

# Garantismo constitucional em consagração da democracia

Cristiano Aparecido Quinaia  
Fábio Alexandre Coelho

## RESUMO

Uma grande celeuma vivida nos tempos atuais diz respeito à eficácia normativa da Constituição, a forma como é interpretada e aplicada pelo Supremo Tribunal e efetivada por políticas públicas. Embora repleta de princípios, a ponderação e relativização por decisões ímpares conduziu à baixa densidade dos direitos fundamentais. O presente artigo aborda uma crítica à distinção entre as regras e princípios constitucionais, à luz da teoria do garantismo, buscando respostas para o problema da perda constante de força normativa da lei fundamental.

**Palavras-chave:** Constituição. Teoria. Princípio. Força. Garantismo.

## Guaranteeism constitutional in consecration of democracy

### ABSTRACT

Quite a stir lived nowadays concerns the regulatory effectiveness of the Constitution, the way it is interpreted and applied by the Supreme Court and by effective public policies. Although full of principles, weighting and relativization by odd decisions led to the low density of fundamental rights. This article discusses a critique of the distinction between the rules and constitutional principles in the light of guaranteeism theory, seeking answers to the problem of constant loss of normative force of the Basic Law.

**Keywords:** Constitution. Theory. Principle. Force. Guaranteeism.

## INTRODUÇÃO

Um dos temas mais delicados da atualidade diz respeito ao relacionamento entre os poderes e a Constituição, na forma como as funções legislativa, executiva e judiciária atuam à luz do constitucionalismo contemporâneo. Talvez a matiz mais importante guarde relação com o conceito que se tem no Brasil a respeito de normatividade constitucional, a partir da tradicional divisão entre princípio e regra que vem sendo praticada. Ancora-se na atuação dos órgãos do Poder Judiciário à luz da técnica de ponderação como solução ao aparente conflito entre as normas que se qualificaram doutrinariamente como princípios, envolvendo-os em um amálgama de possibilidade e imprevisibilidades.

---

**Cristiano Aparecido Quinaia** é Bacharel em Direito (2010), especialista em Direito Civil e Processual Civil (2014), mestrando em Direito Constitucional pelo Núcleo de Pós-Graduação Stricto Senso mantido pela Instituição Toledo de Ensino.

**Fábio Alexandre Coelho** é Mestre em Direito Constitucional – Sistema Constitucional de Garantias de Direitos – Instituição Toledo de Ensino (2001) – e Doutor em Direito Constitucional – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – Instituição Toledo de Ensino (2011). Procurador do Estado – Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Professor do Centro Universitário de Bauru (Instituição Toledo de Ensino) nos cursos de graduação e pós-graduação.

Se, na virada do século, a superação do positivismo foi a solução encontrada para enterrar o fascismo legalista, na atualidade é preciso encontrar novas ferramentas e formas de interpretar a Constituição, conferindo-lhe maior força e eficácia. Nesse contexto, emerge a teoria do jurista italiano Luigi Ferrajoli, denominada de garantismo constitucional em superação ao neoconstitucionalismo, como uma vertente que objetiva sobrepor o subjetivismo da ponderação à democracia dos direitos e garantias fundamentais.

O objetivo do presente trabalho é analisar as nuances que a classificação das normas constitucionais em princípios e regras tem produzido no Brasil, e, a partir do garantismo, verificar a possibilidade de se conferir maior força democrática à Constituição Federal de 1988.

## CIVILIZAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

Estado deriva do conceito da *Polis*, como a união daqueles cidadãos gregos que detinham capacidade e poder para exercer os atos da vida pública, em função e para a consecução da finalidade de seus membros. Dito de outro modo, embora o Estado seja uma entidade jurídica, criada pela sociedade politicamente organizada, na prática ele é estruturado por departamentos, órgãos, agentes, enfim, é visível aos olhos, por meio dos quais o poder é exercido em diferentes graus e com diversas finalidades.

A teoria da tripartição das funções data de longo prazo. A noção de divisão de competências ou funções foi sistematizada com maestria por Montesquieu, na obra “O Espírito das Leis”, lançada pela primeira vez em, 1748. A glória da obra de Montesquieu deve-se à organização com a qual teceu em minúcias as diversas faces do prisma que compõem o poder, ou seja, identificou pioneiramente as funções legislativa, executiva e judiciária.

Montesquieu empreendeu nesta obra a sua energia vital, viajando por diversos países e continentes, a fim de estabelecer a completo conhecimento o que de mais moderno se tinha em termos de organização política. Os últimos capítulos de sua obra foram por ele ditados e por seu discípulo reduzidos a termo, quando o mestre já estava quase cego. A obra, portanto, é uma verdadeira teoria geral política. Buscando defender a democracia dos vícios do monarca e do abuso do poder, estabelecendo claramente a divisão de funções do poder estatal, Montesquieu, em verdade, também trabalhou com o balanceamento das competências como ferramenta de controle dos abusos.

Assim, por exemplo, o monarca que legisla não pode ter a função de julgar, sob pena de contaminação do julgamento (MONTESQUIEU, 2000, p.91), modelos fundamentais que até hoje são respeitados e contidos nos documentos jurídicos de diversas sociedades. Sahid Maluf (2009, p.218) narra que a teoria de Montesquieu foi adotada integralmente quando na Convenção de Virgínia se enunciou o surgimento dos Estados Unidos da América, em 1776.

Diz-se que John Locke (2016, p.12) foi o precursor do ideal da divisão e balanceamento das funções do poder estatal, porém, em seu “Tratado sobre o Governo”

não há clara distinção entre a função executiva e a judiciária, chamando esta de função federativa a cargo do chefe do executivo.

Com o Estado organizado e com suas funções suficientemente identificadas dentro de um papel previamente estabelecido, exsurge mais uma vez a necessidade de se debruçar sobre o papel da função jurisdicional.

As tarefas do Executivo nunca causaram dúvidas sobre o seu escopo de propiciar a efetiva concretização das leis no plano da realidade, dirimindo os conflitos internos, representando seu povo na ordem jurídica internacional, responsável pelas finanças e execução orçamentária. Do mesmo modo, a função legislativa não causa maior dificuldade científica, uma vez que sua origem remonta à própria noção de organização da sociedade, do estabelecimento de regras básicas de convívio social.

A função que por último foi emancipada é a jurisdicional, que até pouco tempo na história contemporânea política e jurídica não chamava atenção, enquanto por muito tempo a lei foi suprema e não poderia ser contestada. A função jurisdicional ganha relevo e maior sistematização com o avanço do constitucionalismo como ferramenta de efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Não apenas traduz o monopólio (em regra) estatal na solução dos conflitos, como também a salvaguarda dos direitos em face de qualquer abuso a ser perpetrado pelo chefe do poder.

Nesse compasso, junto com Canotilho (2010, p.51) é de rigor destacar que o “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Limitação esta que não pode ser concebida apenas como aquela formal, disposta na Constituição, senão a partir de um processo que assegure tanto quanto praticamente o resultado fundamentalmente almejado.

Nesse contexto, a independência da função jurisdicional não significou apenas a emancipação do Poder Judiciário diante de sua monopolização e publicização, mas, ainda, a passagem da justiça para o plano do interesse público. O contexto econômico da época revela que a organização social de um povo está intimamente relacionada com a forma e a extensão com as quais os direitos podem ser usufruídos.

Fábio Comparato (1999, p.59) narra que os eventos que antecedem à outorga da carta ocorrem no século XII durante a guerra da Normandia e a disputa de terra entre Inglaterra e França, com o aumento paulatino dos impostos para financiamento da guerra. A *Magna Charta*, em vez de financiar os interesses da monarquia, passa então a agir para atender aos interesses do clero e burguesia. Não se pode olvidar, entretanto, que sua redação foi celebrada exclusivamente no interesse de um grupo específico, inclusive porque escrita em latim, língua dominada apenas pelos cultos da época que detinham acesso à alta cultura formal.

Interessante destacar que mesmo com oitocentos anos de existência a *Magna Charta* é considerada um marco no constitucional moderno, uma vez que consagra em seu bojo uma declaração formal e escrita de direitos com a limitação dos poderes do rei.

Fábio Comparato (2008, p.80) ainda enxerga neste texto o gérmen da moderna democracia regida não apenas pela lei, uma vez que “o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados”. Estes dois traços são marcantes durante todo o constitucionalismo, destacando-se, ainda, que em seu texto se encontravam muitas garantias de índole processual, a fim de que a nobreza não pudesse ter suas propriedades e seus bens espoliados pela atividade do rei.

Séculos adiante, mais uma vez vamos encontrar a simbiose entre o constitucionalismo e as garantias processuais, quando na assinatura das *Bill of Rights* na Inglaterra do ano de 1688, cujo objetivo era eliminar os privilégios estamentais. Por fim, esses elementos históricos serviram de base para a discussão em torno da formação do modelo federativo estadunidense, iniciado com o desenlace das Treze colônias submetidas à Inglaterra.

As colônias eram exploradas pelo domínio inglês, que se valia do comércio intercontinental como forma de obter recursos econômicos aptos a sustentar seu poderio na guerra e, assim, continuar a almejada expansão de seu território.

Decerto o grande território daquelas colônias, sob o ponto de vista social, prejudicava a comunicação entre seus cidadãos, com a conseqüente dificuldade de serem traçadas investidas. Assim, entre 1607 até a completa adesão das colônias ao pacto federativo, estiveram sujeitas ao domínio econômico do império inglês que apenas foi enfraquecido por conta da Guerra dos Sete Anos com a França. Somado ao descontentamento da alta de impostos cobrados para custear a guerra, as Treze Colônias deram azo à Guerra da Independência após a realização da Convenção de Filadélfia.

É deste período a publicação dos *Federalist Papers* por James Madison, John Jay e Alexander Hamilton que, por meio da imprensa de Nova York divulgavam os ideais revolucionários e da independência. Os artigos publicados tinham como missão engajar as colônias então independentes a aderirem a um pacto mais forte e indissolúvel e não aquela mera confederação então formada. Esta concepção inicial privilegiava a autonomia e soberania de cada uma das colônias, porém, pulverizava os interesses comuns dos cidadãos, dificultando a arrecadação, comércio e salvaguarda do território.

Conforme anunciava Hamilton (1840, p.1) no 1º artigo federalista “depois que a experiência vos mostrou, pela maneira menos equivocada, a insuficiência do governo federativo que atualmente existe, eis-vos chamados a deliberar sobre uma nova constituição para os Estados-Unidos da América”. Com efeito, o pacto confederativo, de um lado, outorgava soberania aos Estados-membros; de outro, porém, enfraquecia os laços que os uniam, sendo que qualquer um poderia abandonar quando julgasse conveniente.

Em países de dimensão constitucional, o modelo confederativo não atende às expectativas de estabilidade das relações jurídicas, sendo que o tratado não trazia a segurança que se necessitava para impulsionar o crescimento no período que se seguia após a Revolução Industrial.

A Constituição, por outro lado, revelaria um modelo de indissolubilidade do vínculo, em que cada um dos membros cede parcela de sua soberania, permanecendo apenas autônomo frente aos demais para dar vida à entidade União. A União dentro do território representa o poder e perante as demais entidades de Direito Internacional age em nome de todos os seus membros, representando política e juridicamente nos termos dos poderes que lhe são conferidos pela Constituição Federal.

Com a costumeira clareza, Dallari (1998, p.275) leciona que “a União faz nascer um novo Estado, e, concomitantemente, aqueles que aderiram à federação perdem a condição de Estados”.

## **DEMOCRACIA: DA ORIGEM AOS DIAS ATUAIS**

Em tempos modernos, nos países de democracia tardia, isto é, cujo avanço das dimensões de direito não foram gradativamente respeitadas, porém, sobressaltadas impostas pela Lei Maior, tem-se um inerente papel do Judiciário na construção dos significados, limites e concretização dos direitos. Etimologicamente, a palavra democracia deriva do grego *dēmokratía* que, em tradução literal, significa governo do povo ou exercido pelo povo, conforme se tem denominado o regime de governo pelo qual o povo tem o poder de expressar sua vontade política por meio do voto.

No início, aquele aglomerado de indivíduos sobreviviam em meio às adversidades do meio ambiente, fenômenos naturais ainda desconhecidos, bem como em relação ao ataque uns dos outros em estrita competitividade para satisfazer os mais primitivos instintos. Assim, ao início da civilização, não havia nem mesmo a noção de política.

Embora não haja consenso quanto ao real motivo da formação de grupos tribais, seja pela união de forças, ou por instinto de associação, certo é que em determinado momento surgiram núcleos familiares, tribos e comunidades que reuniam objetivos, armas e cultuavam idênticos deuses e religião. As primeiras regras estabelecidas nestes grupos por anciões configuravam a primeira notícia histórica que se tem a respeito da organização da convivência intersubjetiva, como mecanismo apto a propiciar a vida conjunta com um mínimo de regras que possibilitavam a sobrevivência.

Assim, a política surge como fenômeno de regulação da própria desigualdade, conforme destaca Hannah Arendt, “a política trata da convivência entre os diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças” (1993, p.7).

A noção de democracia está intimamente ligada ao de desenvolvimento político como capacidade de autogoverno de uma determinada nação ou povo, a partir de quando se torna possível identificar certos caracteres de organização e regulamentação.

Vivendo em conjunto, a emissão de leis passa de mera faculdade para verdadeira necessidade intrínseca de manutenção da paz geral e a possibilidade de desenvolvimento de atividades conducentes ao alcance de um bem comum. A forma, todavia, como as leis

são feitas é que difere no tempo e no espaço. Nesse compasso, surge a manifestação de diferentes formas de governo, ora confeccionando as leis por meio de manifestação dos próprios indivíduos, ora submetendo-os ao arbítrio de tiranos.

A democracia aparece, assim, em antigas civilizações como forma consensual de direcionamento dos planos e finalidades da sociedade (antiga *civitas*), nas imagens históricas da reunião do povo em torno dos teatros gregos e atenienses, onde eram tomadas as decisões e aprovadas às leis que regeriam doravante a todos.

O regime democrático conduz que as decisões sejam tomadas pelo povo, para o povo e, jamais, nada, pode ser decidido em contraposição ao interesse do povo naquele dado episódio histórico, conforme destaca Böckenförde “a pergunta pela essência da democracia tem uma resposta amplamente entendida: em essência a democracia significa autogoverno do povo, decisão autônoma sobre seus próprios assuntos” (2000, p.134).

O ideal democrático se alcançaria, é verdade, diante da possibilidade de que o povo, por todos seus integrantes, pudesse manifestar sua vontade conjunta e consensualmente, ao menos que, pela maioria, fossem tomadas as decisões. Somente por exceção se admitiria que a democracia nessa forma direta fosse mitigada com a nomeação de representantes ou eleição de colegiados assemblares responsáveis pelas decisões e criação das leis.

Nesse sentido, consoante hodiernamente se conhece, a democracia é privativamente representativa, com momentos de proposição direta pelo povo, consoante destaca Bobbio (2010, p.135) “da Idade Clássica a hoje o termo democracia foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político”.

No ponto, não se discute acerca da legitimidade do poder soberano do povo que, ao final e ao cabo, é o responsável pela constituição e existência do Estado, todavia, se indaga, filosoficamente, até que ponto todos os cidadãos estariam interessados em exercer efetiva e concretamente a democracia.

Em outras palavras, quais cidadãos poderiam se dedicar, e gostariam de dedicar, o seu tempo para assentarem-se e se pôr a discutir as diretrizes políticas que devem orientar a sua respectiva sociedade, destacando Böckenförde (2000, p.139) que “a vida dos indivíduos não se esgota na participação política, e tampouco tem nela seu centro de gravidade – em oposição quiçá da democracia ateniense, cujos cidadãos dispunham, como senhores, de escravos e servidores”.

Assim, razões de ordem racional e de ordem prática impuseram ao longo da evolução jurídica e política, que a democracia direta fosse cada vez mais mitigada dando lugar ao desenvolvimento da representatividade por meio do parlamento ou presidência, “porque é inevitável considerada a amplitude do território das comunidades políticas modernas e elevado número de sua população” (BÖCKENFÖRDE, 2000, p.135).

Na Grécia Antiga os atenienses se reuniam na Ágora, local para tomada das decisões acerca do destino político grego que, certamente, era viável em virtude da pequena quantidade de cidadãos que participavam da reunião.

Em termos atuais quando um Presidente é eleito por mais de 50 milhões de votos, tal qual o Brasil, torna-se, no mínimo, complexo o debate acerca da possibilidade de que haja um debate público similar ao modelo ateniense, importando, inclusive, pretensão certamente utópica.

A democracia refletiu no movimento constitucionalista de tal sorte que as atuais constituições consagram a fórmula do Estado Democrático de Direito, por meio do qual o ordenamento jurídico é composto por leis votadas por representantes eleitos para mandato por tempo certo e rotativo.

Destaca-se que na Constituição da República Federativa do Brasil, a forma democrática de governo se consagra como cláusula pétrea, não sendo passível de sofrer ataque pelo poder constituinte reformador, conforme dispõe o art. 64, §4º.

## **REPOSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO**

O problema da observância do Direito e da sua eficácia enfrenta um tema bastante preocupante de nossa atualidade, qual seja a inflação legislativa. Na ânsia de dar resposta ao seu povo, ou mesmo atender a determinados interesses, nos deparamos a cada dia com maior número de leis, regulamentos secundários, decretos, etc. Essa quantidade de regramentos prejudica a clareza de objetivo do Direito, o quê regula e como regula, interferindo na sua aplicação e no seu respeito, situação que foi caracterizada por Perez Luño (1994, p.61) como “hipertrofia legislativa” de um Estado que se tornou “máquina de fazer leis”.

Além da inflação legislativa em sentido estrito, assim consideradas apenas as espécies normativas editadas no âmbito do Congresso Nacional, ainda temos as medidas provisórias que agravam o cenário de demasiada desinformação (ÁVILA, 2002, p.39).

Se o objetivo da lei é informar uma sociedade o modo de comportamento, um modelo padrão de conduta, de outro lado a produção de leis em ritmo automatizado gera o problema da confusão, seja para as pessoas, seja para o interprete que se vê cercado de diferentes formas e fontes de condução de um caso. O legislador depara-se com um paradoxo, pois, para assegurar precisa regulamentar, todavia, de tanto buscar o regramento, acaba por conduzir-se em um arcabouço sem fim de leis que tentam a todo custo se complementar. É claro que parte desta confusão finalística deve-se à assunção pelo Estado de um modelo assistencialista, isto é, a adoção do padrão de Estado do Bem-Estar, que sai dos bastidores da omissão e toma para si as rédeas da promoção social de políticas públicas (ÁVILA, 2002, p.40).

Há, todavia, uma ponte que separa o devir legislativo e a concretização das tarefas sociais, consistente nos atos administrativos concretos, sem os quais, por maior que seja a quantidade de lei e por mais específica que ela tente ser, torna-se mera letra morta. De tal sorte, um dos pontos a ser criticado no modelo de Estado seguido ao menos no âmbito brasileiro, é a falta de comunicação e diálogo entre os poderes, o que ocasiona na bipolaridade do Executivo, que torna padrão a adoção de veículos legislativos (medida

provisória), ao invés de ver cumprida esta missão pelo Legislativo. Não faz bem à democracia à superação das funções básicas de cada poder, isto é, a constante adoção de medidas provisórias pelo Presidente e a tentativa desesperada do Congresso em suprir a ausência de mecanismos de individualização que caberia ao chefe do executivo implantar por meio de decretos e/ou resoluções.

José Eduardo Faria (2002, p.130) explica que este contexto disfuncional de leis e decisões judiciais apresenta-se “incapazes de eliminar incertezas e assegurar a identidade sistêmica do Direito Positivo”. A lei não é igual ao Direito, e o Direito não é igual ao sistema. Neste último, se contempla a existência daquela primeira – a lei – mais os alicerces morais que estão expressos como norma-princípio.

Em sustentação dessa teoria, o ilustre professor germânico nos traz 03 teses: da incorporação, qualificação e, por último, da correção (ALEXY, 2011, 86). Os modernos Estados criados a partir de uma Constituição histórica e democrática incorporam valores morais na forma de locuções abertas (*open texture*), como os conhecidos princípios da igualdade, liberdade, fraternidade. Defende-se, ainda, a inclusão de determinadas normas morais nas normas jurídicas, ou seja, um momento de simbiose, quando o participante já não se vale apenas de argumentos legais, senão também de caráter moral. Por fim, pelo argumento da correção toda decisão de caso adotada pelo participante corresponde à busca pela justiça, ou seja, pretende que seja a mais justa e corretamente valorada para o caso.

Um juiz que se situe em um sistema funcional cuja força motriz descende da Constituição decidirá – ou buscará decidir – de acordo com os fundamentos nela contidos e expressados por meio dos princípios, “nessa medida, a pretensão à correção leva a uma dimensão ideal, necessariamente vinculada ao direito” (ALEXY, 2011, p.97).

Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni destaca que com a organização do Estado, “naturalmente se conferiu ao cidadão o direito de recorrer ao Estado diante dos conflitos de interesses. Tal direito, que na verdade é uma contrapartida diante da proibição da autotutela, é denominado direito de ação” (2004, p.64).

A doutrina do *laissez-faire* (deixai fazer) foi por muito tempo o discurso do liberalismo econômico que pregava a livre regulação do mercado nas sociedades nas quais o Estado não intervinha na distribuição de riqueza. Ao modelo estatal, seguia-se a concepção dos remédios jurídicos e, por conseguinte, o processo não detinha o condão de efetivar direitos, mas apenas de resguardar as liberdades públicas recém-conquistadas.

O seu declínio começa com o fim da vida – importa dizer, logo após a Primeira Grande Guerra Mundial, com o oferecimento de risco à existência humana, que importava no risco da preservação da própria sociedade que deu origem ao Estado. O descalabro praticado contra a vida humana, a decadência da realidade social das nações envolvidas, a sobreposição da industrialização sobre a qualidade de vida, todos estes fatores conduziram à necessidade de instalação de políticas aptas a salvaguardar o homem dele mesmo.

Canotilho (1997, p.100), com peculiar percuciência, destaca que “o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos regulados serve de charneira



entre o Estado de direito e o Estado democrático”. E, para o caso de ineficácia dos procedimentos executivos e legais, poderá a pessoa valer-se do processo como instrumento apto a propiciar perante o órgão de justiça a deliberação acerca do descumprimento dos direitos e escopos sociais.

Ao contrário do Executivo e do Legislativo, que se podem omitir na criação de leis ou adoção de decretos de concretização de políticas, o Judiciário decide no processo mediante decisão concreta e postura ativa, não podendo se furtar à missão que lhe foi conferida na tarefa de transformação social como uma das funções do poder soberano do povo. Logo, à luz do constitucionalismo de Direito, ao Judiciário incumbe a tarefa de ser a ponte entre o texto da lei e realização prática de concretização de um direito declarado como de titularidade do cidadão.

A reivindicação dos direitos é iniciativa saudável ao desenvolvimento do Estado, não apenas porque descerra no plano fático a separação de funções, mais, ainda porque faz valer a pretensão de inclusão do indivíduo na tomada de poder. Neste sentido, Gustavo Zagrebelsky (2011, p.84) destaca que “la reivindicación de los derechos constituye una manifestación de vigor y madurez de una sociedade”.

Em *terrae brasilis* um dos expoentes do processualismo publicou a tese intitulada “A Instrumentalidade do Processo”, na qual o Professor Dinamarco apresenta também sua contribuição ao estudo do acesso à justiça. Evoluindo as ondas renovatórias, Dinamarco coloca em evidência dos escopos do processo que devem ser pensados por todos os operadores e pessoas, como premissa cuja absorção é ponto fundamental para a uma verdadeira guinada.

Frederic Jameson (1993, p.43) destaca que as características da pós-modernidade é justamente “sociedade pós-industrial, capitalismo multinacional, sociedade de consumo, sociedade de mídia etc.”. Esse expansionismo do consumo conduziu à multiplicação das relações jurídicas sob o pálio das leis do consumidor, com identificação de fornecedor que replicam os contratos na sociedade. Formam-se massas de consumidores de um mesmo produto, a partir da aquisição pela classe econômica em ascensão dos mesmos bens e serviços que antes não estavam acessíveis.

## **A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS**

Dentro da metodologia de estudo do Direito Constitucional, é válida a classificação de Direito Constitucional Positivo que condensa o exame do conjunto normativo em vigência em uma determinada sociedade. De acordo com a lição de José Afonso da Silva (2005, p.35), o Direito Constitucional Positivo tem por objeto “o estudo dos princípios e normas de uma constituição concreta, de um Estado determinado; compreende a interpretação, sistematização e crítica das normas jurídico-constitucionais desse Estado, tal como configuradas na Constituição vigente”.

Distinguem-se, assim, as regras e princípios como espécies derivadas da norma jurídica constitucional, isto é, em que pese todas pertençam ao mesmo arcabouço

normativo fundamental, exprimem diferentes horizontes de eficácia e validade. Em verdade, “os princípios são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico” (ROTHENBURG, 1999, p.18).

Ao que nos parece, esta classificação compadece com a infinidade que a segurança enquanto garantia fundamental pelo Direito possa ser outorgada à sociedade, distinta, consoante, visto, da própria segurança enquanto certeza do Direito. Uma vez previstos na Constituição, os princípios “passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins” (BARROSO, 2003, p.45).

O retrocesso é vedado, razão pela qual qualquer pretensão de exclusão de um princípio para o atingimento isolado de segurança também será inválida, por implicar em estabelecimento de um estado de coisas incompatível com a efetividade máxima que se deve extrair do texto constitucional.

Entre o absoluto positivismo que se preocupe apenas e tão somente com a validade orgânica da lei, concebida sob o crivo de um procedimento de sua produção, alinha-se a variante da busca pela justiça, sobretudo, em um ordenamento que consagre a Constituição como ápice de desenvolvimento social. Por isso, nos parece sólida e sensata a posição de Robert Alexy (2011, p.15) no sentido de que entre os extremos “é possível conceber muitas formas intermediárias” a partir das quais podemos conviver com o positivismo sem descurar da justiça, ou, tomar esta como estamento e obnubilar a validade e certeza que a lei traz ao homem.

O grande dilema é assumir que algo além da eficácia normativa é buscada com o Direito, que é um resultado prático justo e aceitável, em consonância com os valores e princípios erigidos como estandartes lógicos de um sistema constitucional.

Dizer que a Constituição se encontra no ápice piramidal de um sistema normativo não é apenas reconhecer que dela partam os procedimentos que sustentam a validade das normas a partir de seus órgãos estatuídos. É reconhecer que dela irradiam os valores morais das sociedades traduzidos em princípios fundamentais, objetivos fundantes do moderno Estado democrático de Direito, como se disséssemos que a Constituição é tudo, menos o que algum órgão ou agente quer que ela seja. “A aproximação quase-absoluta entre direito e norma rígida separação da Ética não compadecem ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinam a causa da humanidade” (BARROSO, 2003, p.43).

## **A TEORIA DO GARANTISMO CONSTITUCIONAL**

De acordo com Luigi Ferrajoli (2015, p.31) este modelo de constitucionalismo contemporâneo nada tem a ver com a superação ou ignorância ao positivismo e seu fundamental papel de superação das incertezas metafísicas do jusnatural. Liga-se à imanente ideia de complementação do ordenamento positivo, à subordinação da

produção normativa aos direitos fundamentais e sua segurança institucional. Em sua ideia garantística, implica “a subordinação da jurisdição a legislação; em seguida, a subordinação da legislação à Constituição”.

Nesta quadra do constitucionalismo, Luigi Ferrajoli (2015, p.64) insere a exigência pelo postulado da jurisdicionalidade, “o qual impõe que onde quer que existam normas e garantias primárias, também deve existir, contra as suas possíveis violações, normas secundárias, que predisponham a intervenção de garantias secundárias ou jurisdicionais”.

Se em algum momento o principiologismo foi necessário à defesa dos próprios escopos constitucionais de proteção da vida humana e da liberdade contra os abusos do nazismo e fascismo, por outro lado relegou à sociedade moderna e pós-industrial o enigma da interpretação.

A previsão de princípios conduziu a busca da justiça com a argumentação subjetiva construída por cada juiz e por cada tribunal que, à seu modo e entendimento, aplica razoavelmente e proporcionalmente o direito ao caso concreto. Eis a chave do insucesso da teoria dos princípios que buscou resolver o problema da injustiça da teoria pura: conduz à arbitrariedade da aplicação do direito e condiciona a eficácia ao subjetivismo ideológico.

Para se resolver um problema, criaram-se vários outros, chamados de princípios, que hoje possibilitam “claro e atual perigo ou de qualquer outra forma de ponderação” (FERRAJOLI, 2012, p.109). Um mesmo princípio é aplicado em diferentes sentidos no mesmo território e época, porém, por diversos ângulos com pontos de vista distintos, o que implica na redução da eficácia normativa do texto constitucional. Este o perigo que se coloca fator de “claro e atual perigo” ou de qualquer outra forma de ‘ponderação’.

Na crítica do Professor Ferrajoli (2016, p.11) essa divisão não passa de um sofisma, pois, “princípios e regras são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e à sua consequente aplicação”. Se quiser conhecer-se o teor da Constituição do Brasil não basta ler aquela lei fundamental publicada em cinco de outubro de 1988, mas, também o que o Supremo Tribunal Federal conferiu de sentido ao texto ao longo dos anos. Mas, não é só: o constitucionalismo não se constrói apenas dos dispositivos constitucionais, senão que os direitos nela previstos são regulados por leis, sobretudo, federais, como ocorre com os benefícios sociais, saúde, educação e cultura.

E estas leis também são constantemente interpretadas à luz daquele que o STF chamou de constitucional sob o predomínio político e econômico em voga, sempre com o discurso do que é razoável e proporcional.

Assim, embrenha-se a força da Constituição por um túnel que à meia-luz, ou melhor, dizendo, à luz de velas, no qual se enxerga na penumbra e de longe, ao fim do caminho, o que de fato compõe a ordem jurídica fundamental.

Fugir do positivismo jurídico é ignorar a necessidade humana da busca pela segurança jurídica, de se ater a alguma previsibilidade comportamental e consequencial, de tal sorte que a vida possa obter um projeto de vida. “Certeza representa a delimitação precisa, a convicção indiscutível, o conhecimento perfeito de um ato ou fato” (COELHO, 2014, p.166).

Não há como se cogitar de uma normatividade de índole constitucional se não houver certeza quanto ao conteúdo do direito, sua dimensão, sua eficácia, sua validade, sem tais características se tem um ordenamento, porém, apenas no papel, sem respeito social. Mota (1996, p.46) acentua a origem etimológica da palavra certeza, do latim *cernere*, ver claro, discernir, no sentido de “um firme assentimento ou concordância da mente com a verdade”, exigindo a objetividade das proposições que compõem o Direito. No latim a palavra segurança deriva de *securus*, aquilo que não precisa de cuidados, ou seja, algo que por si só se protege assim como deve ser a Constituição cujo conteúdo é claro tenha força.

Essa certeza apenas é possível de ser alcançada se todo seu texto, inclusive aqueles valores fundamentais sejam considerados regras em sentido estrito, isto é, que não apenas aperfeiçoam, mas, efetivamente são coercitivas ao Poder Público, que não possam ser apaziguadas pelo Judiciário.

A segurança nos conduz, assim, a um “panegírico: ela nos assegura a possibilidade de prever o futuro, e nos prepara para ele” (RADBRUCH, 2016). A nota da previsibilidade interfere na vida individual e coletiva. É um escopo de todos.

Trata-se de uma falácia que contém um erro normativo grave: todas as normas constitucionais possuem carga de otimização, porém, nem por isso perdem sua rígida eficácia e podem ser aplicadas ao bel-prazer. Constituição é, acima de tudo, lei, e como tal é regra que deve ser respeitada, devendo-se com isso afastar o jeitinho brasileiro, o modo autêntico de *terrae brasilis* constantemente alterar sua jurisprudência e da noite para o dia mudar o entendimento sobre o conteúdo.

Essas manobras conduziram ao esvaziamento da densidade constitucional, perda de seu reconhecimento e respeito, o que se busca retomar com o garantismo defendido pelo italiano Ferrajoli, no sentido de que todas as normas são regras, sendo apenas uma questão de linguagem adotada pelo legislador.

A sociedade atual, no risco que vive, passa por um momento que precisa de segurança para chegar à justiça, não de intérpretes justiceiros que a seu modo pretendem ditar o conteúdo da constitucional com o risco à democracia e pluralismo. O plano normativo sofre com a “redução da capacidade de regulação do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e pela tendência do poder político em se libertar dos controles jurídicos e a deslocar-se a lugares invisíveis e extrainstitucionais” (FERRAJOLI, 1995, p.10).

A Constituição é o texto primário, o contrato social de um Estado assim entendida a sociedade politicamente organizada, daí porque sua eficácia já conduzirá a um modelo de justiça almejado pelo povo. Por si o texto se basta, sem necessidade de falsos tradutores

que deturpam seus sentidos e suas raízes para favorecimento da elite dominadora presente no parlamento e que decide não com base no interesse social, mas, no que um presidencialismo consegue um acordo.

A velha sujeição à lei nos moldes positivistas já não basta, pois, o que se busca não é a sujeição do juiz e do Estado à lei pelo simples fato de ter observado o procedimento legislativo, “mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição” (FERRAJOLI, 1997, p.100).

A experiência tem demonstrado que a busca pelo interminável conceito de justiça a partir da ampla liberdade que se conferiu aos aplicadores do direito pode ser muito perigoso, afinal, nem os gregos, com todo o desenvolvimento filosófico que lhes é próprio, conseguiram dar apenas um conceito de justiça.

Melhor, assim, lutar pela eficácia e aplicabilidade da Constituição como se todos seus dispositivos contivessem regras que não autorizam dedução casuística, mas, apenas a concretude que a lei exige, desafiando a boa-fé do agente administrativo, do político e do jurista.

A formulação do texto da norma constitucional é indiferente, se vem como regra ou como princípio, pois, esta distinção “não é apenas um fato de ênfase retórica, mas também tem uma relevância política”, porque nela se concentra uma parcela do poder imanente das multidões, daí, “a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos da soberania popular” (2012, 109).

Afinal, como conclui o mestre de Firenze, “os direitos fundamentais são universais (*omnium*), eles consistem em normas, isto é, em regras” (FERRAJOLI, 2016, p.12), sendo salutar o afastamento do mítico caráter de princípios como algo que possa ser manipulado e sopesado.

## CONCLUSÃO

O Direito enfrenta o cenário da civilização evoluindo conforme a necessidade de cada realidade: pré-moderna, liberalismo, capitalismo, nazismo, fascismo, e, atualmente, a questão que se coloca da sociedade pós-industrial ou pós-moderna. À guisa de atender ao multiculturalismo e as mais variadas tendências políticas, interpretações de toda sorte tem surgido para explicar o texto constitucional, implicando na perda de sua identidade.

Para superar o paradigma que o positivismo teórico implicou ao problema da justiça social e o fascismo legislativo dele resultante, emergiu a teoria dos princípios, como ferramenta de ponderação do rigor das leis à luz da moralidade pública. Ocorre que a sociedade atual reclama por segurança jurídica, previsibilidade e certeza, o que

tem sido relegado ao segundo ou terceiro plano (depois do interesse político e da questão orçamentária), em razão das inúmeras possibilidades que oferecem aos intérpretes.

Luigi Ferrajoli trouxe uma importante e nova vertente de compreensão da quadra atual do constitucionalismo, qual seja o garantismo, segundo a qual todos os poderes estão submetidos à Constituição e ao cumprimento dos direitos fundamentais. Logo, a força normativa da Constituição se torna possível de ser alcançada em se defendendo que seu texto é composto de regras, sejam com descrição maximalista ou simplista, mas, sempre regras cuja eficácia e aplicação sobrepõem-se ao crivo da boa vontade do intérprete, do aplicado e do gestor da coisa pública. Não há distinção normativa entre regra e princípio, senão que se baseiam apenas em técnicas de conteúdo redacional, mas que não perdem sua força, devendo incidir sem margem de dúvida ou de manipulação pelo intérprete.

É hora de superar mais uma vez o velho pragmatismo teórico que tem conduzido a sociedade às variantes hermenêuticas, mormente no momento atual no qual a teoria dos precedentes é tão cogitada. Não será possível trabalhar com força dos precedentes se não se respeitar a força que a própria lei fundamental contém e que é inexorável. Os conflitos entre leis brasileiras devem ser solucionados no âmbito jurisdicional, já a omissão deve ser sanada pelo Poder Legislativo, de forma a preservar as instituições democráticas consagradas pela Constituição (FERRAJOLI, 2012, p.113).

Para atingir o escopo de segurança jurídica e efetividade dos direitos fundamentais faz-se imprescindível a observância da divisão das funções dos poderes, de forma a preservar a democracia consagrada pela Constituição, sob pena de se cair em profundo abismo de subjetivismo e vontade política das majorias.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n.217, jul./set. 1999, p.55-66, Rio de Janeiro: Renovar.
- \_\_\_\_\_. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ARENDR, Hannah. *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand, 1993.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Editorial Trotta, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- COELHO, Fábio Alexandre. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Edipro, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2016.

\_\_\_\_\_. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. *A democracia através dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *O Direito como sistema de garantias*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

JAMESON, Frederic. O pós-moderno e a sociedade de consumo. In: KAPLAN, E. Ann (Org.). *O mal-estar no pós-modernismo: teorias e práticas*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, p, 25-44.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *La seguridad jurídica*. Madrid: Ariel, 1994.

MADISON, James. *O Federalista*. Rio de Janeiro : Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1840. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. São Paulo: Edipro, 2000.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Filosofia do Direito*. Disponível em: <<http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 8, jan./mar. 2000, n.30, p.146-158.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo, LTr, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2011.