ALEXANDRE ALMEIDA ROCHA