

O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

THE CONSTITUTIONAL RULE OF LAW

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto¹

Resumo: Para entender o momento atual, em que as Constituições são colocadas como o centro de uma estrutura política de onde irradiam sua força normativa, é fundamental conhecer as bases do Estado Constitucional de Direito. Para tanto, necessário rever o significado do Estado de Direito, seu surgimento, suas fases e, principalmente, seu esgotamento como formulação política apta a controlar o exercício do poder. Só então, possível analisar de forma adequada como se deu a construção do Estado Constitucional de Direito e quais os seus principais elementos.

Palavras-chave: Poder Político. Estado de Direito. Estado Liberal. Estado Social. Estado Constitucional de Direito. Constituição.

Abstract: To understand the current situation, in which the Constitutions are placed as the center of a political structure from where radiate their normative force, it is essential to understand the foundations of the Constitutional Rule of Law. For such, it is necessary to revise the meaning of the Rule of Law, its emergence, its phases, and especially their exhaustion as political formulation able to control the power exercise. Only then, one can analyze properly the construction of the Constitutional Rule of Law emergence and what are its main elements.

Keywords: Political Power. Rule of law. Liberal State. Social Status. Constitutional Rule of Law. Constitution.

Considerações iniciais

O objetivo do presente artigo é ressaltar os elementos que influenciaram de modo decisivo a construção do que se convencionou chamar de “Estado Constitucional de Direito”. Apontado como superação do “Estado de Direito” – estrutura em que se sustenta todo o poder político desde o surgimento do Estado Moderno – tem sua origem em fatos sociais e econômicos que indubitavelmente marcaram o século XX.

Para isso, em um primeiro momento será abordado o surgimento do Estado de Direito e os elementos teóricos que o sustentam. A origem da expressão, fortemente ligada à concepção em torno do poder político, os fundamentos decorrentes do contrato social, o império da lei e a ideia de que, melhor que um governo de homens, é um governo de leis.

Após, será revisto o seu percurso histórico. O surgimento em sua feição liberal e seu esgotamento sob o aspecto não só político, mas também teórico, com sua versão

¹ Mestre e Doutor em Direito (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC (UNIVALI) e do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Juiz de Direito de 2º Grau (Desembargador Substituto) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).

social. Afinal, sob sua égide é que se deram as grandes barbáries do século XX, todas embaladas pelos regimes totalitários e sua justificativa própria para exercício do poder político.

Por fim, o Estado Constitucional de Direito. Seu aparecimento como superação do debilitado “Estado de Direito”, a renovação das bases teóricas, seus objetivos e, ainda, a colocação das constituições como elemento central do Estado. Além disso, os elementos que o caracterizam e que possibilitam reconhecer inúmeros Estados, como é o caso do Brasil, como efetivos e concretos Estados Constitucionais de Direito.

1 O Estado de Direito

Como dito acima, essencial para conhecer de forma adequada o percurso desenvolvido até o momento atual, o qual coloca a Constituição no centro da estrutura política, é preciso examinar com especial cuidado os conceitos fundamentais da grande estrutura que lhe dá apoio desde o seu surgimento nos primórdios do Estado Moderno, o Estado de Direito.

De início, destaque-se que seu ponto fundamental reside no poder, elemento que une as duas expressões que lhe dão origem (Estado e Direito), o que fica evidente ao se examinar o poder político. Dele, os juspositivistas do século XVIII salientaram a coação que, em sua visão, era o elemento central do Direito e se sobrepunha à justiça apregoada pelos jusnaturalistas. Para eles, juspositivistas, o Direito é a justificação do poder do Estado e do governante, afastando-se de outras ordens, por exemplo, a tradição ou a religião, concepções comuns à Idade Média.

Isso, porém, não significa afirmar que os jusnaturalistas não entendessem a coatividade como elemento característico do Direito, apenas não lhe conferiam o mesmo peso. Consideravam a justiça como elemento central do Direito, característica minimizada pelos juspositivistas clássicos que, como já visto, o compreendiam mais como coação e menos como o que é (ou deveria ser) o justo. Mas, apesar dessa diferença entre o caráter valorativo e o caráter de autoridade, em um ponto concordavam: tanto para uns como para outros, a coação (o poder) tinha papel instrumental de grande importância na realização dos fins do Direito (ATIENZA, 2007, p. 116).

Foi a partir dos contratualistas modernos (como Hobbes, Locke e Rousseau) que pensar a coatividade como um dos elementos do Direito ganhou corpo, dando-se a vinculação ao poder político e, conseqüentemente, ao Estado. A força do Direito é política e estatal e decorre do “pacto social”, fórmula que explica a passagem do estado de natureza para o estado de sociedade civil: no primeiro, os indivíduos possuem certos direitos naturais que não podem fazer valer, ou não podem possuir de maneira segura, senão chegando ao segundo momento em que instituem um poder político capaz de lhes assegurar esses direitos.²

² No dizer de Manuel Atienza: necessitam de “un poder capaz de imponerse a cada uno de los individuos: ese poder soberano, que surge y se fundamenta con el pacto social, es lo que hace que los derechos

A esses autores, soma-se Emmanuel Kant, filósofo alemão do século XVIII que aderiu ao pensamento de Rousseau no que se refere ao pacto social como origem do poder político, com uma diferença, porém: para ele, trata-se de um “todo racional” e não de um fato histórico, dando-se um processo de racionalização com sua transferência da esfera sociológica para a esfera normativa.³

Como se percebe, ainda que por caminhos diferentes, todos esses filósofos optaram por uma explicação do pacto social e da passagem do estado de natureza para o estado civil com a transformação dos direitos naturais (vida, liberdade, etc.) em direitos civis, a partir do reconhecimento de que o Direito é inseparável do Estado. É justamente daí que resulta o “Estado de Direito” como categoria própria, onde “Direito” e “Estado” se apresentam como dois aspectos da mesma realidade: se, por um lado, o Direito se mostra como direito estatal (Direito do Estado), por outro, o Estado também se apresenta a partir do Direito, já que seu poder só será legítimo se submetido ao Direito (ATIENZA, 2007, p. 127).

Dessa forma, pode-se definir o Estado de Direito como o Estado de Direito racional, isto é, o Estado que realiza os princípios da razão em e para a vida em comum dos homens, tal como estavam formulados na tradição da teoria do Direito racional,⁴ e apresenta como características principais: 1) a renúncia a toda e qualquer ideia de um objetivo pessoal do Estado, já que seu objetivo é o interesse de todos os indivíduos; 2) a limitação das tarefas do Estado à liberdade e à segurança da pessoa e da propriedade; e, 3) a organização do Estado e a regulação de sua atividade segundo princípios racionais que giram em torno do reconhecimento de direitos básicos de cidadania (liberdades em geral), igualdade jurídica, garantia da propriedade, independência dos juízes, governo responsável e império da lei elaborada com participação da representação popular (BÖKENFÖRDE, 2000, p. 20).

Sem desconsiderar a importância da impessoalidade e da limitação das tarefas do Estado sustentada pelos liberais, a verdade é que – dos três aspectos mencionados – o último deles merece um destaque especial, já que – para a existência de um verdadeiro Estado de Direito – é fundamental que o poder esteja submetido ao Direito, o que somente ocorrerá se houver um Estado em que ele, o poder, e a sua atividade, estiverem regulados e controlados pela lei. Daí o acerto em se afirmar que “*El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el ‘imperio de la ley’: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la voluntad general*” (DÍAS, 1998, p. 29).

naturales pasen a ser derechos civiles” (2007, p. 117). Também a esse respeito, Norberto Bobbio se manifesta em Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant (1997, p. 119).

³ Nas palavras de Norberto Bobbio: “o contrato social para Kant não é um fato histórico, mas um ideal da razão. Que significa esta transformação da doutrina tradicional? Significa que o Estado não é de fato fundamentado no consenso, mas deve estar fundamentado no consenso, ainda que de fato tenha-se originado da força. Significa em outras palavras que o consenso é um ideal a que o Estado deve visar, é uma exigência na qual qualquer Estado deve inspirar-se. Não é um acontecimento empírico, mas um ideal racional que, enquanto tal, vale independentemente da experiência” (1997, p. 125).

⁴ Lembra Ernest Wolfgang Bökenförde: “el Estado del derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional” (2000, p. 19).

Aqui se alcança uma das marcas fundamentais do Estado de Direito, em que se privilegia o pensamento de que o governo das leis é melhor que o governo dos homens. Trata-se de uma discussão que sempre acompanhou os debates a respeito do Estado, firmando-se a opção pelo primeiro modelo, não se questionando, contudo, o fato de que se trata de leis positivadas por quem detém o poder, restando apontar quem estabelece as normas para ele, o detentor do poder. A esse respeito, Bobbio afirma que duas foram as respostas que surgiram: a primeira ressaltando que seriam elas leis naturais ou decorrentes da tradição (como no caso de Antígona), a segunda indicando a existência do grande legislador, o homem sábio. Foi esta a mais destacada para justificar a aceitação das primeiras constituições escritas, que “nascem sob o signo da missão histórica extraordinária de quem instaura, com um novo corpo de leis, o reino da razão, interpretando as leis da natureza e transformando-as em lei positiva com uma Constituição saída, de um só jato, da mente dos sábios” (BOBBIO, 2010, p. 97).

A partir daí, a positivação tornou-se regra, abrindo caminho para que, anos mais tarde, já no século XX, Hans Kelsen apresentasse o que é considerado como sua grande contribuição ao assunto: colocar de lado uma compreensão do Estado a partir de um ponto de vista sociológico – em que ele era visto como uma forma de organização social – e privilegiar o ponto de vista jurídico, vale dizer, o Estado como órgão de produção jurídica. Como aponta Bobbio (2010, p. 57), foi com Kelsen que o Estado ficou definitiva e totalmente resolvido no ordenamento jurídico, desaparecendo a compreensão que o via como entidade diversa do Direito, “que dele regula a atividade dedicada à produção e à execução de normas jurídicas”.

Entendido sob o aspecto histórico, o Estado de Direito é uma estrutura política que assumiu diversas formas ao longo dos anos. Ainda que de modo embrionária, sua presença é notada já no século XIII, quando ocorreu um processo de organização dos territórios europeus motivado por três fatores sociopolíticos: 1) a existência de um senhor com “*imperium*”, ou seja, com o poder de fazer justiça, cobrar tributos e convocar exércitos; 2) a existência de uma assembleia representativa com funções de limitar o poder do senhor e de colaborar na administração; e 3) a presença de regras em substituição aos costumes, iniciando-se um lento processo de positivação dessas regras (FIORAVANTI, 2004, p. 14).

A formação de grandes territórios foi o que, na visão de Bobbio, contribuiu de modo decisivo até mesmo para a discussão a respeito do nome “Estado”, já que se buscava utilizá-lo para designar somente o novo, recusando-se essa nomenclatura para as organizações políticas existentes antes daquele período, em especial, as localizadas na Antiguidade. A tentativa era clara: anunciar o novo e romper com a tradição política anterior, visão que é destacada pelos autores que colocam a dissolução da sociedade medieval como um elemento anterior ao processo de formação dos grandes Estados territoriais. Sustentam a não continuidade entre os ordenamentos de antes (da Antiguidade ou da idade intermediária) e os da época (os da Idade Moderna), considerando “o Estado como uma formação história que não só não existiu sempre, como nasceu numa época relativamente recente” (BOBBIO, 2010, p. 68).

Os argumentos a confirmar essa tese estavam ligados justamente à organização dos territórios e ao exercício da soberania através da monopolização de serviços essenciais, produção de normas jurídicas, recolhimento de impostos, organização de exércitos, tudo como descrito por Max Weber, ou seja, “o Estado Moderno definido mediante dois elementos constitutivos: a presença de um aparato administrativo com a função de prover a prestação de serviços públicos e o monopólio legítimo da força” (BOBBIO, 2010, p. 69).

Abstráida essa discussão, que não tem lugar neste momento, o que se percebe também é que o surgimento deste novo ente, o Estado Moderno, está calcado em algumas mudanças de compreensão a respeito de questões que sempre acompanharam a vida do homem em sociedade, em especial em dois pontos.

O primeiro diz respeito à relação entre Estado e sociedade, posto que se rompera uma tradição secular surgida na Antiguidade. Todas as análises eram então feitas a partir da organização política, a sociedade considerada como apenas uma parte da primeira. A vida social do homem era analisada a partir da organização política. Contudo, a partir dos processos revolucionários dos séculos XVIII e XIX, deu-se uma clara inversão, de modo que “pouco a pouco a sociedade nas suas várias articulações torna-se o todo, do qual o Estado, considerado restritivamente como o aparato coativo com o qual um setor da sociedade exerce o poder sobre o outro, é degradado à parte” (BOBBIO, 2010, p. 61).

O segundo se reporta à relação governantes-governados, já que – também historicamente – a análise do Estado sempre se fez a partir do olhar e da atuação dos governantes (ponto de vista do governante), a ele dedicando-se boa parte dos escritores políticos; situação que se alterou no início da Idade Moderna com a incorporação dos direitos naturais e a concepção de que o cidadão tem direitos (bem-estar, segurança, propriedade e resistência a leis injustas). Desse entendimento, resultaram as Declarações de Direitos do século XVII – com especial ênfase para a francesa e a americana – nas quais está claramente colocada a ideia de que o governo é que serve para o indivíduo, e não o contrário, princípio que exerceu grande influência sobre todas as Constituições que vieram depois.

2 O Estado de Direito Liberal

De início, importante é frisar que há uma tendência a identificar “Estado de Direito” com “Estado Liberal”, o que pode ser explicado não só porque os fatos históricos que dão origem a um e a outro são os mesmos, mas também porque ambos têm como pano de fundo a limitação do poder do governante. Assim, apesar das tentativas de se localizarem as origens do primeiro em tempos mais remotos, não há dúvida de que o Estado de Direito se vincula, em sua origem e desenvolvimento, ao Estado Liberal, mas sem esgotar-se neste último, já que as formulações feitas para o Estado de Direito têm a possibilidade de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos, como é o caso do Estado de Direito Social, o que se verá mais adiante.

Dos pontos em comum entre os dois (Estado de Direito e Estado Liberal), o principal é o conceito do “império da lei”, sob o qual está edificada toda a estrutura do Estado Liberal em que se dá a transformação da lei em expressão maior do Direito. Esse conceito fundamenta três importantes elementos políticos e jurídicos ainda presentes na sociedade contemporânea, a saber: 1) a presunção de liberdade, que é o princípio da legalidade afirmado no art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que está dito que “Tudo o que não está proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena”; 2) o princípio da reserva legal, de modo que só a lei poderá disciplinar o exercício dos direitos individuais; e, por fim, 3) a Constituição, documento maior do ordenamento, que garante direitos e separa poderes, como bem diz o art. 16 da Declaração já referida: “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos e nem a separação dos poderes não possui Constituição”.

De todos eles, sem dúvida alguma, o item que trata do surgimento das constituições é o que merece maior destaque, já que – além de abrigar e garantir os dois primeiros – é a partir daí que se tem um documento que se torna a “Lei” principal na estrutura do Estado de Direito. Isso ocorre não só porque nela foram depositadas as principais noções de como deveria ser o Estado (declaração de direitos e separação de poderes), que tanto animaram os liberais na concretização de seu objetivo maior, qual seja, acabar com o Antigo Regime, mas também, e principalmente, porque se tornou pressuposto da própria existência do Estado.⁵

A partir daí, firma-se entender que, sem Constituição, não haveria Estado, já que esse documento passa a ser a “*estructura jurídico-política de un estado concreto, que, a su vez, se integra como momento en la estructura total del Estado y de la sociedad*” (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 109).

A Constituição liberal torna-se instrumento fundamental do Estado de Direito Liberal, já que através dela se dará o controle do poder, seja pela declaração de direitos de oposição diante do Estado ou pela separação de poderes, outra característica importante sustentada pelo ideário da época. O controle do poder político ocorre por seu intermédio, expressão maior do “império da lei”, sendo ainda por meio da Constituição que se percebe e verifica a conexão entre Direito e poder. Isso acontece porque: 1) o poder do Estado se exerce através do esquema estabelecido na Constituição; e 2) o poder social se faz estatal segundo os caminhos estabelecidos também pela Constituição, cabendo ainda ressaltar que as funções do Estado adquirem um significado especial, já que são exercício de poder, “*no de mero poder, sino de poder ejercido con arreglo a normas jurídicas, que está organizado por normas jurídicas y que actúa según y en virtud de normas jurídicas*” (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 109).

⁵ Como disse Emmanuel Sieyès, poucos meses antes da Revolução Francesa, em um documento intitulado “O que é o Terceiro Estado?": “É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que se preencham as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é que chamamos de Constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela” (SIEYÈS, 2001, p. 48).

Como movimento informado pelo liberalismo, evidente que a Constituição assume e conforma essa orientação, na medida em que prevê todos os mecanismos necessários ao desenvolvimento do ideário liberal, dentre os quais ganha relevo o individualismo, no caso de caráter abstrato e como ponto de partida para que cada um possa desenvolver a singularidade de sua existência individual. Para isso, usam três caminhos: 1) o reconhecimento de direitos individuais que criam uma esfera de liberdade diante do poder do Estado; 2) um princípio de organização do poder de maneira que se limite a si mesmo e, ainda, garanta os direitos individuais; e 3) a submissão da atividade do Estado a regras jurídicas claras com eliminação do arbítrio que possa violar os direitos individuais (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 144).

Por tudo isso, é possível identificar as principais características do Estado Liberal, a saber: 1) império da lei, sendo esta a expressão da vontade geral; 2) divisão de poderes e submissão da administração pública ao princípio da legalidade, sempre tendo em vista a impossibilidade de concentração de poder nas mãos de um só e a possibilidade de submissão dos atos a controle jurisdicional; e 3) a declaração de direitos e liberdades fundamentais, no caso, direitos de oposição diante do poder do Estado (CONDE, 1999, p. 95).

Como se verá mais adiante, essa formulação e os postulados liberais levados a extremos deram origem a graves problemas, com especial ênfase para os de ordem social. Embora o individualismo associado a uma base de apoio sustentada por uma sociedade burguesa-capitalista tenha possibilitado ao Estado Liberal sustentar um dos seus pontos fortes, a defesa intransigente da propriedade e sua colocação como “direito inviolável e sagrado” (art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), de todas as suas insuficiências, não há dúvida de que esse fator desencadeou a maior delas. Isso porque uma proclamação desse porte em um contexto capitalista gerou uma deficiente proteção aos direitos e liberdades daqueles que não eram proprietários, que nem mesmo direito a voto tinham, de modo que a lei – que teoricamente era para ser vontade geral e expressão da soberania popular – tornou-se vontade de um pequeno grupo e expressão da “soberania nacional” (DÍAS, 1998, p. 42).

A partir daí surgiram outros problemas relacionados ao esvaziamento produzido pela influência juspositivista presente no Estado Liberal desde a sua formação. Foi através dele que se produziu a ideia de redução de Direito a lei, o que contribuiu para a construção do novo modelo político dotado de um instrumento materializado e não metafísico. Em troca disso, o Direito positivo recebeu o espaço necessário para o desenvolvimento de seus postulados.

É bem verdade que isso se deu a um alto preço, já que o Estado de Direito experimentou, em função disso, uma grande perda de substância ao se converter em uma mera fórmula política vazia, que poderia ser aplicada a todo e qualquer tipo de Estado. Preparado que foi pelo jusnaturalismo com a redução do Direito a pura razão independente da vontade, sofreu a retirada de seu conteúdo, o que se concluiu com Kelsen e sua sustentação de que, sob o ponto de vista juspositivista – incompatível com toda espécie de direito natural – todo Estado tem que ser Estado de Direito em sentido formal: “[...] *puesto que todo Estado tiene que construir un orden, un orden coactivo*

de la conducta humana, y este orden coactivo, sea cualquiera el método – autocrático o democrático – de su creación, y cualquiera que sea su contenido tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales. Éste es el concepto del Estado de Derecho, que se identifica tanto con el concepto del Derecho como con el del Estado” (KELSEN, 2002, p. 153).

Destaca Garcia-Pelayo: “[...]surgido como concepto polémico frente al Estado autoritario, intervencionista y burocrático del absolutismo, parte de la base de que el Estado ha de renunciar a preocuparse por la felicidad y el bienestar de los ciudadanos para limitarse a garantizar la libertad del despliegue vital de cada cual y que tal misión queda agotada con la positivación y mantenimiento del orden jurídica” (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 157).

Essa opção, qual seja, negar a responsabilidade pela felicidade dos cidadãos para dedicar-se à garantia de sua liberdade, não se deu sem consequências. No final do Século XIX, após um momento de liberalismo levado ao extremo, chegou-se a um quadro social dos mais desagradáveis em relação aos níveis de miséria e fome, indicando claramente o esgotamento desse modelo como postura política, econômica e social.

Como bem disse Hobsbawn, “Eram três as possibilidades abertas aos pobres que se encontravam à margem da sociedade burguesa e não mais efetivamente protegidos nas regiões ainda inacessíveis da sociedade tradicional. Eles podiam lutar para se tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar” (HOBSBAWM, 2000).

Tal situação havia sido bem compreendida por Marx e Engels, sendo precisa a afirmação feita por Bonavides, quando diz que o Manifesto do Partido Comunista de 1848 “poderia ter começado com as mesmas palavras do Contrato Social. Na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: ver o Homem escravizado” (BONAVIDES, 1996, p. 172), concluindo mais adiante: “Rousseau queria a libertação política do Homem; Marx, a liberdade econômica” (BONAVIDES, 1996, p. 173).

Se, antes, quando da Revolução Francesa – fato histórico que mundializou o ideário liberal – o problema era a opressão pela questão política, para Marx o problema tornou-se econômico, pois era através do dinheiro que as pessoas eram cerceadas em sua liberdade.

3 O Estado de Direito Social

Com o objetivo de superar as dificuldades apresentadas pelo Estado de Direito Liberal, surge como alternativa o modelo do Estado de Direito Social, formulação que intenta adaptar as bases do Estado Liberal para nele incluir os direitos sociais revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado. Além disso, tinha como objetivo demonstrar a incapacidade

do modelo liberal clássico para resolver os difíceis e complexos problemas de uma sociedade industrializada e com novas características tais como a cultura de massas, a sociedade de consumo, o progresso da técnica, etc. Eram problemas que não pareciam encontrar suficiente solução com a adoção dos instrumentos e procedimentos típicos do liberalismo.

Compondo seu ideário, impôs-se a visão de que um Estado deveria ser intervencionista e ativo, com um poder executivo forte, bem administrado tecnicamente, tudo com o objetivo de bem controlar a atividade econômica e social e construir um estado de bem-estar social (*welfare state*). De todas as suas características, a principal era o firme propósito de compatibilizar em um mesmo sistema dois elementos: 1) o capitalismo como forma de produção; e 2) a concretização de um bem-estar geral. A crença de que isso era possível constituía “*el elemento psicológico, y al mismo tiempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del Welfare State*” (DÍAS, 1998, p. 111).

Com isso, novas funções viriam a ser reservadas aos Estados, deixando eles de apenas declarar direitos e separar poderes como na visão meramente liberal. Passariam a incorporar e declarar direitos sociais, prestações impostas ao Estado, que deveriam ser realizadas em favor dos mais desfavorecidos, o que representa, sem dúvida alguma, uma grande transformação na estrutura do antigo Estado Liberal, sem se transformar em Estado Proletário como nos países do chamado “socialismo real”.⁶

Contudo, com o passar dos anos, o que se apresentava como algo capaz de solucionar os problemas gerados pela crescente complexidade das relações sociais, políticas e principalmente econômicas mostrou-se insuficiente e permitiu o surgimento de reações diversas daqueles pretendidas no início das transformações políticas.

A primeira delas foi a reação marxista. Como acima colocado, o Estado Social é uma teoria crítica ao Estado Liberal burguês e a todos os seus fundamentos, o que é feito através da demonstração das contradições internas do liberalismo e da vacuidade de suas promessas. Usando esse discurso, os marxistas sustentam que o Estado é um instrumento de dominação e que a verdadeira transformação só se dará por meio de um processo revolucionário e de uma ditadura do proletariado (CONDE, 1999, p. 104). Foi exatamente isso que se tentou implantar com a Revolução Russa de 1917, à qual historiadores como Eric Hobsbawm dão igual importância à conferida à Revolução Francesa no século XVIII (HOBSBAWM, 1995, p. 62).

Uma segunda reação ocorreu com os chamados “Estados Totalitários”, implantados no período compreendido entre as duas Guerras Mundiais do século XX. Apesar de ser um fato histórico e político de menor importância e de curta duração, merece atenção por partir de uma concepção substantiva de poder que o localiza não em uma classe social, como é o caso do liberalismo ou do marxismo. Coloca o poder em

⁶ Nas palavras de Paulo Bonavides: o Estado Social “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia” (1996, p. 184).

uma elite, o que justifica pela ideia de superioridade de um indivíduo sobre a massa, além da valorização de princípios como personalidade, autoridade, ortodoxia e exclusividade (CONDE, 1999, p. 106).

Se, de início, o que se pretendia era a superação do Estado Liberal, logo se percebeu – especialmente em função de sua fraqueza teórica – que não se tratava de superação alguma, mas apenas e tão somente de um “*enmascaramiento de los peores defectos e inconvenientes de éste, agravados además como consecuencia de su organización totalitaria del poder*” (DÍAS, 1998, p. 57).

Além disso, o exame das suas principais características demonstra que não se tratava de uma nova teoria ou concepção de Estado, mas de uma remodelação das bases do Estado Liberal com as seguintes adaptações: 1) inseriu-se uma ideologia oficial com caráter de dogma, implantada à força; 2) fomentou-se a apatia política, o que ocorreu em consequência da inferioridade das massas em relação ao “poder intelectual” das elites; 3) os direitos e liberdades decorriam apenas e tão somente do Estado, submetidos a suas conveniências e interpretações; 4) consolidou-se a figura de líder político como detentor do poder constituinte; 5) estabeleceu-se uma organização, partido político ou não, funcionando como corrente de transmissão entre governante e governado; 6) criou-se um aparato policial a serviço da ideologia dominante, com a função de impedir qualquer divergência ideológica com aquele dogma; e, por fim, 7) o Estado se organizou de forma hierárquica e piramidal com os poderes legislativo e judiciário reduzidos a órgãos a serviço da ideologia oficial.

Tal situação é visível quando se percebe que, apesar de cada um dos modelos (liberal e social) ter sua concepção própria de Constituição, ambos se tornaram possíveis somente sob a forma de “Estado de Direito” em função da chamada “fungibilidade ideológica” deste último, o que pode ser atribuído a sua histórica e já mencionada adesão ao positivismo jurídico.

4 O esgotamento do estado de direito

Com a constatação de que o surgimento dos Estados totalitários foi justificado a partir do uso do modelo do Estado de Direito, iniciou-se o processo de seu enfraquecimento. Suas deficiências tornaram-se evidentes, com especial destaque, a cega adesão ao positivismo jurídico e a redução do Direito à lei, o que contribuiu de modo definitivo para o entendimento da distância que se estabeleceu entre o que se pretendia com essa fórmula política e o que foi feito sob ela anos mais tarde, acontecimentos que marcaram definitivamente o mundo em meados do século XX.

A limitação do modelo do Estado de Direito se evidencia ao se perceber que os instrumentos para garantia dos direitos dispensados aos indivíduos diante do poder político estavam calcados apenas e tão somente em duas afirmações: 1) o poder está submetido ao direito; e 2) a lei geral e abstrata é expressão de poder e tem sua origem na vontade geral. Contudo, a fragilidade dessas afirmações foi-se evidenciando na proporção em que se tornava claro que, para alcançá-las, eram necessárias duas mudanças fundamentais: a primeira diz respeito à justificação da autoridade – impôs-se

o entendimento de que governante e Estado são bons e servem para o bem da sociedade; a segunda está relacionada à transformação do Direito em um molde ou recipiente com capacidade para absorver todas as decisões do soberano. Ora, o problema disso é que essas duas mudanças (a convencionalidade em torno do governante e o formalismo exagerado) acabaram por dismantlar o potencial garantista da lei como limite ao poder, de modo que, superado o absolutismo do rei, foi ele substituído pelo poder concentrado das assembleias soberanas, de modo que *“al absolutismo monárquico sucede una suerte de absolutismo legislativo o concepción absoluta de la ley a la que queda finalmente asimilada la propia idea de derecho”* (PEÑA FREIRE, 1997, p. 53).

Ora, não há dúvida de que a expressão “Estado de Direito”, uma das expressões mais afortunadas na ciência jurídica contemporânea, indica um valor (a eliminação das arbitrariedades) e uma direção (do governo dos homens para um governo de leis). Tal situação, porém, não tem a condição de esgotar todas as possibilidades de utilização de seus postulados e de evitar até mesmo interpretações que venham a negar os motivos determinantes de sua criação. Tanto é assim que, justamente por ser possível reduzir o Estado de Direito a uma fórmula carente de significado substantivo, *“no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entre-guerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como ‘estados de derecho’”* (ZAGREBELSKY, 2002, p. 21).

Esse ponto foi fundamental para determinar o esgotamento do Estado de Direito na sua versão meramente legislativa e a necessidade de proposição de uma nova fórmula política para dar conta de novos modos de proteção dos indivíduos contra os abusos do poder político, o que passa indubitavelmente pelo redimensionamento do princípio da legalidade, inaugurando-se um período em que só serão estados de direito aqueles modelos políticos-institucionais que incorporem normas que estabeleçam vínculos materiais, os quais serão condições para a validade normativa.⁷

5 O Estado constitucional de direito

A construção de uma nova forma política está ligada ao reconhecimento de dois significados para a expressão “Estado de Direito”: 1) em sentido fraco ou formal, em que ele será apenas um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos; ou 2) em sentido forte ou substancial, em que será compreendido no sentido

⁷ A esse respeito diz PEÑA FREIRE, (1997, p. 58): “Sólo serán estados de derecho aquellos modelos político-institucionales que incorporen normativamente una serie de límites o vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político”. Também a esse respeito ver CADEMARTORI, (2006, p. 17), de onde se extrai a ideia de que a crise da lei e do poder legislativo levou a que se questione “a capacidade dos mesmos de regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado Legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. O déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante. O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa”.

de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo (FERRAJOLI, 1995, p. 856).

No caso do primeiro (formal), designa ele “*cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos*” (FERRAJOLI, 2005, p. 13), ao passo que, no caso do segundo (substancial), significa “*sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto), limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos*” (FERRAJOLI, 2005, p. 13).

Esse quadro apresenta uma divisão que – a par das alterações na Teoria do Estado – é encontrada também na Teoria do Direito, já que tal importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade (FERRAJOLI, 2005, p. 14).

É a partir da separação entre dois modos de ser do Estado de Direito que se torna possível buscar a transformação necessária para sua superação e, com isso, encontrar uma fórmula política adequada para dar conta do momento. Na visão de Ferrajoli, Estado de Direito em sentido forte ou substancial não é o mesmo que Estado Constitucional de Direito, já que a existência do primeiro não exige a presença de uma Constituição formal. Requer sim a submissão da lei a princípios normativos ligados às liberdades fundamentais e à separação de poderes, o que pode ocorrer sem a presença de uma Constituição. Além disso, são dois modelos (Estado de Direito Legal e Estado Constitucional de Direito) que refletem duas experiências históricas ocorridas na Europa continental como resultado de uma tripla mudança de paradigma que se refletiu na natureza e na estrutura do Direito e da ciência jurídica e, por fim, na jurisdição.

O primeiro dos paradigmas foi o Direito pré-moderno, abandonado que foi para que se desse a passagem para o segundo: o Estado Legislativo de Direito, momento marcado pela afirmação (1) do monopólio estatal da produção jurídica e (2) do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito válido e existente.

O item 1 diz respeito às condições de existência e validade das normas jurídicas. No Direito pré-moderno, de formação não legislativa, mas sim jurisprudencial e doutrinal, não havia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas. O que havia era uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes (Império, Igreja etc.) (BOBBIO, 2006, p. 27).

Desse aspecto, segue o item 2 que é a mudança de paradigma na ciência jurídica, já que, a partir daí, com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito existente, “*la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto – el derecho Positivo – autónomo y separado de ella*” (FERRAJOLI, 2005, p. 16).

Muda também a jurisdição, deixando de ser produção jurisprudencial para se submeter à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação, ficando

claro que “*iusnaturalismo y positivismo jurídico, Derecho natural y Derecho positivo bien pueden entenderse como las dos culturas y las dos experiencias jurídicas que están en la base de estos dos opuestos paradigmas*” (FERRAJOLI, 2005, p. 17).

O terceiro dos paradigmas diz respeito ao Estado Constitucional de Direito e à afirmação do constitucionalismo rígido. Se o primeiro momento foi determinado pelo nascimento do Estado moderno e a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido e vigente, o segundo surge de uma mudança menos radical, que é a subordinação da legalidade a Constituições rígidas, hierarquicamente supraordenadas às leis como normas de reconhecimento de sua validade.

Mudam, em consequência, as condições de validade das leis, já que se tornam “*dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales*” e também o estatuto epistemológico da ciência jurídica, “*a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto*” (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

Quanto à jurisdição, também se opera uma mudança, já que sua função passa a ser aplicar a lei somente se ela for constitucionalmente válida e cuja interpretação e aplicação são sempre, por isso mesmo, “*un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad*” (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

Há uma quarta transformação, que decorre diretamente do constitucionalismo rígido: a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à natureza da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

6 A Constituição do Estado Constitucional de Direito

O modelo neojuspositivista (ou pós-positivista) do Estado Constitucional de Direito requer uma nova compreensão de Constituição, documento que passa a ter uma importância política maior da que lhe era reservada no Antigo Estado Legislativo de Direito. Nela estarão depositados os elementos materiais que caracterizarão o novo Estado, protegidos por dois institutos fundamentais nessa nova estrutura jurídica.

De um lado, a supremacia constitucional, que sustenta o entendimento de que a Constituição está no topo do ordenamento jurídico de que emana toda sua força normativa. De outro, a rigidez constitucional, que torna especial o momento da elaboração de uma Constituição e retira da maioria o poder de supressão de direitos e garantias, assegurando, assim, direitos à minoria, o que autoriza a afirmação de que o Estado Constitucional é mais do que Estado de Direito, já que o elemento democrático nele introduzido não foi apenas ali colocado para “*travar o poder (to check the power)*”; foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize state power*)” (CANOTILHO, 2003, p.100).

Nesse modelo, encontra-se uma constitucionalização da ordem jurídica, processo que se dá através de uma profunda transformação do ordenamento jurídico, ao término do qual, estará o ordenamento totalmente impregnado pelas normas constitucionais, fator determinado pela existência de uma Constituição “*extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*” (GUASTINI, 2005, p. 49).

Sua ocorrência poderá ser identificada por meio do que tem sido chamado de “sete condições de constitucionalização”, a saber: 1) rigidez constitucional, de modo que qualquer reforma do texto maior somente poderá se dar através de um processo mais agravado do que aquele utilizado para a aprovação, modificação ou revogação das leis ordinárias; 2) controle de constitucionalidade, o que decorre diretamente da rigidez e da supremacia da Constituição, e funciona como mecanismo de proteção da autoridade do texto fundamental, já que prevê modos de retirar do sistema o que a contraria; 3) força vinculante da Constituição, já que não se pode admitir que um texto com tal importância deixe de gerar obrigação aos cidadãos e ao poder público, até porque “*Al asegurar el carácter normativo de las constituciones se garantiza la vinculación a las cláusulas constitucionales de los poderes públicos y los ciudadanos en los momentos de política ordinaria*” (PEÑA FREIRE, 2004, p. 34); 4) adoção de uma interpretação extensiva da Constituição, ou seja, compreender-se a Constituição de modo a extrair também as normas implícitas nela inseridas; 5) aplicação direta das normas constitucionais, o que impõe a compreensão de que se trata de um documento que – em lugar de estar no topo do ordenamento jurídico – também pode ser visto no centro de uma estrutura de onde irradia toda sua força normativa; 6) interpretação das leis ordinárias conforme a Constituição, o que significa levar a extremos o controle de constitucionalidade, incorporando as modernas técnicas de fiscalização da constitucionalidade das leis, alcançando, inclusive, as variações de interpretação das normas fora do texto maior; e, por fim, 7) influência da Constituição nas relações políticas, o que decorre diretamente da aceitação do documento pela comunidade em geral (GUASTINI, 2005, p. 50-58).

A identificação desse processo não está ligada a uma lógica do tudo ou nada, mas a uma questão de grau, de modo que uma determinada ordem jurídica poderá estar mais menos constitucionalizada. De todas, apenas as duas primeiras (rigidez constitucional e sistema de controle de constitucionalidade) apresentam-se como indispensáveis para a configuração dessa constitucionalização, já que todas as demais, por evidente, dela dependem e, assim, somente indicarão o grau de constitucionalização do sistema em exame.

Desse movimento, surge o chamado “novo constitucionalismo” (ou neoconstitucionalismo), teoria que tem como objetivo principal proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo de crescente importância do texto constitucional e das normas nele inseridas. É bem verdade que a palavra “neoconstitucionalismo” tem sido empregada em variados sentidos e aplicada de modo um tanto confuso, apesar do claro objetivo de indicar distintos aspectos de uma possível nova cultura jurídica (SANCHÍS, 2005, p. 123).

Mas, apesar disso, pode-se dizer que são três as designações principais para o termo: 1) constitucionalismo como um certo tipo de Estado de Direito; 2) constitucionalismo como Teoria do Direito que serve para explicar esse novo modelo; e 3) constitucionalismo como ideologia que irá justificar ou defender a fórmula política assim designada (SANCHÍS, 2005, p. 123).

Das três, merece destaque neste momento a primeira das concepções apresentadas, qual seja, constitucionalismo compreendido como um modelo de Estado de Direito em sentido forte ou substancial (para usar as palavras de Luigi Ferrajoli). Nele se evidencia a inegável centralidade da Constituição como resultado da convergência de duas tradições jurídicas. De um lado, como regra do jogo da competência social e política, guarda o acordo de mínimos que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos a fim de que sejam eles, em um espaço democrático e igualitário, *“quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico”* (SANCHÍS, 2005, p. 124). De outro, a compreensão da Constituição como a encarnação de um projeto político bem articulado, geralmente como o programa diretivo de uma empreitada que visa à transformação social e política (SANCHÍS, 2005, p. 125).

Essas duas concepções refletem os dois grandes momentos de construção do constitucionalismo ocidental e agora aparecem juntas, podendo-se afirmar que, se é correto que, no primeiro caso, o objetivo da Constituição seja determinar quem manda, como manda e até onde vai seu poder – em outras palavras, se o objetivo é o controle absoluto do poder –, no segundo caso, é condicionar o que deve ser objeto do exercício do poder de mando, ou seja, qual é a orientação política para as matérias nela previstas.⁸

O resultado disso será um constitucionalismo voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito. Para tanto, afirmará o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse processo, processo que – ao seu final – se apresentará como um autêntico “câmbio genético” do antigo Estado de Direito, transformando-se definitivamente em Estado Constitucional de Direito (ZAGREBELSKY, 2002, p. 33).

Considerações finais

Como demonstrado desde o início, não existem dúvidas de que efetivamente o Estado de Direito foi de grande valia para o desenvolvimento político desde o seu surgimento com as revoluções liberais. A implantação de um governo de leis em lugar

⁸ Segundo as palavras de Luis Prieto Sanchís: *“sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta donde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias”* (2005, p. 126).

de um governo de homens, com a limitação do poder político até então exercido pelos monarcas e suas justificativas abstradas, foi um considerável avanço que contribuiu – em muito – para que a humanidade tivesse, ao menos, espaços com pacificação social. Sim, porque mesmo naqueles Estados em que a monarquia sobrevive, em nada se parecem com os regimes autoritários anteriores ao liberalismo político.

Evidente que ao longo dos anos tal estrutura deixou de atender aos seus objetivos, surgindo então a necessidade de repensar seus fundamentos e, quem sabe, dar lugar ao novo. Se o Estado Liberal era uma formulação política que contribuiu de forma decisiva para a superação do absolutismo e suas mazelas, o que se viu foi que, ao seu final, repetiasse o quadro de miséria. Apenas com uma mudança era perceptível: se antes a opressão era política, agora era econômica.

Mudaram os grilhões, daí a necessidade de reformulações na estrutura política. Surge o Estado Social, de curta duração. Afinal, logo se percebeu que se tratava apenas e tão somente de uma reconfiguração do já velho Estado Liberal. Mantinham-se as bases do Estado de Direito e sua “vontade da maioria”, mas agora com roupagem social, expressão agregada mais para evitar o socialismo e os já conhecidos temores do totalitarismo. Tal, porém, não foi suficiente já que, ainda assim, a barbárie se instalou especialmente na Europa.

Nesse momento, a virada política e o surgimento do Estado Constitucional de Direito. Uma formulação que redescobre o Estado de Direito na medida em que, além de redefinir o papel da Constituição, desta vez alçada a principal documento de um Estado, coloca como seu elemento central os direitos fundamentais, reconhecendo para que existe um regime democrático, não servindo apenas à vontade da maioria, mas também o respeito ao direito da minoria.

Referências

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Para uma teoria geral da política. Tradução de NOGUEIRA, Marco Aurélio. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIES, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006.

BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

CANOTILHO J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. I.
- DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Ed. Trotta, 1995.
- _____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.
- FIORAVANTI, Maurizio. El estado moderno en Europa. In: FIORAVANTI, Maurizio (edición). **Estado y Constitución**. Madrid: Trotta, 2004.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- GUASTINI Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL Miguel (edición). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.
- HOBBSAWM, Eric. **A Era das Revoluções: Europa 1789-1948**. Trad. TEIXEIRA Maria Tereza Lopes e PENCHEL, Marcos. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. Revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KELSEN Hans. **Teoria general del estado**. Trad. LACAMBRA, Luis Legaz. Granada, Espanha: Editorial Comares, 2002.
- PEÑA FREIRE Antonio Manuel. **La garantía en el estado constitucional de direito**. Madrid: Trotta, 1997.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manoel. Constitucionalismo Garantista y Democracia. In: **Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho** n. 22, Curitiba: UNIBRASIL, 2004, p. 34.
- SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoría del derecho**. 2. ed. Madrid: Trotta.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL Miguel (edición). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. BASTOS Aurélio Wander (org.). 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. 4. ed. Trad. de GASCÓN, Marina. Madrid: Trotta, 2002.

Recebido em: 12 de julho de 2014

Aceito em: 25 de agosto de 2014