

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar os conceitos de vigência, validade e eficácia das normas e de legitimidade dos poderes normativos, sob o travejamento teórico da teoria garantista do Direito, utilizando-se primordialmente a leitura que Cademartori (2006) faz da obra de Luigi Ferrajoli.

O primeiro tópico analisa as origens filosóficas e epistemológicas do garantismo, à caracterização do garantismo como modelo normativo de direito, teoria jurídica da validade e da efetividade do Direito e filosofia política. e à análise dos institutos do Estado e dos direitos fundamentais sob a perspectiva dessa teoria.

No segundo tópico mapeiam-se os problemas da multiplicidade de compreensões acerca da existência, validade, e eficácia das normas, situando-se o entendimento da teoria garantista entre as demais teorias do direito, analise-se o conceito e a importância das garantias para a compreensão da eficácia na teoria garantista, e se traz à luz o conceito de legitimidade dos poderes normativos para essa teoria.

O objetivo do artigo é estabelecer as bases teóricas e conceituais para uma crítica interna e externa do Direito.

O objetivo da crítica interna é afastar as antinomias e colmatar as omissões do Estado e dos poderes em relação aos direitos fundamentais, mediante o acionamento das garantias.

Já o objetivo da crítica externa é denunciar as tendências de ilegitimação dos Estados Constitucionais democráticos do pós-guerra do século XX, pela violação ou não implementação dos direitos fundamentais.

O método utilizado foi o dedutivo, através de pesquisa teórica em revisão bibliográfica.

2 TEORIA GARANTISTA DO DIREITO

Nesse tópico se abordará a teoria garantista e sua compreensão de Estado e Direitos Fundamentais.

2.1 Das origens filosóficas: Círculo de Viena

O garantismo tem ascendência na filosofia analítica, que sustenta a tese do constitucionalismo juspositivista, em especial, no plano teórico, no neopositivismo lógico do

círculo de Viena, a partir do qual se origina o método axiomático de sua teoria do direito. (Ferrajoli et al, 2002).

Conforme relata Carvalho (2008) o neopositivismo lógico, assim como a filosofia analítica e o empirismo contemporâneo ou lógico são escolas de pensamento que adquiriram força e expressividade na segunda década do século XX em Viena, onde Hans Hahn¹, Philipp Frank², Otto Neurath³ e Moritz Schlick⁴ se reuniam desde 1907, e em 1929 redigiram um manifesto intitulado “O ponto de vista científico do Circulo de Viena”. O grupo teve influência da obra de Rudolf Carnap⁵, Gottlob Frege⁶, Ernst Mach⁷, David Hume⁸ e Wittgenstein⁹, entre outros.

O círculo servia de local de encontro para filósofos e cientistas discutirem problemas relativos à natureza do pensamento científico, e buscavam uma epistemologia geral que informasse os respectivos campos de atuação dos membros do grupo, que era bastante heterogêneo, e contava com filósofos, físicos, sociólogos, matemáticos, psicólogos, lógicos e, entre outros, juristas, tendo sido irregularmente frequentado por Kelsen. (CARVALHO, 2008)

Desse intercambio de ideias surge uma epistemologia geral, isto é, uma teoria crítica voltada para o estudo e análise dos conceitos básicos, dos princípios e objetivos do conhecimento científico em geral, bem como dos resultados de sua efetiva aplicação. (CARVALHO, 2008)

Os neopositivistas lógicos não se limitaram, em termos de Filosofia da Ciência, às especulações epistemológicas, mas reduziram a epistemologia à semiótica, compreendida esta como teoria geral dos signos, abrangendo todo e qualquer sistema de comunicação, desde os mais singelos e primitivos até os sistemas linguísticos dos idiomas naturais e das linguagens formalizadas das ciências, daí gerando a importância essencial que os neopositivistas lógicos atribuem à linguagem como instrumento por excelência do saber científico e como modelo de controle dos conhecimentos produzidos pela linguagem. (CARVALHO, 2008)

Nessa toada organizam o pensamento em torno da proposição afirmativa de que compor um discurso científico é verter em linguagem rigorosa os dados do mundo, de tal sorte que onde não

¹ - Matemático (1879-1934).

² - Físico e Matemático (1884-1966).

³ -Economista (1882-1945).

⁴ -Físico (1882-1936).

⁵ - Filósofo (1891-1970).

⁶ - Matemático (1848-1925).

⁷ - Físico (1838-1916).

⁸ - Filósofo (1711-1776).

⁹ - Filósofo (1889-1951). Segundo Carvalho, Ludwig Wittgenstein não chegou a pertencer ao grupo mas seu livro *Tractatus logico-philosophicus* influenciou diretamente os integrantes do movimento. Essa obra seria, diz Carvalho, marco decisivo na história do pensamento humano, marcando Era até nossos dias com a filosofia da linguagem, antecedida primeiro por Kant e a filosofia do ser, depois por Kant e Wittgenstein e a filosofia da consciência (p. 24-25)

há precisão linguística não há ciência. Dai a preocupação dos neopositivistas lógicos com a ambiguidade da linguagem natural como limitação dos anseios cognoscitivos do ser humano, donde se propuseram à tarefa de elaborar linguagens artificiais, em que os termos imprecisos fossem substituídos por vocábulos novos, criados estipulativamente, ou fossem submetidos a processos de elucidação. (CARVALHO, 2008)

O recurso à semiótica na procura da depuração discursiva organizou a linguagem em três dimensões ou planos: a) sintático, onde os signos linguísticos são examinados em suas relações mutuas (signos com signos); b) semântico, que se ocupa da relação do signo com o objeto que ele representa e c) pragmático, em que os signos são vistos na relação que mantém com os utentes da linguagem. Os neopositivistas lógicos outorgaram importância destacada à sintaxe e à semântica, surgindo daí querelas científicas que hoje vão sustentar discussões no Direito sobre a possibilidade de verdade nos enunciados de sentenças, por exemplo. (CARVALHO, 2008)

No pensamento setecentista de David Hume, donde encontram-se as bases seminais do positivismo lógico, deixou como legado a distinção entre impressões e ideias e o princípio “é impossível deduzir uma proposição normativa de uma série de proposições descritivas e vice-versa”, a partir do qual se funda o axioma de que do ser não se chega ao dever-ser, e do dever-ser não se chega ao ser.¹⁰ (CARVALHO, 2008)

O empirismo influenciou o pensamento de Ferrajoli na formulação dos traços característicos do garantismo na dupla divergência entre dever ser e ser do direito (Ferrajoli, 2006).

2.2 *Garantismo jurídico*

Segundo Ferrajoli (2002) o garantismo é concomitantemente, um modelo normativo de direito, uma teoria jurídica da validade e da efetividade do Direito e uma filosofia política.

O garantismo se constitui numa teoria jurídica que compreende os planos da existência e validade do direito como unos, mas que distingue validade e eficácia, exprimindo uma teoria que mantém separados o ser e o dever ser no direito e põe como questão teórica central a divergência

¹⁰ - Sobre a influência de Hume na obra de Ferrajoli, discorre Cadernatori (2006): “A lei de Hume, na construção de Ferrajoli, antes de mais nada exclui que seja logicamente permitido deduzir o direito positivo (como ele é) do direito justo (como deve ser). Nesse sentido o direito não pode derivar-se da moral: uma norma moral não é por si mesma jurídica; o direito ideal não é por si mesmo existente; em suma, um “pecado” não é por si mesmo um ilícito penal. A lei de Hume, por outro lado, exclui que seja logicamente consentido deduzir o direito justo do direito positivo (ou seja, a moral do direito). Em outras palavras, o direito válido (e muito menos o direito eficaz, que não necessariamente é por isso válido) não é por si mesmo direito justo. Pensar diferentemente significa impedir-se a crítica ético-política do direito válido (como até mesmo a crítica “jurídica”, desde o ponto de vista interno, do direito eficaz) e fazer passar como justa qualquer norma jurídica existente pelo só fato de sê-lo. Em suma, a separação entre direito e moral opera como crítica já seja do jusnaturalismo, seja do legalismo ético”. (p. 94-95).

existente nos ordenamentos entre os modelos normativos tendencialmente garantistas e as práticas operacionais tendencialmente anti-garantistas, interpretando-a como antinomias que subsistem entre validade e não efetividade (ordenamento) e invalidade e efetividade (operação). (FERRAJOLI, 2016)

Cademartori (2006), que fez extensa e dedicada leitura da teoria garantista, sustenta que em nível epistemológico essa teoria tem como esteio a centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se, e a quem o mesmo deve servir, caracterizando a sociedade como anterior e constitutiva do poder político. Ou seja, para o garantismo o Direito é instrumento de submissão do Estado à Sociedade, através dos direitos fundamentais.

Segundo a leitura de Carbonell (2005) sobre a obra de Ferrajoli, as tarefas do garantismo são a expansão do paradigma dos direitos fundamentais e do Estado Constitucional de Direito, através do(a) (a) abandono da territorialização do Estado Constitucional em sentido de uma progressiva globalização, para que possa fazer frente aos problemas da desterritorialização da lesão aos direitos na atualidade, através de um constitucionalismo global ou uma democracia cosmopolita; (b) desenho de mecanismos para garantir efetivamente os direitos sociais, através do desenvolvimento de um sistema de garantias para um denominado constitucionalismo da igualdade, capaz de atuar com mecanismos parecidos com o constitucionalismo da liberdade e (c) extensão do paradigma garantista para sobre os poderes privados, ou seja, desenvolver um constitucionalismo de direito privado que faça valer os direitos fundamentais não somente em relações entre autoridade e cidadãos, mas também em relação aos particulares, com a construção de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais .

2.2.1 Estado na concepção garantista

Cademartori (2006) qualifica o Estado como estrutura de dominação caracterizada por hierarquia de normas de conteúdo limitativo do poder político e sustenta que o garantismo propõe um modelo ideal de Estado de Direito, aos qual os Estados reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação.

Identifica nesse ponto a oposição do garantismo à teoria monista do Direito em Kelsen, para quem Estado e Direito eram realidades únicas, sustentando o garantismo que poder e direito não são conceitos subsumíveis um ao outro, sendo que o poder pode expressar-se de formas não jurídicas, e constituindo-se o direito a única forma de expressão legítima do poder político como limite formal ao Estado. A justificação da autoridade se dá pela lei e não pelo caráter transcendente do poder do soberano. (CADEMARTORI, 2006)

Segundo Cademartori (2006), a estrutura de dominação que é o Estado Moderno tem origem na superação do estado feudal pessoal e patrimonialista por um estado burguês impessoal de dominação legal-racional. Essa nova modalidade de dominação, por sua vez, conforme Weber, seria fruto de um cálculo racional utilitário entre as vantagens da obediência e as desvantagens da desobediência, incorporado na ordem através de normas impessoais e genéricas com previsão de consequências jurídicas.

Nesse novo paradigma o fundamento de legitimidade passa a ser uma crença na legalidade das ordenações pactuadas ou outorgadas, estando o próprio soberano (e portanto o exercício da dominação) sujeito à lei, via atribuição de competência a uma hierarquia administrativa, onde a aplicação das regras exige formação profissional e saber especializado.

Esse modelo de dominação legal racional evoluiu, segundo Cademartori (2006), em etapas históricas com características próprias, partindo de um Estado com Governo *per leges* cujos pressupostos são a interdição da arbitrariedade, a previsibilidade das soluções jurídicas e a demarcação das condições de exercício do poder através de normas gerais, abstratas e emanadas da vontade geral.

A estrutura evoluiu para a de governo *sub leges*, cujo pressuposto é a vinculação e submissão dos poderes públicos e privados ao direito. O Poder conferido pela lei, exercido nas formas e pelos procedimentos nela estabelecidos, e limitado pela lei, que condiciona o conteúdo daquilo que o poder pode ou não dispor. (CADEMARTORI, 2006)

Nesse sentido, Estado de Direito e Estado Constitucional de Direito são modelos normativos, sendo que no Estado Real pode acontecer que a submissão do poder ao direito não se verifique devido à presença de uma produção normativa fictícia ou arbitrária, desobedecida de forma habitual pelo próprio poder, induzindo um juízo de baixa eficácia de submissão ao direito, ou um desnível acentuado entre o nível normativo e o nível operativo. (CADEMARTORI, 2006)

O Estado Legal de Direito seria normativista, ao esvaziar o direito de qualquer conteúdo, pois segundo Kelsen, todo e qualquer conteúdo pode ser de direito desde que a norma que o veicula preencha as formalidades de sua criação e tenha caráter abstrato, geral, advenha de vontade popular e esteja formalmente vinculada às normas superiores. (CADEMARTORI, 2006)

O Estado Constitucional de Direito, por sua vez, é fruto: a) da crise da lei como mecanismo de regulação social, uma vez que os códigos envelhecem ou ficam defasados em relação à realidade social; b) do desastre das experiências jurídicas do século XX quando o direito não forneceu respostas adequadas ao totalitarismo; c) da não neutralidade do direito em relação aos conflitos sociais, mas como parte dos conflitos sociais; d) da impugnação da separação entre Direito, Sociedade e Mercado e, e) da ausência de homogeneidade do estado liberal com a

consequente perda da centralidade da lei, que passa a ser manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social. (CADEMARTORI, 2006)

Esse processo histórico, para Cademartori (2006), tem culminado, em maior ou menor grau, no caráter normativo das Constituições, com redimensionamento do princípio da legalidade com submissão de todo poder do Estado ao Direito, rigidez constitucional, controle constitucional não dispositivo, mas interpretativo.

Esses Estados Constitucionais de Direito passam a ter a qualificação de referentes jurídicos indisponíveis de legitimidade para exercício do poder político, que são os direitos fundamentais, que compõem a chamada esfera do indecível. (CADEMARTORI, 2006)

2.2.2 Direitos Fundamentais na concepção garantista

Segundo Cademartori (2006), os direitos fundamentais são direitos naturais positivados como alicerce da democracia moderna. A legitimidade democrática dos governos contemporâneos passa assim a ser medida pelo respeito e pela implementação dos direitos fundamentais.

É a emergência e hegemonia dos direitos fundamentais na estrutura político-jurídica dos Estados Contemporâneos que vai estruturar o modelo pós-positivista. São direitos oponíveis ao Estado, ao Mercado e ao próprio indivíduo, na medida em que são reflexo da concepção individualista de contrato social. São direitos históricos, frutos das condições reais coonestadas com as condições ideais, sendo os direitos econômico-sociais ampliação contemporânea dos direitos de liberdade das primeiras declarações, ou seja, frutos do desenvolvimento social que propiciou o aparecimento das doutrinas marxista, social da igreja e do intervencionismo estatal. Seu fundamento de validade é o consenso geral dos homens acerca da natureza humana, sendo inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, inclusivos (de todos) e nunca exclusivos (como a propriedade). (CADEMARTORI, 2006)

Segundo Ferrajoli (2005), os sujeitos de direitos fundamentais são as pessoas, os cidadãos, e os trabalhadores. Os tipos de direitos fundamentais são: 1 - Direitos Humanos; 2 - Direitos Civis; 3 - Direitos Públicos ou Sociais; 4- Direitos Políticos. Os Direitos Humanos e os Direitos Públicos ou Sociais são direitos primários ou substanciais, grupo nos quais se encontram os direitos de liberdade e os direitos sociais. Já os Direitos Civis e os Direitos Políticos são os direitos secundários ou formais.

Quadro 1 - Classificação dos Direitos Fundamentais

DIREITOS FUNDAMENTAIS	DA PESSOA	DO CIDADÃO
DIREITOS PRIMÁRIOS	DIREITOS HUMANOS	DIREITOS SOCIAIS
DIREITOS SECUNDÁRIOS	DIREITOS CIVIS	DIREITOS POLÍTICOS

Fonte: FERRAJOLI *et al*, 2005

O conteúdo dos Direitos Primários ou substanciais são os Direitos de Liberdade e os Direitos Sociais. Os Direitos de Liberdade são negativos ou de imunidade, expectativas de omissão de interferência: direito à vida, liberdade pessoal, liberdade de imprensa, de associação, de reunião. Já os Direitos Sociais são direitos positivos, expectativas de prestação por parte do Estado ou terceiros, direitos ao serviço de saúde, de educação, de previdência e assistência social. (FERRAJOLI *et. al*, 2005)

O conteúdo dos Direitos Secundários ou formais, são os Direitos Civis e os Direitos Políticos. Os Direitos Civis são os direitos de autonomia privada, exercidos fundamentalmente através de atos negociais de disposição sobre direitos patrimoniais. Os Direitos Políticos, por sua vez, são os direitos de autonomia política exercidos através de atos públicos dos quais o voto ativo e passivo são os mais característicos.

Quadro 2 – Conteúdo dos Direitos Fundamentais

DIREITOS FUNDAMENTAIS	DA PESSOA	DO CIDADÃO
PRIMÁRIOS (expectativas)	Liberdades de e para (negativas)	Expectativas Positivas
SECUNDÁRIOS (expectativas e poderes)	Autonomia Privada	Autonomia Política

Fonte: FERRAJOLI *et. al*, 2005

O conteúdo dos Direitos Primários ou substanciais são os Direitos de Liberdade e os Direitos Sociais. Os Direitos de Liberdade são negativos ou de imunidade, expectativas de omissão de interferência: direito à vida, liberdade pessoal, liberdade de imprensa, de associação, de reunião. Já os Direitos Sociais são direitos positivos, expectativas de prestação por parte do Estado ou terceiros, direitos ao serviço de saúde, de educação, de previdência e assistência social. (FERRAJOLI *et al.*, 2005)

O conteúdo dos Direitos Secundários ou formais são os Direitos Civis e os Direitos Políticos. Os Direitos Civis são os direitos de autonomia privada, exercidos fundamentalmente através de atos negociais de disposição sobre direitos patrimoniais. Os Direitos Políticos, por sua vez, são os direitos de autonomia política, exercidos através de atos públicos dos quais o voto ativo e passivo são os mais característicos. (FERRAJOLI *et al.*, 2005)

Os Direitos Fundamentais são universais e indisponíveis. Já os direitos Patrimoniais são singulares e disponíveis. As liberdades negativas consistem em liberdade como não impedimento, não constrição, são liberdades de ação. Liberdade Imunidade, na qual o âmbito de atuação não pode ser obstaculizado. As liberdades positivas consistem em liberdade como autodeterminação ou autonomia, são liberdades-vontades (liberdade faculdade), que confere a cada um a propriedade de si mesmo. (FERRAJOLI *et al.*, 2005)

As liberdades têm para Ferrajoli (2005) três níveis deonticos. O primeiro nível deontico é a liberdade natural, que é extrajurídica, mas situação de fato ou não-direito, que permite fazer faticamente tudo que é possível fisicamente, como matar, roubar, causar dano. Essa liberdade está destinada a ser limitada pelas leis e pelos negócios entre particulares. O segundo nível são os poderes de autonomia, que se constituem em poderes privados e públicos, civis e políticos, cujo exercício, através de leis e negócios jurídicos limita sempre a liberdade. O terceiro nível dessa deontologia são os direitos de liberdade que, quando presentes em regras de nível constitucional, são limites ao legislador, e quando insertas em normas de nível legal, limitam os poderes de autonomia.

Na perspectiva garantista, os direitos fundamentais são aqueles incorporados nas Constituições rígidas típicas do Estado Liberal-Social do século XX, de características universais, atribuídos a todos enquanto pessoas, cidadãos ou trabalhadores, quaisquer que sejam seus conteúdos, inclusive se fúteis, ou moralmente reprováveis. (FERRAJOLI, 2014).

Do ponto de vista político, entretanto, Ferrajoli defende que devam ser tutelados como fundamentais, segundo critérios axiológicos, quatro direitos matriz que sob a perspectiva garantista, funcionariam auto complementando-se e impulsionando a expansão dos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2014).

O primeiro é o critério da igualdade, que funciona como critério de identificação de quais devem ser os direitos que merecem ser positivamente tutelados como fundamentais. (FERRAJOLI, 2014).

O segundo é o critério da democracia substancial, enquanto sistema de limites e vínculos impostos às maiorias, pela limitação do conteúdo das decisões do legislador ordinário. Sem a dimensão substancial da democracia, ou seja, sem o complemento do paradigma do Estado Legislativo de Direito produzido pela subordinação à lei (Constituição) dos poderes políticos supremos, inclusive o legislativo, a democracia política (formal) não pode sobreviver. A maioria poderia sempre decidir politicamente a sua dissolução. Não se trata de hipótese de laboratório, foi exatamente isso que aconteceu com o fascismo e o nazismo que alcançaram o poder pelas eleições ordinárias. A democracia política e civil não estará garantida sem os limites que lhe impõe os

direitos fundamentais, sendo seu destino restar subvertida pela ilimitada vontade do povo de suprimir os próprios direitos políticos e civis. (FERRAJOLI, 2014).

O terceiro critério é a paz, da qual paz devem ser garantidos como fundamentais todos direitos vitais cuja garantia é condição para a necessária convivência pacífica - vida, integridade pessoal, direitos de liberdade e direitos sociais à sobrevivência. (FERRAJOLI, 2014).

Ferrajoli busca em Thomas Hobbes e no contratualismo o fundamento da paz, que justifica os direitos à vida, à integridade pessoal, e liberdades fundamentais, frente à lei do mais forte, bem como os direitos sociais à saúde, educação, subsistência e segurança que dependem de vínculos vitais que em nossas sociedades não estão garantidos. (FERRAJOLI, 2014).

Por fim, o quarto critério é a lei do mais fraco como alternativa à lei do mais forte que operaria em sua ausência. A tutela do mais débil física, política, social e economicamente se dá retirando suas vidas e liberdades da disponibilidade privada e dos poderes públicos, através de normas rígidas e universais. (FERRAJOLI, 2014).

Ou seja, os direitos fundamentais, por protegerem o mais fraco, estão subtraídos dos consensos democráticos. No campo dos direitos sociais, estes estão limitados pelos custos de satisfação via arrecadação fiscal, em prejuízo dos direitos patrimoniais. No campo dos direitos de liberdade, trata-se de imunidades ilimitadas, dado que suas garantias não interferem com outros direitos. (FERRAJOLI, 2014).

Conhecidos, portanto, os fundamentos da teoria garantista do Direito e suas proposições teóricas sobre o Estado e os direitos fundamentais, se passa à análise dos conceitos de vigência, validade e eficácia das normas e legitimidade do Estado de Direito e seus poderes normativos, com base na teoria garantista.

3 VALIDADE, VIGENCIA, EFICÁCIA E LEGITIMIDADE

3.1 Validade x Eficácia e Vigência x Validade

O objetivo do presente capítulo é apresentar um panorama geral da discussão entre as correntes de pensamento das teorias do direito acerca de validade e eficácia da regra jurídica e identificar a compreensão teórica do garantismo sobre a matéria.

Cadernatori (2006), faz análise de fôlego das principais teorias jurídicas contemporâneas que abordam o problema da validade e da eficácia, tendo concluído que há basicamente dois enfoques nessas teorias: as que mantêm validade e eficácia como distintas (Kelsen, Hart, Bobbio,

Vernengo, Squella, Nino, Pattaro, Castoignone, Arguelles, Ferraz Jr.), inclusive as que consideram a eficácia uma especial designação de validade (Falcón y Teila, Maier, Conte, Wrobléwsky, Reale, M. Helena Diniz, Aarnio); e aquelas teorias que de uma forma ou de outra reduzem a validade à eficácia (Ost, Van der Kerchove, Lenoble, Ross, Hoerster, Raz), indicando como posição *sui generis* a de Dworkin, que além da lógica da validade/invalidade das regras, admite a judicialização dos princípios, cujo critério de admissão à judicialidade é a eficácia.

Cademartori (2006) identifica os reducionistas como impotentes para dar conta do problema da validade e descarta essas teorias para tratamento de ordenamentos de tradição romano-germânica, assim como rejeita as teorias normativistas que não diferenciam vigência e validade.

Prossegue o professor gaúcho identificando em Bobbio, Ferraz Jr. e Dworkin aproximações teóricas importantes com a teoria por ele propugnada, destacando em: Bobbio a questão dos limites materiais impostos pelas normas superiores ao produtor de normas inferiores, antecipando a noção de validade própria da teoria garantista; em Ferraz Jr. a validade de normas por imunização finalística que predica a validade de uma norma posta em harmonia com os conceitos normativos que dão corpo aos direitos e garantias individuais; e em Dworkin a atenção aos princípios que devem nortear o caminho do aplicador da lei. (CADEMARTORI, 2006)

No que tange aos conceitos de validade, vigência e eficácia no Estado Constitucional de Direito, ensina Cademartori (2006), com base em seus estudos da teoria garantista, que uma norma é vigente quando posta pela autoridade em conformidade formal dos procedimentos prescritos, ou seja, observadas as regras de competência estabelecidas na norma fundamental do sistema (quem legisla) e observadas as formalidades prescritas para o procedimento de edição da lei (como legisla). Já a norma é válida quando é posta pela autoridade competente através do procedimento próprio (requisitos formais de vigência) e seu conteúdo está em harmonia com os direitos fundamentais e os conteúdos das normas de hierarquia superior.

Nesse sentido a corrente a que se filia o sistema garantista é a da separação entre validade e eficácia e distinção entre validade e vigência, entendimento esse que se constitui em um aprimoramento da teoria de Bobbio da validade da norma que identificava validade com existência (forma) mais conteúdo. Para Bobbio, a validade é questão que diz com a existência da norma, cuja verificação se dá por meio de recursos a procedimentos empíricos de verificar se foi posta por poderes legítimos, se foi revogada, se é compatível com as normas superiores. (CADEMARTORI, 2006)

A regra metodológica do garantismo nesse ponto é, portanto, a de que as normas vigentes (ou existentes) podem ser válidas ou inválidas, dizendo a vigência com a forma da norma, e a validade com seu conteúdo. (CADEMARTORI, 2006)

E tal entendimento reflete todos os quatro pressupostos conformadores da teoria garantista, que são, segundo Cademartori (2006), (1) o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; (2) a divergência entre validade e vigência como produto dos desníveis das normas e a geração de um grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das práticas normativas de níveis inferiores; (3) a distinção entre o ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) com a correspondente divergência entre justiça e validade e (4) autonomia e precedência do ponto de vista externo em relação ao interno e um grau irreduzível de ilegitimidade política com respeito às normas.

Portanto, nessa acepção, justiça não é direito, validade não é vigência nem eficácia, e legalidade se desdobra em formal e material ou substancial. Para a teoria garantista, há um âmbito interno de justiça que diz respeito com a correspondência entre vigência e validade da norma frente à sua posição no ordenamento (lei se reporta à Constituição, sentença se reporta à lei), e um âmbito externo, que é a correspondência entre validade e justiça, ou seja, a adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos. (CADEMARTORI, 2006)

É nesse corte que se dá a separação entre Direito e Moral na Teoria Garantista, sendo elemento interno ao Direito a validade da norma, e elemento externo a justiça, essa informada por valores ético-políticos e posições morais, e se consagra a aplicação do enunciado científico de Hume à teoria garantista, fraseando-o: não se deduz o direito positivo (como é) do direito justo (como deve ser). O Direito válido não é Direito justo, e se for injusto merece crítica ético-política ou em alguns casos, jurídica.

A justiça interna mede-se em graus, pela quantidade e qualidade das garantias de que dotado o ordenamento para assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade. Ou, noutra passagem, Cademartori denomina grau de garantismo do sistema o grau de efetividade da norma constitucional, consideradas as antinomias e as lacunas.

Nesse sentido, resume Cademartori, predicados das normas: (1) justiça, que responde a critérios de valoração ético-política, sendo extrajurídica; (2) vigência, quando despida de vícios formais de competência e procedimento; (3) validade, contra imunizada contra vícios materiais que digam respeito a antinomias de seu conteúdo com o dos direitos fundamentais e normas de hierarquia superior e (4) eficácia, quando de fato observada pelos seus destinatários ou aplicada pelos órgãos de aplicação. (CADEMARTORI, 2006)

3.2 *Eficácia*

Tratemos, portanto, da questão da eficácia. Segundo Cademartori (2006), para Bobbio a eficácia das normas diz respeito tanto ao seu cumprimento pelos destinatários quanto a sua aplicação pelas autoridades em caso de violação, sendo que a investigação da eficácia ou ineficácia de uma norma é histórica-social, ou seja, fenomenológica; para Ferraz Jr. a eficácia é semântica quando a norma tem relação com a realidade, e sintática quando reúne condições técnicas de atuar, presentes os elementos normativos adequados para a produção de efeitos concreto.

Segundo Silva (1998), cuja obra foi analisada por Cademartori, mas nesse ponto fazemos leitura própria, a eficácia e aplicabilidade das normas que contém os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado

[...] A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Mas é certo que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam alguma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantia da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais. (SILVA, 1998, p. 178-179)

Para Sarlet (2001), autor não revisado por Cademartori (2006), mas que deve ser analisado uma vez que trata da eficácia dos direitos fundamentais de forma aprofundada e consentânea com o paradigma garantista, há que se distinguir entre a eficácia social da norma enquanto real obediência e aplicação no plano dos fatos, e eficácia jurídica, que designaria a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados, sendo então a eficácia afeta à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma como possibilidade (e não efetividade) de sua aplicação jurídica.

Nessa concepção a efetividade da norma corresponderia à sua eficácia social ou real concreção no mundo dos fatos, enquanto a eficácia jurídica, ou aplicabilidade, corresponderia à sua realização no mundo dos fatos. Nesse passo, para Sarlet, há íntima conexão entre eficácia jurídica e eficácia social, sendo a primeira pressuposto da segunda.

Prosseguindo em sua pesquisa, que abrange a revisão de bibliografia de Ruy Barbosa, Pontes de Miranda, José Afonso da Silva, Meireles Teixeira, Flávia Piovesan, Maria Helena Diniz, Celso Bandeira de Mello, Canotilho e Jorge Miranda, entre outros, Sarlet (2001) conclui que inexistem normas constitucionais completamente destituídas de eficácia, sendo possível se falar em gradação

de carga eficaz, mas que determinadas normas da Constituição, em virtude de ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de uma ação concretizadora por parte do legislador ordinário (normas de eficácia limitada ou reduzida), optando por uma terminologia binária consentânea com a doutrina nacional entre normas de eficácia plena (ou normas de alta densidade normativa que dotadas de suficiente normatividade se encontram aptas a diretamente, e sem intervenção do legislador ordinário, gerar seus efeitos essenciais) e de eficácia limitada ou reduzida (normas de baixa densidade normativa e não possuem normatividade suficiente para, de forma direta e sem *interpositivo legislatoris*, gerar seus efeitos principais, mas que detém normatividade mínima).

Sarlet (2001) apresenta outras propostas de teorização do problema da eficácia, como Luis Barroso, Ana Barcellos, Virgílio Afonso da Silva, todas partindo de John Rawls, cuja análise nos coloca frente a outro problema que é o da distinção entre princípios e normas, que corresponde a importante cisão no neopositivismo, e que por questões de ordem pragmática não será possível por aqui enfrentar.

Para ser fiel ao objeto desse artigo e não pecar pela superficialidade extrema, adentremos de uma vez à questão de entender onde se situa o problema da eficácia para o garantismo.

3.3 Eficácia e Garantias

Se, para a teoria garantista, o exercício do poder pelo Estado Democrático de Direito, e pelos particulares (estes na esfera das suas liberdades-poderes) é vinculado formalmente à lei vigente e materialmente à lei válida em conteúdo compatível com o da Constituição e em especial com direitos fundamentais nela previstos, o problema da eficácia, enquanto concreção dos direitos, é o problema das garantias.

Garantias, segundo Cademartori (2006), são as técnicas de limitação do poder do Estado em respeito aos direitos fundamentais, e as técnicas de implementação da ação do Estado no tocante aos direitos sociais.

Garantias são as técnicas com as quais se tutelam e satisfazem os direitos, que consistem em necessidades ou imunidades, ou seja, expectativas ativas ou passivas associadas ou não a faculdades. São de dois tipos: primárias, que são as proibições e obrigações correspondentes umas aos direitos consistentes em expectativas positivas de prestação (como a proibição de matar, por exemplo, que corresponde ao direito à vida, e direito de receber assistência sanitária, que corresponde ao direito à saúde); ou secundárias, que são as intervenções jurisdicionais tendentes a reparar ou sancionar as violações das garantias primárias. (FERRAJOLI, 1995)

Para abordar a questão das garantias dos direitos fundamentais é importante lembrar, com Ferrajoli (2002) a clivagem geral entre os direitos fundamentais de liberdade (os direitos “de”) e os direitos sociais (os direitos “a”). Em relação aos direitos de liberdade, que correspondem a vedações legais e prestações negativas, não são predetermináveis seus conteúdos (v.g, na liberdade de expressão não é possível identificar todos os atos livres autorizados) mas apenas seus limites (vedação de embarçar a liberdade) ou as condições que legitimam as limitações (ordem motivada da autoridade judicial, no caso da liberdade).

Já em relação aos direitos sociais, que correspondem a obrigações e prestações positivas do Estado, são predetermináveis seus conteúdos, mas não seus limites, que variam com o tempo, o lugar, a circunstância, e sobretudo o grau de desenvolvimento econômico e civil, as expectativas e carências da população, como por exemplo os direitos a prestação de serviços de educação ou condições de subsistência. (FERRAJOLI *et al*, 2012)

Nesse sentido, existiriam direitos fundamentais absolutos, hierarquicamente superordenados a todos os outros e não limitados por nenhuma razão, como por exemplo o direito à vida, do qual nenhum delito e qualquer razão de Estado justifica a privação, direitos fundamentais sujeitos a limites, como por exemplo o direito à liberdade de expressão que é limitado pela vedação da calúnia e a difamação, e direitos fundamentais sociais, cujos limites são incomensuráveis diante a pobreza das garantias e da teoria do direito sobre a matéria. (FERRAJOLI *et al*, 2012)

Nesse sentido Ferrajoli (1995) coloca o problema das naturezas das garantias com supedâneo em dois princípios dotados de um alcance garantista de caráter geral. O primeiro é o princípio da legalidade, cuja aplicação levará a um maior grau de efetividade aos direitos sociais de subsistência que atribuem a determinado grupo vulnerável um determinado crédito, de médio grau de efetividade aos direitos sociais de prestação de serviços de saúde e educação, que exigem um conjunto de normas estruturadas para seu atendimento, e de baixo grau de efetividade os direitos sociais de moradia e trabalho, que exigem uma legislação social muito mais complexa e muitas vezes irrealizável.

O segundo é o da submissão à jurisdição: para que as lesões aos direitos fundamentais sejam sancionadas ou removidas é necessário que tais direitos sejam adjudicáveis em juízo em relação aos sujeitos responsáveis, por comissão e omissão, por sua respectiva violação. Tais garantias exigem uma reforma dos modelos tradicionais de legalidade civil e administrativa, idôneos a transformar em direitos perfeitos aqueles que atualmente são apenas concessões, expectativas, interesses legítimos, assim como demandaria que as leis em matéria de serviços públicos não apenas estabelecessem conteúdos e pressupostos de qualquer direito social, mas identificariam ainda os sujeitos de direito público investidos nas correlativas obrigações funcionais, que todas

omissões ou violações de tais obrigações fosse acionável em juízo pelo cidadão lesado, que a legitimação ativa fosse as mesmas para os direitos sociais de natureza coletivas, não necessariamente dotadas de personalidade jurídica e de que ocorresse uma democratização da participação judiciária dos cidadãos à tutela e à satisfação dos direitos.

3.4 Legitimidade

Dai que, para o garantismo, o problema da eficácia vai gerar o problema da legitimidade e afetar a democracia (Cademartori, 2006). Embora as garantias primárias e secundárias estejam longe de serem realizadas de forma suficiente, os direitos, ainda que vagos e incertos seus pressupostos legais, necessitam ser tutelados, sendo que o regime democrático mensura-se pela expansão dos direitos e sua dedução em juízo.

Bobbio (1995), ao prefaciar *Direito e Razão*, identificou o constitucionalismo garantista como um instrumento de manutenção da ordem constitucional contra as tendências de subversão que costumam acompanhar os processos históricos de violação ou não concretização de direitos:

[...] Es un intento de extraer de los resultados obtenido sen la descripción del modelo garantista penal las grandes líneas de un modelo general del garantismo: antes que nada, elevándolo a modelo ideal del estado de derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos de libertad, sino como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales; em segundo lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un juspositivismocritico contrapuesto ao iuspositivismo dogmático; y, por último, interpretándolo como una teoría política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (!no basta el reconocimiento!) de estos derechos extra es u legitimidade y también la capacidad de renovar-se sin recorrer a la violència subversiva.(BOBBIO, 1995, p. 16).

O Estado garantista, ensina Cademartori (2006) é uma estrutura de dominação caracterizada por hierarquia de normas de conteúdo limitativo do poder político que se baseia em um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os Estados reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação.

Segundo Ferrajoli (2014), a divergência deôntica entre normatividade e efetividade nos Estados de Direito *sub leges* é fisiológica, ou seja, existirá sempre um certo grau de ineficácia das garantias, dentro de certos limites. Entretanto, ultrapassados esses limites, essa divergência pode se tornar patológica e ameaçar o próprio modelo de Estado através de rupturas democráticas. Segundo o mestre italiano, é essa que no Estado de Direito aflige a prática da administração da Justiça, à falta de uma legalidade adequada. As fontes de legitimação da justiça são a formal, assegurada pelo princípio da legalidade e pela sujeição do juiz à lei, e substancial, que provém da

função judiciária e de sua capacidade de tutela ou garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Quando a lei não ofereça nenhum princípio regulador, a falta de legitimação formal (sujeição à lei) pode comprometer a legitimidade substancial (tutela dos direitos fundamentais).

Ferrajoli (2014) observa existência de situações intermediárias, que vão do contraste entre as fontes de legitimação até a total ausência de legitimação. Uma coisa é a jurisdição servir-se de apoios legais, mesmo que vagos, e imprecisos, uma vez que a tutela substancial dos direitos fundamentais exige do Juiz uma certa discricionariedade e até uma certa engenharia judiciária que lhe consinta a adjudicação para além da letra e das lacunas da lei ordinária.

Outra coisa é a falta de articulações legais na atribuição dos direitos e as sujeições do juiz à lei tornam frágil e incerta a legitimidade formal. Se não existe pretexto legal, nem fruto da engenharia, como no caso dos direitos sociais de prestação positiva, nada resta ao juiz senão a denegação da justiça. (FERRAJOLI, 2014)

Ou seja, a tutela dos direitos por parte dos juízes, na medida em que não exista uma legislação suficientemente precisa e unívoca, revela impossível a tutela do direito e mina-lhe a legitimidade na mesma medida que parece acrescer-lhe precariamente o poder discricionário e o papel de agente ativo do processo legal. (FERRAJOLI, 2014)

A questão da eficácia social da norma, que para a teoria garantista se amolda no problema da efetividade, é a conjunção do que o direito é com o que ele deve-ser, é a concretização do Estado Democrático de Direito. (FERRAJOLI, 2014)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tarefa que o garantismo coloca à doutrina é em última instância o incessante trabalho de aproximação do dever-ser ao ser do direito, ou da realização do Estado Constitucional de Direito sobre a base dos Estados reais, mediante o aprimoramento progresso das garantias como instrumentos de realização do dever-ser, tratando-se de instrumento teórico de inigualável valor para superação do caráter puramente declaratório ou celebratório do direito.

Para bem transformar a teoria em técnicas de garantia, é importante a dominação dos conceitos de Estado como estrutura pessoal de dominação à serviço da Sociedade que o precede, e de Direito como sistema de vínculos formais e substanciais impostos aos poderes estatais e do mercado, que limitam a esfera da decidibilidade das maiorias sobre o que podem decidir, assim como impõe sobre aquilo que devem decidir, no bojo dos processos democráticos, sendo esses

limites a Constituição e os direitos fundamentais à prestações negativas (omissões) e positivas (ações).

Além disso é essencial a compreensão dos planos da vigência, validade da norma jurídica, com a necessária cisão entre a vigência enquanto atributo da lei posta pela autoridade competente observado o procedimento determinado, e validade enquanto atributo da lei vigente que seja compatível com a Constituição e os direitos fundamentais.

Não menos essencial é refletir sobre o atributo da eficácia das regras jurídicas como fruto de uma pretensão crítica, e não dogmática, de completude de ordenamentos jurídicos de complexidade multinível estruturados pelo moderno constitucionalismo rígido, donde as antinomias e as lacunas são da natureza do sistema e cujo papel do legislador e dos juízes, sob a crítica externa (ético-política) e interna (jurídico-teórico do direito) dos operadores do direito (intérpretes da Constituição, como quereria HÄBERLE (2007)), é o de colmatar tais aporias do sistema, através do estabelecimento de garantias primárias e secundárias às regras fundamentais.

Por fim, a questão passa também por compreender que da garantia ou aumento do grau de eficácia das regras fundamentais depende não só a expansão do paradigma da democracia substancial, mas também da sua própria manutenção e, portanto, da conquista histórica do Estado Constitucional de Direito em suas dimensões liberal e social, bem como da legitimação de seus poderes.

O manejo dos conceitos de validade, vigência e eficácia permite a crítica interna do Direito posto, através do sistema de garantias utilizado para denunciar antinomias e omissões nas leis e no exercício dos poderes.

Já o conceito de legitimidade permite a crítica externa do Direito, através de garantias jurídico-políticas ou movimentos políticos que denunciem o Estado e os poderes pela violação ou não implementação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO Norberto. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2006.
- CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales em la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZER, Pedro (Org.) **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Ed. Trotta, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 1ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. rev. ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Ed. Trotta, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi; BARBERIS, Mauro. **Los Derechos y sus garantías**: conversación con Mauro Barberis. Madrid: Ed. Trotta, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: Teoria del diritto e dela democrazia. Volume 1. Teoria del Diritto. Bari (Italia): Laterza, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: Teoria del diritto e dela democrazia. Volume 2. Teoria dela Democrazia. Bari (Italia): Laterza, 2007a.
- FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução de Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014a. *E-book*. Disponível em <https://www.amazon.com.br/ap/signin>. Acesso em 10 jun 2020.
- FERRAJOLI, Luigi; BACELLI, Luca; BOVERO, Michelangelo; GUASTINI, Riccardo; JORI, Mario; PINTORE, Anna; VITALE, Ermanno; ZOLO, Danilo. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Reimp. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 2007.