

O modelo normativo garantista do Estado de Direito

The guaranty normative model from Law Statement

Alexandre Almeida Rocha

Resumo

Este trabalho propõe a partir da análise da teoria geral do garantismo jurídico e das três acepções do termo garantismo; uma discussão acerca do modelo normativo do Estado de Direito, na sua formatação constitucional. Inicia com a discussão a respeito dos níveis e hierarquia para conceituar na ótica do garantismo jurídico o que se entender por Estado de Direito. Aborda-se o processo de incorporação limitativa dos direitos nas Constituições, explicitando a técnica garantista, e, por conseguinte, a distinção entre direitos sociais e direitos liberais, e, ainda, a distinção entre produção normativa e decisão jurídica. Enfrenta-se a discussão da ilegitimidade irreduzível que decorre da incorporação de direitos, para demonstrar que a expansão de direitos e garantias no sistema jurídico implica no afastamento entre a normatividade e a efetividade. Por fim, analisa-se a distinção entre validade e vigência, numa análise crítica ao direito vigente, distinguindo-se, por conseguinte, de forma crítica, os juízos de fato e os juízos de valor, sendo que o juízo de validade é uma espécie de juízo de valor.

Palavras-chave: Estado de Direito. Garantismo. Validade.

Abstract

This paper proposes the analysis of the Guaranteeism theory and the three meanings of the term Guaranteeism; a discussion of the normative model of the Law Statement in its constitutional formatting. It starts with a discussion about the levels and hierarchy to conceptualize, inside the view of guaranty legal, what is meant by Law Statement. It addresses the process of limiting incorporation of rights in the Constitutions, explaining the guaranty technique, and therefore the distinction between social rights and liberal rights, and, furthermore, the distinction between normative production and legal decision. It faces the discussion of irreducible illegitimacy that derives from the incorporation of rights, to demonstrate that the expansion of rights and guarantees in the legal system implies into the gap between standardization and effectiveness. Finally, the distinction between validity and effectiveness is analyzed, through a critical analysis of the existing law, distinguishing, therefore, critically, judgments of fact and value judgments, being the judgment of validity a kind of value judgment.

Keywords: Law Statement. Guaranteeism. Validity.

1. Considerações introdutórias

Ferrajoli (1995) 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 fundamentais¹.

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 mantêm 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.

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 jurídico², numa inovação completa e irrestrita, mas o de reler

¹ 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.

² Cf. CADEMARTORI 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.

determinadas categorias que já integram o pensamento jurídico moderno, aperfeiçoando-as, ou melhor, redefinindo-as na medida em que se procura explicar o fenômeno 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. (1994, p. 37.) 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”*.

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 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, com Cademartori (1999, p. 80-81) 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.

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. (PEÑA FREIRE, 1997; ZAGREBELSKI, 1995.). Entretanto, não se faz aqui uma abordagem exaustiva das distintas

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 ridicibile a nessuna, pur essendo particolarmente tributaria nei confronti di alcune di esse, pur essendo specialmente vicina ad altre”. p. [...]

conotações da categoria Estado de Direito, pois não constitui objeto deste trabalho.³ Interessa, sobretudo, 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 tangencia a investigação que se propõe.

Bobbio (1992) entende que a expressão governo da lei pode significar duas coisas: a) 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; e, b) 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 (1997, p. 48-49) acrescenta 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 algún modo pueda considerarse expresiva de la voluntad general*”. Afastam-se, nesta perspectiva, os governos com cariz absolutista ou autoritário que, não obstante se expressem por intermédio de normas gerais e abstratas, sejam considerados Estados de direito, ainda que em sua versão formal ou *per leges*.

Para Ferrajoli (1995, p. 856) 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 matéria penal*”.

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

³ 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.

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, 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. (FERRAJOLI, 1995, p. 856-857)

Cademartori (1999, p. 20) 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.

Logo, nos três elementos – generalidade, abstração e legitimação pela vontade geral - está o potencial garantista da lei. Frise-se, que a passagem do denominado, para citar Bobbio (1992) do governo de homens para o governo de leis somente é possível quando se desloca a legitimidade para a existência destes pressupostos na justificativa e criação da lei.

(...) 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. (PENHA FREIRE, 1997, p. 50.)

Ferrajoli identifica com estas duas fontes de legitimação do estado de direito – governo *sub leges* e governo *per leges* – dois modelos de legalidade: 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. (FERRAJOLI, 1995, p. 857.)

Estevez Araújo (1990, [?]), 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.

Os reflexos destas dificuldades conectam-se com os problemas enfrentados pela teoria da constituição e o direito constitucional ante a não compreensão da diferenciação funcional das sociedades complexas, conforme bem apontado por Canotilho (1998, p. 1205). Assim, evidencia-se o distanciamento do texto constitucional na atuação administrativa, o que acaba por esvaziar materialmente o princípio da legalidade.

A posição de Ferrajoli foi fortemente criticada por Zolo (1993, p. 450). 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 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 coincide 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. (ZOLO, p. 450-451.)

Já pela expressão “pessimismo político”, Zolo (1993, p. 451-452) 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 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.

Não obstante as censuras formuladas à teoria garantista, entende-se que a mesma propõe uma releitura do 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.

3. A incorporação limitativa de obrigações e proibições quanto à produção normativa

O constitucionalismo contemporâneo caracteriza-se pela busca da efetividade dos direitos e liberdades reconhecidos nos textos constitucionais; ou, em outras palavras, busca encontrar uma fórmula para concretizar os valores plasmados na Constituição.⁴ 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.⁵

(...) 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”. (CARRILHO, 1997, p. 43)

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).

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 poder y, hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente

⁴ Neste sentido, 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.

⁵ Para uma co-relação entre constitucionalismo e direitos fundamentais, dentre outros: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992; FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne**. 2. Ed. Torino: G. Giappichelli, 1995; MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno**. Madrid: Trotta, 1998.

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 innovador. (FERRAJOLI, 1995, p. 862).

Inserem-se nas constituições um rol de valores que impõem limites (liberais e sociais) à atividade normativa do Estado, sendo que este se vincula não só formalmente aos comandos da Constituição, mas também, substancialmente. 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”*. (FERRAJOLI, 1995, p. 870). A isto, o autor chama de incorporação limitativa de obrigações e proibições quanto à produção normativa.

(...) 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. (FERRAJOLI, 1995, p. 832)

Estevez Araújo (p. 110), no que respeita aos vínculos da Administração Pública no âmbito do Estado de direito, entende que o intervencionismo estatal exige 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 leva 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 este autor, modificações estruturais no direito para que se possa tornar 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.⁶ Em outra passagem, Ferrajoli (1995, p. 363.), melhor explica em que consiste esta incorporação limitativa:

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, cuantos 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.

Esclareça-se. 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

⁶ Vale mencionar as considerações de Peña Freire (1997, 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.

estar 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 (1993, p. 454) 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.

Zolo (1993, p. 454) 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.

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. Diz:

(...) 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 preché se ne giustificchi la punizione. (FERRAJOLI, 1995, p. 516.)

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*” (CANOTILHO, 1998, p. 347-348). 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*” (CANOTILHO, 1998, p. 347-348).

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*” (CANOTILHO, 1998, p. 348-349).

Esta incorporação limitativa de valores ao nível constitucional, como se verá mais adiante, tem como um de seus principais efeitos, incidirem 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 apontar para 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.

4. O grau irredutível de ilegitimidade quanto aos poderes administrativo⁷, 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, outro problema derivado deste que é atinente a uma aporia⁸, qual seja, 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, a partir da qual deduz esta aporia irredutível da ilegitimidade jurídica dos poderes públicos. Para o autor esta ilegitimidade jurídica decorre

⁷ MEIRELLES, Helly L. **Direitos Administrativo Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1999. p. 100 e ss., distingue 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.

⁸ 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 [...]”.

das promessas formuladas nos níveis superiores e não sustentadas nos níveis inferiores do ordenamento jurídico.

Zagrebeliski (1995, p. 30) 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 juízes que se encontravam subordinados à lei. Havia, segundo este autor, uma pressuposição 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 jurídicos. (ZAGREBELSKI, 1995, p. 30)

Mais adiante, Zagrebelski (1995, p. 37-38), 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 se constitui numa transformação que afeta a concepção de direito, acarretando uma alteração da posição que a lei assume frente ao Estado de Direito.

Entende o autor 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 del derecho. (ZAGREBELSKI, 1995, p. 37-38).

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 Zagrebelski pode-se agregar a explicação que Ferrajoli formula quando trata da democracia e do estado de direito.

Para Ferrajoli (1995, p. 866) a relação entre democracia política e Estado de direito é esclarecida a partir da distinção entre legitimidade formal (condições formais) e 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 demonstrar 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 íntegramente 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. (FERRAJOLI, 1995, p. 867)

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, tantos más relevantes cuantos 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 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. (FERRAJOLI, 1995, p. 867)

5. Os conceitos de validade e vigência no Estado Constitucional. Crítica interna e externa ao direito vigente

Não é tarefa fácil proceder à análise destas categorias⁹, 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

⁹ 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 destas, 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.

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 dispensado a estas categorias nas obras que tratam da teoria do direito¹⁰ constata-se que, cada autor, em respeito à concepção que alimenta sobre o direito, apresenta uma compreensão, ora filiando-se às concepções normativistas, ora filiando-se aos realistas, para falar aqui das duas principais correntes do direito moderno, sem olvidar dos posicionamentos com origem no jusnaturalismo, que ganham maior expressão em tempos de interpretação moral do direito.

Bobbio (1995, p. 131) 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*”.¹¹

Ferrajoli (1995, p. 360) explica esta diferenciação conceitual demonstrando 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 del 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

¹⁰ 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: Guiffè, 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.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito**. tradução Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995. p. 131.

designa la existencia de lo que es denotado por “norma jurídica”, es decir, la referencia empírica de la noción teórica de “norma”.¹²

Peña Freire (1997, p. 97), a partir da teoria garantista, bem esclarece esta distinção:

En el contexto del 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.

A respeito desta posição Bobbio (1995, p. 135-136), ao tratar o positivismo jurídico como uma postura científica frente ao direito, distingue entre juízos de fato e juízos de valor:

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.

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

¹². 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”. (idem, p. 871)

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 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. (FERRAJOLI, 1995, p. 357; 874)

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*” (SERRANO MORENO, 1999, p. 142.), 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*).

6. 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)*” (SERRANO MORENO, 1999, p. 75).

E na mesma linha deste autor, adverte-se que não se devem 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, (1943, p. 48) 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*”.

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 validade¹³ de Hobbes a Bobbio é inadequada para as exigências dos modernos estados constitucionais de direito. Para o autor, a distinção 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 juízo de valor. Logo, a ciência jurídica não deve limitar-se a descrever o seu objeto.

Guastini (1993, p. [?]) 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

¹³ 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.

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.

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.¹⁴

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 uma nova leitura do direito num momento em que se desenvolvem as teorias pós-modernas, das quais se destacam os ataques a racionalidade normativa construída e nascida com a modernidade. As teses apresentadas 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, discussões sobre as quais se assentam alguns dos pontos sobre os quais se delimitam os pressupostos do que se convencionou chamar (neo) constitucionalismo.

7. Considerações Finais

¹⁴ 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.

A partir da análise proposta, pode-se apontar as seguintes considerações quanto ao tema enfrentado:

A análise da estrutura normativa do Estado Constitucional de Direito, levada a efeito no primeiro tópico, 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;

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;

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;

A precedência axiológica e cronológica do Estado de Direito em relação ao Estado Democrático, 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.

Evidencia-se na análise da teoria do garantismo a necessidade de se garantir a implementação de uma justiça constitucional para a imprescindível tarefa de interpretar/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 constatam-se, os mais variados tipos de abusos que são praticados a partir da e contra a 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.

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.

8. Referências Bibliográficas

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

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

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

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

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

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

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello stato nazionale**. Roma: Laterza, 1997.

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.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e ragione tra essere e dover essere. *in* GIANFORMAGGIO, L. **Le ragioni del Garantismo**. Torino: Giappichelli, 1993

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. A Constituição e sua linguagem. **In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado Constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

SERRANO MORENO, Jose Luis. **Validez y vigencia: aproximación a teoría da norma**. Madrid: Trotta, 1999

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