
A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE NAS NORMAS JURÍDICAS: um estudo a luz das doutrinas de Luigi Ferrajoli e Konrad Hesse

THE QUESTION OF LEGITIMACY OF LEGAL NORMS: a study the light of the doctrines of Luigi Ferrajoli and Konrad Hesse

PABLO FRANCIANO STEFFEN ¹

DANIEL MAYERLE ²

RESUMO: Este artigo apresenta uma breve abordagem acerca do conceito de legitimidade na doutrina garantista de Luigi Ferrajoli, a fim de cotejá-lo com a idéia de 'escavação interna' trazida por Konrad Hesse, com o propósito de oferecer uma reflexão sintética, mas clara, sobre a questão dos limites que podem ser impostos aos direitos fundamentais. Para tanto, a pesquisa inicialmente traz uma noção da categoria legitimidade na doutrina garantista e após trabalha os conceitos de 'conteúdo essencial' e 'escavação interna', para a partir destas compreensões, com a ajuda do garantismo, refletir sobre os limites das possibilidades de limitação em matéria de direitos fundamentais.

Palavras-chave: conteúdo essencial. direitos fundamentais. escavação interna. Garantismo. legitimidade.

ABSTRACT: This article presents a brief overview about the concept of legitimacy in garantism doctrine Luigi Ferrajoli in order to collates it with the idea of 'internal excavation' brought by Konrad Hesse, in order to provide a synthetic reflection, but clear on the issue of limits that can be imposed on fundamental rights. To this end, the research initially brings a sense of legitimacy category in garantista doctrine and after working the concepts of 'essence' and 'internal excavation', for from these understandings, with the help of garantismo, reflect on the limits of the possibilities of limitation on fundamental rights.

Keywords: essential content. fundamental rights. internal excavation. garantism. legitimacy.

1 Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/SC), Linha de Pesquisa - Princiologia Constitucional e Política do Direito. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Gestão e Direito Tributário pelo Complexo de Ensino Superior Santa Catarina (CESUSC). Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI/SC). Advogado. E-mail: pablo@bca.adv.br

2 Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/SC), Linha de Pesquisa - Princiologia Constitucional e Política do Direito. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Constitucional. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI/SC). Advogado. E-mail: daniel@bca.adv.br

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o propósito de denotar se a efetiva realização dos direitos constitucionais é ou não, uma condição para legitimar um Estado democrático de direito. Este estudo tem como teoria de base a doutrina do garantismo jurídico, criado pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli³, hoje professor da universidade de Roma III.

Para tanto, inicialmente discorre-se sobre a questão da legitimidade no modelo garantista, a fim de destacar que tal categoria para o garantismo não guarda relação somente com critérios formais de inserção da norma no ordenamento jurídico, mas sim, agrega em seu conceito, além da forma, a questão substancial, externada pela coerência da referida norma com as outras que se encontram gravitando no ordenamento jurídico, respeitando-se sempre a hierarquia das fontes.

Na sequência, passa-se a teorizar a dualidade entre as doutrinas que teorizam a função do Estado, ou seja, se procura separar a visão de Estado como fim em si mesmo, ou seja, a visão de que o Estado é uma instituição que tem o direito como meio reforçamento e conservação do *status quo*, e as doutrinas que entendem que o Estado é um aparelho criado para a consecução de determinados fins concebidos pela ordem constitucional, isto é, a visão de que no Estado o direito é um instrumento para a realização dos referidos fins constitucionais.

Após discorrer sobre a importância de se ter claro, qual é a *ratio* do Estado, ou seja, ter bem definido a que senhores o Leviatã Estatal deve servir, passa-se então a discutir a necessidade de concretização dos direitos constitucionais para a construção de uma democracia substancial legítima, posto que em um modelo de Estado que não se propõe a somente perpetuar-se no poder, faz-se mister garantir que certos direitos idealizados pelo constituinte como fundamentais, sejam – de fato – realizados.

2. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE NO MODELO GARANTISTA

As modernas democracias constitucionais não podem mais justificar a obediência dos cidadãos as normas que lhes são postas, unicamente pela força⁴, atualmente para que uma norma seja aceita, exige-se que a mesma tenha um conteúdo coerente com os princípios e valores máximos expressados através do ato constituinte.

Tal fato se dá, porque com a introdução das constituições rígidas a partir da segunda metade do século passado, o paradigma até então reinante que era o da onipotência do legislador, cambia consideravelmente, eis que as aludidas constituições rígidas introduzem o padrão da rigorosa subordinação das normas a uma “específica jurisdição de legitimidade a uma lei superior: a constituição hierarquicamente supraordenada a legislação ordinária.” (FERRAJOLI, 2011a, p. 34-35).

Veja-se que a ideia de legitimidade no garantismo, difere então da concepção defendida por Hans Kelsen⁵, pois o jurista alemão considera legítima toda norma válida, ou seja, toda norma que seguiu os requisitos formais para ser introduzida no ordenamento jurídico, de tal forma que legitimidade fica equiparada à legalidade.

Este novo paradigma, muda a natureza e o papel da jurisdição e da ciência jurídica como um todo, pois com a possibilidade da existência de normas inválidas, se exige uma nova postura, mais crítica e constitucionalmente comprometida (FERRAJOLI, 2011a, p.35), capaz de interpretar e aplicar as leis em consonância com os direitos fundamentais, que seja capaz, inclusive, de censurar as normas que não se coadunem com a matriz constitucional.

Tais mudanças, como dito, alteram significativamente o paradigma epistemológico da ciência jurídica (FERRAJOLI, 2011a, p.36), pois reclamam uma ciência jurídica crítica e engajada, diferente do modelo reinante até então, que era avaliativo, ou seja, somente explicativo.

Tem-se então, que a ideia de legitimidade no sistema garantista, tem relação direta não só com os critérios formais de inserção da norma no ordenamento, mas principalmente, com a coerência⁶ da norma com os ditames constitucionais (FERRAJOLI, 2011b, p.877-878), de maneira que será então ilegítima, toda a regra que não guardar a necessária aderência⁷ aos significados expressados na constituição. (FREITAS, 1999, p.85).

Neste norte, Ferrajoli (2011b, p.855) lembra que no ordenamento jurídico existe uma hierarquia das fontes, ou seja, as normas jurídicas não se encontram todas no mesmo nível hierárquico (GARCIA DE ENTERRIA, 1985, p.48-49), mas sim, se acham distribuídas em níveis hierárquicos distintos (FERRAJOLI, 2011b, p.877), de maneira que uma norma de grau inferior tem como fonte outra norma de grau superior,

3 Para uma completa nota bibliográfica sobre a vida e as obras de Luigi Ferrajoli vide a seguinte obra: Lucia (2011).

4 “O poder nunca se apoia exclusivamente na força. É impensável uma relação política que descansa exclusivamente na coerção dos súditos, mas antes exige-se uma fundamentação para o mesmo. Com efeito, a força é elemento indispensável para o exercício do poder, mas ela nunca pode ser o seu fundamento exclusivo. Assim, a força é fator necessário do poder, mas nunca suficiente por si só para obter uma relação de obrigação política por parte dos súditos.” (CADEMARTORI, 2006, p.115).

5 “O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade” (KELSEN, 1998, p.146).

6 “Trata-se, enfim, da distinção entre o bom e o mau governo, preocupação que perpassa o pensamento político ao longo de toda a nossa tradição.” (CADEMARTORI, 2006, p.116).

7 “Sair desse quadro monótono de negligência sistêmica supõe enfrentar a crônica falta de controle da legitimidade constitucional de leis e atos normativos pela própria administração pública, negligência que só tem produzido torrentes de processos judiciais repetitivos e quase infundáveis.” (FREITAS, 2011, p.151-152).

que lhe dá legitimidade⁸, e esta norma, por sua vez, legitima-se em outra que lhe é superior e assim sucessivamente, até se chegar a uma fonte originária, que é o poder constituinte. (FERRAJOLI, 2011b, p.855).

Desta forma, como já bem denotava Hesse (1998, p.233) “nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão”, de maneira que se faz oportuno trazer a lume a questão das limitações excessivas aos direitos fundamentais, posto que mesmo em uma ordem democrática, os agentes do Estado também estão sujeitos às tentações do abuso de poder, de modo que podem acabar por transformar os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, em meras declarações, despidas de efetividade prática.

Nesta toada, a fim de melhor entender o problema das limitações excessivas aos direitos fundamentais, se faz necessário perscrutar o que Hesse chamou de “escavação interna dos direitos fundamentais”, e o respectivo “conteúdo essencial” dos mesmos, conforme se verá no tópico precedente.

3. A QUESTÃO DA ESCAVAÇÃO INTERNA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, esclareça-se que dado o objetivo do presente trabalho, não se abordará as questões relativas às origens, fundamentos, dimensões/gerações e a própria conceituação da expressão ‘direitos fundamentais’, posto que tais aspectos não são o mote do presente estudo.

Ao que interessa ao presente ensaio, cumpre denotar, conforme esclarece Hesse⁹, que os direitos fundamentais não são inatos ao homem, isto é, eles não são garantidos independentemente da ordem jurídica positiva, de maneira que para que os mesmos se concretizem, se faz necessário que eles sejam não só previstos no ordenamento jurídico, mas também, que a ordem estatal organize e dote tais direitos de proteção e, quando necessário, limitação.

Muito embora possa soar estranho num primeiro momento, falar de limitação de direitos fundamentais é até bem lógico que os mesmos careçam de algumas limitações¹⁰, pois em um universo de recursos limitados, onde não se pode dar tudo a todos, onde direitos colidem entre si, é necessário se restringir a fruição de alguns direitos fundamentais, a fim de que os mesmos possam se realizar, albergando as situações tidas como mais importantes a se proteger, tendo em vista os valores eleitos pela ordem constitucional, alcançando assim, uma eficácia ótima do sistema.

Desta feita, um sistema ideal de direitos fundamentais, seria então aquele que sacrificaria o mínimo possível de tais direitos e privilegiaria sempre, os direitos fundamentais mais importantes em uma dada situação fática.

Todavia, a tarefa de restringir o mínimo possível os direitos fundamentais nos casos em que uma mitigação se faz necessária, nem sempre se mostra simples, pois na prática, muitas vezes exageros são cometidos ou restrições são impostas, a fim de privilegiar interesses menos importantes do que aquele direito fundamental que é mitigado.

Desta feita, sendo certo que a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais não é ilimitada, torna-se imprescindível estabelecer qual seria o limite do limite, ou seja, definir até que ponto se poderia limitar um direito fundamental.

Tal estabelecimento de balizas para a assinalada possibilidade de restrições é necessária para coibir o que Hesse cunhou de “escavação interna”, ou seja, o excesso de limitações legais, as quais acabam por minar internamente os direitos constitucionalmente assegurados, os quais, muito embora formalmente vigentes¹¹, restam ineficazes¹², posto que não aplicados quando necessário.¹³

Aproveitamento abusivo ou excessivo das reservas legais, que conduz a isto, que direitos fundamentais, apesar da continuidade de vigência formal, não mais possam cumprir sua função objetiva, sejam escavados internamente. (HESSE, 1998, p.264).

Neste diapasão, a fim de garantir que a Constituição mantenha a sua efetividade, faz-se mister respeitar que Hesse denomina de “garantia do conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, prevista no artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental alemã, a qual estabelece que

8 “A cimentação da sistematicidade constitucional ocorre por força da amálgama trazida pela natureza e pela hierarquização dos princípios fundantes e fundados do ordenamento jurídico” (FREITAS, 2002, p.187).

9 “Direitos fundamentais não são “naturalmente”, isto é, pré-juridicamente e pré-estatalmente assegurados, senão só lá onde eles fazem parte da ordem jurídica positiva estatal. Sem garantia, organização e limitação jurídica pelo Estado e sem proteção jurídica, os direitos fundamentais não estariam em condições de proporcionar ao particular um status concreto, real de liberdade e igualdade, e de cumprir sua função na vida da coletividade,” (HESSE, 1998, p.232).

10 “Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais” (TAVARES, 2010, p.56).

11 “‘Vigente’ es el acto formal dotado de una forma conforme al menos con algunas de las normas formales sobre su producción.” (FERRAJOLI, 2011b, p.499).

12 “Lhamo ahora ‘eficacia; a la causalidad jurídica, esto es, a la capacidad de un acto para producir en virtud de una regla que lo prevé.” (FERRAJOLI, 2011b, p.266).

13 “d) uma norma é “eficaz” quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).” (CADEMARTORI, 2006, p.102).

“em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.”¹⁴

Hesse explica que o “conteúdo essencial” de um dado direito fundamental inicia “lá onde as possibilidades diferenciadoras – de limitação admissível terminam” (HESSE, 1998, p.267), ou seja, a dita garantia do conteúdo essencial é um *locus* de intangibilidade constitucional, onde sob pretexto algum haveria a possibilidade de mitigação do direito fundamental, isto é, além do ponto onde se inicia a essência de um dado direito fundamental, não é dado a nenhum poder do Estado, nem mesmo o legislativo, interferir a fim de restringi-lo.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais é aquele que demarca a zona central do conteúdo e que conta com a proteção mais intensa, contra restrições. É, por isso, chamada por Hesse de zona protegida contra a ‘escavação interna’. Todos os bens que se encontram nesse conteúdo materialmente essencial à existência do direito são condições inafastáveis para que ele tenha serventia ao seu titular. (MENKE, 2008, p.59).

O que se proíbe então é o esvaziamento de um dado direito fundamental por meio de limitações excessivas¹⁵, isto é, se veda que restrições (mormente legislativas) que tornem tal direito, constitucionalmente assegurado, em uma mera folha de papel (como diria Ferdinand Lassale) com pouco ou nenhum valor prático.

Segundo Hesse¹⁶, tais limitações a atos que atentem ao âmago dos direitos fundamentais, resultam do imperativo de harmonização entre bens jurídicos tutelados e direitos fundamentais, a fim de que tendo em vista o que Ferrajoli chama de hierarquia das fontes¹⁷ (Hesse fala em proporcionalidade), chegue-se a maximização (eficácia ótima) dos interesses envolvidos, ou seja, que se avizinha uma “concordância prática” entre interesses e normas jurídicas envolvidas.

Desta feita, tem-se então que a garantia de conteúdo essencial promana que não se pode mitigar um direito fundamental além de dado ponto, isto é, para usar os termos de Ferrajoli, tem-se uma “esfera do indecível”¹⁸ que nem mesmo a maioria politicamente eleita¹⁹, nem mesmo o judiciário tem legitimidade para se imiscuir.

Destaque-se que muito embora não haja previsão expressa de tal garantia de conteúdo essencial em nossa constituição (exceto para as cláusulas pétreas previstas no § 4º, do art. 60), tal garantia pode ser inferida não só da própria natureza dos direitos fundamentais encaixados constitucionalmente, mas também, do sistema jurídico amalgamado pelo Estado Democrático de Direito ora posto, visto que não seria coerente reduzir direitos eleitos como fundamentais a uma espécie de grau zero de eficácia²⁰, a fim de beneficiar outros valores não privilegiados constitucionalmente.

Aqui não se procurará estabelecer especificamente no que consiste o conteúdo essencial de um direito fundamental, posto que tal tema é complexo e comporta várias teorias²¹ (objetiva, subjetiva, generalista e individualizadora (CHEQUER, 2013), as quais demandariam um estudo mais aprofundado que não é comportado no presente ensaio.

Para o desiderato deste ensaio, não sendo possível delimitar amiúde o conteúdo essencial de um direito fundamental, interessa ao menos consignar a ideia de que o ordenamento jurídico é um instrumento que em grande medida (muito embora não exclusivamente) é posto a serviço da realização do princípio da dignidade da pessoa humana, logo, o conteúdo essencial de um direito fundamental, na maioria das vezes, deve ser aquele que escuda a aludida dignidade humana.

Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais. (SARLET, 2011, p. 91).

14 Disponível no website do parlamento da Alemanha (Bundestag), em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

15 “A uma escavação de direitos fundamentais por limitações excessivas, a Lei Fundamental procura opor-se pela barreira material da garantia do conteúdo essencial do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental. Ela indica nada mais que as barreiras da limitação de direitos fundamentais, acima (número de margem 318) expostas, resultantes da tarefa da concordância prática.” (HESSE, 1998, p.266).

16 “A tarefa da concordância prática requer a coordenação “proporcional” de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais [...] na interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em uma reserva legal trata-se de deixar ambos chegar à eficácia ótima.” (HESSE, 1998, p.255).

17 “La relevancia teórica de esta escala consiste en reflejar los vínculos formales y sustanciales impuestos por cada norma a las fuentes subordinadas como condición de su vigencia y de su validez.” (FERRAJOLI, 2011b, p.855).

18 “los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible: de lo no decidible que, o sea, de las prohibiciones correspondientes a los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, o sea, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.” (FERRAJOLI, 2011b, p.775).

19 “São invioláveis, nem mesmo a lei, expressão do princípio da maioria, pode proibir ou prejudicá-los, vez que expressam as opções fundamentais da democracia. Isso manifesta de forma mais absoluta o princípio de que as necessidades do indivíduo prevalecem quando cotejadas com as do poder público. Quem governa fá-lo-á de acordo com as necessidades dos cidadãos.” (MIGLIANO, 2010, p.121-122).

20 Ou “«grau zero» de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais” como diria Canotilho. (CANOTILHO, 2004, p.109).

21 Sobre tais teorias vide: Branco; Coelho; Mendes (2009, p.350-355).

Saliente-se, todavia, que não se pode advogar a total identificação com o primado da dignidade humana, com conteúdo essencial de um direito fundamental, isto é, conforme denota Sarlet (2011, p.143-144), eles não se confundem totalmente, posto que nem todos os direitos fundamentais encartados na Constituição de 1988 apresentam um conteúdo em dignidade, e nem sempre uma limitação de um direito fundamental corresponde também a violação da dignidade humana.²²

Neste norte, independentemente da concepção ou teoria adotada para definir/demarcara o conteúdo essencial, tem-se que uma vez limitado um direito fundamental, se tal restrição vulnerar a dignidade do indivíduo, ter-se-á por invadido o conteúdo essencial do referido direito fundamental, isso é, a dignidade humana em muitos casos (muito embora não em todos) pode ser a fita métrica mais adequada para estabelecer a fronteira do conteúdo essencial de um direito fundamental.

Mais do que nunca, é então oportuno rememorar a lição de Hesse, quando ele aduz que dado a importância dos direitos fundamentais “para o status do particular e para a ordem total da coletividade, o importante é, exatamente, na limitação dos direitos fundamentais, levar a sério a Constituição escrita” (HESSE, 1998, p.250), afinal, como aduz Canotilho, a Constituição não é apenas “uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia” (CANOTILHO, 2001, p.245), de maneira que o efetivo respeito aos direitos fundamentais, aí incluída a garantia contra as escavações internas oriundas do próprio Estado, deve ser uma preocupação constante não só dos poderes instituídos, mas principalmente da ciência jurídica, a qual, dentro de uma visão garantista, que não acredita na inocente ideia de existência de um “poder bom”, alça a ciência jurídica de uma função somente descritiva²³ do direito (acrítica e contemplativa), para uma tarefa de crítica interna do atual direito positivo.²⁴

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O garantismo de Ferrajoli parte da premissa que a democracia constitucional está em crise (FERRAJOLI, 2011a, p.412), e parcela considerável dessa crise, pode ser acreditada ao enfraquecimento das instituições de garantia, as quais, segundo ele, vêm sofrendo de tal pusilanidade em razão de uma crescente absolutização dos poderes instituídos.²⁵

Em nomes de tais interesses, algumas vezes chegam inclusive a advogarem discursos de que o ordenamento jurídico deve ser flexibilizado e que certas garantias (constitucionais) devem ser mitigadas em nome de outros valores como a celeridade, a segurança ou mesmo a governabilidade do Estado, discursos estes, que muitas vezes não encontram grandes obstáculos²⁶ para serem introduzidos no ordenamento jurídico, o que malfadadamente acaba por colocar em risco os direitos fundamentais, posto que tais flexibilizações muitas vezes acabam por ferir o aludido “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais encartados constitucionalmente, tornando-os desta feita, em meras declarações desnudas de concretude.

Desta maneira, em meio a tal crise democrática, onde a Constituição muitas vezes deixa de constituir, diria Streck (2003, p.274), a atual conjuntura reclama que não só os teóricos da ciência jurídica, instituições e autoridades públicas, mas a Sociedade como um todo, se empenhe na cotidiana tarefa de denunciar os vezos de ilegitimidade do ordenamento jurídico (CADEMARTORI, 2006, p.220), pois os guardiões desse sistema não podem quedar-se apáticos frente a tais ameaças, ou seja, não podem “manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens, sem qualquer levante/resistência constitucional.” (ROSA, 2003, p.81).

Afinal, o que o garantismo jurídico almeja, é a ideia de “Constituição símbolo”, fique no passado, e que, presentemente, se edifique e fortifique o conceito de “Constituição-instrumento-de-cidadania”²⁷, articulada através de uma teoria dos direitos fundamentais que se em-

22 “De todo modo, o que se pretende destacar neste contexto, assumindo-se a simplificação e a necessidade de maior desenvolvimento, é o fato de que nem toda a violação de um direito fundamental corresponde, ao mesmo tempo e necessariamente, a uma violação da dignidade da pessoa humana, sequer implicando (de modo cogente) a violação do conteúdo em dignidade que o direito fundamental atingido possa ter.” (SARLET, 2011, p.144).

23 “A tese positivista da presunção de regularidade dos atos do poder, calcada na visão acrítica e contemplativa do jurista, é negada, sobretudo porque fundada na (ingênua) noção a existência de um “poder bom”. Não basta a sintonia da norma com os parâmetros formais estabelecidos para sua validação. Visto que eles nada garantem. Imprescindível é sua harmonia com os direitos e garantias que expressam a racionalidade material (substantiva) do estatuto fundamental” (CARVALHO, 2001, p. 103).

24 “Para Ferrajoli el constitucionalismo democrático provoca cambios trascendentales que también alcanzan a la ciencia jurídica, transformando a ésta en una ciencia crítica y no meramente descriptiva.” (LORA, 2005, p. 259).

25 “O que se tem percebido é a disseminação de práticas legais e administrativas regidas pelo princípio da capacidade normativa de conjuntura a instaurar uma nova normatividade paraconstitucional que obedece a parâmetros alheios à cultura jurídica, como reflexo de uma verdadeira “colonização” do jurídico pelo econômico.” (CADEMARTORI, 2006, p.233).

26 “O autoritarismo crescente do Estado não vem encontrando resistências significativas, nem mesmo por parte dos juristas, uma vez que a ênfase posta no desenvolvimento econômico faz parecerem antiquadas e formalistas, até mesmo ridículas e anti-sociais, as preocupações que, aparentemente, são manifestações de exagerado apego a requisitos formais.” (DALLARI, 1994, p.172).

27 “Hoje, a nosso ver, a circunstância histórica clama por uma teoria dos direitos fundamentais engajada, que sirva de instrumento de transformação e luta das minorias ainda discriminadas, mormente nos países capitalistas periféricos. Uma teoria dos direitos fundamentais que seja capaz de extrair das normas constitucionais todo o seu conteúdo social, dando-lhes o alcance que deveriam ter e possibilitando a eficácia que se almeja delas. Uma teoria dos direitos fundamentais que expurgue a Constituição-símbolo e faça emergir a Constituição-instrumento-de-cidadania” (MOREIRA GONÇALVES, 1997, p.40).

penhe em assegurar que as instituições de garantia possam – substancialmente – manter os direitos fundamentais, protegendo assim o cidadão contra escavações internas de tais direitos.

Desta maneira, tem-se então, que a legitimidade das normas jurídicas, depende da verdadeira aplicação dos direitos e garantias fundamentais²⁸, com o mínimo de restrições possível, a fim de dotar de real concretude as opções fundamentais eleitas constitucionalmente; aplicação dos direitos fundamentais esta, que, aliás, é o único meio de mediação entre a vontade popular e a jurisdição. (FERRAJOLI, 2011b, p.829).

Em suma, o garantismo preocupa-se em manter a supraordenação dos princípios constitucionais, a todos os poderes, a fim de que se possa construir uma democracia substancial, apta a não só frear a natural tendência do poder de se absolutizar²⁹, mas também, capaz de ser um eficaz bastião na defesa dos direitos fundamentais, face às forças que insistem em tentar impor uma lógica de eficiência (ROSA, 2012, p.143), em detrimento das garantias fundamentais.

Assim, ao teorizar esta tensão entre o dever ser constitucional (expectativa normativa) e o ser legislativo, trazendo à tona a questão do direito constitucionalmente ilegítimo, aí incluída a questão da escavação interna, o garantismo deixa claro que qualquer outra interpretação que aplaque a efetiva aplicação dos direitos fundamentais³⁰ em nome de outros valores, deve ser de pronto repelida, pois Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade em relação aos direitos fundamentais, nem mesmo para o legislador, o qual está umbilicalmente vinculado à Constituição.

REFERÊNCIAS

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001.
- CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- CARBONELL Miguel; SALAZAR, Pedro *et al*. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2005.
- CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CHEQUER, Cláudio. O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação). São Paulo. *Jornal Carta Forense*, 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em: 23 jun. 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 18. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011a.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011b.
- FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.
- FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores. 1999.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

28 Nesta senda, destaque-se que: “As melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo as suas eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecedora da eficácia direta e imediata” (FREITAS, 2002, p.206).

29 “En el rechazo de la idea misma de un «poder bueno» y en la contención del tendencial absolutismo de cualquier poder está el papel conferido por la razón jurídica moderna primero la legislación y después la constitución.” (FERRAJOLI, 2011a, p.45).

30 “Com efeito, muitos desses direitos, quais sejam, os fundamentais, devem prevalecer sobre quaisquer interpretações de cunho utilitarista, hoje apresentados sob a roupagem de interesse geral ou interesse público, utilizadas inúmeras vezes pela Administração na sua atuação discricionária. Assim sendo, tais direitos passam a ser limitações intransponíveis pelo Poder Público na sua interação com os administrados.” (CADEMARTORI, 2001, p.175).

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. Tradução de: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCIA, Paolo Di. *Assiomática del Normativo*. Filosofia Critica del Diritto in Luigi Ferrajoli. LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011.

MENKE, Cassiano. *A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIGLINO, Arnaldo. *A Cor da Democracia*. São José: Editora Conceito Editorial, 2010.

MOREIRA GONÇALVES, Flávio José. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago *et al.* (Coords.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da *et al.* Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*. Volume 8, nº 2, p.257-301, maio/ago. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Recebido em: 16/12/2015

Aprovado em: 28/01/2016