

# **GARANTISMO JURÍDICO, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Adriano De Bortoli\***

## **RESUMO**

O trabalho procura investigar em que medida a teoria do Garantismo Jurídico pode servir para repensar a vinculação jurídica da Administração Pública no contexto do Estado Constitucional de Direito. Para tanto, partiu-se da hipótese de que o Garantismo Jurídico é uma teoria que vincula a atividade administrativa à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Obteve-se como resultado que o arcabouço teórico do Garantismo Jurídico permite um quadro mais claro das vinculações a que está sujeita a Administração Pública no Estado Constitucional de Direito, com destaque para: a) o controle da administração faz parte da função jurisdicional, exclusivamente orientada à garantia dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos; e b) a administração está vinculada a estes direitos e interesses na medida em que não pode afetá-los e deve atuar para promovê-los e fazê-los efetivos.

## **PALAVRAS CHAVES**

**GARANTISMO; DIREITO ADMINISTRATIVO; ESTADO CONSTITUCIONAL**

## **RESUMEN**

Este trabajo intenta investigar la posible aportación desde la teoría del Garantismo Jurídico hacia la vinculación jurídica de la Administración Pública en el contexto del Estado Constitucional de Derecho. Para tanto, se partió de la hipótesis de que el Garantismo Jurídico es una teoría que vincula la actividad administrativa hacia la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se logró como resultado la constatación de que el aparato teórico del Garantismo Jurídico permite la configuración de un cuadro más claro de las vinculaciones a las que se sujeta la Administración Pública en el Estado Constitucional de Derecho, destacándose lo siguiente: a) el control de la administración hace parte de la función jurisdiccional, exclusivamente orientada a

la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos; e b) la administración está vinculada a estos derechos e intereses en la medida en que no puede afectarlos y debe actuar para promoverlos y hacerlos efectivos.

## **PALAVRAS-CLAVE**

GARANTISMO; DERECHO ADMINISTRATIVO; ESTADO CONSTITUCIONAL

## **1 Introdução**

O propósito do artigo é apresentar possíveis desdobramentos teóricos para uma análise sobre as vinculações da Administração Pública e do Direito Administrativo aos Direitos Fundamentais a partir do Estado Constitucional de Direito, tal como é apresentado pelo Garantismo Jurídico.

A abordagem do assunto está dividida nos seguintes tópicos: 1 Introdução; 2. O que é o Garantismo?; 2.1 As três acepções do Garantismo; 3 Um modelo normativo de Direito; 4 Democracia e Estado de Direito; 4.1 Os Direitos Fundamentais: liberdades e expectativas ; 4.2 A Redefinição do conceito de Democracia a partir do Garantismo; 5 Uma teoria do Direito; 6 Uma Filosofia da Política; 7 A garantia no Estado Constitucional de Direito; 7.1 O lugar da garantia frente aos atos da administração; 7.2 A sujeição da Administração Pública ao Direito; 7.3 O Controle da atividade administrativa; 8 Considerações finais; 9. Bibliografia.

## **2 O que é o Garantismo?**

O Garantismo, teoria que serve de base para este trabalho, deriva do Garantismo Penal desenvolvido por Luigi Ferrajoli na obra *Diritto i Ragione*, publicada em 1989 na Itália e traduzida para o espanhol em 1995. As características da Teoria Geral do Garantismo estão expostas, de modo geral, nos capítulos 13 (ponto de vista interno) e 14 (ponto de vista externo) dessa obra. Entretanto, convém lembrar que o próprio Ferrajoli alertou, em artigo publicado no Brasil, que a Teoria do Garantismo ainda é obra

---

\* Mestre e Doutorando em Direito pelo CPGD/UFSC. Professor de Direito Administrativo do UNIVALI e do CESUSC.

inacabada<sup>1</sup>. Ainda assim, os elementos gerais de uma Teoria Garantista desenvolvidos nos capítulos acima referidos são suficientes para dar conta do modelo de Estado de Direito e propor um resgate de sua legitimação, conforme observou Cademartori<sup>2</sup>.

Como expõe Ferrajoli, a orientação que desde algum tempo se conhece pelo nome de Garantismo nasceu no campo penal como uma réplica ao crescente desenvolvimento da divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores, assim como às culturas jurídicas e políticas que vêm avalizando-a, ocultando-a e alimentando-a, quase sempre em nome da defesa do Estado de Direito e do Ordenamento Democrático<sup>3</sup>.

A palavra Garantismo, porém, não está imune aos vários significados que lhe são atribuídos. Exemplo disso é a constatação de Guastini<sup>4</sup>:

*Il sostantivo “Garantismo” deriva da “garanzia” (e i vocaboli corrispondenti nelle altre lingue) designa il sostegno, il supporto, il riparo, la difesa e la tutela di qualcosa. Nel lessico politico, quando si parla di garanzia, e di garantismo, si intende indicare i sostegni, supporti, ripari, difese, tutele che accedono ad un bene specifico, e questo bene specifico è costituito da posizioni degli individui nella società politica, cioè dalle libertà individuali. Un ulteriore restringimento del significato del termine “Garantismo” ci proviene dalla nostra tradizione linguistica e politica: le garanzie (...) delle individuali libertà che vanno sotto il nome di “Garantismo” sono difese, tutele, sostegni di carattere giuridico, sono cioè gli strumenti con cui il diritto assicura un certo numero di libertà individuali, che vengono precisate, definite, o istituite dal diritto stesso. [...] “Garantismo” può riferirsi ad una organizzazione giuridica oppure può riferirsi ad un atteggiamento dei vari tipi di operatori giuridici nelle loro attività volte ad applicare o a modificare il diritto. Una organizzazione giuridica si dice garantista quando include strutture e istituti atti a sostenere, offrire riparo, difendere e tutelare delle ben definite*

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias**. in: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de(Org.). **O novo em Política e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 94. Em artigo publicado na revista *Doxa*, Ferrajoli apresenta alguns parágrafos extraídos dos primeiros três capítulos de uma Teoria Axiomatizada do Direito, com publicação futura pela editora Laterza sob o título *Principia iuris. Teoria giuridica della democrazia*. O método axiomático, explica Ferrajoli, parte da estipulação de um número limitado de termos primitivos e de postulados, da utilização como outros termos da teoria somente os termos definidos por meio dos primitivos ou os termos anteriormente definidos; da aceitação, enfim, como outras teses da teoria somente as que consistem em definições ou em teoremas derivados dos postulados, ou das definições, ou de outros teoremas sobre a base de regras de formação e de transformação previamente estabelecidas. A obra *Principia iuris*, explica o jurista italiano, compõe-se de quatro partes dedicadas, respectivamente, à deontica, ao Direito Positivo, ao Estado de Direito e às forma jurídicas da democracia. FERRAJOLI, Luigi. Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una Teoría Axiomatizada del Derecho, **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante (ES), nº 20, p. 235-278, 1997. Acessado em 28/08/2004. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12493875355693728543657/cuaderno20/Doxa20\\_08.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12493875355693728543657/cuaderno20/Doxa20_08.pdf)

<sup>2</sup> CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade – uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 11.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995. p. 851.

<sup>4</sup> GUASTINI, Ricardo. I fondamenti teorici e filosofici del Garantismo. in: GIANFORMAGGIO, Leticia. **Le Ragioni del Garantismo**. Torino: Grappichelli, 1993.

*libertà individuali. Un operatore giuridico si dice garantista quando rivolge le sue attività ad aumentare il numero o l'efficacia delle strutture e degli strumenti offerti dall'organizzazione giuridica per tutelare, difendere ecc. le libertà individuali*<sup>5</sup>.

Além do aspecto etimológico, faz parte da discussão inicial sobre o Garantismo a sua definição filosófico-política. As posições vão se concentrar na idéia de lhe atribuir uma maior ou menor vinculação ao liberalismo político.

Dentro dessa ótica, RESTA afirma que o Garantismo é

*un liberalismo "sui generis". La motivazione è che, da una parte, egli aderisce ad un modello di "stato sociale di diritto", "ossia ad un ordinamento che conferisce e garantisce non solo diritti di libertà, ma altresì diritti sociali", dall'altro "non si estende al diritto di proprietà e neppure quindi alle libertà economiche" che lo presuppongono. Per questo - è la conclusione di Guastini - il Garantismo è, per così dire, "monco"*<sup>6</sup>.

GIANFORMAGGIO, por sua vez, volta sua atenção para a autonomia do Garantismo enquanto Teoria do Direito, ressaltando que

*Il Garantismo di FERRAJOLI e 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.*<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> (O substantivo "Garantismo" deriva de "garantia" (e os vocábulos correspondentes em outras línguas) e designa o sustento, o suporte, o reparo, a defesa, a tutela de alguma coisa. No léxico político, quando se fala de garantia, e de Garantismo, entende-se indicar os suportes, apoios, reparos, defesas, tutelas que possibilitam o acesso a um bem específico e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na Sociedade política, ou seja, pelas liberdades individuais. Uma outra limitação quanto ao significado do termo provém da nossa tradição lingüística e política: as garantias [...] das liberdades individuais que tomam o nome de garantismo são defesas, tutelas, apoios de caráter jurídico, são portanto os instrumentos com os quais o Direito assegura um certo número de liberdades individuais que são sistematizados, definidos ou instituídos pelo próprio Direito. [...] O termo garantismo pode referir-se a uma organização jurídica ou pode referir-se a atitude dos vários tipos de operadores jurídicos nas suas atividades destinadas a aplicação ou modificação do Direito. Uma organização jurídica diz-se garantista quando inclui estruturas e instituições aptas a manter, oferecer proteção, defender e tutelar algumas liberdades individuais bem definidas. Um jurista diz-se garantista quanto dirige suas atividades para o aumento ou eficácia das estruturas e dos instrumentos oferecidos pela organização jurídica para tutelar, defender, etc, as liberdades individuais.)

<sup>6</sup> RESTA, Eligio. *La ragione dei diritti*. in: GIANFORMAGGIO, Leticia. *Le Ragioni del Garantismo*. Torino: Grappichelli, 1993. p. 1. (um liberalismo *sui generis*. A motivação é que, de uma parte, ele adere a um modelo de "Estado social de Direito", "ou seja, a um ordenamento que confere e garante não só direitos de liberdade, mas principalmente Direitos sociais", contudo "não se estende ao Direito de propriedade e nem mesmo por esta razão à liberdade econômica" que o pressupõe. Por isso - é a conclusão de Guastini - o Garantismo é, por assim dizer, "incompleto").

<sup>7</sup>GIANFORMAGGIO, Leticia. *Diritto e ragione tra essere e dover essere*. in: GIANFORMAGGIO, Leticia. *Le Ragioni del Garantismo*. Torino: Grappichelli, 1993. p. 2. (O Garantismo de Ferrajoli é uma

A polissemia do substantivo Garantismo não é afastada por Ferrajoli, pelo contrário, possibilita ao autor desenvolver uma teoria que comporta três sentidos diversos, porém, inter-relacionados: **um modelo normativo de Direito; uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas e uma filosofia do Direito e crítica da política**<sup>8</sup>.

## 2.1 As três acepções do Garantismo

Como **modelo normativo de Direito**, Garantismo quer significar um tipo ideal próprio do Estado de Direito. Este modelo normativo no caso do Direito penal é entendido segundo três planos:

*en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos*<sup>9</sup>.

A partir do modelo normativo garantista o estudioso pode identificar sistemas que apresentem graus de Garantismo diferenciados na medida em que se aproximem ou se distanciem do modelo limite. Portanto, por se tratar de um modelo limite, deve-se falar de graus de Garantismo e não apenas de sistemas garantistas ou antigarantistas. Se um sistema normativo de Direito penal, por exemplo, atende aos princípios constitucionais, pode-se dizer que o mesmo apresenta níveis altíssimos de Garantismo. Porém se suas práticas efetivas estão em desacordo com o modelo normativo o sistema apresenta graus baixíssimos de Garantismo. Assim, a análise pode ser feita a partir das antinomias que o sistema normativo apresenta e de suas práticas efetivas em relação às normas legais<sup>10</sup>.

---

teoria do Direito como outras tantas teorias; e não é reduzível a nenhuma delas, mesmo sendo particularmente tributária no confronto de alguma dessas, por ser especialmente vizinha de alguma).

<sup>8</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 851-853.

<sup>9</sup> (no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à pretensão punitiva do Estado em garantia dos Direitos dos cidadãos). Ibidem, op. cit., p. 851.

<sup>10</sup> Cabe como exemplo os direitos previstos no seguinte inciso do art. 5º da Constituição Federal: “XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”. O sistema normativo penal brasileiro ainda prevê no art. 38 do Código Penal que: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”. O transporte dos presos deve atender às exigências da Lei n.º 8.653 de 10/05/1993 que dispõe em seu art. 1º: “É

Na sua segunda acepção o Garantismo estabelece uma diferença entre **ser e dever ser no Direito**. Esta abordagem designa uma **teoria jurídica** que redefine os conceitos de **validade, vigência e eficácia** a partir do moderno Estado constitucional de Direito, o qual é identificado pela incorporação de diversos princípios éticos-políticos aos seus estatutos fundamentais.

Com relação à validade, o Garantismo rompe com a tradição positivista que reduzia a validade de uma norma à sua eficácia ou à sua mera validade formal ou vigência (existência jurídica) ao demonstrar que uma norma para ser válida deve obedecer não somente aos seus requisitos procedimentais, mas também aos substanciais. A correspondência aos critérios formais de produção normativa, por sua vez, confere à norma o conceito garantista de vigência.

A eficácia, na análise garantista, reside na observação da clivagem entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) e suas práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas), demonstrando que os primeiros são válidos, porém ineficazes e as segundas são eficazes, mas inválidas.

Para o Garantismo a correspondência entre vigência e validade no seio de cada ordenamento lhe poderá conferir justiça interna (ou legal), enquanto que a adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos, ou seja, a correspondência entre validade e justiça será designada de justiça externa<sup>11</sup>.

Como **teoria jurídica** o Garantismo pode ser identificado com o positivismo jurídico por defender a forma estatal do Direito e a forma jurídica do Estado, a primeira sob o princípio *auctoritas, non veritas facit legem* e a segunda sob o princípio da legalidade. Contudo, distancia-se deste e assume característica crítica ao denunciar a confusão entre vigência e validade, própria das orientações normativistas<sup>12</sup> e a redução

---

proibido o transporte de presos em compartimento de proporções reduzidas, com ventilação deficiente ou ausência de luminosidade.” A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.120, de 11/07/1984), em seu art. 40, determina que: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”. Portanto, pode-se dizer que normativamente o sistema penal tem graus elevados de garantismo. Todavia, é fato notório e incontestável que o sistema penitenciário brasileiro como um todo não atende a essas exigências, haja vista, por exemplo a superlotação de presídios, a falta de higiene nas celas, as constantes denúncias de maus tratos e torturas, o desrespeito aos direitos fundamentais. Tomando-se o aspecto do cumprimento efetivo desses deveres normativos impostos ao Estado, pode-se afirmar que o sistema penitenciário brasileiro apresenta graus baixíssimos de garantismo.

<sup>11</sup> Ibid. p. 367

<sup>12</sup> As orientações normativistas reduzem a validade à vigência ao admitirem como forma de reconhecimento de uma norma como pertencente a um ordenamento jurídico apenas os critérios formais de sua produção. O maior representante desta orientação é Hans Kelsen, para quem “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma

da validade à eficácia feita pelas teorias realistas<sup>13</sup>, como forma de legitimação ideológica do Direito **inválido vigente**. Esta forma de abordagem coloca em questão dois dogmas do positivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao Direito positivo vigente.

Outra característica que revela o teor crítico do Garantismo em relação ao positivismo jurídico dogmático é a tarefa incumbida ao jurista garantista de denunciar as antinomias e lacunas do ordenamento mediante juízos de invalidade das normas inferiores e de ineficácia das superiores. Pois, para o Garantismo a coerência e

---

jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de outra norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 210.). Pertence a esta orientação o jurista brasileiro Tércio Sampaio FERRAZ JR. que assinala o seguinte: “Para a dogmática jurídica, para que se reconheça a validade de uma norma é preciso, em princípio e de início, que a norma esteja integrada no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida. Por exemplo, terminada a fase constitutiva do processo dedutivo de norma legais [...], que ocorre com sua sanção, temos uma lei válida. Sancionada a norma legal, para que se inicie o tempo de sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma, diz-se, então, que a norma é vigente. Vigência é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma. [...]

Pelo exposto, validade e vigência não se confundem. Uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 196-197.).

<sup>13</sup> O Realismo Jurídico reduz a validade à eficácia, afirmando que o direito real é aquele que os homens efetivamente aplicam em suas relações cotidianas, fazendo depender a validade da eficácia. Divide-se em três momentos: *Primeiro momento de reação anti-jusnaturalista e anti-formalista*, no qual se destaca a Escola histórica do direito (Savigny e Puchta); *Segundo momento da reação anti-jusnaturalista e anti-formalista*, pautado pela Concepção sociológica do Direito que surge da defasagem que vinha ocorrendo entre a lei escrita dos códigos (o direito válido) e a realidade social (o direito eficaz) depois da revolução industrial. Destacam-se neste o momento: o movimento do direito livre (Kantorowicz) – que defendia a livre criação normativa por parte do juiz; o pensamento de François Gény que contrapõe a técnica do direito, dirigida como fim secundário e subordinado a adaptar as regras jurídicas, às necessidades concretas da legislação, a qual corresponde encontrar, tendo em conta o dados históricos, ideais racionais e reais, as novas regras jurídicas; Eugenio Ehrlich - A lógica dos juristas - livre pesquisa do direito por parte do juiz e do jurista, que devem buscar as soluções às controvérsias não confiando tanto no dogma da vontade estatal passivamente adotado, mas penetrando no estudo do direito vivo, que a sociedade produz estando em permanente movimento; Felipe Heck - Jurisprudência dos interesses - polemiza contra o rígido estatismo e contra a jurisprudência dos conceitos. A tarefa devia ser julgar com base na avaliação dos interesses em conflito; *Terceiro momento da revolta antiformalista - concepção realista do direito*, Oliver Wendell Holmes - desqualificar o tradicionalismo jurídico das cortes, e introduzir uma interpretação evolutiva do direito, mais sensível às mudanças da consciência social; Roscoe Poud - defensor da figura do jurista sociólogo, o jurista que tem em conta, na interpretação e na aplicação do direito, os fatos sociais dos quais se deriva o direito e aos quais se dirige sua regulação; Jerome Frank - a tese principal da escola realista é esta: *não existe direito objetivo*, quer dizer objetivamente deduzível de fatos reais, oferecido pelo costume, pela lei ou pelos antecedentes judiciais; *o direito é uma permanente criação do juiz, o direito é obra exclusiva do juiz no momento em que decide uma controvérsia*. Com isto desaparece o princípio da certeza. Para Frank, a certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, é um mito que se deriva de uma espécie de aceitação infantil frente ao princípio de autoridade: um mito que tem de acabar para levantar sobre suas ruínas o direito como criação permanente e imprevisível. BOBBIO, Norberto. *Teoria General del Derecho*. Bogotá: Themis, 1987. p. 20-25.

plenitude do ordenamento não são propriedades do Direito vigente, mas ideais limites do Direito válido que não refletem o ser do Direito, mas o dever ser das normas inferiores em sua relação com as superiores. E o Direito vigente se caracteriza como incompleto e incoerente devido às violações de fato das proibições impostas ao legislador.

Os juízos sobre a vigência e aqueles sobre a validade de uma norma se diferenciam por serem os primeiros, juízos de fato (analisam a correspondência a critérios de forma) e os segundos, juízos de valor (analisam a adequação valorativa de normas inferiores às superiores). Por ser juízo de valor, o juízo de validade comporta um grau de discricionariedade que conduz a um espaço de ilegitimidade que não se pode reduzir; porém, isto não compromete o modelo do Estado de Direito de forma importante. FERRAJOLI aponta esta dissociação estrutural entre estes dois juízos como uma aporia teórica à qual o Garantismo está adstrito<sup>14</sup>.

Na terceira acepção, o Garantismo é identificado com uma **filosofia da política** que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência. É o que FERRAJOLI chama de “ponto de vista externo”, ou seja, o ponto de vista *ex parte populi*, com o qual se permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre **ser e dever ser do Direito**.

A partir destas três acepções se delineiam as características da **Teoria Geral do Garantismo**, a saber:

- a) o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito;
- b) a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior;
- c) a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade;
- d) a autonomia e a precedência do primeiro e certo grau irredutível de ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele<sup>15</sup>.

A seguir será abordada cada uma das acepções do termo Garantismo, configuradoras da Teoria Garantista.

---

<sup>14</sup> Ibid. p. 875.



### 3 Um modelo normativo de Direito

O Estado de Direito, para o autor italiano - inspirado no pensamento de Bobbio - é composto pelo governo *per leges* e governo *sub lege*, o que configura sua legitimação formal e legitimação substancial<sup>16</sup>.

Referindo-se ao Direito penal Ferrajoli afirma que Estado de Direito designa ambas as coisas: o poder judicial de descobrir e castigar os delitos é, em efeito, *sub lege*, enquanto que o poder legislativo de defini-los se exercita *per leges*; e o poder legislativo se exercita *per leges* enquanto, por sua vez, está *sub lege*, quer dizer, está prescrita por lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal<sup>17</sup>.

O governo *sub lege* têm dois sentidos: o sentido **débil, lato ou formal** – no qual qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos por ela estabelecidos<sup>18</sup>. Neste sentido são Estados de Direito todos os ordenamentos, inclusive os autoritários ou, pior ainda, os totalitários, nos quais em todo caso *lex facit regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal. É a noção de legalidade em sentido lato ou validade formal, que exige somente que sejam predeterminados por lei os sujeitos titulares e as formas de exercício de todo poder. O *Rechtsstaat* alemão é o exemplo de contextualização histórica deste modelo de Estado de Direito; e o sentido **forte, estrito ou substancial** – no qual qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não só suas formas mas também seus conteúdos. Aqui temos o exemplo de contextualização histórica do *The Rule of Law* inglês e do *Stato di Diritto* italiano. No sentido forte, estrito ou substancial, que necessariamente implica o primeiro sentido débil, lato ou formal, são Estados de Direito os Estados constitucionais - e, em particular, os de constituição rígida como é tipicamente o italiano e o brasileiro -, que nos níveis normativos superiores incorporam limites não só formais, mas também substanciais ao exercício de qualquer poder. É a legalidade em sentido estrito, ou

---

<sup>15</sup> Ibid. p. 854.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, **Derecho y Razón**, p. 856. “[...] *gobierno sub lege* o sometido a las leyes, o *gobierno per leges* o mediante leyes generales y abstratas”. ([...] governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas). ([...] governo *sub lege* ou submetido a leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas”). A propósito, veja-se BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. 171 p.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, **Derecho y Razón**, p. 856.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 856.

validade substancial, que requer além do mais que as matérias de competência e os critérios de decisão estejam legalmente pré-ordenadas e circunscritas, mediante obrigações e proibições,<sup>19</sup>.

Ferrajoli usa o segundo modelo como sendo o que caracteriza o “Estado de Direito Garantista”, designando não somente um “Estado legal” ou “regulado pela lei”, mas um modelo nascido das 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 a controle de legitimidade por parte de juízes autônomos do mesmo e independentes; b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos Direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa<sup>20</sup> em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, quer dizer, das proibições de lesar os Direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos Direitos sociais, assim como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial<sup>21</sup>.

Dá se conclui que graças a estas duas fontes não existem, no Estado de Direito, poderes sem regulação e atos de poder incontroláveis: nele todos os poderes se encontram limitados por deveres jurídicos, relativos não só à forma, mas também aos

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 856.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 364. “Llamo **incorporación limitativa** a la incorporación de vinculaciones o imperativos negativos que en materia penal caracterizan al **Estado de derecho** y al modelo garantista de **derecho penal mínimo** expresado, en su forma ideal, por nuestro sistema SG”. (grifo nosso).

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

<sup>21</sup> Ibidem, p. 856-857.

conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidade dos atos acionáveis judicialmente e, ao menos teoricamente, de responsabilidade para seus autores<sup>22</sup>.

A mera legalidade, ao limitar-se a subordinar todos os atos à lei qualquer que seja, coincide com sua legitimação formal, enquanto que a estrita legalidade, ao subordinar todos os atos, incluídas as leis, aos conteúdos dos Direitos fundamentais, coincide com sua legitimação substancial<sup>23</sup>.

#### 4 Democracia e Estado de Direito

Aqui o jurista italiano propõe uma diferença conceitual entre Democracia e Estado de Direito a partir das regras de tomada de decisões que pode ser melhor sistematizada mediante a utilização de um gráfico elaborado por SERRANO<sup>24</sup>:

<i>1. Quem decide e como decide?</i>	A maioria por maioria: <b>Democracia</b>	A minoria ou o tirano a seu arbítrio: <b>Autocracia</b>
<i>2. Sobre o que não se pode decidir?</i>	Liberdade e vida: <b>Estado de Direito</b>	Não há limites: <b>Estado Absoluto</b>
<i>3. Sobre o que não pode o Estado deixar de decidir?</i>	Igualdade como equiparação e fraternidade como solidariedade: <b>Estado Social</b>	Somente sobre segurança de contratação e garantias do mercado e a propriedade: <b>Estado Antisocial</b>

Por se tratarem de regras relativas à autoridade de decisão e do seu procedimento, as de primeiro tipo estão vinculadas ao caráter politicamente democrático, ou, por outro lado, monárquico, oligárquico, autocrático do sistema político. As regras de segundo tipo dão conta do caráter de Direito ou não do sistema jurídico, podendo refletir Estados absolutistas, totalitários ou mais ou menos de Direito. Está, assim, afastada a hipótese de que a maioria em uma democracia pode tudo, haja vista que a primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é, com efeito, que se deve decidir sobre tudo por maioria, mas que não se pode decidir (ou não decidir) sobre tudo, nem sequer por maioria. Nenhuma maioria pode decidir a

<sup>22</sup> Ibidem, p. 857.

<sup>23</sup> Idem, p. 857.

<sup>24</sup> SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999. p. 65.

supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão<sup>25</sup>. As de terceiro tipo conferem ao Estado sua característica social ou antisocial, que será mais bem abordada no tópico abaixo.

#### 4.1 Os Direitos Fundamentais: liberdades e expectativas

Após discorrer sobre a problemática própria da relação existente entre a Democracia Política e o Estado de Direito, Ferrajoli se debruça sobre outro aspecto pertinente ao Estado de Direito, sua adjetivação liberal ou social.

Para um Estado ser considerado como Estado de Direito liberal, segundo a análise desenvolvida pelo jurista italiano, há que se observar o caráter dos Direitos incorporados pelo ordenamento constitucional. Existem, portanto, dois tipos de Direitos: a) **direitos de**, ou faculdades de comportamentos próprios, aos quais correspondem proibições, ou deveres públicos de não fazer, podendo-se citar como exemplos as liberdades fundamentais; e b) **direitos a**, ou, expectativas de comportamentos alheios, aos quais deveriam corresponder obrigações, ou deveres públicos de fazer.

O Estado de Direito liberal se caracterizará, portanto, pela incorporação somente de proibições em seu ordenamento constitucional. O Estado de Direito Social, por sua vez, restará caracterizado quando, pelo contrário, incorpore também obrigações, que requerem prestações positivas em garantia de Direitos sociais.

Muda, contudo, profundamente a estrutura normativa do poder estatal, não, tão somente, limitado negativamente por proibições de impedir e **direitos de**, mas, também, funcionalizado positivamente por obrigações de satisfazer os **direitos a**. Muda, igualmente, a base de legitimação do Estado: enquanto o Estado de Direito liberal deve somente não piorar as condições de vida dos cidadãos, o Estado de Direito social deve também melhorá-las; deve não só não representar para eles um inconveniente, mas ser também uma vantagem<sup>26</sup>.

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 há que se acrescentar, a

---

<sup>25</sup> FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 859.

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 ao passado e tem como tais uma função conservadora; as segundas se dirigem ao futuro e tem um alcance inovador<sup>27</sup>.

#### 4. 2 A Redefinição do conceito de Democracia a partir do Garantismo

A análise garantista também recai sobre o conceito de democracia, diferenciando-a em formal e substancial. O ponto central da definição garantista da democracia é a relativização da utilização da regra segundo a qual a maioria, direta ou indireta, decide sobre tudo. Para tanto, ressalta-se o papel do Estado de Direito enquanto sistema de meta-regras em relação às regras da democracia política e resultado de um conjunto de garantias liberais e sociais. Enquanto para o Estado Liberal de Direito a regra é que nem sobre tudo se pode decidir, nem por maioria, para o Estado Social de Direito a regra é que nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem por maioria. A regra da maioria, portanto, servirá para o restante das decisões que não estejam limitadas substancial e democraticamente.

Ferrajoli designará, portanto, democracia substancial ou social

*al 'estado de derecho' dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y **democracia formal o política** al 'estado político representativo', es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad<sup>28</sup>. (grifo no original)*

A redefinição do conceito de democracia operada por Ferrajoli importa na subordinação do princípio da democracia política de quem decide aos princípios da democracia social relativos ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito deixar de decidir<sup>29</sup>. Consequentemente possibilita também considerar como substanciais, comparadas com as formais de democracia política, as normas secundárias que fazem referência ao que se deve ou não se deve decidir, e sociais, comparadas com as políticas

---

<sup>26</sup> Ibidem, p. 862.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 862.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 864. (ao “estado de direito” dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais, e *democracia formal* ou *política* ao “estado político representativo”, quer dizer, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade.)

em matéria de representação, podem ser suas funções, visto que, enquanto no Estado representativo a soberania repousa no povo, e seu exercício é legítimo quando expressa a vontade da maioria; no Estado de Direito as instituições políticas e jurídicas só se legitimam a partir do momento que tutelem e satisfaçam os interesses primários de todos<sup>30</sup>.

Esta exigência de efetividade das normas primárias conduz à aporia da irreduzível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos no Estado de Direito, apontada por Ferrajoli. Esta situação deve ser entendida como própria da natureza dos valores incorporados ao ordenamento jurídico, visto que,

*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*<sup>31</sup>

## 5 Uma teoria do Direito

Enquanto Teoria do Direito o Garantismo se insere na tradição do pensamento jurídico do positivismo, assumindo seus postulados básicos com um olhar crítico que abre possibilidades para sua autonomização. Os postulados jurídicos da forma estatal do Direito, forma jurídica do Estado e princípio da legalidade, legados indiscutíveis da Modernidade, consubstanciados através do positivismo jurídico, tornam-se os pilares da construção de uma Teoria Geral do Garantismo.

Essa construção teórica passa pela denúncia e diferenciação do Garantismo em relação a outras orientações teóricas do Direito. Disso resulta a conceituação de juspositivismo dogmático feita por Ferrajoli “*a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoria independiente de las de validez y*

---

<sup>29</sup> Ibidem, p. 865.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 865. Ferrajoli não chega a desenvolver um conceito preciso de interesses primários de todos, todavia pode-se interpreta-los como limitações substanciais à regra da maioria. No caso da Constituição brasileira pode-se citar como referência de tais limitações ou interesses primários as chamadas cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º. Sobre o tema da legitimidade veja-se CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade – uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Principalmente a Segunda parte do livro em que o assunto é problematizado e estudado pormenorizadamente.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, **Derecho y Razón**, p. 866. (Corresponde à natureza deontica dos deveres, não importa que estejam impostos a poderes públicos, a possibilidade de ser violados. E está na mesma natureza deontica dos valores a impossibilidade de ser integralmente realizados.)

*efectividad (...)*<sup>32</sup>. Recebem esta denominação as orientações normativistas e realistas. As primeiras por assumirem como vigentes somente as normas válidas e as segundas por assumirem como vigentes somente as normas efetivas (Cf. 2.1. *supra*).

Por outro lado, conforme Ferrajoli, poder-se-á denominar positivismo crítico a orientação que distingue a vigência das normas tanto de sua validade quanto de sua efetividade e sua implicação direta com a estrutura normativa do Estado de Direito proposta pelo Garantismo.

O reflexo desta orientação crítica do positivismo se dá no modo de conceber dois dogmas do positivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao Direito positivo vigente. A adoção da divergência existente entre validade e vigência e sua consequência em relação à eficácia possibilita ao juiz estabelecer um juízo valorativo, no qual as normas em conflito tenham questionadas sua validade mediante sua apreciação em relação às normas constitucionais<sup>33</sup>. Ferrajoli defende a tese da obrigação do jurista emitir juízos de valor sobre as leis. Todavia, ressalta que ao assumir tal postura não está negando a separação entre Direito e moral e entre juízos de validade e juízos de justiça, mas reafirmando a tarefa do jurista – não só cívica e política, mas, acima de tudo científica de valorar a validade ou invalidade das normas conforme parâmetros de validade tanto formais quanto substanciais estabelecidos pelas normas de hierarquia superior<sup>34</sup>.

É justamente sobre a questão dos juízos emitidos a respeito da vigência e da validade de uma norma que se apresentam duas aporias teóricas do Garantismo: a valoratividade e a discricionariedade dos juízos de validade. Para se averiguar se uma norma está ou não em vigência deve-se realizar um juízo de fato, tendo por parâmetro

---

<sup>32</sup> FERRAJOLI, **Derecho y Razon**, p. 871. (a toda orientação teórica que ignora o conceito de vigência das normas como categoria independente das de validade e efetividade).

<sup>33</sup> Aqui, por certo, radica uma das principais contribuições do Garantismo para a concretização dos Direitos fundamentais. Todavia, a interpretação das normas constitucionais constitui um dos pontos de investigação mais importantes para os estudiosos garantistas, tendo sido objeto de inúmeras pesquisas realizadas no Direito público, com destaque para os trabalhos de MÜLLER, Friedrich. **Direito, Linguagem, Violência – Elementos de uma teoria Constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995; HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983; e entre os juristas brasileiros de orientação garantista STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, **Derecho y Razón**, p. 874.

os âmbitos da vigência espacial, vigência pessoal, vigência material, vigência temporal, competência e procedimento, culminando na seguinte definição feita por Serrano:

*Juicio de vigencia es aquel construido por un intérprete autorizado de la ley que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad*<sup>35</sup>.

Sobre o juízo de validade recaem condições de validade substancial, que se referem ao seu conteúdo, ou seja, seu significado. Todavia, para que uma norma seja considerada válida deve ter sido submetida anteriormente ao juízo de vigência, pois é inconcebível que uma norma não pertencente ao sistema normativo possa extrair dele requisitos de validade. Novamente utiliza-se aqui a contribuição de Serrano:

*Juicio de validez es aquel construido por un intérprete autorizado del derecho, en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se há comprobado como verdadera) se adecua además en su contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamento, con independencia de que estas determinaciones sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces*<sup>36</sup>.

A aporia, não só teórica como jurídica, apontada por Ferrajoli repousa justamente na indecidibilidade da verdade dos juízos de validade, espaço profícuo da potencial ilegitimidade de todo exercício de poder no Estado de Direito.

Ao afirmar que no Estado de Direito as normas hierarquicamente superiores se apresentam como normas em relação às inferiores e como fatos em relação às superiores, o Garantismo defende que a coerência e a plenitude não são propriedades do Direito vigente, mas ideais limites do Direito válido, refletindo o dever-ser das normas em relação com as superiores e não o ser do Direito. Daí que as violações de fato das

---

<sup>35</sup> SERRANO, op. cit., p. 51. (*Juízo de vigência é aquele construído por um intérprete autorizado da lei que se refere à mera constatação da existência de uma norma no interior de um sistema jurídico. É um juízo de fato ou técnico, pois se limita a constatar que a norma cumpre os requisitos formais de competência, procedimento, espaço, tempo, matéria e destinatário; e como tal juízo de fato é suscetível de verdade e falsidade.*)

<sup>36</sup> Ibidem, p. 51. (*Juízo de validade é aquele construído por um intérprete autorizado do direito, em virtude do qual se declara (se é positivo) que uma determinada norma (cuja vigência formal se comprovou como verdadeira) se adecua ademais em seu conteúdo às determinações existentes em níveis superiores do ordenamento, com independência de que estas determinações sejam regras ou princípios, valorativas ou neutras, justas ou injustas, eficazes ou ineficazes.*)



proibições impostas ao legislador, por este efetivadas, não caracterizar estruturalmente o Direito vigente como incompleto e incoerente<sup>37</sup>. Cabe, então, ao jurista a tarefa de explicitar essas características através de juízos de invalidade das normas inferiores e de ineficácia das superiores.

## 6 Uma Filosofia da Política

O Garantismo ainda comporta mais um significado, uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, impondo ao Estado a carga de sua justificação externa, ou seja, “um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência”<sup>38</sup>. Aqui Ferrajoli se ocupa do que ele chama de ponto de vista externo ou *ex parte populi*, revelando a importância essencialmente democrática da justificação externa do Direito, isto é, o dever ser do Direito.

A argumentação do autor de *Derecho y Razón* inicia-se pela discussão sobre o que ele denomina de Estado-fim ou Estado instrumento, ou, eticismo político ou utilitarismo. Para tanto, ele parafraseia a expressão *autopoiese* utilizada por Niklas Luhmann para designar o caráter autorreferencial que este associa aos sistemas políticos<sup>39</sup>. Via de consequência, serão auto-poiéticas as doutrinas políticas “*que fundamentan los sistemas políticos sobre sí mismos, justificando el derecho y el Estado como bienes o valores intrínsecos*”<sup>40</sup>, e heteropoiéticas as doutrinas políticas que por outro lado “*los fundan sobre finalidades sociales, justificando las instituciones políticas y jurídicas sólo como males necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos*”<sup>41</sup>. Ao se utilizar das expressões luhmannianas, Ferrajoli não faz nenhuma adesão ao pensamento do sociólogo alemão, pelo contrário, classifica sua teoria de *autopoiética* e a denuncia como doutrina da ausência de limites ao poder do Estado<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 878-9.

<sup>38</sup> CADEMARTORI, op. cit., p. 155.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 881.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 881. (que fundamentam os sistemas políticos sobre si mesmos, justificando o direito e o estado como bens ou valores intrínsecos.)

<sup>41</sup> Ibidem, p. 881. (os fundam sobre finalidades sociales, justificando as instituições políticas e jurídicas somente como males necessários para a satisfação de interesses vitais dos cidadãos.)

<sup>42</sup> Ibidem, p. 882. Cf. tb. CADEMARTORI, op. cit., p. 91-169. Sobre a *autopoiese* e *heteropoiese* ver FERRAJOLI, 1995, op. cit., p. 162-3.

Sobre este aspecto da auto ou hetero-referenciabilidade, o Garantismo se caracteriza como uma doutrina da fundamentação externa do Estado nos Direitos vitais dos cidadãos. Esta denominação aqui apresentada é fruto da análise argumentativa que Ferrajoli desenvolve sobre o contratualismo clássico, reinterpretando-o de modo a ressaltar a artificialidade do Estado e do Direito e sua existência vinculada à serventia de ambos para as pessoas. Porém não cessa aqui a releitura do autor italiano que a respeito do Estado afirma

*Es de por sí un desvalor, es decir, un mal menor sometido como tal a la carga de la justificación externa y a posteriori. Lo que quiere decir que sus poderes no se conciben como “justos” sólo según quien los detente, sino sobre todo según el por qué, el cuándo y el cómo sean o no a su vez ejercidos. No es, en suma, la fuente o la forma de las normas, sino sus contenidos concretos los que justifican o no justifican políticamente su producción<sup>43</sup>.*

A justificação do Estado para o Garantismo passa necessariamente pela garantia dos Direitos vitais dos cidadãos. Ao defender este raciocínio, Ferrajoli lança mão da diferença existente entre democracia formal – marcada pelo consenso dos contratantes – e democracia substancial – fundada sobre a garantia de seus Direitos. Os Direitos fundamentais, portanto,

*corresponden efectivamente a aquellas facultades o expectativas de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: piénsese en el derecho a la vida, en los derechos de libertad, en los derechos sociales a la subsistencia, a la salud, a la instrucción, a la conservación del ambiente y otros similares<sup>44</sup>*

---

<sup>43</sup> FERRAJOLI, **Derecho y Razón**, p. 883. (É de per si um desvalor, quer dizer, um mal menor submetido como tal à carga da justificação externa e a *posteriori*. O que quer dizer que seus poderes não se concebem como “justos” somente segundo quem os detêm, mas sobretudo segundo o por quê, o quando e o como sejam ou não por sua vez exercidos. Não é, em suma, a fonte ou a forma das normas, mas seus conteúdos concretos os que justificam ou não justificam politicamente sua produção.)

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 883. (correspondem efetivamente a aquelas facultades ou expectativas de todos que definem as conotações substanciais da democracia e que estão constitucionalmente subtraídas do arbítrio das maiorias como limites ou vínculos intransponíveis das decisões de governo: pense-se no direito a vida, nos direitos de liberdade, nos direitos sociais à subsistência, à saúde, à instrução, à conservação do ambiente e outros similares.) Sobre a diferença entre *garantia* e *Direitos fundamentais* CADEMARTORI, *op. cit.*, p. 85-6, afirma o seguinte: “o Garantismo pode referir-se a uma organização jurídica ou a uma atitude dos vários tipos de operadores jurídicos em sua atividade voltada a aplicar ou a modificar o Direito. Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos Direitos sociais e coletivos”.

Em um estudo posterior à obra *Derecho y Razón*, Ferrajoli apresenta uma definição teórica, formal ou estrutural de Direitos fundamentais. Direitos fundamentais são, portanto, segundo esta definição, “*aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del **status** de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*”<sup>45</sup>. Direito subjetivo, para o autor italiano, é qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica<sup>46</sup>. E *status* é a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas<sup>47</sup>.

Após a análise apresentada acima, o Garantismo se depara com outra aporia, desta vez política, a irredutível ilegitimidade política do poder no Estado de Direito. Ou seja, os fins e valores justificantes do Estado de Direito, por não poderem estar nunca plenamente realizados, demonstram a própria natureza tendencial e irremediavelmente imperfeita da legitimação política do poder no Estado de Direito<sup>48</sup>.

Decorre dessa aporia a mensurabilidade da legitimidade política em graus nos modernos Estados de Direito. A legitimidade dos modernos Estados de Direito provém de fora e de baixo, ou seja, é sempre relativa, condicionada e mensurável em graus. Isso se dá dessa forma porque a legitimidade nos modernos Estados de Direito depende do grau da efetiva realização das funções externas que justificam os poderes (grau de representatividade, grau de satisfação dos direitos garantidos e dos interesses representados); bem como da imperfeição estrutural dos instrumentos institucionais dispostos para esse fim (representação indireta, princípio da maioria, garantias jurisdicionais e outras técnicas jurídicas de tutela)<sup>49</sup>.

## **7 A garantia no Estado Constitucional de Direito**

A chave para novas pesquisas a partir do Garantismo Penal é dada por Ferrajoli logo após traçar os elementos de uma Teoria Geral do Garantismo. Observa o autor

---

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 37. (aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade jurídica.)

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>48</sup> FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 887.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 887.

italiano que os elementos listados não valem somente para o Direito Penal, podendo ser utilizados em outros setores do ordenamento jurídico. Consequentemente é possível elaborar, por exemplo, tendo por referência outros Direitos fundamentais e outras técnicas ou critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade de Direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho, estruturalmente análogos ao penal por ele elaborado<sup>50</sup>.

É, por certo, de Peña Freire a primeira pesquisa garantista que foge ao âmbito do Direito Penal. Em sua tese de doutorado, intitulada *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, o jurista andaluz se ocupa da Garantia como conceito jurídico no contexto dos atuais sistemas constitucionais<sup>51</sup>.

Peña Freire defende a idéia de que a Constituição que é a norma que orienta o Estado e o Direito frente à sociedade é a primeira instituição garantista dos sistemas políticos atuais.

A segunda parte da tese dá especial atenção aos distintos elementos ou valores cuja garantia ou preservação se pretende no Estado Constitucional. Assim, tanto os direitos fundamentais quanto os direitos subjetivos e os interesses legítimos são analisados enquanto garantias da manutenção da posição central da pessoa no direito e frente ao Estado e enquanto instituições ou instrumentos que vão permitir que o sistema jurídico e a atuação dos poderes públicos estejam abertos a todo momento às exigências e expectativas que se formulam *ex parte populi*.

A terceira e última parte da tese estuda a garantia desde um ponto de vista institucional e procura sua análise a partir das funções típicas dos sistemas jurídicos complexos. Desta forma, são analisados os três processos jurídicos básicos nos quais a garantia se manifesta ou é negada, processos esses que se correspondem com outros tantos momentos e poderes do sistema jurídico constitucional, como o legislativo, o judiciário e o executivo<sup>52</sup>.

## 7.1 O lugar da garantia frente aos atos da administração

---

<sup>50</sup> Ibidem, p. 854.

<sup>51</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

<sup>52</sup> PEÑA FREIRE, op. cit., p. 193.

O exercício do poder executivo do Estado, através da administração pública, seja na estrutura judiciária, legislativa ou executiva, é o que tem maiores possibilidades de se tornar ao mesmo tempo garantia e anti-garantia de numerosos Direitos, alguns inclusive fundamentais.

Ao mesmo tempo em que a administração demonstra sua vinculação ao sentido político do poder legislativo, a sua subordinação institucional e a sua organização hierárquica, pesa sobre ela maior permeabilidade a incidências de interesses particulares ou setoriais não generalizáveis à sua atuação livre ou autônoma e sua propensão ao desvio das determinantes jurídicas que a afetam.

Estas características estão mais visíveis na administração pública do Estado Social do que do Estado Liberal, devido ao maior incremento das ações sob responsabilidade do Estado quando assumiu em seu ordenamento princípios éticos sociais como direitos fundamentais da pessoa humana. Toda problemática da administração pública contemporânea, envolta em propostas de reformulações, modernizações voltadas para a eliminação de formalismos burocráticos, novas formas de controle, novos modelos administrativos e as decorrentes da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro serão objeto de análise no próximo capítulo. Todavia convém adiantar a necessidade de uma dupla garantia simultânea frente à ação administrativa, como assinala Peña Freire: “*pleno sometimiento a derecho de actividad de la administración*” e “*control judicial integral de actividad administrativa*”<sup>53</sup>.

## **7.2 A sujeição da Administração Pública ao Direito**

A plena sujeição da Administração Pública ao Direito é uma exigência axiológica e estrutural do Estado Constitucional de Direito e de seus valores fundamentadores. Decorre da natureza unitária da constituição e do ordenamento jurídico que obriga aos seus poderes/funções se desenvolverem vinculados aos seus valores e princípios, corrigindo-se ou reduzindo-se qualquer prática desviada que possa ser produzida. Assim, quanto aos atos de execução, próprios da atividade administrativa de qualquer um dos poderes/funções, pode-se verificar constantemente sua conexão e relação com todas as outras normas do ordenamento. A apreciação do caráter

---

<sup>53</sup> PEÑA FREIRE, op. cit., p. 273.

substancial dessas normas possibilita que a validade dos atos do poder executivo ou suas normas possa ser afetada se este cai em algum tipo de desvio ou ilegitimidade jurídica em relação às determinações dos planos jurídicos superiores.

Como afirma Peña Freire

*En concreto, el sometimiento de la administración al derecho se verifica en primer lugar, a partir de su vinculación rigurosa a las habilitaciones y limitaciones legales, de tal forma que la actuación administrativa sólo sea posible cuando esté legalmente prevista y con el sentido y extensión que se deduzca de la norma habilitante<sup>54</sup>.*

Mesmo quando a administração atua sob o manto da discricionariedade, o faz sob a habilitação legal e nas margens em que a norma legal não defina nem precise com claridade o que fora programado. Nos sistemas presidencialistas, como o brasileiro, os órgãos superiores do poder executivo gozam de uma certa legitimidade democrática direta que lhes possibilita uma reserva de um âmbito normativo específico que pode imprimir um sentido determinado que pode ser distinto do maioritário na sede representativa<sup>55</sup>.

Cumprem papel fundamental no exercício da função administrativas os limites que lhe impõe não só a norma habilitante mas todo o direito. Assim, os princípios constitucionais administrativos são sede dos valores fundamentais e dos limites primeiros que vinculam a administração ao interesse geral ou interesse público. Todavia, como é próprio da natureza dos princípios e valores que a sua utilização se dê mediante juízos argumentativos, muitas vezes, o que poderia ser uma garantia do cidadão frente ao poder, pode ser tornar um espaço para o arbítrio.

A dupla sujeição da administração à lei e ao direito não demonstra incompatibilidade, mas complementaridade, que não coloca em risco, de forma alguma, o princípio da hierarquia administrativa. *“Podríamos afirmar que hacia el lado del*

---

<sup>54</sup> Ibidem, p. 274. (Em concreto, o submetimento da administração ao direito se verifica em primeiro lugar, a partir de sua vinculação rigorosa às habilitações e limitações legais, de tal forma que a atuação administrativa só seja possível quando esteja legalmente prevista e com o sentido e extensão que se deduza da norma habilitante.).

<sup>55</sup> Sobre o assunto cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993. 270 p. Principalmente o capítulo 3 que trata do Executivo e a atividade normativa secundária: os regulamentos. p. 215-252.

*legislador la administración está únicamente sometida a la ley, pero del outro lado, hacia los ciudadanos o el poder judicial su sometimiento lo es al derecho<sup>56</sup>.*”

### **7.3 O Controle da atividade administrativa<sup>57</sup>**

O que fora dito acima pode se resumir a uma simples falácia caso não haja mecanismos eficazes de controle da atividade administrativa nos ordenamentos jurídicos dos Estados Constitucionais.

O Controle da atividade administrativa do Estado constitui uma exigência intrínseca à estrutura dos Estados Constitucionais, pois

*El modelo normativo del Estado constitucional exige la **superación de la teoría de los actos políticos del gobierno** (...). Todos los actos de gobierno, como cabeza de la administración, han de ser controlables, sin que su contenido político sea motivo que justifique la carencia de control.<sup>58</sup>*

Outro ponto que merece destaque quando se trata do controle da atividade administrativa do Estado está na distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados na relação do ato com a norma que autoriza a atuação da administração. Assim, conforme assinalam García de Enterría e Ramón Fernández, o conceito jurídico indeterminado se configura quando “*la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites*

---

<sup>56</sup> PEÑA FREIRE, op. cit., p. 278. (Poderíamos afirmar que comparada ao legislador a administração está unicamente submetida à lei, mas de outro lado, comparada aos cidadãos ou ao poder judiciário seu submetimento é ao direito.).

<sup>57</sup> Sobre o conceito de controle da administração pública veja-se: CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. **Controle da Administração Pública: pressupostos teóricos para uma revisão conceitual**. Florianópolis. 1992. 162 p. Mestrado em Ciências Humanas – especialidade Direito – UFSC.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 279. (O modelo normativo do Estado constitucional exige a *superación da teoria dos atos políticos de governo* [...]. Todos os atos de governo, como cabeça da administração, não de ser controláveis, sem que seu conteúdo político seja motivo que justifique a carência de controle.). Sobre a Teoria dos Atos Políticos de Governo no direito brasileiro pode-se afirmar com Itiberê de Oliveira RODRIGUES que “no direito brasileiro existem atos políticos derivados diretamente da Constituição e como manifestação do exercício da função política ou de governo – popular ou do próprio Governo. Mas eles não se caracterizam pela insindicabilidade; esta é possível em todos os casos para a proteção - lesão ou ameaça – dos direitos subjetivos individuais ou coletivos e para a proteção dos interesses difusos em virtude da garantia constitucional do direito de ação e da impossibilidade constitucional de denegação do exercício da jurisdição.” RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Atos políticos ou Atos de governo**. mimeo. Pelotas, 1995. p. 37.

*no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto*”<sup>59</sup>. A discricionarietà, por seu turno,

*es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*<sup>60</sup>.

A constante confusão entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionarietà administrativa possibilita a atuação administrativa à margem da Lei e do Direito, ampliando-se assim o arbítrio e diminuindo-se as garantias da pessoa frente ao Poder.

A técnica do desvio de poder, consequência da estrita legalidade da atuação administrativa, também compõe o quadro do processo de controle da ação administrativa. A fórmula surgida da jurisprudência do Conselho de Estado francês, impõe que toda atividade “*administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente (y, por tanto, elemento necesariamente reglado), por la norma que atribuye la potestad para actuar*”<sup>61</sup>.

Já o controle dos *hechos determinantes*, que na doutrina administrativista brasileira é conhecido como controle que diz respeito ao *motivo*<sup>62</sup>, funda-se na idéia que todo poder discricionário se apóia em uma realidade de fato que funciona como pressuposto fático da norma cuja aplicação se trata. Trata-se, portanto, de averiguar o nexo existente entre o ato administrativo e seus antecedentes de fato, possibilitando-se assim o controle jurisdicional dos antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levam à tomada de decisão em determinado sentido<sup>63</sup>.

Por último, cabe a análise do controle pelos princípios gerais de direito. Pode-se afirmar com García de Enterría e Ramón Fernández que a

---

<sup>59</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, op. cit., p. 385. (a Lei refere uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisados em seu enunciado, não obstante o qual é claro que intenta delimitar uma hipótese concreta.).

<sup>60</sup> Ibidem, p. 386. (é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se preferir, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios extra jurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.), não incluídos na Lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração.).

<sup>61</sup> Ibidem, op. cit., p. 393. (administrativa deve dirigir-se à consecução de um fim, determinado sempre, expressa ou tacitamente (e, portanto, elemento necessariamente regulamentado), pela norma que atribui o poder para atuar.).

<sup>62</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 418.

<sup>63</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, op. cit., p. 397-400; MEDAUAR, op. cit., p. 418.



*Administración (...) no es un poder soberano, sino un organización subalterna al servicio de la comunidad, y por esta simplicísima e incontesbale razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general del Derecho en la materia de que se trate*<sup>64</sup>.

Por ora, convém apenas sublinhar que o os princípios gerais do direito não se tratam de uma abstrata e indeterminada invocação da justiça ou da consciência moral ou da discricionariedade do juiz, mas a expressão de uma justiça material especificada tecnicamente em razão dos problemas jurídicos concretos e objetivada na lógica das instituições<sup>65</sup>.

## 8 Considerações finais

Duas premissas básicas determinam o controle jurisdicional da administração no Estado Constitucional de Direito: a) o controle da administração faz parte da função jurisdicional, exclusivamente orientada à garantia dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos; e b) a administração está vinculada a estes direitos e interesses na medida em que não pode afetá-los e deve atuar para promovê-los e fazê-los efetivos<sup>66</sup>.

As garantias para a pessoa frente ao poder no sistema constitucional brasileiro, conforme posição defendida por Cademartori, deve ser verificada em todo o texto constitucional, não apenas no Título que lhe concerne<sup>67</sup>. Conforme ressalta o jurista garantista, o próprio texto constitucional no seu artigo 5º, § 2º afirma esta possibilidade:

Os Direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Ibidem, p. 400. (Administração [...] não é um poder soberano, mas uma organização subalterna ao serviço da comunidade, e por esta simplíssima e incontestável razão não pode pretender apartar em um caso concreto, utilizando um poder discricionário, a exigência particular e determinada que demanda de um princípio geral do Direito em matéria de que se trate.).

<sup>65</sup> Ibidem, p. 400. Veja-se também CASSAGNE, Juan Carlos. *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. 111 p.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1996. 182 p.

<sup>66</sup> PEÑA FREIRE, op. cit., p. 287.

<sup>67</sup> CADEMARTORI, op. cit., p. 172-5.

<sup>68</sup> BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 18, de 05/02/1998. São Paulo: Saraiva, 1998. 236 p.

O exame empreendido por Cademartori salienta algumas garantias implícitas, relacionando-as com os Direitos fundamentais objetos de sua defesa e proteção. Compreende o autor que as garantias implícitas são, na realidade, garantias *fundamentais*. Ou seja, qualquer tentativa de supressão ou modificação das mesmas deve ser considerada como atentado ao Estado de Direito. São listados como exemplos os artigos, pelo jurista garantista: 19, I (garantia da laicidade do Estado, garantia da igualdade de tratamento às diversas religiões e garantia da liberdade de culto); 19, III - garantia ao Direito de igualdade; 20, II – garantia ao Direito de todos ao meio ambiente; 21, XXIII – garantia do Direito à vida e à segurança dos nacionais, mediante vinculação a fins pacíficos e autorização do Congresso Nacional de toda atividade nuclear em território nacional; 23, I – garantia assecuratória dos fins do Estado de Direito; 23, II – garantia à pessoa portadora de deficiência física de cuidado de sua saúde, de assistência pública e proteção por parte dos poderes públicos. Destacam-se ainda como exemplos do discurso normativo garantista em nossa Constituição: a) aprovação de emendas constitucionais mediante *quorum* qualificado (art. 60, § 2º); b) instituição de tributos mediante, tão somente, lei complementar (art. 146, III); c) a limitação de atuação do poder econômico (art. 173, § 4º); d) a Ação Civil Pública (art. 129, III).

Cumpram-se ainda todo o rol de garantias processuais presentes no Título II da Constituição Federal, dentre as quais, destacam-se os instrumentos processuais do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), do mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXIX e LXX), do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), *habeas data* (art. 5º, LXXII); ação popular (art. 5º, LXXIII); também a Ação Civil Pública (art. 129, I e III).

Os princípios orientadores da atividade da Administração Pública constituem, na verdade, uma das formas mais originárias de garantia dos direitos dos cidadãos, incorporados pelo Estado Constitucional de Direito como deveres e como limitações do exercício do poder pelo aparelho burocrático do Estado.

## 9 Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *Teoria General del Derecho*. Bogotá: Themis, 1987. p. 20-25.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

- CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. **Controle da Administração Pública: pressupostos teóricos para uma revisão conceitual**. Florianópolis. 1992. 162 p. Mestrado em Ciências Humanas – especialidade Direito – UFSC.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade – uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.
- \_\_\_\_\_. **O Direito como sistema de garantias**. in: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de(Org.). **O novo em Política e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- \_\_\_\_\_. Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una Teoría Axiomatizada del Derecho, **Doxa**, [s.l.:s.n.], nº 20, p. 235-278, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo et FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I. 3 ed. Madrid: Civitas, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1996.
- GIANFORMAGGIO, Leticia. **Diritto e ragione tra essere e dover essere**. in: GIANFORMAGGIO, Leticia. **Le Ragioni del Garantismo**. Torino: Grappichelli, 1993.
- GUASTINI, Ricardo. *I fondamenti teorici e filosofici del Garantismo*. in: GIANFORMAGGIO, Leticia. **Le Ragioni del Garantismo**. Torino: Grappichelli, 1993.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998.

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

RESTA, Eligio. *La ragione dei diritti*. in: GIANFORMAGGIO, Leticia. *Le Ragioni del Garantismo*. Torino: Grappichelli, 1993.

SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.