

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

ESTADO LEGAL E CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES GARANTISTAS NO CAMPO DAS TEORIAS DO DIREITO E DA DEMOCRACIA

LEGAL AND CONSTITUTIONAL RULE OF LAW: GARANTISTS REFLECTIONS IN THE FIELD OF THEORIES OF LAW AND DEMOCRACY

RVDRecebido em
19.06.2023Aprovado em.
08.08.2023**Williem da Silva Barreto Júnior¹****Sergio Urquhart de Cademartori²****Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori³**

RESUMO

Este artigo, cujo marco referencial teórico é o constitucionalismo garantista, de Luigi Ferrajoli, pretende empreender análise transdisciplinar no campo das teorias do direito e da democracia, a partir dos seguintes eixos discursivos: a) Estado Legal burguês e Democracia Formal enquanto veículos de legitimação da onipotência do poder político; e b) Estado Constitucional, submissão da política ao Direito e Democracia Substancial. Conclui-se que o advento do Estado Constitucional representa notório avanço no padrão civilizatório do Ocidente, por conferir maior estabilidade ao clássico sistema de divisão de poderes e consagrar os direitos fundamentais como base das sociedades contemporâneas. A pesquisa foi desenvolvida sob os auspícios do método comparativo e da técnica de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Estado Legal de Direito; Estado Constitucional de Direito; Democracia Formal; Democracia Substancial; Garantismo.

ABSTRACT

This article, whose theoretical framework is garantist constitutionalism, by Luigi Ferrajoli, intends to undertake a transdisciplinary analysis in the field of theories of law and democracy, based on the following discursive axes: a) Bourgeois Legal Rule of Law and Formal Democracy as a vehicles of legitimation of the omnipotence of political power; and b) Constitutional Rule of Law,

¹ Doutorando em Direito pela Universidade La Salle/RS. Mestre em Direito pelo Centro Universitário FG/BA. Graduado em Direito pela UESB/BA (Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia). E-mail: williem.adv@hotmail.com. ORCID: 0000-0002-3519-7793.

² Doutor e Mestre em Direito pela UFSC/SC (Universidade Federal de Santa Catarina). Graduado em Direito pela UFSM/RS (Universidade Federal de Santa Maria). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle/RS. E-mail: sucademartori@gmail.com. ORCID: 0000-0002-2037-1496.

³ Doutora e Mestre em Direito pela UFSC/SC (Universidade Federal de Santa Catarina). Graduada em Direito e História pela UFSM/RS. (Universidade Federal de Santa Maria). Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle/RS. E-mail: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br. ORCID: 0000-0003-2718-4770.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

submission of politics to Law and Substantial Democracy. It is concluded that the advent of the Constitutional Rule of Law represents a notable advance in the civilizational pattern of the West, by providing greater stability to the classic system of division of powers and consecrating fundamental rights as the basis of contemporary societies. The research was developed under the auspices of the comparative method and the bibliographic review technique.

Keywords: Legal Rule of Law; Constitutional Rule of Law; Formal Democracy; Substantial Democracy; Garantism.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado de Direito assume diversos formatos no curso da história. Dois deles são bastante relevantes: o Legal/Legislativo, atrelado à ascensão do ideário burguês formalista e à consequente onipotência legislativa, e o Constitucional, cuja substancialização da democracia e a submissão da política às Constituições rígidas têm balizado o atual padrão de civilidade ocidental.

Para entender a dinâmica de desenvolvimento do Estado é necessário o domínio, para além do trivial “juridiquês” dogmático, de rudimentos epistêmicos nos campos do Direito, da democracia e da política. Assim, este artigo busca traçar um panorama do processo evolutivo dos Estados Legal e Constitucional, analisando-se as suas nuances teóricas e implicações práticas à luz da transdisciplinaridade,

Inicialmente, trata-se do Estado Legal, com enfoque na sua natureza essencialmente legalista e afeita ao ideário de liberdade política e econômica. Analisa-se também, nesse mesmo contexto, a Democracia Formal enquanto veículo de legitimação de um poder político onipotente, cujas consequências, especialmente na primeira metade do Século XX, revelaram-se catastróficas.

Já no segundo capítulo, considerado o declínio do Estado Legal, apresenta-se o Estado Constitucional e o seu paradigmático papel transformador nos âmbitos do Direito e da democracia. Assim, destaca-se o surgimento das Constituições normativas, a providencial limitação do Poder Legislativo e a complexificação do conceito de cidadania, que está associada à transferência de titularidade da soberania da nação para o povo.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

A pesquisa tem viés histórico e comparativo, na medida em que postula, a partir da linha histórica de desenvolvimento do Estado de Direito, estabelecer comparação entre as suas modalidades Legal e Constitucional. Utiliza-se, como subsídio técnico para a formulação do artigo, a revisão de bibliografia.

2. ESTADO LEGAL DE DIREITO E O IMPÉRIO DA LEI

O Estado Legal/Legislativo de Direito surge após as revoluções liberais do século XVIII, ante a aquisição de protagonismo pela burguesia (Hobsbawm, 2006), que, embora economicamente influente, ainda não detinha o controle político dos Estados nacionais europeus. Em razão desta quadra revolucionária, as instâncias de poder, até então ancoradas no sistema estamental típico dos primórdios do Estado Moderno⁴, passam a fundar-se numa lógica impessoal de dominação (Bobbio, Matteucci; Pasquino, 2004, pp. 401-409).

O Estado Legal se notabiliza pela emanção de prescrições coercitivas cujos efeitos em tese obrigam a todos, inclusive os governantes, que não podem mais esquivar-se da sua observância. Em tal cenário, a lei constitui fonte do Direito apenas se decorrer de um desígnio maioritário do povo, o qual se faz representar no Parlamento por indivíduos escolhidos mediante sufrágio (Bobbio, 2020a, p. 235 e ss.).

Uma peculiaridade importante do Estado Legislativo é a necessária correlação entre os poderes públicos e o Direito, como condição para as normas jurídicas serem consideradas válidas. Assim, nesta modalidade estatal, a legitimação do poder depende da prévia investidura de autoridade, desde que observados os ritos formais legalmente estabelecidos para a sua concessão (Matteucci, 1997, p. 34).

O Estado Legislativo amolda-se à forma de governo intitulada Democracia Formal. Esta constitui um sistema de composição de deliberações políticas que concede à parcela majoritária dos membros de uma sociedade a prerrogativa de

⁴ O Estado Moderno surge na segunda metade do século XV na França, Inglaterra e Espanha, expandindo-se posteriormente para outros países europeus. Suas principais características são: a) centralização e concentração de poder; b) igualdade abstrata entre os súditos; c) isolamento do poder estatal em relação à sociedade civil (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2019).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

decidir, por representantes, a respeito de temas cujo interesse é geral (Bobbio, 2020, pp. 37 e ss.).

Durante a vigência da Democracia Formal predomina a doutrina da soberania nacional, segundo a qual o eleitor é tão somente instrumento de que se serve a nação para criar o órgão maior, o corpo representativo, a quem é delegado o poder soberano (Bonavides, 2011, p. 142). Como a prerrogativa do exercício do voto pertence à nação, ela é titular da soberania, cabendo-lhe, por seus representantes eleitos, traçar as condições e regras sufragais.

Nesse sentido, durante todo o século XIX predomina um modelo de sufrágio restrito, cujos requisitos para alguém se tornar eleitor são extremamente excludentes. Vincula-se a participação no processo político, por exemplo, à riqueza (sufrágio censitário), a determinado nível de instrução (sufrágio capacitário) ou mesmo a pertencimento a classe social e raça (sufrágio aristocrático ou racial) (Bonavides, 2011).

A conformação das instâncias públicas aos termos da lei indica expressivo progresso do Estado de Direito, tendo em vista que, preteritamente, sob o domínio do absolutismo, a autoridade estatal era integralmente impassível de limitação. Por outro lado, após os eventos revolucionários burgueses, o brocardo *rex fácil legem* é substituído por *lex facit regem* (Zagrebelsky, 2002, p. 21 E Cademartori, 2006, p. 6).

No século XIX surge o constitucionalismo político, evento histórico compatível com o liberalismo e responsável pela limitação da potestade estatal absoluta. Referida espécie de constitucionalismo restringe-se ao espectro sócio-político e impõe-se como mecanismo de defesa dos interesses burgueses, em contrariedade aos privilégios historicamente concedidos à nobreza dinástica (Ferrajoli, 2012, p. 14).

Com o advento do constitucionalismo político, a legitimidade do exercício do poder se condiciona à observância de formalidades legais previamente definidas. Assim, somente no fim do século XVIII, sob os auspícios do Estado Legal, a composição do ordenamento passa a vincular-se obrigatoriamente a padrões normativos determinados (Matteucci, 1997, p. 15).

O Estado Legal detém a exclusividade da produção normativa a partir do princípio da legalidade como fonte de reconhecimento e validação das leis, que

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

decorrem da ação humana, em contraponto à lógica dedutiva prevalente no ideário jusnaturalista⁵. Todavia, não obstante a inovação trazida por este processo transformador, as noções de existência e validade das leis permanecem associadas à sua forma de produção, por isso a designação formal (Barreto Júnior, 2022, p. 25).

A política moderna como matriz jurídica primária vincula-se ao primeiro positivismo jurídico⁶, para quem o Direito constitui produto da política e também o seu mais contundente mecanismo de governo. Em tal quadra histórica, considerada a natureza programática das Constituições⁷, o sustentáculo do Estado ainda repousa em fórmulas organicistas, ligadas a conceitos imprecisos (Ferrajoli, 2014, p. 21).

O positivismo jurídico endossa um necessário afastamento entre os conceitos de validade normativa e justiça, pois, tendo em vista que no Estado Legal a validade das leis está condicionada à sua positivação por instância investida de autoridade, é aceitável a existência de normas válidas e injustas (positivadas), e também de normas justas, sob o ponto de vista moral, mas não positivadas (não válidas). Dessa forma, a natureza eventualmente injusta de leis válidas constitui ônus a ser suportado para a manutenção da estabilidade do Direito (Arisa, 2008, p. 290).

A conexão entre Estado Legal e positivismo afirma a vedação do uso de qualquer fundamento transcendental para fins de legitimação da autoridade política, o que passa ao domínio exclusivo do Direito positivo. Institucionaliza-se, então, um contraponto à legitimidade dos direitos naturais, que, segundo a linha teórica jusnaturalista, são fontes jurídicas primárias (Ferrajoli, 2022).

Com efeito, a autoridade exercida mediante uma matriz de legitimação estritamente jurídica ampara-se na representação do Estado enquanto veículo de tutela

⁵ O jusnaturalismo sustenta que a base ordenamento jurídico reside no direito natural, que pode ter dimensão cosmológica, teológica ou moral, a depender da corrente considerada (BOBBIO, 2006).

⁶ Chamado por Ferrajoli de paleopositivismo e mais conhecido como positivismo exegético, trata-se de corrente do pensamento jurídico francês preponderante no século XIX, para a qual o intérprete não possui flexibilidade hermenêutica em sua atividade, daí a máxima: “o juiz é a boca da lei”. (BARRETO JÚNIOR; CADEMARTORI; GOMES, 2022).

⁷ As Constituições adotadas durante a vigência do Estado Legal não eram autoaplicáveis. Desse modo, referidas Cartas funcionavam basicamente como definidoras de regras para o funcionamento da máquina pública, enquanto os direitos fundamentais possuíam caráter meramente programático.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

dos direitos fundamentais básicos⁸, como a vida, a propriedade e a liberdade dos indivíduos (Fioravanti, 2009, pp. 25-26).

O Direito se apresenta, no âmbito do Estado Legal, como única ferramenta autorizada a tutelar a expressão do poder político, que somente incorpora o *status* de juridicidade se realizado nos termos de regramento formal previamente estabelecido. Logo, apenas o poder dotado de juridicidade está apto a levar os membros da comunidade a firmar um legítimo compromisso de obediência às suas prescrições (Cademartori, 2006, p. 14).

A exigência de manifestação do poder político sob a forma estritamente jurídica implica a imposição de providenciais limites à atuação do Estado. A sociedade, disposta a não mais viver sob o jugo dos arroubos de vontade de um soberano, busca, na estrutura do Estado Legislativo, a cessação do seu arbítrio, à medida que opta pelo emprego de ferramentas e recursos legais previsíveis, afastando-se a autotutela⁹ como veículo de resolução de conflitos sociais (Streck; Bolzan De Moraes, 2019, p. 62).

No Estado Legal, a imprescindível manifestação jurídica do poder político resulta na sua procedimentalização, o que concorre de forma determinante para a incorporação da generalidade e da abstração às leis *strictu sensu* (Peña, 1997, p. 51). Referido processo, marcado pelo inicial protagonismo do princípio da legalidade formal, é historicamente contínuo e marcha até a legalidade adquirir feição substantiva, culminando na limitação material da produção jurídica, em razão da supremacia dos direitos fundamentais.

O Estado Legal de Direito é, portanto, permeado pelas seguintes peculiaridades distintas: a) generalidade das leis, pois os membros da comunidade são em teoria uniformemente alcançados por seus efeitos; b) caráter abstrato dos comandos legais, que prevêm as hipóteses fáticas para a sua incidência; c) as normas decorrem do desejo majoritário da sociedade, em contraponto à arbitrariedade do soberano; d) os

⁸ O Estado Legal tem natureza negativa por tutelar os direitos fundamentais de primeira geração/dimensão, o que implica a sua não interferência na vida privada dos cidadãos. (Ferrajoli, 2022).

⁹ Este conceito remonta ao estado de natureza, retratado pelos filósofos políticos contratualistas como o momento histórico precedente à passagem do homem para o estado civil. O emprego da autotutela é fenômeno típico das sociedades sem Estado, na medida em que os membros das comunidades recorrem a expedientes privados para solucionar os seus conflitos (Barreto Júnior; Cademartori, 2021a).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

poderes estão estritamente vinculados aos conteúdos das normas que os regulam, embora isso se reduza ao campo da formalidade; e) conjuga-se com a Democracia formal, caracterizada pelo atrelamento do conceito de cidadania ao exercício do sufrágio restrito (Cademartori, 2006, p. 11).

Tais especificidades buscam resguardar a igualdade e a liberdade, impondo limites à intervenção estatal na esfera privada dos cidadãos, na medida em que o exercício da autoridade está condicionado a comandos legais formalmente prescritos. Com efeito, o Estado Legal supera o modelo estamental anteriormente vigente, não obstante se notabilize por um quadro de onipotência legislativa¹⁰ que só é enfrentada no século XX, a partir da instituição de Constituições rígidas (Bonavides, 2018), conforme se verá adiante.

3. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O TRIUNFO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O declínio do Estado Legal está associado à crise da lei *strictu sensu* como ferramenta de controle social. No século XX, a fragilidade dos pressupostos do Estado Liberal se faz clara, sobretudo em razão dos eventos catastróficos promovidos pelo totalitarismo nazista, cuja ascensão ao poder ocorre segundo as regras da Democracia Formal.

Tais fenômenos históricos decorreram, dentre outros fatores, da insuficiência de recursos institucionais hábeis a impor limites ao absolutismo legislativo, típico do Estado Liberal, o que possibilitou aos legisladores agirem de acordo com interesses contrários aos princípios democráticos (Cademartori; Ferri, 2012).

Feita uma profunda reflexão acerca da eficácia do Direito como agente limitador do poder, os Estados democráticos ocidentais gradualmente passaram a adotar Constituições normativas, de caráter autoaplicável (Barreto Júnior, 2022, p. 31 e Hesse,

¹⁰ Durante a vigência do Estado Legal o Poder Legislativo não encontrava limites materiais para a sua atuação, porque a validade das leis estava associada à observância de critérios meramente formais. Assim, o legislador poderia produzir normas dotadas de quaisquer conteúdos, até mesmo contrárias aos princípios democráticos (Ferrajoli, 2022).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

1991) e institucionalmente legitimadas enquanto documentos político-jurídicos supraordenados a todos os poderes (Zagrebelsky, 2002, p. 21 e ss.). Surge então o Estado Constitucional, no qual o princípio da legalidade adquire feições substantivas, superando-se a sua versão arcaica, afeita ao primeiro positivismo jurídico (Cademartori, 2006, p. 18).

O Estado Constitucional, qualificado por Ferrajoli como neopositivista, promove uma revolução institucional marcada pela submissão das leis ao Direito. Essa quadra histórica pós-Segunda Guerra notabiliza-se por uma expressiva propagação das Constituições rígidas, que passam a funcionar como referenciais de validade para todas as legislações vigentes.

No contexto do Estado Constitucional, a despeito de a existência e a vigência das normas seguirem vinculadas à sua forma de produção, a sua validade, em sentido diverso, é atestada pelo princípio da legalidade substancial, que conecta a substância das leis à impositiva coerência com os princípios constitucionalmente positivados (Ferrajoli, 2018, p. 11).

Sucedem um afastamento entre validade e existência normativa. Por isso, no Estado Constitucional é plausível o surgimento de leis, que, embora existentes por serem formalmente regulares, são inválidas por violarem a substância de norma contida na Constituição (Barreto Júnior; Cademartori, 2021).

Nesse novo cenário, a mecânica de composição das deliberações políticas, ainda fundada no exercício do direito de sufrágio, garante apenas a *praxis* democrática para a eleição dos governantes, mas não implica necessariamente a substancialidade das decisões majoritárias. Embora a natureza representativa das instâncias públicas seja condicionante da legitimação formal da democracia, somente isso é insuficiente para estabelecer uma correspondência direta entre as resoluções políticas e a vontade popular (Ferrajoli, 2022, p. 237).

Assim, as Constituições rígidas atuam para neutralizar eventuais incursões legislativas que postulem a modificação do seu conteúdo com base em mera conveniência política, mesmo que a maioria dos membros da comunidade as endosse. Trata-se, portanto, de transformação paradigmática na teoria jurídica, a partir da qual a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

onipotência legislativa é repelida a fim de se resguardar social e juridicamente as minorias (Barreto Júnior, 2022, p. 33).

Reforça-se então a esfera do indecível, um conceito ferrajoliano que engloba os direitos dos quais as maiorias políticas não podem dispor. O instituto da restrição de poder, anteriormente a cargo de um Poder Legislativo ilimitado, resta agora sob o domínio das Constituições, que finalmente concretizam a submissão da política ao Direito (Ferrajoli, 2001, p. 22).

Com efeito, institui-se a supraordenação dos direitos fundamentais como mecanismo de consagração dos valores éticos socialmente estimados. A garantia de tais direitos se afigura condição de efetividade do ordenamento constitucional e das suas prescrições de ordem jurídica e política, além de promover a dignidade humana e fomentar a luta pelo reconhecimento de novas e relevantes demandas democráticas (Cademartori, 2006, p. 23).

À dominação racional-legal¹¹, atrelada aos princípios da Democracia Formal, acrescenta-se a constitucionalização dos direitos naturais já agasalhados nas primeiras cartas programáticas, vislumbrando-se a extensão do rol de direitos fundamentais, diante do crescente dinamismo das demandas histórico-sociais¹². Este complexo de normas constitucionais é estabelecido com os objetivos de proteger os cidadãos de eventuais arbitrariedades do Estado e de assegurar-lhes uma existência digna (Trindade, 2012, p. 16).

Para Ferrajoli, o modelo do Estado Constitucional não se amolda à perspectiva teórica de matriz principialista¹³. De acordo com o jurista italiano¹³, ele se alinha ao paradigma juspositivista crítico, pois os direitos fundamentais são regras jurídicas

¹¹ Conceito cunhado por Max Weber (1984) para se referir à modalidade estatal ancorada em procedimentos administrativos definidos mediante o emprego de critérios impessoais.

¹² É possível destacar o surgimento dos direitos fundamentais sociais e transindividuais, respectivamente de segunda e terceira geração/dimensão (Cademartori, 2006).

¹³ Segundo os teóricos principialistas, a emergência do constitucionalismo contemporâneo possui relação direta com a superação do paradigma juspositivista, que em tese mostrou-se incapaz de atender às necessidades das democracias constitucionais. Sobre o principialismo, na visão de garantista sugere-se (Ferrajoli, 2014). Recomenda-se também a leitura das seguintes obras: (Alexy, 2017); (Atienza, 2014); (Dworkin, 1999); (Barreto Júnior; Pedron, 2021).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

positivas que deixam a condição de princípios éticos e políticos quando incorporados às Constituições.

Assim, o Estado Constitucional reflete a estrutura multinível dos sistemas jurídicos, abrangendo tanto a subordinação da jurisdição à legislação, quanto a sujeição da legislação à Constituição. Referidos núcleos de subordinação, por se ampararem no instituto da rigidez constitucional (Canotilho, 1991, p. 289), não podem ser livremente manipulados pelo legislador.

A proposta teórica do Estado Constitucional acresce ao paradigma do Estado Legal, no plano da democracia, um núcleo de limites e vínculos inerentes à garantia da estabilidade institucional e oportuniza aos cidadãos uma existência menos suscetível a ilegítimas interferências da política. Vislumbra-se assim a Democracia Substancial, na qual os direitos fundamentais se sobrepõem, como fragmentos da soberania popular, a quaisquer pretensões majoritárias e funcionam como elemento de neutralização de eventuais estratégias voltadas para a repressão das minorias (Ferrajoli, 2014, p. 43).

A Democracia Substancial traz em si importantes mudanças estruturais. A primeira transformação constitui um reforço conceitual à soberania popular, comparando-a ao contexto vivenciado na Democracia Formal (Ferrajoli; Streck; Trindade, 2012, p. 153). Nesse sentido, a elevação dos direitos fundamentais à condição de normas supremas à totalidade das fontes normativas confere aos seus titulares uma posição igualmente superior aos núcleos dos poderes públicos e privados.

A segunda implicação da Democracia Substancial pertine aos fundamentos axiológicos e democráticos do Direito e às instituições políticas positivamente enunciadas pelas normas constitucionais. A mudança paradigmática que fomenta a Democracia Substancial é a premissa segundo a qual o povo é titular da soberania e não a nação, o que qualifica o conceito de cidadania e, por conseguinte, propicia a paulatina expansão do direito de sufrágio (Ferrajoli, 2014, p. 81).

Para Ferrajoli, no Estado Constitucional forma-se um nexu isomórfico entre as condições de validade normativa e os requisitos para o exercício legítimo do poder político, estabelecendo-se uma simbiose entre teoria do direito e teoria política. Citado

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

nexo faz da teoria política uma interpretação semântica do aparato conceitual elaborado pela teoria do direito (Ferrajoli, 2014, p. 44).

Nesse sentido, a teoria do direito chancela a validade das normas produzidas em conformidade com as prescrições formais e substanciais relativas à sua produção. Já a teoria da democracia revela as formas e conteúdos apropriados para a concepção das leis, o que direciona as deliberações legislativas e permite, mediante análise teórico-estrutural de determinado modelo de Estado, a identificação da sua natureza.

Logo, nos ordenamentos contemporâneos vislumbra-se um isomorfismo que correlaciona, no campo teórico, a validade normativa à noção política de legítimo exercício do poder, que postula reconhecimento pela dimensão substancial da democracia (Ferrajoli, 2022, pp. 235-239), responsável por complementar o arcaico paradigma paleopositivista (Ferrajoli, 2011).

Com o paradigma do Estado Constitucional é eliminada coincidência entre validade e vigência das normas, típica do Estado Legal. Resta, portanto superada, por obra da Democracia Substancial, a legitimação política das deliberações coletivas estritamente ancoradas no sufrágio, à qual se adicionou uma perspectiva substantiva de controle dos poderes políticos (Barreto Júnior, 2022, p. 38).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Legal de Direito é decorrência histórica das revoluções burguesas do século XVIII e se notabiliza por deter o monopólio da produção jurídica. Nesse contexto, em que se legitima a Democracia Formal, a lei é fonte do Direito apenas se endossada por um desejo majoritário do povo.

A exclusividade da feitura das leis pelo Estado se ancora no princípio da legalidade formal, cuja atuação confere-lhes *status* de juridicidade, em contraponto ao dedutivismo típico das correntes jusnaturalistas. Contudo, embora este processo seja efetivamente transformador, os conceitos de existência e validade legal permanecem atrelados apenas à sua forma de produção.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

A intrínseca relação entre Estado Legal e positivismo rejeita o uso de elementos metafísicos como base para a legitimação da autoridade política, o que passa a ser de atribuição do Direito positivo. Com efeito, a autoridade derivada de uma fonte estritamente jurídica ampara-se na representação do Estado enquanto agente de tutela dos direitos fundamentais básicos.

O Estado Legal é, portanto, dotado das seguintes características identitárias: produz leis gerais e abstratas; o seu conjunto normativo se conecta com os desígnios majoritários da sociedade; os seus poderes estão estreitamente vinculados aos conteúdos das respectivas normas reguladoras; ele está necessariamente conjugado com a Democracia Formal.

A decadência do Estado Legal relaciona-se à crise da lei como veículo de efetivo controle social. Assim, em razão da onipotência legislativa, típica das democracias liberais do século XIX e início do XX, regimes totalitários são alçados ao poder por desígnio majoritário e dão causa a eventos históricos catastróficos.

O cenário pós-Segunda Guerra induz uma necessária reflexão da comunidade internacional a respeito da eficácia do Direito sob as balizas do Estado Legislativo, marcado pelo caráter programático das suas cartas de direitos. Surge então o Estado Constitucional, sob a égide do qual se instrumentaliza a submissão das forças políticas ao Direito e se promove difusão das Constituições rígidas e autoaplicáveis.

No Estado Constitucional, embora a existência e a vigência normativa mantenham-se vinculadas à sua forma de produção, a validade passa a ser chancelada pelo princípio da legalidade substancial, cuja função é entrelaçar o conteúdo das leis à necessária coerência com os preceitos constitucionais. Em tal cenário, o sistema de formação das deliberações políticas assegura somente a prática democrática eletiva, mas não implica a substancialidade das decisões majoritárias.

A acepção teórica do Estado Constitucional conjuga ao Estado Legal, no campo da democracia, limites e vínculos essenciais à garantia da ordem institucional, permitindo aos indivíduos uma vivência política menos vulnerável. Assim, emerge a versão substancial da democracia, na qual os direitos fundamentais se supraordenam a quaisquer desígnios majoritários, no interesse de proteção das minorias sociais.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

No Estado Constitucional identifica-se um nexos isomórfico entre os requisitos de validade normativa e as condições para a prática legítima do poder político, de forma a se estabelecer uma relação simbiótica entre teoria do direito e teoria política. Desse modo, afasta-se a coincidência entre validade, vigência normativa e legitimação política das deliberações coletivas estritamente ancoradas no sufrágio, fenômenos próprios do Estado Legal, com o objetivo de prevenção contra eventuais manifestações de onipotência legislativa.

O Estado Constitucional evidencia, portanto, notório progresso em relação ao Estado Legal, na medida em que os seus mecanismos de limitação do poder político conferem maior estabilidade aos regimes democráticos e oportunizaram a consagração dos direitos fundamentais como a base das sociedades ocidentais contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARISA. Santiago Sastre. Mas allá de una ciencia jurídica contemplativa. Em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Forense Universitária, 2014.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva. **Crítica garantista ao Estado Constitucional de Direito e o Constitucionalismo Global**. Curitiba: Juruá, 2022.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio. Democracia substancial e o estado social de direito: uma abordagem garantista. In **Revista do curso de direito da UNIFOR**, v. 12, n. 2, Formiga, jul/dez 2021. Disponível em <https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/articloe/view/1452>. Acesso em 07 mai. 2023.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Do jusnaturalismo racionalista ao pós-positivismo: ecos da nova hermenêutica jurídica. In **Anais do XI encontro internacional do CONPEDI**, Santiago, Chile, 2022. Disponível em

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/129by0v5/7aqxk6g9/76tdXh4qh8cig7v1.pdf>.

Acesso em 13 mai. 2023.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio. Os contratualistas e a formação do Estado Moderno. In **Revista Vertentes do Direito**, Palmas, v. 8, n. 02, jul./dez. 2021a. Disponível em <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/12124>. Acesso em 10 mai. 2023.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. O que Ronald Dworkin (não) propõe, com a teoria do direito como integridade? In **Revista interação**, v. 21, n. 1, Curitiba, jan/mar 2021. Disponível em https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/88411015/109-libre.pdf?1657418073=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DO+que+Ronald+Dworkin+nao+propoe+com+a+te.p df&Expires=1691523230&Signature=bapu-8wFg7VCFT0ob9PpMMgYoEj~JAB5BMDQQXZChai7qC743iqFStu6-ew1pwtwNXkJgtXeJqETQL91mnFGxrwncr-iFJtbo~LcnlhixQlxo7ukR0VW-eZZI92DXERJXSoe5RFZMcsj6V3NWu4VnZtaG676pDmpLE7PIBWz08w-ZptCIBBfIVRop59GeVNFkVCuQssVIMycJjFr0J1tV0Tma4tWII8PGKocGH~qFgrKxIjxYW-XHxZV4luv7TbRcZLg7NTbFaklvR4RBpzP2WM1MbC0U1a9ieaXH84Qld5Wu-3BNUQ63tf8Pmlb5x5Qy3Z6UGUqrfwnZoWpz6xXGiQ_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em 07 mai. 2023.

BOBBIO, Norberto. **As teorias das formas de governo**. São Paulo: Edipro, 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**, volume 1. Brasília: UNB, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2020a.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Malheiros, 2018.

CADEMARTORI, Sérgio; FERRI, Caroline. A teoria do garantismo jurídico e a soberania popular: o aparente paradoxo das decisões contramajoritárias. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 4, Jan/jun,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

2012. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007565>. Acesso em 08 mai. 2023.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Millenium, 2. Ed., 2006.

CANOTILHO, Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **A construção da democracia**. Teoria do garantismo constitucional. Florianópolis: Emais editora, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Em FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho e de la democracia 1. Teoria do direito. Madri: Trotta, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**. Percorsi della storia e tendenze attuali. Roma/Bari: Laterza, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOBBSAWM, Eric. **Il trionffo della borghesia**. 1848-1875. Roma: Laterza, 2006.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato moderno**. Lessico e percorsi. Bologna: Mulino, 1997.

PEÑA, Antonio. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. Madri: Trotta, 1997.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Ciência política e teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p568-583>

TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. In: **Revista de direito de Franca**, v. 05, n. 1. Franca, 2012. Disponível em <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156>. Acesso em 10 mai. 2023.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**. México: Fondo de cultura económica, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2002.