



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 59

233

janeiro a março de 2022

SENADO FEDERAL



O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito

DIEGO FERNANDES GUIMARÃES

Resumo: Uma sociedade politicamente organizada em torno do ideal do Estado constitucional de Direito tem como princípios e valores estruturantes a segurança jurídica, a supremacia da constituição e o pluralismo. Ao estabelecer as condições de validade das fontes do Direito e dos diversos ordenamentos jurídicos coexistentes, reconhece a constituição como fonte superior. A constituição assume essa posição graças a ingredientes culturais forjados historicamente: a dignidade humana, o pluralismo, a democracia constitucional, a inevitabilidade do conflito e a constituição como veículo de consensos. O presente estudo parte da necessidade de caracterização do Estado constitucional de Direito e suas bases socio-políticas e tem como objetivos descrever a mudança de paradigmas no sistema de fontes do Direito no Estado constitucional e identificar os seus fundamentos.

Palavras-chave: Estado constitucional de Direito; fontes do Direito; pluralismo democrático.

Constitutional State of law and the changing course on the source of law system

Abstract: A politically organized society under the constitutional State ideals (from normative constitutions), as from structuring values and principles as such legal security, constitutional supremacy and pluralism, sees its constitution at primary source of law once it predicts the validity requirements of the rest of sources of law and the others legal system enforceable at its land. The constitution has become at primary source of law by reason of many cultural ingredients built historically on human dignity, pluralism and constitutional democracy, the inevitability of conflicts and constitutional offering as if consensus document. The present study starts from the need to characterise the constitutional State of law and its socio-political bases, so that the objectives will be, precisely, to

Recebido em 19/5/21
Aprovado em 30/11/21

describe the change of paradigms in the system of sources of law in the constitutional State and to identify its foundations.

Keywords: constitutional State; sources of law; democratic pluralism.

1 Introdução

Um passo na busca por segurança e ordem nas relações interpessoais, entendidas como pretensão de certeza da regra aplicável e de previsibilidade de consequências das ações individuais, foi dado pela própria organização social em torno do Direito e pela posterior assunção da produção normativa pelos Estados.

Desse passo histórico, porém, derivaram múltiplos formatos de organização social e política, diversos no tempo e no espaço, sempre atentos ao substrato fornecido pelas experiências, pelas expectativas sociais e pelos valores que em seu tempo foram sendo cultivados. Por sua vez, tais elementos também influenciaram a concepção de Direito e o modo como se relacionam e estruturam as suas fontes de conhecimento, isto é, as fontes do Direito.

A demarcação que se faz entre o Estado legal de Direito e o Estado constitucional é, assim, a categorização de dois modelos diferentes de organização sociopolítica em torno do Direito, cujos sistemas de fontes de conhecimento são substancialmente diferentes porque assentados em premissas, valores e expectativas distintas.

O problema deste estudo pode ser assim sintetizado: o que caracteriza o Estado constitucional de Direito e quais as suas bases sociopolíticas? Logo, os objetivos desta pesquisa serão descrever a mudança de paradigmas no sistema de fontes do Direito no Estado constitucional e identificar os seus fundamentos.

Trata-se, pois, de um estudo de teoria da constituição, sem particularizar as experiências nacionais, o que, obviamente, não impede que o leitor nele projete os conhecimentos referentes a um dado sistema constitucional.

2 Do Estado legal ao Estado constitucional de Direito: características e conceitos básicos

Pode-se afirmar que o processo evolutivo iniciado com o renascimento de todos os setores sociais e o resgate de um Direito romano reformulado

(DAVID, 1998) – diante da desordem e principalmente do arbítrio no enquadramento das condutas humanas por um sistema que apelava ao sobrenatural e a um regime probatório insensato – culminarão no estabelecimento de um poder político racional, centralizado e capaz de definir as normas de regência social; ajustado, pois, ao conceito tradicional de soberania nascido dos Tratados de Westfalia, de 1648.

No primeiro momento de adoção do regime da monarquia absoluta, a lei promulgada pelo príncipe adquire a posição de fonte mais importante, assim se mantendo enquanto se produzia a substituição do absolutismo por outras formas de governo influenciadas pelas ideias de Estado de Direito, do princípio democrático e do princípio da igualdade (PIZZORUSSO, 2009), que desembocam na soberania popular e redimensionam o conceito de lei como ato normativo produzido pelo Parlamento representativo daquela soberania. Em suma, no curso da história, primeiro pleiteia-se a apropriação da atividade normativa pelo soberano para, na sequência, relegitimá-la pela soberania popular.

Assim, no horizonte das fontes do Direito surge o Estado legal, mediante o enquadramento do poder político – até então reduzido e conflitivo com a autoridade religiosa – e a superação dialética dos problemas que resultavam do caos de fontes normativas e das dificuldades operadas pelo Direito costumeiro, na medida em que o legitima a ideia de soberania popular.

Esse panorama histórico tem como referência uma série de acontecimentos passados na Europa ocidental, culturalmente condicionados e variáveis no tempo e no espaço quanto à diversidade de peso da lei e da jurisprudência. Nos sistemas de países da Europa continental (*civil law*), a lei assumiria o caráter exclusivo de disciplinar a função normativa, ao passo que, na Inglaterra (*common law*), o precedente judicial coexistiria com os *statutes* que poderiam modificar o Direito jurisprudencial e com a *ratio decidendi* que poderia interpretar o Direito vigente (PIZZORUSSO, 2009).

Desse modo, organização social em torno do Direito (e do Estado), segurança jurídica e soberania popular são conceitos-chave para identificar o Estado legal de Direito, focado na origem da norma como fundamento de sua legitimidade. Assim, as normas que poderiam ser impostas e deveriam ser obedecidas por todos seriam aquelas produzidas pela atividade do Parlamento como autoridade e instância representativa do povo. Daí deriva o dogma da primazia da lei, expressão da vontade geral, conforme exposto nas teorias contratualistas e, com mais vigor, no *pactum subjectionis* (MARHUENDA; ZAMORA, 2016).

O Estado legal de Direito programa uma ordem racional, com centralidade e supremacia da lei e, embora com variações nacionais, minimiza o valor jurídico do costume como fonte do Direito e (re)formula o

debate com vistas ao confronto entre leis e atos normativos do executivo, de tal maneira que são seus princípios estruturantes a segurança jurídica e a hierarquia.

Enfim, o ordenamento jurídico é considerado um conjunto sistemático e estruturado de normas (BALAGUER CALLEJÓN, 2014), dotado de unidade, coerência e plenitude. Uno, em razão da posição central da lei (ainda que houvesse variações sobre o que se consideraria lei); pleno, porque a lei é considerada ato racional por excelência e alcança prestígio no Estado liberal e em seu dogma da suficiência dos códigos; e coerente, por ser um ordenamento garantido pelo critério de hierarquia, de modo que o eventual conflito entre lei e regulamento se solucionaria pela maior força da primeira. O critério de hierarquia não deve ser confundido epistemologicamente com o princípio estruturante, embora no Estado legal nem sequer houvesse essa diferenciação, já que o sistema jurídico se ordenava inteiramente de forma hierárquica.

Da mesma forma, a supremacia da lei tornava pouco relevante a noção de normas sobre a produção jurídica, ou seja, “as regras, mediante as quais o ordenamento regula os processos de criação, modificação e extinção de suas normas” (BALAGUER CALLEJÓN, 2018, p. 73, tradução nossa). Paralelamente, o conceito de norma jurídica e de seus planos de realização, tais como existência, validade, eficácia, legitimidade e efetividade, mantêm um desenho singelo, porque o mais importante é identificar a vigência da lei, cenário no qual é reservado um papel passivo à jurisprudência (BALAGUER CALLEJÓN, 2003), especialmente no direito continental.

Não se deve esquecer que todos esses acontecimentos e seus reflexos sobre a sociedade, a política e o Direito repercutiram no continente americano, interagindo com os contextos lo-

cais de colonização, ocupação e exploração econômica. Por exemplo, nos primeiros anos da colonização brasileira, o modo de organização social era basicamente feudal, regido por *cartas de doações* ou *cartas forais* expedidas pelo monarca português, posteriormente reformulado pela extensão territorial das Ordenações reais – Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) – e, na sequência, por leis extravagantes que poderiam regular relações na colônia, a exemplo da *Lei da boa razão*, a qual privilegiava a aplicação das leis portuguesas, minimizando a autoridade do Direito romano, da glosa e da jurisprudência. Esses só seriam aplicados de forma subsidiária, ou seja, quando de acordo com o Direito natural e as leis das nações cristãs iluminadas e desde que fundadas na boa razão (TELLES, 1865).

O Estado legal de Direito estava assentado em algumas condições políticas bastante funcionais para os grupos sociais dominantes (BALAGUER CALLEJÓN, 2014), porque estruturalmente excludentes da cidadania: a homogeneidade do povo como conceito jurídico-político, a unidade da ordem de valores e o sufrágio censitário, que desembocaram em um sistema jurídico não inclusivo e no monismo na disciplina das fontes do Direito, concebido apenas sob uma estruturação hierárquica.

A partir da crise do Estado liberal e das consequentes demandas sociais por maior amplitude na divisão e redistribuição de poderes num marco pluralista, progressivamente foram-se alterando aquelas condições políticas. A constituição passa a assumir a função central no sistema de fontes, dando lugar à transição rumo ao Estado constitucional de Direito (PIZZORUSSO, 2009). Apesar das particularidades históricas e condicionantes culturais, é inegável a influência da decisão *Marbury v. Madison* (UNITED STATES, 1803), da Suprema Corte Americana, na construção

e compreensão da supremacia constitucional para além do território dos EUA.

Em suas diferentes expressões, o pluralismo será integrado ao Direito e ao seu sistema de fontes pelo reconhecimento da pluralidade de centros emanantes de normas válidas e de várias categorias normativas espalhadas por centros diversos. Por essa razão o Estado constitucional de Direito tenta articular o pluralismo jurídico agregando-lhe outro princípio estruturante – o de competência (BALAGUER CALLEJÓN, 2014).

Neste momento, é imprescindível uma advertência. O sistema de fontes que aqui se examina com referência ao Estado constitucional de Direito é aquele correspondente aos Estados que adotam o modelo de constituições normativas, precisamente porque se trata de um fenómeno da cultura comum europeia que se expandiu até a América ibérica (ou, pelo menos, assim se pretendeu) e que, portanto, contextualiza esta pesquisa.

A propósito, o Estado constitucional de Direito dos países que adotam o modelo de constituição normativa é uma realidade sociocultural que, na Europa ou em parte dela, coincide com o segundo pós-guerra e posiciona a constituição no centro do ordenamento jurídico e, ao valorizar o pluralismo, atribuir-lhe-á a função de canalização dos conflitos sociais – territoriais, inclusive –, de modo a desenvolver-se como uma evolução do constitucionalismo oligárquico, que nega o pluralismo e o conflito, e do constitucionalismo antagônico do período entreguerras, que até reconhece o pluralismo e o conflito, mas não os canaliza por meio da constituição (BALAGUER CALLEJÓN, 2004a).

Igualmente, é um modelo que se afasta dos Estados que gozam de certa homogeneidade social e de identidade de valores ou que possuem uma constituição semântica, na expressão categorizada por Loewenstein (2018, p. 218),

porque ambos os casos, ao fim e ao cabo, não precisam da normatividade da constituição.

O modelo da constituição normativa influenciou as recentes constituições latino-americanas, editadas após períodos de governos autoritários ou ditatoriais, os quais sufocavam os conflitos internos, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), profundamente influenciada pelos ideais das Constituições Portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978, editadas após períodos de autoritarismo e influenciadas pela Lei Fundamental de Bonn e pela Constituição Italiana.

Dispor de uma constituição normativa reverbera no sistema de fontes do Direito de um Estado, dado que, se o pluralismo e o conflito são essenciais, e a constituição é o elemento central de um ordenamento plural, o Direito e, por conseguinte, suas fontes e métodos de análise e aplicação serão igualmente pluralistas. Assim, além dos conceitos de organização social em torno do Direito e de segurança jurídica (que, recorde-se, foram a base do Estado legal), serão também chaves no Estado constitucional os conceitos de pluralismo e supremacia da constituição.

A constituição juridiciza o processo de produção do Direito e torna-se, ela própria, norma jurídica. Vale dizer: a constituição é uma norma jurídica porque deixa de ser concebida como um programa político dirigido apenas à limitação de poderes e ao estabelecimento de liberdades – cujo arranjo proporcionava o papel proeminente do Parlamento em traduzir juridicamente o conteúdo da constituição política – e passa a ser tratada como uma ordem normativa global do Estado e da sociedade, fixando os “princípios com base nos quais se deve formar a unidade política e se devem assumir as tarefas estatais” (HESSE, 2012, p. 43, tradução nossa). Ademais, é fonte do Direito ao dar suporte às

normas constitucionais de produção de Direito em seus espaços de atuação.

A passagem para o Estado constitucional de Direito encontra na teoria kelseniana parte de sua base teórica, ao trasladar o foco da legitimidade da norma jurídica de sua origem para seu processo de produção, uma vez que o Direito, como sistema normativo dinâmico, tem uma norma fundamental que lhe outorga validade e estabelece o modo de produção das normas, cabendo a cada autoridade normativa a definição de seu conteúdo.

Também será aquela a base teórica que influenciará a nova imagem de unidade do ordenamento jurídico, não mais orientado para a posição central da lei, mas vinculado à constituição normativa, que estabelece as condições de validade do resto das normas do sistema em sua pluralidade de fontes e de ordenamentos jurídicos, obviamente com as ressalvas da consideração teórica atual da autossuficiência das constituições frente à norma hipotética fundamental kelseniana.

Assim, unidade não significará mais uniformidade do sistema, mas a existência de um ponto referencial de recondução de todas as normas (BOBBIO, 1995), que não é outro senão a constituição jurídico-positiva. A coerência não significará a inexistência de antinomias normativas, perfeitamente possíveis num sistema dotado de diversidade de fontes e de poderes normativos, mas a previsão dos critérios de solução destas antinomias, tais como o cronológico, a competência, hierarquia ou especialidade. Por outra parte, a estrutura escalonada do Direito, embora permaneça em alguns setores normativos (por exemplo, na relação lei-regulamento), deixa de ser o único critério do sistema jurídico do Estado constitucional, dada a coexistência do princípio estruturante de competência, que deforma o ordenamento e complica a atividade de exa-

me da validade de uma norma, já não restrita às forças diversas das fontes implicadas, mas também aos âmbitos de reservas materiais e de fontes (CRISAFULLI, 2004).

Por sua vez, a plenitude, que no Estado legal de Direito se assentava na racionalidade das leis e na suficiência dos códigos, inscreve-se numa concepção dinâmica, ante a constatação prática de que as leis não teriam conseguido definir tudo, e fatalmente sempre restaria uma margem de atuação interpretativa aos aplicadores da norma jurídica.

Quanto a esse ponto, cabe ressaltar que a influência de outros campos do conhecimento sobre a ciência jurídica, em especial a filosofia da linguagem, a lógica e as teorias da interpretação, provocou, no final das contas, a extensão do quadro das fontes do Direito, compreendendo as oriundas de autoridades políticas (fontes-ato), as derivadas da prática social normativa (fontes-fato) e aquelas provenientes das autoridades jurisdicionais, na medida em que estas últimas se valem do quadro referencial (textual ou não) das duas primeiras para, na análise de suas relações sistêmicas e das propriedades dos casos concretos (AGILÓ REGLA, 2014), construir a norma-premissa, isto é, aquela que deverá ser aplicada ao caso concreto e aos seus semelhantes.

Em suma, as autoridades políticas produzem a disposição jurídica valendo-se de um texto normativo que será a base para o intérprete extrair a norma jurídica individualizada, a qual será aplicada aos casos concretos, o que, se por um lado se reconhece como o método de trabalho natural dos juizes, por outro também evidencia as novas bases sobre as quais se assenta o dogma da plenitude do ordenamento jurídico.

No Estado constitucional de Direito são importantes as normas sobre a produção jurídica, as quais nem sempre estarão incorporadas

formalmente ao texto constitucional, embora devam nele estar admitidas, pois, num sistema de pluralidade de fontes do Direito e de pluralidade de ordenamentos jurídicos, serão as normas sobre a produção jurídica que condicionarão a validade de outras normas, a despeito de sua posição hierárquica, porque estruturadas por meio do princípio de competência.

Em outras palavras, as relações entre as diversas fontes do Direito e os ordenamentos infraestatais, estatais e supraestatais costumam ser organizadas de maneira competencial, ao passo que alguns de seus setores o farão de forma hierárquica, ainda que seja indiscutível que todas elas devam obedecer à dinâmica admitida na constituição normativa, simplesmente porque esta última é a fonte de validade de todas as demais normas que lhe deverão obediência.

É desta forma que o princípio de competência é elevado ao critério de ordenação do sistema de fontes. A intuição de uma possível desintegração da estrutura hierárquica, na verdade, decorre da premissa da adoção da forma constitucional e sua configuração como um limite intransponível do nível legislativo (MOTRONI, 2007-2009, p. 12, tradução nossa)¹.

Nesse panorama, passa a ser essencial – diferentemente do arranjo singular do Estado legal de Direito – o desenvolvimento dos planos de realização das normas jurídicas – existência, validade, eficácia e vigência –, porque operativos tecnicamente para o adequado funcionamento de um sistema jurídico uno e, ao mesmo tempo, dotado de uma pluralidade de fontes e de ordenamentos jurídicos, bem como baseado em princípios estruturantes diversos.

Conforme antes exposto, no constitucionalismo normativo a supremacia da constituição é sequenciada pela pluralidade de categorias normativas, isto é, por muitas fontes com *força de lei*, de tal maneira que no conceito constitucional de *lei* podem inserir-se diversas espécies normativas com maior ou menor participação de órgãos parlamentares em sua formação. Contudo, *força de lei* não se confunde com *status de lei*, porque este último situa a norma na hierarquia normativa: as normas com *status de lei* são inferiores à constituição mas superiores ao regulamento e às demais normas infralegais. Logo, normas com força de lei só podem ser derogadas por norma de igual ou superior *status*, o que é útil na análise das relações entre normas organizadas hierarquicamente, mas não tanto nos casos em que seja necessário o emprego do princípio de competência.

¹ No original: “È così che il principio di competenza viene elevato al rango di criterio ordinatore del sistema delle fonti. L’intuizione della possibile disgregazione dell’assetto gerarchico nasce in realtà dalla premessa dell’adozione della forma costituzionale e dalla sua configurazione di limite invalicabile dal livello legislativo”.

Nesse sentido, independentemente de qualidades como abstração, generalidade ou obrigatoriedade, norma jurídica é aquela que integra o ordenamento jurídico, pois o Direito não está caracterizado por abrigar um só tipo de norma, mas por ser um sistema coativo e ordenado juridicamente – embora parte da doutrina continue ideologizando que “é bom que as normas jurídicas sejam gerais e abstratas” (BOBBIO, 2001, p. 182).

Atentando a esses conceitos e a tudo quanto dito até aqui sobre o Estado constitucional de Direito, é prudente destacar que a lei parlamentar e a atividade do legislador, ainda que não detenham a proeminência de antes, seguem gozando de prestígio institucional. Em especial, permanecem como instrumentos por excelência da concretização normativa da constituição, inclusive no desenvolvimento dos direitos fundamentais (BALAGUER CALLEJÓN, 2004b), embora sua fonte de legitimidade não resida mais na sua origem, mas na circunstância de expressarem os princípios do consenso, da maioria e do respeito às minorias.

Por outro lado, à jurisprudência constitucional nacional lhe é conferida uma função complementar, ou seja, corretora ou reparadora da atividade de conformação do legislador, sempre com base em um referente textual constitucional ou infraconstitucional, apesar da admissão de múltiplas fórmulas hermenêuticas concretas, tais quais as detectadas por Guastini (2010, p. 35), como as interpretações cognitiva (identifica os sentidos possíveis), decisória (elege entre os significados) e criativa (atribui um novo sentido, não compreendido entre os identificáveis na interpretação cognitiva ou mediante a recolhida de normas implícitas por meio de raciocínios não dedutivos).

3 Os ingredientes da constituição como fonte superior: cultura, dignidade humana, pluralismo, democracia constitucional, conflitos e consensos constitucionais

Em linhas gerais, até aqui se disse que uma sociedade politicamente organizada em torno do ideal de Estado constitucional de Direito (das constituições normativas), com base em princípios ou valores estruturantes, como a segurança jurídica, a supremacia da constituição e o pluralismo, reconhece na constituição a posição de fonte superior do Direito, “ao estabelecer as condições de validade do resto das fontes do Direito e dos diversos ordenamentos jurídicos que coexistem no mesmo território” (GUIMARÃES, 2021, p. 115).

Essa constituição pluralista sintetizará os matizes legitimadores de uma nova formulação na dinâmica política entre os que exercem a autoridade (os que mandam) e os destinatários de suas decisões (os que

obedecem). Compreender essa dinâmica e seus matizes é entender os ingredientes que enquadram a constituição como fonte superior, o que demanda algumas reflexões no âmbito da teoria constitucional sobre o desenvolvimento da constituição e do Estado constitucional como modelo pluralista, em especial após a queda dos regimes socialistas e demais experiências autoritárias.

De início, é imprescindível destacar a inequívoca relação entre constituição e cultura, porque a primeira é um produto dos processos culturais que culminam na definição de um modelo de organização sociopolítica, suas instituições e valores, além da eleição das vindicações e esperanças depositadas em seu desenvolvimento.

Desde a ascensão da razão humana e do renascimento cultural e científico que marcam a Idade Moderna, pretende-se organizar o eixo do modelo de organização social fugindo de referentes místicos ou metafísicos e valendo-se de elementos seculares que, construídos e reconstruídos continuamente, influenciam a relação entre governantes e governados. Häberle (2009) atribui a altíssima aceitabilidade atual das constituições – embora com caráter ontológico diverso – a essa perspectiva científico-cultural e à sua analogia com a natureza escrita dos livros das três grandes religiões monoteístas, ao valor da hermenêutica (como influência protestante) e ao efeito integrador dos cidadãos e grupos em face dos valores constitucionais.

A relação entre constituição e cultura também se atesta nas referências aos símbolos do Estado (bandeira, hino, capitais etc.) como expressões da comunidade política e na normatização de setores da cultura e de expressões culturais (educação, esporte, bens artísticos, paisagens etc.).

Se é certo que a constituição é um produto da cultura, também é certo que não se trata de um produto acabado – afinal, a cultura não é um fenômeno estático e seguirá influenciando

e sendo influenciada pelo consumo e vivência da constituição pelos cidadãos e pelas práticas estatais. O Estado constitucional como forma de organização política é também uma conquista cultural atualmente compartilhada por parte dos Estados do Planeta.

Por outro lado, o Direito constitucional também não pode ignorar a cultura, pois é ela que confere sentido material aos textos constitucionais e permite alcançar a exata medida de sua normatividade. Um forte indício dessa dependência é a constatação de que dois textos iguais podem ter sentidos jurídico-políticos distintos em espaços diversos, e o mesmo texto pode variar seu sentido no curso do tempo, o que reforça precisamente o caráter evolutivo da constituição – e do Estado constitucional como modelo – em suas dimensões de tempo e de espaço.

Além disso, a realidade constitucional de um Estado já não se resume aos valores, normas e fatos internos, porque integrada pelo direito internacional de natureza constitucional, numa interação recíproca (HÄBERLE, 2013) de princípios, atores e soluções normativas, de tal maneira que a fronteira entre esses dois âmbitos já não é tão rígida, nem a prevalência de um ou outro, monista ou pluralista, como se debatia anteriormente. Afirma Guimarães (2021, p. 119):

A abertura dos Estados Constitucionais para o externo é uma manifestação mais da constituição do pluralismo, de uma sociedade aberta, agora, ao internacional, que minimiza a distinção entre o interno e o externo e permite redimensionar o Estado a um padrão cooperativo.

Outro componente é a dignidade humana como crença básica, como condição necessária para a mudança de paradigma cultural no modelo de organização sociopolítica, e que “faz referência a um conceito filosófico, inicialmente

alheio ao Direito” (PORRAS RAMÍREZ, 2017, p. 218-219, tradução nossa), de filiação cristã (do Gênesis, “criou Deus o homem à sua imagem e semelhança”), secularizado pelo humanismo renascentista e revitalizado a partir do segundo pós-guerra.

A dignidade humana é um valor básico que se insere nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, mediante fórmulas normativas de princípios que servem como justificação moral e fundamento para o próprio ordenamento, em especial para os direitos fundamentais. Contudo, à luz de seu vazio conceitual tem permitido que na prática se projete uma diversidade de imagens e convicções pouco coerentes, até por órgãos judiciais nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos.

Uma forma de superar esse vazio conceitual é vincular a dignidade humana aos parâmetros filosóficos de inspiração kantiana e arendtiana: o indivíduo deve ser tratado como fim em si mesmo, evitando-se sua coisificação ou seu uso como meio para a realização de metas coletivas ou outras metas individuais; ademais, deve expressar um direito a ter direitos. Em qualquer caso, são ideias bem amplas e cujo alcance concreto pode variar conforme as dinâmicas sociais, o lugar e o momento.

Em busca de uma ideia comum de dignidade humana nos Estados constitucionais, Häberle (2016, p. 163, tradução nossa) a descreve como a “biografia desenvolvida e em desenvolvimento da relação entre o cidadão e o Estado”, ou seja, dignidade é um conceito relacional consistente em permitir que o cidadão seja o sujeito de sua atuação e, por isso, joga um papel importante na evolução cultural, porque traz consigo um grau mínimo de capacidade de desenvolvimento perante o cultural, as experiências históricas e suas transformações.

Por outra parte, empenhando-se em encontrar um conteúdo jurídico mínimo para a

dignidade humana e afastando-se das teorias estendidas de matriz religiosa ou ideológica, ou seja, pautando-se pela laicidade, neutralidade política e pela universalidade, Barroso (2015, p. 284-286) sintetiza a dignidade humana em três campos: como valor intrínseco, como autonomia individual e como valor comunitário.

O valor intrínseco corresponde a seu elemento ontológico resultante do postulado antiutilitarista kantiano, que afirma a posição especial dos seres humanos, determina que devem ser tratados como um fim em si mesmos e revela que o Estado existe para o indivíduo, e não o contrário. A dignidade como valor intrínseco gera um conjunto de direitos subjetivos, como o direito à vida, à igualdade, à integridade física etc.

A autonomia é o elemento ético da dignidade, comportando a autodeterminação do indivíduo, isto é, sua capacidade de decidir sobre a própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Nela se inseririam as dimensões da autonomia privada, da participação na *res publica* e da proteção do mínimo existencial como pressuposto necessário ao exercício da autonomia.

Por sua vez, o valor comunitário constitui o elemento social da dignidade humana, ou seja, o indivíduo frente ao grupo. Barroso (2015) assume que a dignidade é forjada pelos valores compartilhados de uma sociedade, por seus ideais de vida boa. Logo, o valor comunitário destina-se à proteção de direitos de terceiros, do indivíduo contra si próprio e dos valores sociais legítimos.

A posição da dignidade humana nos Estados constitucionais é resumida por Häberle (2016, p. 3, tradução nossa) quando afirma que “o Estado constitucional comum europeu e atlântico se caracteriza pela dignidade humana como premissa antropológico-cultural”. Portanto, ter a dignidade humana como premissa do modelo

de organização política de uma sociedade é impor a consideração do cidadão em si e em suas circunstâncias (em paráfrase adaptada de Ortega y Gasset), o que se traduz em admitir que a sociedade é essencialmente heterogênea, que as pessoas e seus grupos têm interesses, modos de vida, e valores comuns e diversos ao mesmo tempo. Assim, o Estado constitucional que, repita-se, existe para o indivíduo, é uma instância de organização pluralista de uma sociedade aberta, que aceita a presunção do pluralismo de atores sociais e de resultados na interação Estado-cidadania.

A respeito da ideia de constituição como pluralismo, é importante ressaltar a sua intrínseca relação com o modelo de Estado pluralista democrático (REALE, 1998), isto é, o Estado avesso ao fundamentalismo, mas também com o modelo de Estado pluralista radical, o que corresponderia à diferenciação feita por Popper (1991, p. 98-99), no seio da teoria do conhecimento, entre o pluralismo crítico e o relativismo, sendo cabível associar o primeiro ao Estado democrático pluralista.

Uma comunidade política desenvolvida com base no pluralismo inevitavelmente assume o conflito como um fato entranhado e permanente, embora antecipe um consenso cultural fundamental que se vê representado nos mecanismos formais e materiais previstos na constituição. É exatamente por essa razão que o conflito é parte do constitucionalismo atual (GUILLÉN LÓPEZ, 2013) – de que são exemplos as tensões liberdade-segurança, capital-trabalho etc. –; que a pluralidade de fontes normativas e de ordenamentos tende a ser uma realidade presente nos Estados constitucionais; e que a constituição define um regime completo e permanente de mecanismos de solução para os conflitos sociopolíticos que possam ser gerados.

O regime que encoraja e abrange o conflito não é outro senão a democracia constitucional, pois é nela que

a cidadania atua como coletivo homogêneo que integra a maioria e a minoria. O governo da maioria, contudo, se move dentro do marco constitucional, que assegura (através da constituição normativa) o respeito ao pluralismo e aos direitos das minorias (BALAGUER CALLEJÓN, 2014).

É também no marco da democracia constitucional e, portanto, pluralista, que se desenvolve a abertura a iniciativas e alternativas de respostas múltiplas às necessidades da sociedade, basicamente porque o pluralismo crítico é refratário às verdades acabadas ou definitivas. Dessa maneira, a democracia abriga – e em certa medida até fomenta – a existência de programas, projetos e propostas políticas e eleitorais alternativas, arranjo que tem como efeito instaurar uma ordem jurídica aberta e comunicativa,

que acolhe a benéfica alternância de poderes como resultado de alterações da vontade popular.

Do que até aqui se expôs, ainda que pareça contraditório, o Estado constitucional democrático reconhece o conflito como efeito natural de uma comunidade política desenvolvida com base no pluralismo e impulsiona o funcionamento da constituição como veículo de consensos mínimos, essenciais para a dignidade humana e para o funcionamento do regime, os quais não devem ser afetados pelas maiorias ocasionais. Porém, também projeta o espaço próprio do pluralismo político, de maneira a converter-se o governo da maioria em governo de todos. Por essa razão, a decisão é tomada com base na regra da maioria, submetida ao controle da oposição (minorias) e com a observação das condições formais e materiais previstas na constituição. É precisamente o pacto por essa dinâmica que garante a unidade política num Estado pluralista e se projeta para as futuras gerações.

A esse propósito, é interessante o ponto de vista integrador de Grimm (2005), ao destacar que – como é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade, que expressa os seus valores e objetivos básicos e, portanto, assegura o consenso fundamental para a preservação da consistência social –, a constituição desempenha uma função integradora no processo de amplificação do sentimento comum de pertença e de conformação da identidade coletiva, que pode apoiar-se em bases culturais e históricas diversas, como o *constitutional moment* da Constituição norte-americana ou o patriotismo constitucional do povo alemão diante da Lei Fundamental de 1949.

O último dos ingredientes do Estado constitucional está relacionado à irradiação no tempo do pacto constituinte e refere-se ao modo particular desse modelo de Estado, segundo o qual as constituições devem estar abertas para amparar o desenvolvimento humano, as expectativas e reivindicações futuras e as mudanças

culturais que comporão o seu substrato político. Esse ingrediente requer que a constituição seja abrangente o suficiente para adaptar-se ao tempo, sem prejuízo de sua essência.

Por essa razão, as constituições de Estados pluralistas contemplam em seu texto cláusulas pétreas ou de eternidade ao lado de cláusulas modificáveis ou até suprimíveis, como também se valem de textos normativos com relativo grau de imprecisão e vagueza ou de conceitos jurídico-políticos indeterminados.

4 Considerações finais

O Estado legal de Direito é um modelo de organização social que se vale da apropriação e centralização da elaboração normativa dos Estados – a qual já se vinha produzindo desde os Estados absolutistas –, associado a um conceito tradicional de soberania, que busca enquadrar o poder político, minimizar a autoridade religiosa, superar o caos de fontes normativas e as incertezas do direito costumeiro.

Quanto às suas premissas políticas, o Estado legal de Direito assenta-se na homogeneidade do povo como conceito jurídico-político, na unidade da ordem de valores e no sufrágio censitário. Seu ordenamento jurídico passa a ser considerado um conjunto ordenado de normas com as seguintes características: uno, em face da supremacia absoluta da lei; pleno, em razão da racionalidade impressa nas leis e códigos; coerente, já que as demais fontes, inclusive as costumeiras e os atos do executivo, deveriam guardar relação de dependência e inferioridade com a lei. Daí que se reconheçam a segurança jurídica e a hierarquia como seus princípios estruturantes.

É importante destacar que se considera a supremacia da lei a expressão máxima da vontade popular manifestada por seus representantes, o

que justifica a sua posição central no sistema de fontes e garante a unidade e coerência do sistema jurídico.

Contudo, a crise do Estado liberal deflagra novas reivindicações sociopolíticas que, mantendo a apropriação e centralização da atividade normativa e o protagonismo do Estado, buscam admitir a heterogeneidade do povo, a pluralidade de valores básicos da sociedade e o sufrágio universal. A consequência é uma mudança genética no sistema de fontes, dando lugar ao modelo de Estado constitucional de Direito, profundamente marcado pelo pluralismo político.

O ordenamento jurídico do Estado constitucional incorpora o pluralismo ao seu sistema de fontes do Direito, com base no reconhecimento da diversidade de centros de produção normativa e da multiplicidade de categorias normativas. Também serão pluralistas os métodos de interpretação e aplicação dos textos normativos. Logo, será um ordenamento uno, por deter um ponto referencial de recondução de todas as normas (fontes): a constituição normativa. Será coerente, ao prever os critérios de solução das antinomias normativas. E será pleno, ao admitir a interação criativa entre as autoridades normativas. Logo, além da segurança jurídica e da hierarquia, desponta como estruturante o princípio de competência, destinado a regular as interrelações entre os diversos (sub)ordenamentos e as diversas categorias normativas.

Nesse ambiente, reconhecido o valor político (e jurídico) do conflito, a supremacia absoluta da lei é substituída pela supremacia da constituição, o que não significa um simples reposicionamento, pois a constituição torna-se normativa, juridicizando o fenômeno político. Passa, então, a exercer a função – que a lei não tinha – de estabelecer os consensos políticos mínimos que deverão reger a vida política do Estado pluralista.

Todavia, como ato normativo do Parlamento, a lei, apesar de ter reduzida a sua importância no sistema de fontes, persiste como o instrumento por excelência de materialização da decisão política não apenas por ser originada do Parlamento, mas porque em seu processo de produção é garantida a dinâmica pluralista de formação da vontade política: formação das maiorias políticas, respeito às minorias e observância das regras e limitações formais, materiais e circunstanciais previstas na constituição, cuja fiscalização caberá à jurisdição constitucional.

Por fim, o esquema conceitual da constituição como fonte superior do sistema abrange ingredientes que não se podem perder de vista: cultura, dignidade humana, pluralismo, democracia constitucional, conflitos e consensos constitucionais, que se articulam de forma simbiótica para assegurar a organização social em torno do Direito, o enquadramento do poder político, a segurança nas relações sociais e a valorização da diversidade social e política.

Sobre o autor

Diego Fernandes Guimarães é mestre em Derechos Fundamentales en Perspectiva Nacional, Supranacional y Global pela Universidade de Granada, Espanha; doutorando em Ciências Jurídicas na Universidade de Granada, Espanha; professor do Centro Universitário Unifacisa, Campina Grande, PB, Brasil; juiz federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.
E-mail: dfguimaraes@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

GUIMARÃES, Diego Fernandes. O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 83-98, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p83

(APA)

Guimarães, D. F. (2022). O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 83-98. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p83

Referências

AGILÓ REGLA, Josep. *Teoria geral das fontes do direito*. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Ed., 2014.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico*. Tradução de Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. (Série IDP. Linha Direito Comparado).

_____. Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [Madrid], año 23, n. 69, p. 181-213, sept./dic. 2003. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=371&IDA=25690>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo: ReDCE*, [s. l.], año 1, n. 1, p. 307-320, enero/jun. 2004a. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/13.%20Francisco%20Balaguer%20Callejon.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. (coord.). *Manual de derecho constitucional*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2018. v. 1.

_____. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo: ReDCE*, [s. l.], año 1, n. 1, p. 25-46, enero/jun. 2004b. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/2.%20Francisco%20Balaguer.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1995.

CRISAFULLI, Vezio. Jerarquia y competencia en el sistema constitucional de las fuentes. Traducido del italiano por Juan Francisco Sánchez Barrilao. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*: ReDCE, [s. l.], año 1, n. 1, p. 323-353, enero/jun. 2004. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE1pdf/14.%20Vezio%20Crisafulli.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior).

GRIMM, Dieter. Integración por medio de la Constitución: propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización. Traducción al castellano de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. *Teoría y Realidad Constitucional*, [s. l.], n. 15, p. 53-69, 2005. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.15.2005.6667>. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6667>. Acesso em: 18 jan. 2022.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. (Minima Trotta).

GUILLÉN LÓPEZ, Enrique. La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*: ReDCE, [s. l.], año 10, n. 20, p. 431-444, jul./dic. 2013. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE20pdf/13_GUILLEN.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

GUIMARÃES, Diego Fernandes. Breve ensaio sobre a globalização do direito constitucional. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, [s. l.], v. 2, n. 13, p. 115-125, 2021. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/242>. Acesso em: 18 jan. 2022.

HÄBERLE, Peter. El constitucionalismo universal desde las Constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete tesis. Traducción del alemán por Francisco Balaguer Callejón. *Revista Direito Público*, [Porto Alegre], v. 10, n. 54, p. 9-13, nov./dez. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2363>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. *El Estado constitucional*. Traducción e índices de Héctor Fix-Fierro. 2. ed. México, DF: UNAM, 2016. (Serie Doctrina Jurídica, n. 47).

_____. ¿Tienen España y Europa una Constitución? Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*: ReDCE, [s. l.], año 6, n. 12, p. 353-393, jul./dic. 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3263714>. Acesso em: 18 jan. 2022.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Selección y traducción de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. (Democracia y Derecho).

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 2018. (Derecho, 13).

MARHUENDA, Francisco; ZAMORA, Francisco José. *Fundamentos de derecho constitucional*. Madrid: Dykinson, 2016.

MOTRONI, Matteo. *Le norme cedevoli nel rapporto tra fonti statali e fonti regionali*. 2010. Tesi (Dottorato in Diritto Costituzionale) – Università degli Studi di Ferrara, [Ferrara], 2007-2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11392/2389359>. Acesso em: 18 jan. 2022.

PIZZORUSSO, Alessandro. La producción normativa en tiempos de globalización. Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*: ReDCE, [s. l.], año 6, n. 11, p. 231-318, enero/jun. 2009. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/10AlessandroPizzorusso.htm>. Acesso em: 18 jan. 2022.

POPPER, Karl R. *Sociedade aberta, universo aberto*: entrevista conduzida por Franz Kreuzer. Tradução de Maria Helena Rodrigues de Carvalho. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1991. (Nova Enciclopédia, 17).

PORRAS RAMÍREZ, José María. Significado y alcance de la apelación al principio constitucional de la dignidad de la persona en España. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 218-237, maio/jun. 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3325>. Acesso em: 18 jan. 2022.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

TELLES, José Homem Corrêa. *Commentario critico [sic] à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

UNITED STATES. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Congress does not have the power to pass laws that override the Constitution, such as by expanding the scope of the Supreme Court's original jurisdiction. First party: William Marbury. Second party: James Madison, Secretary of State. February 24, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 18 jan. 2022.