

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO**

Carlos Leandro Maidana da Silva

**O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL E AS RELAÇÕES ENTRE A
POLÍTICA E O DIREITO.**

**Porto Alegre
2015**

CARLOS LEANDRO MAIDANA DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL E AS RELAÇÕES ENTRE A
POLÍTICA E O DIREITO.**

Monografia apresentada como requisito de aprovação no Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Re-
verbel

**Porto Alegre
2015**

RESUMO

Este trabalho contempla uma abordagem acerca do papel do princípio da lealdade constitucional e a relação que possui com a política, investigando desde o seu conceito, os modelos e o seu comportamento frente as relações entre o direito e a política a partir de uma monografia para aprovação no curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho, oferecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A proposta metodológica apoia-se nos fundamentos qualitativos através da análise dos posicionamentos teóricos acerca do tema, possibilitando a análise da problemática. O princípio da lealdade constitucional, portanto, passa a ser um princípio interpretativo, possibilitando a declaração da ilegalidade ou violação do texto constitucional da finalidade da norma apesar de os meios pelo qual ela foi proposta não apresentarem vícios. Sob tal condição do princípio da lealdade constitucional é elemento resultante do processo de interação entre a Política e o Direito. O princípio da lealdade constitucional quando concebido como de defesa do Estado, constitui-se em princípio estruturante da ordem jurídica. A finalidade do princípio estruturante é organizar e estruturar o processo legislativo. Neste sentido, pode-se afirmar que a lealdade constitucional dentro do processo de interação que se estabelece entre a Política e o Direito constitui valor, ideologia e técnica para conformar o controle, a decisão e a execução, visando assegurar a eficácia da ordem jurídica. A partir de tais princípios, concebem-se formas de Estado de Direito, nas quais se evidencia a efetiva relação entre o Direito e a Política como controle da constitucionalidade e, conseqüentemente, a preservação dos valores supremos permite que sejam criados órgãos constitucionais, onde o princípio da lealdade constitucional possibilita a conformação interpretativa.

PALAVRAS CHAVE: 1. Princípio; 2. Lealdade Constitucional; 3. Direito; 4. Política; 5. Conformação; 6. Interpretação; 7. Critérios; 8. Conceito; 9. Modelos; 10. Estado; 11. Ordenamento Jurídico; 12. Ideologia; 13. Valor; 14. Técnica; 15. Controle; 16. Decisão; 17. Execução; 18. Eficácia; 19. Constitucionalidade; 20. Valores Supremos; 21. Órgãos Constitucionais; 22. Estruturante; 23. Processo Legislativo; 24. Violação; 25. Finalidade; 26. Norma; 27. Defesa. Estado; 28. Fundamentos; 29. Metodologia; 30. Meio; 31. Proposta; 32. Interação; 33. Teoria; 34. Fins; 35. Funções; 36. Constituições; 37. Espanha; 38. Itália; 39. Brasil.

ABSTRACT

Questo articolo offre un approccio sul ruolo del principio di lealtà costituzionale e il rapporto che ha con la politica, indagando sin dalla sua concezione, i modelli e il loro comportamento il rapporto tra diritto e politica da una monografia per l'approvazione nel corso di Diploma di Specializzazione in Diritto del lavoro, offerto dalla Università Federale del Rio Grande do Sul. La metodologia si basa su motivi qualitativi analizzando le posizioni teoriche in materia, consentendo l'analisi dei problemi. Il principio di lealtà costituzionale, quindi, diventa un principio interpretativo, che consente la constatazione di illegittimità o di violazione della Costituzione della finalità della normativa, anche se le modalità con cui è stato proposto non presenta dipendenze. In tali condizioni il principio di fedeltà costituzionale è l'elemento risultato del processo di interazione tra la politica e la legge. Il principio di lealtà costituzionale quando progettato come difesa dello Stato, costituisce un principio strutturante di diritto. Lo scopo del principio strutturante è quello di organizzare e strutturare il processo legislativo. In questo senso, si può dire che la fedeltà costituzionale nel processo di interazione stabilita tra la politica e la legge è il valore, ideologia e tecnica per conformare il controllo, decisione ed esecuzione in modo da garantire l'efficacia del sistema giuridico. Da questi principi, concepiti a forme di stato di diritto, in cui si sottolinea il rapporto efficace tra diritto e della politica, come il controllo di costituzionalità e quindi la conservazione dei valori supremi permette organi costituzionali sono creati, dove il principio di lealtà costituzionale consente la conformazione interpretativo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL.....	9
2.1 A COMPREENSÃO DE UM DISPOSITIVO COMO PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL.....	10
2.2 MÉTODO DE DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS A PARTIR DA ANÁLISE DE TEXTOS NORMATIVOS.....	12
2.2.1 O caráter hipotético-condicional.....	13
2.2.2 O critério do modo final de aplicação.....	14
2.2.3 O critério do conflito normativo ou da antinomia.....	17
2.2.4 O critério axiológico.....	19
2.3 O RECONHECIMENTO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL COMO PRINCÍPIO..	20
2.4 O CONCEITO DE PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL.....	22
2.4.1 A eficácia como condição de validade do ordenamento jurídico.....	22
2.4.2 A lealdade constitucional como formação normativa da eficácia da norma jurídica como condição de validade do ordenamento jurídico.....	24
2.5 MODELOS DE LEALDADE CONSTITUCIONAL.....	25
3 A POLÍTICA, O DIREITO, E A LEALDADE CONSTITUCIONAL.....	28
3.1 A TEORIA DOS FINS E FUNÇÕES DO ESTADO.....	28
3.2 O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA.....	32
3.3 O PROCESSO DE INTERAÇÃO ENTRE A POLÍTICA, O DIREITO, E O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL.....	37
4 A LEALDADE CONSTITUCIONAL COMO PRINCÍPIO NAS CONSTITUIÇÕES DA ESPANHA, DA ITÁLIA E DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	46
4.1 O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DO REINO DA ESPANHA.....	46

4.2 O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA.....	48
4.3 O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

A grande preocupação que se tem verificado entre os juristas, nacionais e internacionais, diz com a aplicação e a interpretação das normas constitucionais, bem como conceber a efetiva função dessas normas para conceber também de modo efetivo a aplicação da constituição e do ordenamento legal. Neste contexto se insere o estudo sobre a Lealdade Constitucional.

A Lealdade Constitucional tem gênese (origem) nos dispositivos constitucionais escritos no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial com vista a proteção da democracia pluralista. Após, portanto, os episódios que deram ensejo aos radicalismos políticos que conduziram o Partido Nacional-Socialista Alemão a suprimir o regime democrático instaurado em 1919, através dos mesmos procedimentos constantes da Constituição de Weimar, as Constituições, denominadas Constituições do pós-guerra, estipularam normas para proteger a ordem democrático pluralista.

O aumento nos últimos dez anos do terrorismo sob todas as formas de manifestação, nacional e internacionalmente, trouxe a lume o tema da lealdade constitucional, conduzindo a uma reflexão sobre a capacidade destes mecanismos que as constituições estipularam de conter os novos e os velhos adversários da democracia pluralista. Ou seja, faz-se uma reflexão acerca da capacidade dos instrumentos que foram postos nas constituições do pós-guerra de proteger a ordem democrático pluralista.

Neste contexto, verifica-se a presença da relação existente entre a Política e o Direito. O Direito é uma ordem normativa e institucional da conduta humana, que está inspirada em postulados de justiça, enquanto o ordenamento jurídico está composto de normas e instituições. As normas ou regras jurídicas são imperativos de caráter geral, abstrato e inovador, que regulam com eficácia social a conduta humana.

O Estado é a instituição máxima em face de seu caráter geral e englobante das comunidades, sociedades, municípios, famílias, etc. As normas e as instituições oferecem uma imagem primária do Direito, na medida em que é inconcebível um ordenamento jurídico unidimensional, composto somente por normas ou integralmente composto por instituições.

Assim, o Estado se configura normativamente por sua constituição política e pelas normas que a ela se subordinam, ademais pela normatividade que sobrepára nas instituições do próprio Estado.

A proposta metodológica apoia-se nos fundamentos qualitativos através da análise dos posicionamentos teóricos, que fazem os autores e especialistas da área do Direito Público, especialmente na área do Direito Constitucional, possibilitando a análise da problemática.

O presente estudo tem por finalidade examinar o papel do princípio da lealdade constitucional (ou lealdade federal) frente a política e a ordem democrático pluralista. Examina-se o tema, questionando-se sobre o conceito de lealdade constitucional.

Procura-se verificar como pode a lealdade constitucional constituir-se num mecanismo fundamental de defesa da Constituição. A seguir, examinam-se quais são os modelos de lealdade constitucional e analisa-se a presença do princípio da lealdade constitucional nas Constituições da Espanha, da Itália e investiga-se a presença do princípio na Constituição da República Federativa do Brasil, procurando-se identificar onde se verifica a presença do princípio da lealdade constitucional.

A análise é feita a partir de posicionamentos teóricos acerca do tema, seguindo-se uma linha interpretativa sobre os questionamentos supramencionados, ao mesmo tempo em que se examina a relação que se estabelece entre a política e o direito com o objetivo de compreender o processo político como instrumento de concretização dos valores supremos estipulados constitucionalmente com suporte no exame da teoria consultada frente aos fins e funções do Estado.

Considerando que o Estado de Direito se exerce, fundamentalmente, pela Política e pelo Direito, onde se concebe valor abstrato, ideologia e técnica, comportando contradições, que devem ser plenas, porquanto o “direito não se exaure na sua normatização (regras jurídicas, sistematizada, coordenada e hierarquizadas), pois não esquece as instituições”¹, examina-se o papel da lealdade

¹ VERDÚ, Pablo Lucas; CUERVA, Pablo Lucas Murillo de la. **Manual de Derecho Político**. 3.ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1994, p. 17.

constitucional, através da análise doutrinária, como mecanismo de defesa da constituição no contexto marcado pela relação entre o direito e a política, porque “a proteção da democracia é resultante da defesa constitucional em sentido estrito, *Verfassungsschutz*², que visa proteger não todas as normas constitucionais, mas somente os princípios fundamentais e estruturantes da forma de Estado (Princípio Democrático, Estado de Direito, Princípio Regionalista, Estado Social).”³

² Tradução nossa: Proteção da Constituição.

³ IBRIDO, Renato. **Lealtà Costituzionale e Difesa della Costituzione (Partiti Polici e Stato decentrato)**. Rasoconto, 5 f. (Dottorando in ricerca de Diritto Pubblico Comparato) Siena, 4 nov 2009. <Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEMOFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww3.unisi.it%2Fdipcc%2Fdottorato%2Ffralvarez2009.doc&ei=3ZbrU9a6Fa3nsATZuoG4Cg&usg=AFQjCNHGwXGV8pMx2r1hp7Hs5Yu0Zkf-Dg&bvm=bv.72938740,d.cWc>> Acessado em: 26 jul. 2014.

2 O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL

Antes de ingressar no tema propriamente dito, verifica-se inicialmente o seguinte:

[...] l'existenza di due diversi concetti di 'difesa' della Costituzione: un modello di difesa della Costituzione in senso ampio, di difesa dello Stato (Staatsschutz), per essere più precisi, il quale è diretto a prevenire e sanzionare la violazione delle norme costituzionali; ed una nozione di difesa della Costituzione in senso stretto (Verfassungsschutz), la quale mira a proteggere non tutte le norme costituzionali ma solo i principi fondamentali e strutturanti della forma di stato (principio democratico, Stato di diritto, principio regionalista, Stato sociale).^{4 5}

A defesa do Estado encontra aplicação em qualquer contexto histórico, político e jurídico.⁶ Mas “l'idea della difesa della Costituzione *stricto sensu* può essere proiettata solamente in un assetto democratico-pluralistico. Solo la democrazia ed il pluralismo, per le possibilità procedurali che esse offrono ai loro ‘nemici’, risultano infatti esposte al tentativo di sovvertire ‘legalmente’ la Costituzione.”^{7 8}

Alvarez evidencia de um lado a justiça constitucional, guarda de todas as normas constitucionais, e de outro, a lealdade constitucional, como um dispositivo fundamental na proteção dos princípios constitucionais na base da forma do Estado. Assim, “la lealtad constitucional representa una determinada manera de plantear la defensa del ordenamiento jurídico sobre la base de un particular modo de concebir la infracción sus normas.”^{9 10}

⁴ IBRIDO, Renato. **Lealtà Costituzionale e Difesa della Costituzione (Partiti Polici e Stato decentrato)**. Rasoconto, 5 f. (Dottorando in ricerca de Diritto Pubblico Comparato) Siena, 4 nov 2009. <Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww3.unisi.it%2Fdipartimento%2Fdottorato%2Ffralvarez2009.doc&ei=3ZbrU9a6Fa3nsATZuoG4Cg&usq=AFOjCNHGwXGV8pMx2r1hp7Hs5Yu0Zkf-Dg&bvm=bv.72938740.d.cWc>> Acessado em: 26 jul. 2014, p. 2.

⁵ Tradução nossa: [...] a existência de dois diversos conceitos de defesa da Constituição: um modelo de defesa da constituição em sentido amplo, de defesa do Estado (Staatsschutz), o qual é dirigido a prevenir e sancionar a violação das normas constitucionais para ser mais preciso e uma noção de defesa da Constituição em sentido estrito (Verfassungsschutz), a qual mira a proteger não todas as normas constitucionais, mas somente os princípios fundamentais e estruturantes da forma de Estado (principio democrático, Estado de Direito, principio regionalista, Estado Social).

⁶ IBRIDO, op. cit., p. 2.

⁷ Tradução nossa: a ideia da defesa da Constituição em sentido estrito pode ser projetada somente em um sistema democrático pluralístico. Somente a democracia e o pluralismo, por causa da possibilidade procedimental que essas oferecem aos seus inimigos, resultam, de fato, expostos a tentativa de subverter legalmente a Constituição.

⁸ IBRIDO, op. cit., p. 2.

⁹ Ibidem, p. 446.

¹⁰ Tradução nossa: a lealdade constitucional representa uma determinada maneira de sustentar a defesa da ordem jurídica com base em uma determinada maneira de conceber a violação de suas regras.

A lealdade constitucional, portanto, constitui-se num dispositivo que se encontra na estrutura da constituição e serve à proteção dos princípios que asseguram a forma do Estado, o que remete ao conceito da lealdade constitucional.

Os princípios fundamentais são diretrizes que refletem a ideologia do constituinte e apresentam os valores essenciais à constituição do Estado. Mas tal concepção apenas não é suficiente para esclarecer o conceito da lealdade constitucional, sua função, e o objeto essencial da investigação, caracterizado pelo exame do papel da lealdade constitucional, através da análise doutrinária, como mecanismo de defesa da constituição no contexto marcado pela relação entre o direito e a política.

2.1 A COMPREENSÃO DE UM DISPOSITIVO COMO PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL

Interpretar a lei não é uma tarefa simples, fácil. Segundo Karl Larenz o processo de interpretação da lei é feito pelo duplo sentido no qual se conforma uma situação de fato enquanto enunciado, que pode ser compreendido como dispositivo.

A interpretação da lei é, como já vimos anteriormente (cap. III, 1), um processo de duplo sentido, em cujo decurso se conforma a situação de facto definitiva enquanto enunciado, a partir da situação de facto em bruto», atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, e se precisa o conteúdo das normas a aplicar, atendendo mais uma vez à situação de facto, tanto quanto seja necessário. «Interpretar» é, como tínhamos dito (cap. I, em 3a), «uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático.¹¹

O dispositivo constitui o objeto de interpretação de textos normativos e não se confunde com a compreensão do que seja uma norma. O dispositivo não é uma norma. As normas “não são textos nem o conjunto delas, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”¹² O objeto é o texto de lei. Ou seja, “objecto da interpretação é o texto legal como portador do sentido nele vertido, de cuja compreensão se trata na interpretação.”¹³

¹¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução do original alemão intitulado *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Colouste Glubenkian, 3ª ed., 1997, p. 439

¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.

¹³ LARENZ, Karl. op. cit., p. 441

O dispositivo possibilita a construção de muitas normas, mas é importante referir que há dispositivos que não possibilitam a construção de nenhuma norma. Avila nesses termos dispõe o seguinte:

Em alguns casos há normas mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhe deem suporte fático. Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não construída norma alguma. Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa.¹⁴

O dispositivo permite a criação ou não de normas, assim como possibilita a interpretação adequada da Constituição, como acontece, por exemplo nas ações declaratórias de inconstitucionalidade em que não há redução de texto, como refere Ávila. E sentencia que “há dispositivos a partir dos quais se pode construir mais de uma norma.”¹⁵

O caminho para compreensão, conseguintemente, de um dispositivo é inverso. Isto é, conclui-se pela existência do princípio da segurança jurídica através da análise dos dispositivos que estabelecem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade. Esse caminho é aplicável na compreensão do que consiste a lealdade constitucional, enquanto dispositivo de um texto normativo, uma vez que “a dogmática constitucional deve buscar clareza porque ela proporciona maiores meios de controle da atividade estatal.”¹⁶

A lealdade constitucional constitui-se fundamentalmente num dispositivo que se encontra na estrutura da constituição e serve à proteção dos princípios que asseguram a forma do Estado, os quais, inclusive, podem estar inseridos na constituição que evidencia a existência do dispositivo estruturante.

¹⁴ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.

¹⁵ *Ibidem*, p. 34.

¹⁶ *Ibidem*, p. 29.

A lealdade constitucional é compreendida como uma consequência da interpretação de um dispositivo de um texto normativo que represente uma determinada maneira de sustentar a defesa da ordem jurídica com base em uma determinada maneira de conceber a violação de suas regras, não se olvidando para chegar-se a essa compreensão, assim como sua função dos critérios para distinguir princípios e normas.

Não se pretende, por outro lado, através do exame acurado do tema, criar uma ideia de pamprincipiologismo, isto é, “uma verdadeira usina de produção de princípios despídos ou desprovidos de normatividade”¹⁷, estabelecendo sem qualquer responsabilidade ou fundamento jurídico a ideia de lealdade constitucional, distorcendo a noção do significado de princípios e normas.

Considerando esse aspecto, é conveniente a análise da distinção entre as regras e os princípios para compreender o significado de ambos, a fim de analisar a função da lealdade constitucional e os seus modelos.

2.2 MÉTODO DE DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS A PARTIR DA ANÁLISE DE TEXTOS NORMATIVOS

Embora não seja o objetivo e o fundamento dessa obra descrever um método para distinguir princípios e normas, mas conhecer a noção da distinção entre um e outro mostra-se importante, a fim de reconhecer a função da lealdade constitucional e dos seus modelos, porque “o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações dos sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito da qual o sentido mais adequado que deve atribuir a um texto legal.”¹⁸

Os fundamentos utilizados para encontrar-se uma regra aplicável a um caso concreto são indicados pelos princípios. Os valores não são apenas explicitados por princípios, mas as regras comportamentais, ou regras de comportamento, são também explicitadas pelos princípios, conforme Ávila.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Compreender Direito: desvelando a obviedade do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2ª ed., 2014, p. 19.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 34

Por outro lado, “a construção das normas jurídicas dentro das tensas relações que regulam entre si o direito e a realidade, em um campo de elementos reais e normativos foi examinada como uma questão própria da filosofia do direito, mas não como um problema de aplicação prática do direito.”¹⁹ Os princípios possuem, por sua vez, importância necessária para a formação do sistema jurídico.

Os tipos jurídico-estruturais, quer dizer, os direitos subjectivos, relações obrigacionais, tipos societários, referem-se sempre a regulações parcelares, encadeadas entre si. Estas estão, por seu lado, ajustadas a regulações mais amplas, como as do Direito dos contratos ou do Direito privado no seu conjunto, e, pelo menos os princípios fundamentais destas regulações mais amplas têm, por seu lado, que estar em consonância com os princípios e bases de valoração do ordenamento jurídico no seu conjunto.

O poder tornar visíveis as ideias jurídicas e pautas de valoração gerais que enunciam os complexos de regulação particulares é missão do «sistema interno». Para responder à questão da possibilidade de um tal sistema, temos que voltar agora, uma vez mais, aos princípios jurídicos.

Ocupámo-nos dos princípios éticos-jurídicos como critérios teleológico-objectivos da interpretação e em conexão com o desenvolvimento do Direito, atendendo a um tal princípio. Qualificámo-los de pautas directivas de norma jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas.[sic]²⁰

Há, assim, critérios que procuram distinguir os princípios das normas, que podem ser considerados como método de distinção. Segundo Ávila, há quatro critérios de distinção entre os princípios e as normas: o primeiro é o critério do carácter hipotético-condicional, o segundo é o critério do modo final de aplicação, o terceiro é o critério do relacionamento normativo ou conflito normativo, ou antinomia entre as regras e entre os princípios, e o quarto é o critério do fundamento axiológico.

2.2.1 O carácter hipotético-condicional

Segundo esse critério a decisão é predeterminada pela hipótese e pela consequência. A regra encontrada e aplicável ao caso concreto possui fundamentos indicados pelos princípios.

“No grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídi-

¹⁹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 17 e 18.

²⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução do original alemão intitulado *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Coluste Glubenkian, 3ª ed., 1997, p. 673 e 674.

ca, mas só uma «ideia jurídica geral», pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor.”²¹ Segundo Larenz “O princípio, uma vez descoberto, não propicia uma simples inferência da decisão. Serve somente como *starting point* ou ponto de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto.”²²

A noção da distinção entre princípios e regras a partir desse primeiro critério sofre críticas de Ávila. Segundo a concepção delineada, “o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética.”²³ A crítica não é exclusiva uma vez que “a norma não é aqui encontrada de um modo interpretativo a partir do princípio, mas criada por uma síntese judicial.”²⁴

Para Ávila um princípio ou uma regra pode ser gerada por um dispositivo, dependendo da análise do aspecto normativo. Os princípios também possuem consequências normativas.”²⁵ Neste sentido afirma que “o ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de consequências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de consequências, o que é algo diverso.”²⁶

2.2.2 O critério do modo final de aplicação

Ávila afirma que “segundo alguns autores os princípios poderiam se distinguidos das regras pelo critério do modo final de aplicação, pois, para eles as regras são aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios, de modo gradual mais ou menos.”²⁷

Neste critério as obrigações definitivas são instituídas pelas regras e não são superáveis por normas contrapostas. As obrigações *prima facie* são instituídas pelos princípios, que “podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes.”²⁸

²¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução do original alemão intitulado *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Colouste Glubenkian, 3ª ed., 1997, p. 674.

²² *Ibidem*, p. 193.

²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.

²⁴ KAUFMANN apud LARENZ.

²⁵ AVILA, op. cit., p. 47.

²⁶ *Ibidem*, p. 48.

²⁷ AVILA, loc. cit.

²⁸ *Ibidem*, p. 48 e 49.

A crítica consiste, segundo Ávila, o texto objeto de interpretação não determina o modo de aplicação, porque o intérprete constrói as conexões axiológicas que são consideradas elementares, invertendo o modo de aplicação.

A consideração de todas as circunstâncias do caso modifica completamente o caráter absoluto da regra. Em outras palavras, o complexo de ponderação de razões e contrarrazões são exigidas pela consideração de todas as normas. “Há normas cujo conteúdo normativo preliminar estabelece limites objetivos, cujo descumprimento aparenta impor de modo absoluto, a implementação da consequência.”²⁹

A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação, tanto os princípios como regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados.³⁰

Ávila faz referência também ao modo mais ou menos de aplicação do caráter da regra e ao modo tudo ou nada. Ou seja, “o caráter absoluto da norma se perde em favor de um modo mais ou menos de aplicação. [...] Todas essas considerações demonstram que a afirmação de que as regras são aplicadas de modo tudo ou nada só tem sentido quando todas as questões relacionadas a validade, aos sentidos e a subsunção final dos fatos já estiverem superadas.”³¹

A distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método tudo ou nada de aplicação das regras, pois também elas precisam para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havida como automáticas. Neste sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação) tanto as regras quanto os princípios, em vez de se estremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo: princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devem ser corroboradas por meio do ato de aplicação. Este critério distintivo entre princípios e regra perde, porém, parte de sua importância quando se constata, de um lado, que a aplicação das regras também depende de conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (por exemplo,

²⁹ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 49.

³⁰ Ibidem, p. 51.

³¹ Ibidem, p. 52.

regras do procedimento legislativo em correlação com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regra para serem aplicados.³²

A consideração de aspectos concretos e individuais são permitidos tanto pelos princípios e quanto pelas regras. “No caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever diretamente, qual o comportamento devido.”³³

Estabelecido o fim de uma proposição jurídica, ao problema da adequação efectiva da mesma a esse fim só pode vir a responder-se de harmonia com as circunstâncias de facto sob as quais ela deva vir a ter a sua vigência. Dado que essas circunstâncias variam com o tempo, a interpretação da proposição jurídica tem também de adaptar-se a tais alterações: tem, em suma, segundo a teoria objectiva, de ser sempre referida à actualidade. [sic]³⁴

O fim se dá pela adoção de comportamentos necessários, que funcionam como razão substancial à promoção do fim, produzindo efeitos.³⁵ “Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram para a argumentação razões substanciais [substantive reasons] ou razões finalísticas [goal reasons].”³⁶

No caso das regras a consideração de aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a trincheira decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas.

.....
Costuma-se afirmar também que no caso das regras são ou não aplicadas de modo integral, enquanto os princípios podem ser aplicados mais ou menos. [...] Isso significa, porém, que não são os princípios que são aplicados de forma gradual, mais ou menos, mas é o estado das coisas que pode ser mais ou menos aproximado, dependendo da conduta adotada como meio. [...] Por isso, defender que os princípios sejam aplicados de forma gradual é baralhar a norma com os aspectos exteriores, necessários à sua aplicação. O ponto decisivo não é, portanto, o suposto carácter absoluto das obrigações estatuidas pelas regras, mas o modo como as razões que impõe a implementação das suas consequências podem ser validamente fundadas pelas regras, mas o modo como essa consideração deverá ser validamente fundamentada – o que é algo diverso.

.....
Ainda que existam vários tipos de regras, e não um só, pode-se afirmar que aquilo que caracteriza as regras é precisamente o seu grau de rigidez, indicativo de um

³² AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52

³³ Ibidem, p. 52 e 53.

³⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução do original alemão intitulado *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Coluste Glubenkian, 3ª ed., 1997, p. 43.

³⁵ AVILA, op. cit., p. 53.

³⁶ AVILA, loc. cit.

comportamento ou de um âmbito de poder, que não pode ceder senão diante da excepcionalidade da situação e mediante o preenchimento de requisitos formais e materiais.³⁷

2.2.3 O critério do conflito normativo ou da antinomia

Os princípios e normas se distinguem em face do conflito normativo.³⁸ Neste sentido “os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo, pois [...] a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbrincamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.”³⁹

A crítica de Ávila refere que “não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso.”⁴⁰ Apesar dessa atual posição, Larenz, por sua vez, referiu que “os princípios jurídicos, a partir dos quais aparentemente se deduz, seriam intersectados e limitados mediante outros princípios jurídicos, de tal modo que já não é possível uma simples dedução, mas devem ocorrer soluções que concluem sobre qual o princípio que precede o outro em hierarquia.”⁴¹ Neste sentido, a compreensão é de que haveria diferentes dimensões de peso que permitam distinguir os princípios das regras.

Com efeito a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento, enquanto sopesamento de razões e contrarrazões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática [...].

Em primeiro lugar a atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito. Costuma-se afirmar que quando duas regras entram em conflito, de duas, uma: ou se declara a invalidade de uma das regras, ou se abre uma exceção a uma das regras de modo a contornar a incompatibilidade entre elas. Em razão disso, sustenta-se que as regras entram em conflito no plano abstrato, e a solução desse conflito insere-se na problemática de validade das normas. Já quando dois princípios entram em conflito deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação.

³⁷ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 53 a 55.

³⁸ *Ibidem*, p. 56.

³⁹ AVILA, loc. cit.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 57

⁴¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução do original alemão intitulado *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Coluste Glubenkian, 3ª ed., 1997, p. 231

Embora tentador, e amplamente difundido, esse entendimento merece ser repensado. Isso porque em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas.⁴²

A superação do conflito normativo, destinado a distinguir princípios e regras, apresenta fatores de distinção tanto no plano concreto como a finalidade da norma e as circunstâncias e argumentos sobre os fatos, quanto no plano abstrato relativamente a exceção e a invalidade.

A exceção e a invalidade não implicam declaração necessária ante a possibilidade de ponderação de razões. Essa ponderação é também válida para a análise de conflitos de princípios.

Além disso, importa ressaltar que a relação entre regras e entre princípios não se dá de uma só forma. Na hipótese de relação entre princípios, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins como devidos, nada obsta a que demandem meios diversos para atingi-los. Nessa hipótese deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro. A solução é idêntica à dada para o conflito entre regras com determinação de uma exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito, mantendo sua validade.⁴³

Na realização da ponderação, o intérprete terá de examinar as razões justificativas para a aplicação de uma regra ou não, assim como para a aplicação de um determinado princípio, especialmente quando as hipóteses normativas mostram-se abertas.

Em terceiro lugar, a atividade de ponderação de regras verifica-se na delimitação de hipóteses normativas semanticamente aberta ou de conceitos jurídico-políticos, como Estado de Direito, certeza do Direito, democracia. Nesses casos, o intérprete terá de examinar várias razões contra e a favor da incidência da regra, ou investigar um plexo de razões para decidir quais elementos constituem os conceitos jurídico-políticos.⁴⁴

É a própria ponderação de razões que determinará se o intérprete, havendo discrepância entre as hipóteses de incidência, abandonará os elementos que compõe essas hipóteses de incidência para considerar os fundamentos.

⁴² AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 57.

⁴³ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 62.

Essa análise também será feita por ocasião da aplicação de um precedente judicial, assim como quando utilizar-se de “formas argumentativas como analogia, e argumentum e contrário, cada qual suportada por um conjunto diferente de razões que se sopesadas.”⁴⁵

A ponderação é aplicável tanto aos princípios quanto às regras quando existente o conflito normativo. O intérprete, “no caso dos princípios, avaliar a correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os comportamentos necessários à sua promoção.”⁴⁶ Desta feita, o tipo de ponderação e o tipo de justificação dos princípios é diferente.

2.2.4 O critério axiológico

Toda e qualquer norma, conforme Ávila, possui uma dimensão axiológica. “A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam resguardar.”⁴⁷

A dimensão de importância é atribuída aos fins e às razões que os princípios fazem referência, constituindo, neste sentido, uma qualidade das razões e dos fins a que os princípios se referem, atribuídos pelo aplicador.⁴⁸

A conexão entre a norma e o valor depende do aplicador, isto é das razões que determinam a aplicação da norma e da avaliação que faz das circunstâncias no processo de aplicação da norma.⁴⁹

Quanto aos princípios, o cruzamento de dois princípios provoca a necessária realização do fim estipulado pelo outro ou a exclusão da finalidade estipulada pelo outro princípio, não se olvidando a possibilidade de apenas parte do princípio se realizar, ou ainda da realização de um fim de um princípio que não interferiu na realização do fim estipulado pelo outro.⁵⁰

⁴⁵ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 63.

⁴⁶ Ibidem, p. 64 e 65.

⁴⁷ Ibidem, p. 65.

⁴⁸ AVILA, loc. cit.

⁴⁹ Ibidem, p. 68.

⁵⁰ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 68.

Esta concepção da valoração dos princípios de Bidlinski verifica-se na doutrina de Larenz, referindo-se à valoração dos princípios jurídicos, a despeito da crítica mencionada por Ávila acerca da dimensão axiológica. Larenz afirma que este não pode ser o único método interpretativo de valoração.

Não é suficiente, segundo ele, a alusão às concepções valorativas comumente reconhecidas ou mesmo preponderantes na comunidade jurídica. Ao invés, carecem estas de uma selecção mediante categorias jurídicas. Tais critérios vê-os ele nos princípios jurídicos, que também aqui neste livro são considerados como directrizes, que operam a mediação entre a ideia de Direito [ou os valores jurídicos de escalão superior] e as regulações de um Direito positivo.[...] Atribui, nesse ponto, valor decisivo à diversidade de modos de pensamento e métodos jurídicos, desde a técnica de subsunção, com o seu proceder estritamente lógico, passando pelos diversos estádios ou passos da interpretação e complementação da lei, até à busca e concretização de princípios jurídicos, a um sistema móvel, [...], e à comparação de tipos.⁵¹

Tanto os princípios quanto as normas possuem um conteúdo que deve ser aplicado totalmente. Mas é a prescrição da conduta interpretada que é relevante: “os princípios não determinam [prima facie] a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim.”⁵²

As regras dependem de um comportamento menos intenso, porque este está previsto na norma. Ou seja, “as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto formalmente pela norma.”⁵³

2.3 O RECONHECIMENTO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL COMO PRINCÍPIO

Não se pode olvidar que “l’indeterminatezza del significato dei testi normativi consiste in questo: che ogni testo normativo esprime – almeno potenzialmente e/o diacronicamente – una pluralità di significati alternativi [ossia ammette diverse interpretazioni, a ciascuna delle quali corrisponde una diversa norma].”^{54 55}

⁵¹ BIDLISNKI apud LARENZ.

⁵² AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p 69.

⁵³ AVILA, loc. cit.

⁵⁴ GIUSTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2001, pp.59/60

⁵⁵ Tradução nossa: A indeterminação do significado dos textos normativos consiste nisso: que qualquer texto normativo exprime – ao menos potencialmente e/ou diacronicamente – uma pluralidade de significados alternativos [isto é, admite diversas interpretações, cada uma das quais correspondendo a uma diferente norma].

Contudo há um conceito de princípio que se sustenta na finalidade e na complementariedade, possibilitando a avaliação da correlação entre o estado de coisas e os efeitos da conduta interpretada.

Princípios, portanto, segundo Ávila, “são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demandada uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”⁵⁶

Dentro do conceito de princípio estabelecido, um fim a ser realizado é estabelecido pelo princípio. O fim é “a fixação de um conteúdo como pretendido.”⁵⁷ O conteúdo pretendido corresponde a uma “função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva [richtungsgebende funktion] para determinação da conduta. O objeto do fim é o conteúdo desejado”⁵⁸

A instituição de um fim é ponto de partida para a procura dos meios. Os meios podem ser definidos como condições [objetos, situações] que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos.⁵⁹

A realização ou a efetivação do estado de coisas como dever é concebido pela adoção de comportamentos necessários estabelecidos pelos princípios. Nesse contexto, “é preciso trocar o fim vago por um fim específico.”⁶⁰ Além disso, “é preciso substituir o fim vago por condutas necessárias à sua realização.”⁶¹ Também, “é necessário abandonar a mera catalogação de casos isolados em favor da investigação do problema jurídico neles envolvido e dos valores que devem ser preservados para sua solução.”⁶² Da mesma forma, “troca-se a busca de um ideal pela realização de um fim concretizável.”⁶³ Finalmente, “busca-se os comportamentos necessários à promoção do fim.”⁶⁴

⁵⁶ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85.

⁵⁷ AVILA, loc. cit.

⁵⁸ AVILA, loc. cit.

⁵⁹ WEINBERGER apud AVILA

⁶⁰ AVILA, op. cit., p. 99.

⁶¹ Ibidem, p. 100.

⁶² AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 100.

⁶³ AVILA, loc. cit.

⁶⁴ Ibidem, p. 101.

A conjugação desses pressupostos conduz ao reconhecimento da lealdade constitucional como um princípio, na medida que constitui um comportamento necessário ao estabelecimento da harmonia constitucional, que se concretiza especificamente para preservar os valores que estabelece o conteúdo desejado.

2.4 O CONCEITO DE PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL

A lealdade constitucional, a partir das reflexões expendidas, pode ser concebida, portanto, como um instituto de defesa da Constituição ou de defesa do Estado, na medida em que pode ser oposta à elaboração de normas que sejam contrárias ao próprio ordenamento jurídico. A partir dessa concepção, “la lealtad constitucional constituye el fundamento de ilicitud de comportamientos que supongan un menoscabo de la eficacia de las normas que expresan la identidad del ordenamiento.”⁶⁵ ⁶⁶ Nesse sentido, “el concepto de lealtad constitucional se vincula a la idea de ordenamiento jurídico e no a materialización del concepto de Constitución. Por ello, a lealtad constitucional constituye un instituto avalorativo.”⁶⁷ ⁶⁸

A lealdade constitucional evidenciada pela doutrina de Alvarez, constituindo um instituto que não contém valores, representa, segundo a concepção afirmada por Ávila relativamente ao reconhecimento de um princípio o estabelecimento de um fim. Entretanto, para a compreensão do conceito evidenciado por Alvarez, deve ser examinada a lealdade constitucional segundo a eficácia como condição de validade do ordenamento jurídico e como formação normativa da eficácia da norma jurídica como condição de validade do ordenamento jurídico.

⁶⁵ ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. Lealdade Constitucional y Partidos Politicos. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, España, nº 10-11, 2002-2003, ISSN 1139-5583, p. 446.

⁶⁶ Tradução nossa: a lealdade constitucional constitui o fundamento de ilicitude de comportamentos que supõe um comprometimento da eficácia das normas que expressam a identidade do ordenamento jurídico.

⁶⁷ ÁLVAREZ, op. cit., p. 446.

⁶⁸ Tradução nossa: o conceito de lealdade constitucional está vinculado a ideia de ordenamento jurídico e não a materialização do conceito de Constituição. Por isso, a lealdade constitucional constitui um instituto avalorativo.

2.4.1 A eficácia como condição de validade do ordenamento jurídico

O ordenamento jurídico é concebido como uma ordem social. Isto é, como um conjunto complexo de normas que tem como objeto regular as relações entre os indivíduos. Ou seja, as normas ou regras jurídicas são imperativos de carácter geral, abstrato e inovador, que regulam com eficácia social a conduta humana, “de tal modo, el ordenamiento jurídico desempeña una función equiparable al orden político o el moral que, de igual manera regulan relaciones interindividuales.”^{69 70}

O fundamento autónomo de validade é essencial para o reconhecimento da regulação das relações interindividuais. “No obstante, esta regulación de las relaciones entre individuos sólo puede considerarse válida, y por tanto diferenciada de la realizada por los demás órdenes sociales, si posee un fundamento autónomo de validez.”^{71 72}

O fundamento autónomo de validade também expressa o conceito de soberania de forma precisa. Soberania é “cualidad que, predicada del ordenamiento, alude a que la validez de sus normas no deriva de ningún otro orden normativo superior a el.”^{73 74} “Soberania implica ainda imediatividade ou uma ligação direta entre Estado e indivíduo.”⁷⁵

Como propiedad del Estado o de un poder – que muchos se complacen en identificarlo con el primero – la soberanía no puede ser una cualidad de un ser natural, descubrible por la investigación de hechos reales, sino meramente una propiedad del orden jurídico que se suponga como válido o sea como vigente. Esta propiedad consiste en que sea un orden supremo, cuya vigencia no es derivable de ningún otro orden superior. Conforme a esto, carecerá de soberanía aquella comunidad cuyo ordenamiento está situado bajo otro superior y encuentra en éste su razón de vigencia.^{76 77}

⁶⁹ ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. Lealtad Constitucional y Partidos Políticos. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, España, nº 10-11, 2002-2003, ISSN 1139-5583, p. 446.

⁷⁰ No original: deste modo, o ordenamento jurídico desempenha uma função equiparável a ordem política ou a moral que, da mesma maneira regulam relações interindividuais.

⁷¹ ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. Lealtad Constitucional y Partidos Políticos. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, España, nº 10-11, 2002-2003, ISSN 1139-5583, p. 447.

⁷² Tradução nossa: Contudo, esta regulação das relações entre indivíduos, somente pode ser considerada válida, portanto diferenciada das realizadas pelos demais ordenamentos sociais, se possuir um fundamento autónomo de validade.

⁷³ ÁLVAREZ, op. cit., p. 447.

⁷⁴ Tradução nossa: qualidade que, enunciada do ordenamento jurídico, faz alusão ao fato de que a validade de suas normas não deriva de nenhuma outra ordem normativa superior.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 24.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoría General Del Estado**. Traducción de Luis Recasens Siches y Justino de Ascárate. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1934, p. 186.

⁷⁷ Tradução nossa: Como propriedade do Estado ou de um poder – que muitos se gabem em identificar com o primeiro – a soberania não poder ser qualidade de um ser natural, detectável pela investigação de fatos reais, mas meramente uma propriedade da ordem jurídica que se suponha válida ou vigente. Esta propriedade consis-

Soberania implica ainda eficácia. Isto é, “la soberanía no se presenta exclusivamente como una cuestión de validez. Para hablar de un ordenamiento jurídico diferenciado de otros ordenes sociales, esto es, de un orden soberano, éste además de poseer su propio fundamento de validez debe ser, a grandes rasgos, eficaz.”⁷⁸

79

En realidad, un ordenamiento difícilmente puede ser eficaz si su fundamento de validez no resulta también eficaz. Sin embargo, la eficacia de la norma fundamentante no puede medirse con arreglo a la eficacia de la totalidad de disposiciones que la conforman, sino principalmente a partir de la de sus normas fundamentales, aquellas que determinan su identidad. La concepción de la Constitución como fundamento de validez de las normas del ordenamiento jurídico exige, en la determinación de su eficacia, tener en cuenta precisamente la eficacia de aquellas normas que organizan la creación normativa, en particular, las que inciden en la forma de Estado y en la forma de gobierno. En ese sentido, la eficacia de los principios estructurantes se presenta como una cuestión fundamental para poder construir la eficacia como condición de validez del ordenamiento.^{80 81}

Em síntese, o princípio da lealdade constitucional, princípio construtivo que é, é fundamental para que se possa constituir a eficácia dos princípios estruturais como condição de validade de um ordenamento jurídico.

te em que seja uma ordem suprema, cuja vigência não deriva de nenhuma outra ordem superior. Desta maneira, carecerá de soberania aquela comunidade cujo ordenamento jurídico é inferior a outro superior e encontra neste a razão de sua vigência.

⁷⁸ ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. Lealtad Constitucional y Partidos Políticos. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, España, nº 10-11, 2002-2003, ISSN 1139-5583, p. 447.

⁷⁹ Tradução nossa: a soberania não se apresenta, exclusivamente, como uma questão de validade. Para que se possa falar de um ordenamento jurídico diferenciado de outras ordens sociais, isto é, de uma ordem soberana, este, além de possuir fundamento válido, deve ser, em termos gerais, eficaz.

⁸⁰ ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. Lealtad Constitucional y Partidos Políticos. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, España, nº 10-11, 2002-2003, ISSN 1139-5583, p. 447.

⁸¹ Tradução nossa: Em realidade, um ordenamento jurídico difícilmente pode ser eficaz se o seu fundamento de validade não resulta também eficaz. Contudo, a eficácia de uma norma fundamentante não possa ser medida com conformidade à eficácia da totalidade das disposições que a conformam, mas principalmente a partir das suas normas fundamentais, aquelas que determinam sua identidade. A concepção da Constituição como fundamento de validade das normas do ordenamento jurídico exige, na determinação de sua eficácia, tendo em conta precisamente a eficácia daquelas normas que organizam a criação normativa, em particular, as que incidem sobre a forma de Estado e sobre a forma de governo. Neste sentido, a eficácia dos princípios estruturais se apresenta como uma questão fundamental para poder construir a eficácia como condição de validade do ordenamento.

2.4.2 A lealdade constitucional como formação normativa da eficácia da norma jurídica como condição de validade do ordenamento jurídico

A lealdade constitucional é fundamental, como se verificou, para constituir a eficácia como condição de validade de um ordenamento jurídico. Mas é também fundamental investigar a lealdade constitucional como formação normativa da eficácia da norma jurídica como condição de validade do ordenamento jurídico.

Ao deixar a eficácia do ordenamento jurídico deixa de apresentar-se como condição fática para pressupor a validade e passa a ser concebida como uma pretensão normativa da norma constitucional, aquela se converte no princípio da lealdade constitucional. Desta feita o princípio da lealdade constitucional encarna a pretensão normativa da Constituição de dotar de eficácia seus princípios estruturais.^{82 83}

A lealdade constitucional, ou melhor, o princípio da lealdade constitucional é um princípio interpretativo e pode determinar o conteúdo das normas positivas que conformam o ordenamento jurídico, de modo que pode negar amparo às normas que prejudiquem ou possam prejudicar a eficácia das normas que determinam os princípios estruturais.

Assim, somente se pode considerar ofensiva ao princípio da lealdade constitucional a aquisição de uma entidade tal por uma norma que possa lesar a eficácia dos princípios que estruturam a Constituição.^{84 85}

⁸² ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. Lealtad Constitucional y Partidos Políticos. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, España, nº 10-11, 2002-2003, ISSN 1139-5583, p. 448.

⁸³ No original: Cuando la eficacia de ordenamiento jurídico deja de presentarse como condición fática para la presuposición de su validez y pasa a concebirse como una pretensión normativa de la norma constitucional, aquélla se convierte en el principio de lealtad constitucional. En ese sentido, el principio de lealtad constitucional encarna la pretensión normativa de la Constitución de dotar de eficacia a sus principios estructurales.

⁸⁴ ÁLVAREZ, op. cit., p. 448.

⁸⁵ No original: De tal modo, la lealtad constitucional se presenta como um princípio interpretativo que debe tenerse en cuenta para determinar el contenido normativo de las normas positivas que conforman el ordenamiento jurídico. El principio de lealtad nega amparo normativo a actividades que monoscaben o puedan menoscabar – según tal principio adquiera un contenido represivo o preventivo, la eficacia de las normas que determinan los principios estructurales. Por ello, no cualquier infracción normativa – al margen de que ésta sea considerada como ilícita – constituye una vulneración del principio de lealtad constitucional, sino tan sólo aquella que adquiera una entidad tal como para lesionar la eficacia misma de los principios estructurales.

2.5 MODELOS DE LEALDADE CONSTITUCIONAL

Dentro da macrocategoria “Lealdade Constitucional” surge uma dicotomia: de um lado os sistemas que colocam a Constituição ao abrigo das possibilidades de perseguir determinados fins e ideologias “antissistemas”. Este é em particular o caso da Alemanha, da Itália, da França, da Áustria e de Portugal. São normas de “lealdade constitucional aos fins”, por exemplo, artigo 21, parágrafo segundo, da Lei Fundamental de Bonn, o art. 3º da Verbotgesetz austríaca. O art. 46, parágrafo sexto, da Constituição Portuguesa, a XII disposição transitória e final da Constituição Italiana.^{86 87}

De outro lado emerge, como o caso Espanhol, uma diversa forma de lealdade constitucional – definível como lealdade procedimental – a qual é dirigida a excluir do rol da licitude aqueles métodos e aquelas atividades que pudessem colocar em risco a existência mesma de uma ordem democrático pluralística.^{88 89}

Entre a lealdade ao fim e a lealdade procedimental subsiste também uma posterior diferença estrutural: enquanto os modelos do primeiro tipo pressupõe a existência de uma enumeração de conteúdos não sujeitos a procedimento de revisão constitucional, na lealdade procedimental é implícita a possibilidade de uma revisão total do inteiro documento constitucional.^{90 91}

⁸⁶ IBRIDO, Renato. **Lealtà Costituzionale e Difesa della Costituzione**: Partiti Polici e Stato decentrato. Rasoconto, 5 f. (Dottorando in ricerca de Diritto Pubblico Comparato) Siena, 4 nov 2009. <Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww3.unisi.it%2Fdipec%2Fdottorato%2Ffralvarez2009.doc&ei=3ZbrU9a6Fa3nsATZuoG4Cg&usg=AFQjCNHGwXGV8pMx2r1hp7Hs5Yu0Zkf-Dg&bvm=bv.72938740.d.cWc>> Acessado em: 26 jul. 2014, p.2.

⁸⁷ No original: All’interno della macrocategoria “lealtà costituzionale” si apre poi una ulteriore dicotomia: da un lato i sistemi che mettono al riparo la Costituzione dalla possibilità di perseguire determinati fini o ideologie “anti-sistema”. È questo in particolare il caso della Germania, dell’Italia, della Francia, della Austria e del Portogallo. Sono norme di “lealtà costituzionale ai fini”, per esempio, l’art. 21, secondo comma della Legge Fondamentale di Bonn, l’art. 3 della Verbotsgesetz austriaca, l’art. 46, sesto comma della Costituzione portoghese, la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione italiana.

⁸⁸ IBRIDO, Renato. **Lealtà Costituzionale e Difesa della Costituzione**: Partiti Polici e Stato decentrato. Rasoconto, 5 f. (Dottorando in ricerca de Diritto Pubblico Comparato) Siena, 4 nov 2009. <Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww3.unisi.it%2Fdipec%2Fdottorato%2Ffralvarez2009.doc&ei=3ZbrU9a6Fa3nsATZuoG4Cg&usg=AFQjCNHGwXGV8pMx2r1hp7Hs5Yu0Zkf-Dg&bvm=bv.72938740.d.cWc>> Acessado em: 26 jul. 2014, p.2.

⁸⁹ No original: Dall’altro lato emerge, con il caso spagnolo, una diversa forma di lealtà costituzionale – definibile come “lealtà procedurale” - la quale è finalizzata ad escludere dal novero della liceità quei metodi e quelle attività che possono mettere a repentaglio l’esistenza stessa di un assetto democratico-pluralistico.

Em cada caso, a lealdade constitucional constitui o principal mecanismo de tutela da Constituição *strinto sensu* enquanto essa desenvolve a função, imprescindível para um regime democrático pluralístico, de declarar a ilicitude da atividade, e em certos casos também da ideologia, que colocam a risco o funcionamento da democracia.^{92 93}

Sempre no curso das discussões surge uma questão ulterior: é verdadeiramente possível falar de lealdade no âmbito do direito? Na resposta positiva a tais questões a lealdade no direito, [...] e especificamente a lealdade constitucional, distingue-se da mera sujeição ao direito ao pacto que seja satisfeita duas condições essenciais: a existência de uma atitude democrática pluralística e a configuração da constituição como uma norma suprema.^{94 95}

⁹⁰ IBRIDO, Renato. **Lealtà Costituzionale e Difesa della Costituzione**: Partiti Polici e Stato decentrato. Rasoconto, 5 f. (Dottorando in ricerca de Diritto Pubblico Comparato) Siena, 4 nov 2009. <Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww3.unisi.it%2Fdipec%2Fdottorato%2Ffralvarez2009.doc&ei=3ZbrU9a6Fa3nsATZuoG4Cg&usg=AFQjCNHGwXGV8pMx2r1hp7Hs5Yu0Zkf-Dg&bvm=bv.72938740.d.cWc>> Acessado em: 26 jul. 2014, p. 3.

⁹¹ No original: In ogni caso, la lealtà costituzionale, in entrambe le sue versioni, costituisce il principale meccanismo di tutela della Costituzione *stricto sensu*, in quanto essa svolge la funzione, imprescindibile per un regime democratico-pluralistico, di dichiarare l'illiceità delle attività, ed in taluni casi anche delle ideologie, che mettono a rischio il funzionamento della democrazia. In ogni caso, la lealtà costituzionale, in entrambe le sue versioni, costituisce il principale meccanismo di tutela della Costituzione *stricto sensu*, in quanto essa svolge la funzione, imprescindibile per un regime democratico-pluralistico, di dichiarare l'illiceità delle attività, ed in taluni casi anche delle ideologie, che mettono a rischio il funzionamento della democrazia.

⁹² IBRIDO, Renato. **Lealtà Costituzionale e Difesa della Costituzione**: Partiti Polici e Stato decentrato. Rasoconto, 5 f. (Dottorando in ricerca de Diritto Pubblico Comparato) Siena, 4 nov 2009. <Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww3.unisi.it%2Fdipec%2Fdottorato%2Ffralvarez2009.doc&ei=3ZbrU9a6Fa3nsATZuoG4Cg&usg=AFQjCNHGwXGV8pMx2r1hp7Hs5Yu0Zkf-Dg&bvm=bv.72938740.d.cWc>> Acessado em: 26 jul. 2014, p. 3.

⁹³ No original: D'altronde, che la lealtà costituzionale sia strumento centrale di difesa della Costituzione è ancora più evidente se si tiene conto del quarto profilo sopra menzionato, vale a dire quello dei due principali destinatari della lealtà costituzionale: i partiti politici e i soggetti dello Stato decentrato.

⁹⁴ No original: Sempre nel corso del dibattito è emerso un ulteriore interrogativo: davvero è possibile parlare di lealtà nell'ambito del diritto? Nel rispondere positivamente a tale questione, [...] e specificamente la lealtà costituzionale, si distingue dalla mera soggezione al diritto a patto che siano soddisfatte due condizioni essenziali: l'esistenza di un assetto democratico-pluralistico e la configurazione della Costituzione come norma suprema

⁹⁵ IBRIDO, Renato. **Lealtà Costituzionale e Difesa della Costituzione**: Partiti Polici e Stato decentrato. Rasoconto, 5 f. (Dottorando in ricerca de Diritto Pubblico Comparato) Siena, 4 nov 2009. <Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww3.unisi.it%2Fdipec%2Fdottorato%2Ffralvarez2009.doc&ei=3ZbrU9a6Fa3nsATZuoG4Cg&usg=AFQjCNHGwXGV8pMx2r1hp7Hs5Yu0Zkf-Dg&bvm=bv.72938740.d.cWc>> Acessado em: 26 jul. 2014, p. 4.

3 A POLÍTICA, O DIREITO, E A LEALDADE CONSTITUCIONAL

3.1 A TEORIA DOS FINS E FUNÇÕES DO ESTADO

A teoria dos fins e funções do Estado decorre da análise da evolução da divisão dos poderes. Trata-se de um “processo histórico de especialização crescente dos poderes políticos que não terminará enquanto houver Estado sobre a terra, e que hoje se encontra na sexta fase, a da hexapartição dos poderes.”⁹⁶ Não há para Souza Junior um país em particular que tenha sofrido a ocorrência do processo histórico evolutivo.

Jellinek é o precursor da teoria dos fins e funções do Estado, tornando-se autônoma e relevante para a ciência jurídica. Marcelo Caetano, segundo Reverbel, “aperfeiçoou os caminhos abertos pelo professor de Heidelberg. Kelsen desencadeou o processo lógico entre os níveis fins do Estado. Lowestein avançou na teoria ao definir a função de execution, determination e control. Souza Junior delimitou a matéria em três níveis de fins e atribuiu seis funções do Estado.”⁹⁷

A realidade evidente, ou que deveria ser, sustenta-se no fato de “o Estado existe para servir a pessoa e não a pessoa para servir o Estado.”⁹⁸ Esse entendimento pode corresponder a uma consequência evolutiva das ideias da Revolução Francesa, na qual foi proclamado o princípio da democracia como sendo “o governo do povo, pelo povo e para o povo”⁹⁹ e daqueles que criticavam o regime político, afirmando que se tratava do “governo da multidão e para a multidão, que os gregos também denominavam os maus ou os pobres.”¹⁰⁰

⁹⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 14.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 232.

⁹⁸ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo bibliobureau, 2012, p. 231.

⁹⁹ HARTOG, François. Das Ideias. In: DARNTON, Robert; e DUHAMEL, Olivier. **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 89-95.

¹⁰⁰ HARTOG, loc. cit.

As experiências individuais e sociais possibilitam a autorrealização do ser humano. Com a finalidade de criar um espaço de bem agir e de bem viver, a política harmoniza as dimensões ética, científica, religiosa, econômica e artística do humano. Mas a imperfeição das relações sociais, assim como a incompletude legislativas e o negligente, ou falto, Estado sofrem ajustes pela legislação, que geram interações na vida de todas as pessoas.¹⁰¹

Os valores sociais das comunidades em geral são habitantes da constituição. A manutenção destes valores é realizado pelo controle de constitucionalidade, cujo objetivo é controlar a lei. Esse controle dos valores supremos da constituição não possui o mesmo significado de aplicação da lei. Essa função de controle, portanto, é executada em níveis autônomos, separados através de um Tribunal Constitucional.¹⁰²

Note-se que há também uma busca pela maior participação e uma comunicação efetiva dos participantes do processo de interpretação da constituição de forma democrática. “Impõe-se, pois, para Haerberle, um refinamento do processo constitucional, de modo a se estabelecer uma comunicação efetiva entre os participantes desse processo amplo de interpretação.”¹⁰³

O fim do Estado é, pois, “almejar valores e preservar bens jurídicos supremos. Estes valores e bens jurídicos devem pertencer ao nível dos fins últimos, protegidos pela constituição, portanto mais perenes do que estativos.”¹⁰⁴

Nos fins próximos, isto é, “na base a função e o fim há de ser diferente. A prioridade não é preservar os valores imutáveis e perenes da Constituição, mas solucionar os problemas concretos e diários, tendo por base leis escritas, deliberadas pelo Congresso.”¹⁰⁵ Especificamente, “as partes desejam justiça, legalidade, administração dos bens, colmatação das lacunas, resolução dos conflitos. As respostas precisam atender aos anseios sociais, de acordo com as opções legais e políticas do Congresso.”¹⁰⁶

¹⁰¹REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo bibliobureau, 2012, p. 231.

¹⁰²REVERBEL, loc. cit.

¹⁰³MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p. 10.

¹⁰⁴REVERBEL, op. cit., p. 231.

¹⁰⁵REVERBEL, loc. cit.

¹⁰⁶REVERBEL, loc. cit.

Neste contexto, examina-se num “sentido orgânico [...] que poderes são os órgãos institucionalizados diretamente na esfera do direito constitucional, dotados expressamente de competência ou de atribuições razoavelmente especificadas, para desempenharem atividades declaradas como de soberania estatal una.”¹⁰⁷ Assim, constata-se as denominações dos poderes como poder executivo, poder legislativo e poder judiciário, tal como é usado pela Constituição da República Federativa do Brasil [CFRB].

Ao longo da história reconhece-se a concepção de constituições. Até a Revolução Francesa as constituições correspondiam “a pactos, costumes e modos de acomodação a conflitos e dominações, esparsamente formalizados, envolvendo, na comunidade, os que detêm autoridade e os que a obedecem.”¹⁰⁸ No mesmo sentido o direito foi aplicado para reger o Estado e a vida política, autônomo, conseqüentemente o Estado se submete ao direito com vistas a consecução de um fim. A concepção aprimorada por Souza Junior pode ser configurada pela figura a seguir:

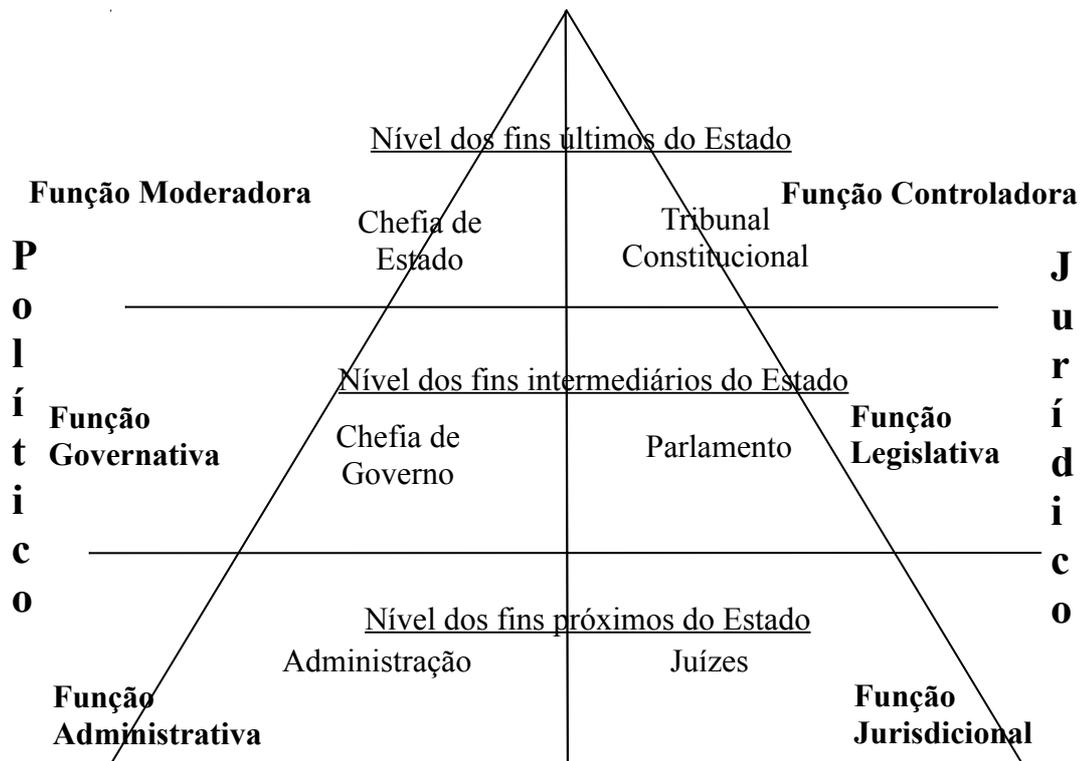


Figura 1: Níveis dos fins e Funções do Estado

¹⁰⁷SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p.16.

¹⁰⁸SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p.103.

Interpretando-se a figura, tem-se a presença dos campos onde se encontram as funções exercidas pelo Estado tanto no campo político, quanto no campo jurídico ou campo do direito. Esta concepção é decorrente da contribuição de Caetano, “que reforçou a tese de Jellinek ao distinguir com maior clareza o campo jurídico do campo não jurídico. Admite, porém, que haja imbricações, ou interpenetrações entre estes campos.”¹⁰⁹ Significa que o campo político e o campo jurídico interagem entre si, provocando uma dialética entre a política e o direito.

Souza Junior na contribuição e aprimoramento da doutrina clássica concernente aos fins e funções do Estado afirmou a história da divisão dos poderes, produzida por cada nova etapa de Especialização, reorganiza o quadro dos órgãos constitucionais em sentido estrito.¹¹⁰

O chefe de Estado e o Tribunal Constitucional, claramente atuam no domínio dos fins últimos do Estado, definidos exclusivamente em nível constitucional, por via de normas jurídicas que, se de um lado necessitam de concretização, de outro gozam de supremacia diante das demais normas do ordenamento. Os demais quatro poderes, Parlamento e Governo, Judiciário e Administração, movimentam-se em domínios teleológicos que, embora fundados nos fins últimos do Estado, são propostos, formulados e executados em nível infraconstitucional.

Os quatro poderes que atuam no nível infraconstitucional operam, por sua vez, em dois espaços distintos. O Poder Judicial e a Administração atuam domínio dos fins próximos e urgentes do público, em suas relações diretas com a sociedade. Ao Parlamento e ao Governo pertence o domínio intermediário, que ordena, articula e conjuga os fins concretos e urgentes entre si e em relação aos fins últimos [e abstrato] do Estado.¹¹¹

Cada uma das funções exercidas pelo Estado se insere num determinado nível de fins e funções do Estado. Os fins e as funções exercidas pelo Estado são executadas considerando os poderes e técnicas inerentes de forma totalmente independente.

Nos fins últimos, levando-se em conta o campo jurídico e político, alocam-se os poderes da Chefia do Estado [função moderadora da política] e do Tribunal Constitucional [função controladora do direito]. Nos fins intermediários, levando-se em conta o campo jurídico e político alocam-se os poderes da Chefia de Governo [função governativa da política] e do Parlamento [função legislativa do direito] Nos fins próximos, levando-se em conta o campo jurídico e político, alocam-se os poderes da administração [função administrativa da política] e dos juízes [função jurisdicional do direito].

¹⁰⁹REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo bibliobureau, 2012, p. 232.

¹¹⁰SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p.123.

¹¹¹SOUZA JUNIOR, loc. cit.

A técnica originada pela teoria dos fins e funções do Estado sinaliza uma resposta ao problema. A função de aplicação da lei não pode ser cumulada com a função de controle. Os juízes e tribunais ordinários aplicam as leis aos fatos. Verificam *in concreto*, se as opções dos legisladores estão em conformidade às práticas diárias das pessoas. E como a lei não é perfeita nos seus fins e intenções, o juiz perfaz, ajusta, corrige as eventuais distorções ao executá-la. Se o Tribunal Constitucional trabalha com princípios e valores, o juiz ordinário trabalha com regras mais objetivas e concretas à vida das pessoas. O controle é posterior, enquanto a execução é anterior.¹¹²

As funções do Estado em relação ao direito com destaque para o Poder Judiciário, que é órgão de poder, formaliza o direito. “O Estado confere ao direito nesse momento genérico, os atributos formais da certeza, da duração e da força executória de que então carece. O Estado é capaz de estabelecer uma arena representativa, com razoável autonomia diante da vida social, alimentada pelo voto igual de todos os cidadãos, para processar deliberações racionais [...] tendo em mira o bem comum.”¹¹³ Noutro sentido, as funções do direito em relação ao estado permite que ordenar e costurar decisões políticas tornando-as homogênea, estabilizando as relações de poder. As técnicas do direito conferem a personalidade jurídica do Estado e limita o poder do Estado por valores supremos inseridos na constituição e inerentes à dignidade da pessoa humana. Finalmente o direito legitima o poder do Estado, conferindo na Constituição o modo de acesso a esse poder legítimo, segundo os parâmetros que a própria sociedade estabeleceu. “O direito é causa instrumental do Estado.”¹¹⁴

O esclarecimento acerca dos fins e funções do Estado possibilita também uma análise do diálogo que estabelece entre o direito e a política, de modo a interagir entre os níveis onde se encontram os fins e as funções que o Estado possui, caracterizando uma hexapartição dos poderes do Estado.

3.2 O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

De maneira geral, a dialética insere-se em um processo histórico, que vem desde a criação da humanidade e, com a evolução da sociedade, foi tomando diferentes conotações. Grandes pesquisadores e filósofos como Platão, Sócrates e Aristóteles, entre outros, definem a dialética a partir de diferentes aspectos.¹¹⁵

¹¹²REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo bibliobureau, 2012, p. 233 e 234.

¹¹³SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [s. n.], 2002, p 47.

¹¹⁴Ibidem, p. 48 a 50.

¹¹⁵TRIVIÑOS, Augusto N.S. **Introdução à pesquisa em Ciências Sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987, 49-51.

Hegel e Marx entendiam que a ideia estava associada não apenas ao pensamento humano, mas também a um conjunto de circunstâncias sociais específicas, resultado das relações entre o homem e as condições materiais em que vivia o que implica o reconhecimento de uma situação realista.

Souza afirma que o processo de síntese vai do concreto ao interior do concreto, passando pelo abstrato, conforme o processo descrito anteriormente. O abstrato é o produto da análise e o concreto é o todo, podendo ser decomposto com a metodologia.

O desenvolvimento do pensamento simples para o mais complexo é um processo histórico real e torna a dialética de Marx, finalmente, semelhante à de Hegel, na medida em que o homem é um meio de superação histórica, em busca da plenitude de consciência e liberdade, pois os pensamentos sobre a dialética são vistos como argumentos dialogados, a fim de firmar a doutrina da mobilidade do ser e das ideias contra a doutrina do movimento e das experiências sensíveis. Para Sócrates, esta é vista como aquela que compreende a ironia e a maiêutica. Aristóteles vê a dialética como pertencente às ciências poéticas e não à Lógica, pois ciência faz parte da lógica do verdadeiro e do falso ou nem de um nem de outro.

A história da dialética entre os gregos é considerada como a arte de separar, distinguir coisas em gêneros e espécies, classificar ideias para poder discutir melhor. Mais tarde, foi considerada uma discussão de algum modo institucionalizada, tipo de debate entre dois interlocutores que defendem duas teses contraditórias, o que leva a considerá-la como uma arte de triunfar sobre o adversário, de refutar as suas afirmações ou de convencê-lo.¹¹⁶

Modernamente, a sociedade brasileira a considera como a arte do diálogo ou da discussão, quer no sentido laudativo, quer como força de argumentação. Ela pode ser vista desde a Filosofia, Sociologia ou outras ciências.

¹¹⁶BLANCHE, Robert. **História da lógica de Aristóteles a Bertrand Russell**. Lisboa: Edições 70, 1985, passim.

Toda a realidade social gera sua própria superação através de um conflito interno, que revela o seu contrário. A antítese é a alma da dialética e movimento de superação da tese que se encerra na síntese, que é um produto de reelaboração da tese e da antítese. A polarização de interesses contrários é o propósito da autêntica dialética, porque entre partes iguais há verdadeiro monólogo, não há comunicação. Teoria e prática constituem diferentes critérios de verdade, contudo na Dialética a teoria e a prática, embora constituam verdades diferentes em si mesmas, não podem ser separadas. A teoria e a prática estão ligadas, de sorte que a teoria orienta a prática, mais para o esforço de superação que a dialética se propõe, ora se necessitam, ora se excluem. A prática é concreta, restrita e limitada, enquanto a teoria é generalizante, plena e cabal.¹¹⁷

A dialética no Direito apresenta-se de modo vago e desordenado, não suportando a sistematização e a verificação, já que é mero procedimento. A teoria e a prática, necessariamente, precisam estar presentes na dialética. O compromisso ideológico é a marca da historicidade dialética, porque a história não se faz senão com o comprometimento de opções políticas concretas.

Do ponto de vista da filosofia contemporânea, o conhecimento preocupa-se com a “existência do ser”¹¹⁸, ou seja, um “nível maior de abstração que se reflete sobre o homem e sua caminhada, ajudando-o a conhecer-se e a conhecer o mundo em que vive, fornecendo-lhe material para descobrir o sentido de sua existência”.¹¹⁹

Do ponto de vista das ciências, “a dialética tem uma conotação na busca da verdade através da lógica, na intuição ou no senso comum, o que enfraquece o argumento, englobando a racionalidade, a sistematização dos conhecimentos e possibilidade de verificação.”¹²⁰

¹¹⁷SOUZA, Ayda Connia de. O método científico e o direito. Positivismo x Dialética. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, 49, ano XVII, julho, 1990, p. 124-148.

¹¹⁸ SOUZA, Ayda Connia de. O método científico e o direito. Positivismo x Dialética. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, 49, ano XVII, julho, 1990, p. 125.

¹¹⁹SOUZA, loc. cit.

¹²⁰SOUZA, loc. cit.

Nesse sentido, Lakatos e Marconi consideram a dialética como um método científico, apresentando-se como uma forma diferente de abordar a realidade. Nesta perspectiva, ela apresenta-se como uma postura intelectual, que rejeita a explicação filosófica e religiosa sobre o real, buscando compreender as relações entre os acontecimentos, bem como sua explicação através da observação científica aliada ao raciocínio.

Do ponto de vista das ciências sociais, a Dialética tem suas bases no Humanismo pregado por Henri de Saint Simon, que parte da ideia de que a sociedade progride por etapas: a teológica, a metafísica e o positivismo científico, onde o progresso inclui o mundo ideológico e o mundo material. Está também relacionada às ideias da Revolução Francesa, que revela sua parte política comandada por metafísicos, advogados e legisladores, ocasionando anarquia entre os franceses na pós-revolução, o que indicou a necessidade de racionalizar e organizar a sociedade.

Nesse momento, foi importante o Positivismo sociológico, em que as ciências, de certa forma, contribuíram para o conhecimento das leis da constituição e da sociedade, podendo intervir nos indícios de fatos patológicos e ajudá-los. Nesse sentido, observa-se uma certa relação com o diálogo entre os fatos sociais e o Direito, porque as ideologias e as ideias preconcebidas devem ser combatidas pelos processos legais através do diálogo, valorizando as experiências controladas pela razão.

A contribuição de Durkheim foi de grande significado para o Direito, uma vez que adotou uma postura fundada na sensibilidade social, podendo ser ou não uma forma de ajuda em face das injustiças geradas pelo capitalismo.

Assim, considerando-se o pensamento de Durkheim, a dialética é um método que se propõe a empreender, cientificamente a realidade, o que é real e, construir teorias bastante criticáveis, porém que permitem o alcance do conhecimento científico, da própria realidade de forma ampla.

Hegel contribui quando refere que a Dialética decorre de um processo de mudança da realidade objetiva e subjetiva, as quais estão inseridas no conceito de espírito e ideias, caracterizando organizações do homem e do pensamento humano, porque a realidade pode ser em si mesma ou do pensamento do homem, arquitetada no interior do ser.

Segundo esse autor, os indivíduos são os meios para alcançar maior liberdade e consciência do espírito, associados, não apenas, ao pensamento humano, mas também a um conjunto de circunstâncias sociais específicas, resultado das relações entre o homem e as condições materiais em que vive, implicando em reconhecimento de uma situação realista. Hegel considera que a finalidade do todo é obtida pela coletividade de indivíduos pelo todo.

Segundo as ideias marxistas, a dialética parte do mundo concreto, associado, não apenas, ao pensamento humano, mas a um conjunto de circunstâncias sociais específicas, resultado das relações entre os homens e as condições materiais, implicando o reconhecimento de uma situação realista, configurando-se como uma verdadeira concepção de mundo. Portanto, pode-se deduzir que a dialética segundo Marx é vista a partir do conceito de homem, ou seja, um meio de superação histórica em busca de plenitude de consciência e liberdade é o próprio homem.

Relacionando esses conceitos ou proposições dos diferentes autores abordados, verifica-se que no Direito, por vezes, um argumento de autoridade pode suplantar um argumento científico, o que leva a Dialética, utilizada no Direito, a apresentar-se de modo vago e desordenado, pois não suporta a sistematização e a verificação dadas pelas ciências. Assim sendo, apresenta-se como mero procedimento, podendo ocasionar situações divergentes no Estado de Direito.

O esforço de superação a que se propõe a dialética entre Política e Direito é estabelecer o controle vertical e horizontal entre níveis e órgãos, fins e funções do Estado, com vista à consecução dos valores supremos do ordenamento em busca do ideal de bem comum.

3.3 O PROCESSO DE INTERAÇÃO ENTRE A POLÍTICA, O DIREITO, E O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL

Verificou-se que se estabelece certa diferenciação entre Direito e Estado, pois, Direito é um instrumento de organização social, enquanto o Estado é uma realidade histórica de época, muitas vezes já superada.¹²¹ O Estado é um marco de conveniência, isto é, assume a vida de uma sociedade, incluindo todos os fenômenos políticos, sociais, econômicos e jurídicos. Portanto, a interação entre estes se dá porque todo o Direito é direito de Estado, onde tudo se processa em seu meio. O termo Estado pode ser utilizado para designar toda a comunidade estatal, ou somente uma parte dela, constituído por órgãos de direção ou governo.

Outro aspecto que evidencia o processo de interação é o fato do Direito do Estado ser entendido como correspondente a Direito Público, em que a política se desenvolve nele ou fora dele. Finalmente, outro fator de integração reside no fato do Direito Constitucional ser disciplina integrante do Direito do Estado, atuando como regulador da organização, o exercício do poder estatal e a relação com os cidadãos.

No processo de integração figura o princípio da lealdade constitucional como ente conformador da relação existente entre a política e o direito, assegurando a Constituição como uma norma suprema ante os modelos suprarreferenciados.

Por outro lado, constata-se que no Direito o processo de interação acontece através do diálogo que se estabelece num nível abstrato, tornando-se concreto através dos Direitos. Filosoficamente, o Estado deve procurar realizar ou efetuar o bem comum, que se dá num plano mais abstrato ou num plano universal, atingindo a todos indistintamente.

É a finalidade do Estado, num plano filosófico, abstrato e universal, a relação entre uma qualidade moral subjetiva e a sua própria existência, que procura concretizar na vida real. Essa definição sugere o nome de bem comum para a finalidade do Estado no plano abstrato.

¹²¹VERDÚ, Pablo Lucas; CUERVA, Pablo Lucas Murillo de la. **Manual de Derecho Político**. 3.ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1994, p.21-22.

Num plano mais técnico, a denominação bem comum carece de uma definição específica, onde intervêm ou tomam parte as ideologias, ou seja, os sistemas de ideias em abstrato. Entende-se que há um panorama, um aspecto jurídico abstrato, que focaliza essas funções do Estado. Este panorama é apartado do sistema concreto promovido pelos órgãos constitucionais. O panorama autofinalista afasta os vínculos das funções do Estado e as relações entre os meios e fins deste.

O caminho se inverte através da Política, em que se parte de um nível concreto para um nível abstrato. Entre esses dois níveis existem níveis ideológicos e técnicos que são os intermediários.

Nestes, ainda há um nível instrumental e um nível valorativo. Configurado, como descreve a figura a seguir:

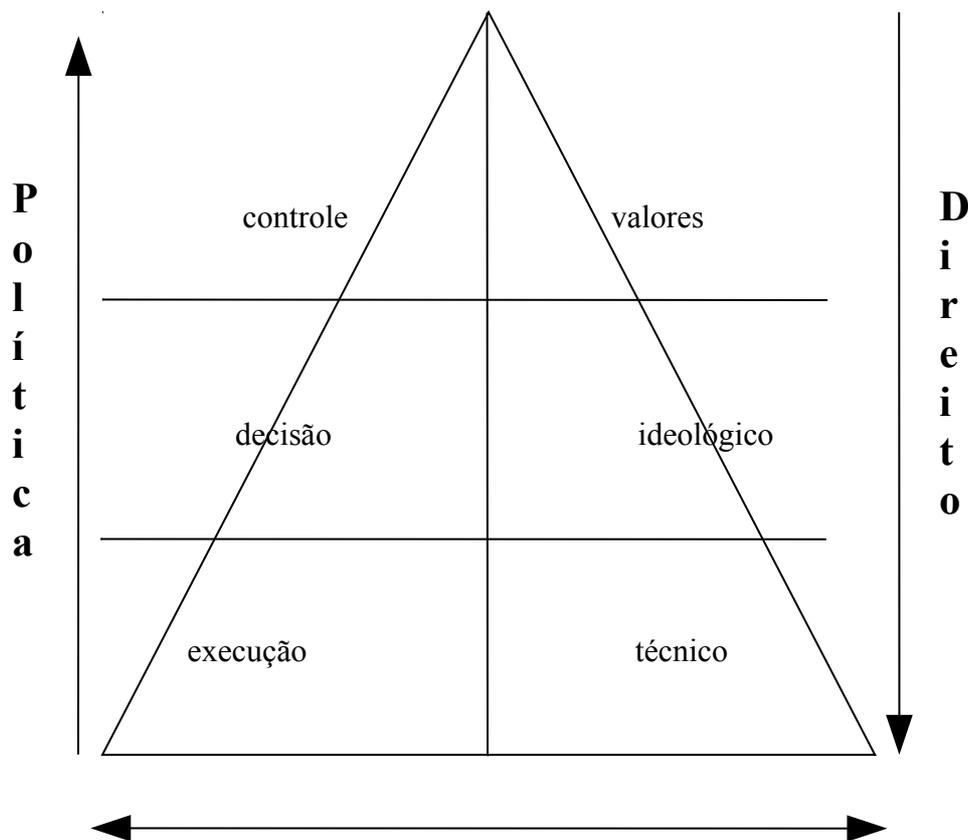


Figura 2: Processo de interação entre a política e o direito

Interpretando-se a figura, pode-se constatar que o valor é uma combinação entre percepção e concepção. Ao procurar aprimorar os critérios, o autor passa a tratar do diálogo entre a Política e o Direito.

O Estado, sendo um conjunto de órgãos eminentemente políticos, se integra à sociedade global, a partir das relações com a política, concebendo uma ordem que tem origem nas diferenças e nas desavenças sociais e o princípio da lealdade constitucional atua para dar eficácia aos princípios estruturantes da forma do Estado.

A dimensão própria do agir do Estado, como conjunto de órgão político, está também inserida na Ética e no Direito. A ordem que o Estado concebe pela segurança é constituída pela estabilidade, pela permanência e pela previsibilidade, concebida pela justiça como constituída pela liberdade e pela igualdade, denomina-se ordem jurídica. E é sobre a ordem jurídica que atuam as normas de lealdade constitucional, garantindo aos princípios estruturantes da Constituição, a eficácia de que necessitam para que o Estado possa exercer o Poder.

Para Jellinek, conforme menciona Souza Junior, tanto a ordem jurídica quanto a cultura são atividades do Estado no campo material. Já, segundo a divisão de Caetano sobre o mesmo sistema, na forma por ele determinada, a cultura é incluída no plano não-jurídico, que abrange as atividades técnicas. Assim, a importância das relações entre o Direito e o Estado é que determina a distinção entre o campo Jurídico e o cultural, com ênfase nas ponderações do Estado e das atividades do Estado.

É, no campo jurídico, que se encontra a matéria que deve limitar e sobrepor-se a política através do Tribunal Constitucional, do Poder Legislativo e do Judiciário, procurando garantir sua supremacia sobre a política. A jurisdição constitucional tem por objetivo manter a coerência do ordenamento jurídico plasmada pelo princípio da lealdade constitucional. Tem, secundariamente, a finalidade de manter a unidade política do Estado, visando preservar as minorias contra as tendências totalizantes das majorias na defesa dos direitos fundamentais, aspecto fundamental que corresponde à garantia da unidade do sistema.

Dworkin sustenta que os processos judiciais suscitam sempre, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: a) questões de fato; b) questões de direito; e c) questões interligadas de moralidade política e fidelidade.¹²² Para assegurar a observância da ordem constitucional, mantendo o equilíbrio entre a Política e o Direito, pressupõe a independência, porque dá legitimidade aos provimentos, principalmente quando se trata de questões constitucionais.

No campo cultural, a Política faz uso do Direito e, ao mesmo tempo, sobre ele se sobrepõe para alcançar as finalidades que a ele interessa, em face da axiologia inerente à matéria e à cultura.

Souza Junior refere que o equilíbrio da relação entre o Direito e a Política é possível nas seguintes condições: a) em face do bem comum, que se observa o grau dos fins a que se refere a atividade; b) que se observe a proporcionalidade e a razoabilidade. Enfatiza o autor que o grau dos fins das atividades do Estado e a profundidade de valores fazem com que o Direito e a Política se completem.

Com relação às formas possíveis de manifestação das atividades do Estado, constataram os doutrinadores a existência de dois níveis hierárquicos de funções do Estado. Burdeau afirma a existência de um dualismo de funções, uma função governamental e outra administrativa.

A função governamental inclui a atividade legislativa, já a função administrativa inclui a atividade jurisdicional. Assim, a regulamentação se apresenta como uma técnica posta a serviço da Política, conformando a sociedade. No plano da organização da sociedade, não se poderia concebê-la de uma ideia meramente política.

Souza Junior afirma a existência de dois níveis de funções do Estado: um nível dominante e um nível dependente. Na função dominante estão as funções governamentais, isto é, legislativa e política. Na função dependente estão as atividades executivas e técnicas, o que caracteriza uma análise denominada divergente.

¹²²DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.6.

Jorge Miranda trata os níveis originários de Jellinek como sendo uma função política, que define o interesse público como primário, referindo-se, também, a um caráter executivo das funções administrativas e jurisdicionais, ligando-o ao segundo nível das funções do Estado.

Souza Junior classifica as funções do Estado como aquelas que têm origem na Teoria de Jellinek. Essa classificação incluiria os campos materiais e os níveis formais. No que se refere aos campos materiais, a distinção entre os campos jurídicos e político-cultural não se referem ao conteúdo, mas à forma, ou não, de como se manifesta.

Os níveis formais é que importam ao segundo critério, porque tratam da análise do segundo critério de classificação das funções do Estado. Trata-se, portanto, do aprimoramento dos níveis formais das funções do Estado. Souza Junior coloca esses níveis de forma funcional, porque a análise dos níveis formais é importante para a concentração ideológica.

Os níveis formais funcionais seriam três – a) fundamental; b) intermediário; e c) concreto. Souza Júnior afirma que os níveis são, em geral, normativo ou superior, divididos em um nível fundamental, um nível intermediário e um nível concreto. No nível fundamental está presente o campo jurídico e não jurídico-político, pois os níveis têm um sentido teleológico, que corresponde à finalidade dos níveis das funções do Estado.

Os níveis são classificados em fins dos últimos, em fins intermediários e em fins próximos. Estes níveis submetem-se a uma lógica finalista, estabelecendo uma discussão entre os meios e os fins.

As funções do Estado, na perspectiva da teleologia política, tratam de analisar as atividades do Estado num panorama finalístico político, isto é, no estudo dos fins da política, procurando estabelecer as razões que relacionam a política com a sua causa final.

A teleologia considera o mundo como um sistema de relação entre os meios e fins, procurando estabelecer um panorama das relações entre os meios e os fins da política. A finalidade do estado é o bem comum, “bem de todos naquilo que é comum, permitindo uma autorrealização na dignidade humana e nos direitos fundamentais. Isto com base na razão teórica: (domínio da filosofia e das ciências) e na razão prática: (domínio da Ética, da Política, do Direito, espaço do agir humano, individual e coletivo).”¹²³

Portanto, a análise das funções do Estado, na perspectiva da teleologia política, determina um aprofundamento prático acerca do bem comum e implica averiguar a razão prática da finalidade política das funções do Estado.

No entanto, a realização do bem comum estabelece, concretamente, uma visão simplificada ao alcance do povo, limitado pelas contingências da realidade e enriquecido pelas aspirações da sociedade.

A escolha dos meios para a concretização do bem comum e decisões são necessárias para sua realização, pois a efetivação do bem comum ideal se dá através do consenso entre as forças sociais válidas.

Assim, a relação dialética entre o parlamento e a ideologia fixa ou estabelecida, permeia a atuação política, o agir político através de metas e linhas de ação. O processo deliberativo permite o exercício da prudência, onde os governos e suas agências podem buscar as melhores decisões para colocar em prática as suas ações.

A razão teórica não consegue explicar as funções do Estado, compreendendo a ação política deste. No entanto, a ideologia se concretiza em programas e plataformas de governo; estes, em curto prazo e aqueles em médio prazo. No Brasil, isso não é bem definido em face de uma concepção ideológica identificada com os anseios da sociedade.

¹²³SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [s. n.], 2002, p. 44.

Uma concepção ideológica identificada, meramente, com os desejos do bem comum que a sociedade aspira, pois as diversas distâncias sociais demonstram a falta de aspirações comuns e ideais.

A dialética entre a ideologia e a realidade através de interpelações recíprocas, faz com que a ideologia procure conformar-se com a realidade, atualizando-se, renovando-se ou modificando-se, com a expectativa de alcançar o bem comum ideal.

Souza Junior concebe, portanto, o processo de interação entre a política e o direito, considerando os fins do Estado, desenvolvendo-os e distinguindo-os em três áreas autônomas, nos seguintes moldes:

1º) os fins últimos do Estado, no plano mais elevado de abstração e generalidade. Trata-se do reino dos valores supremos e consensuais da convivência social pacífica, regrada e civilizada [ou seja, a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança, a ordem, e o desenvolvimento]. Esses valores, inspiradores de concórdia política, podem ser acolhidos generosamente [...] por todas as forças válidas da sociedade, incluídos os partidos, independentemente de credo ideológico. As funções político-jurídicas que operacionalizam esses fins, todas de decisão de última instância, exigem dos órgãos aos quais vêm sendo atribuídas [geralmente um chefe de Estado e um Tribunal Constitucional], neutralidade partidária e ideologia, bem assim lealdade no quadro positivado de valores.

2º) os fins imediatos ou próximos do Estado, no plano do mais concreto e urgente. Cabe aí a imensa variedade das necessidades mais prementes e existenciais da convivência social, a exigir do poder público providências e decisões determinadas no espaço e no tempo, em vista dos setores da sociedade diretamente interessados. É o espaço próprio das prestações administrativas, incluídos os serviços públicos, bem assim o da distribuição da justiça às partes com direitos lesados ou ameaçados. As funções político-jurídicas que operacionalizam esses fins [a administrativa e o judiciário]: imparcialidade, competência técnico-profissional, continuidade das ações e, não menos importante, fiel observância do ordenamento jurídico vigente.

3º) os fins intermediários, no plano da articulação das necessidades concretas e urgentes com os fins últimos da convivência. Este é o domínio dos governos e das maiores parlamentares que os apoiem, com seus programas partidários ideológicos, a articular, conjugar e compatibilizar as necessidades próximas e urgentes da sociedade, com os valores supremos da ordem constitucional no Estado democrático. Essa árdua tarefa de mediação [funções político-jurídicas operacionais de governar e de legislar] reclama uma pauta de ordenação, articulação e conjugação, marcada, em maior ou menor grau, por sentimentos, interesses e pré-compreensões: a ideologia política. Esta vem a ser a alma dos partidos políticos [instituições essenciais à democracia contemporânea] atraindo líderes, envolvendo militantes, inspirando programas e motivando as ações tendentes a efetivar os fins intermediários do Estado.¹²⁴

¹²⁴SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [s. n.], 2002, p 55 a 58.

Nas relações entre o Princípio da Lealdade Constitucional, a Política e o Direito, inserido na própria relação entre a Política e o Direito como ente conformador, constitui-se como um mecanismo de defesa do Estado e também da Constituição, porquanto pressupõe um debate entre as linhas ideológicas e culturais com efeitos sobre as diferentes forças políticas, fortalecendo a conformação jurídica estabilizada constitucionalmente, exercendo a defesa da própria constituição. “El principio de lealtad constitucional puede concebirse como instituto de defensa de la Constitución o de defensa del Estado. En realidad, a tal distinción subyace la atribución de una diferente naturaleza jurídica al objeto del principio de lealtad constitucional.”¹²⁵ ¹²⁶

O princípio da lealdade constitucional, portanto, passa a ser um princípio interpretativo, possibilitando a declaração da ilegalidade ou violação do texto constitucional da finalidade da norma apesar de os meios pelo qual ela foi proposta não apresentarem vícios.

La defensa de la Constitución expresa, en realidad, una pretensión de eficacia permanente de las materias que subyacen al texto constitucional. El principio de defensa de la Constitución constituye, por tanto, un principio de lealtad constitucional que tiene por objeto materias que no tienen carácter jurídico-positivo y sobre las que, además—a consecuencia de su naturaleza suprapositiva--, pesa una garantía de intangibilidad.¹²⁷ ¹²⁸

O princípio da lealdade constitucional quando concebido como de defesa do Estado, constitui-se em princípio estruturante da ordem jurídica. A finalidade do princípio estruturante é organizar e estruturar o processo legislativo, ou estruturar o processo de interação entre a Política e o Direito.

¹²⁵ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. Lealtad Constitucional y Partidos Políticos. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, España, nº 10-11, 2002-2003, ISSN 1139-5583, p. 448.

¹²⁶Tradução nossa: O princípio da lealdade constitucional pode ser concebido com instituto de defesa da Constituição ou de defesa do Estado. Em realidade, a tal distinção subjaz a atribuição de uma diferente natureza jurídica ao objeto do princípio da lealdade constitucional.

¹²⁷ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. Lealtad Constitucional y Partidos Políticos. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, España, nº 10-11, 2002-2003, ISSN 1139-5583, p. 449.

¹²⁸Tradução nossa: A defesa da Constituição, na verdade, expressa uma pretensão de eficácia permanente das materiais subjacentes à Constituição. O princípio de defesa da Constituição é, portanto, um princípio de lealdade constitucional que tem por objeto materiais sem caráter jurídico-positivo e que, além disso, um resultado de sua natureza suprapositiva-- pesa uma garantia intangibilidade. A defesa da Constituição dos Estados, de fato, uma aplicação para a eficácia dos materiais subjacentes à Constituição de continuar. O princípio da defesa da Constituição é, portanto, um princípio de lealdade constitucional que visa materiais sem caráter jurídico-positivo e que, além disso, por consequência de sua natureza suprapositiva-- pesa uma garantia de inviolabilidade.

Concebe-se o processo de interação, considerando a conformação do princípio da lealdade constitucional através da seguinte figura:

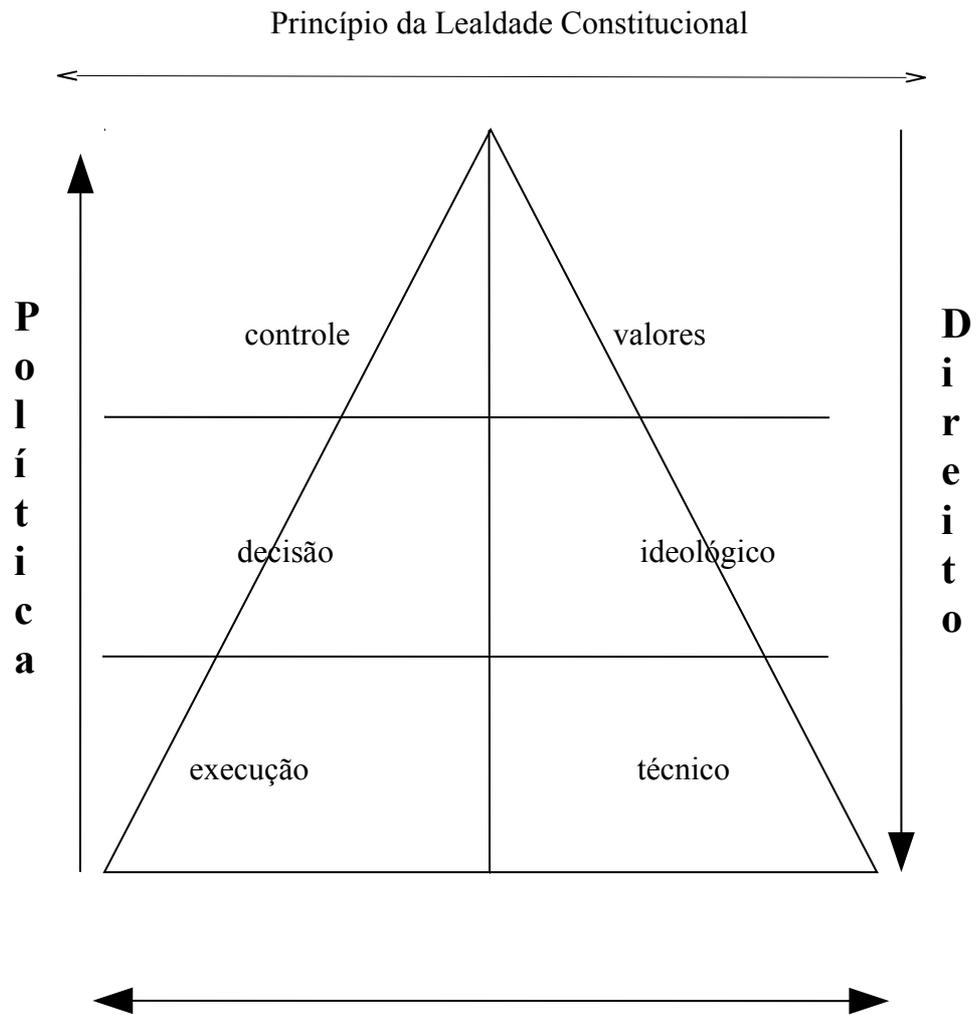


Figura 3: Processo de interação do princípio da lealdade constitucional

4 A LEALDADE CONSTITUCIONAL COMO PRINCÍPIO NAS CONSTITUIÇÕES DA ESPANHA, DA ITÁLIA E DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

4.1 O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DO REINO DA ESPANHA

Afirma-se que o conceito de lealdade constitucional está vinculado a ideia de ordenamento jurídico e não a materialização do conceito de Constituição. Por isso, a lealdade constitucional constitui um instituto avalorativo. Não está inserido no nível último dos fins e funções do Estado onde se concentram os valores e estabelece-se o campo do Tribunal Constitucional.

Na Constituição da Espanha o princípio da lealdade constitucional encontra-se de forma implícita no disposto pelos art. 6 e art. 9.1, *in verbis*:

Artículo 6

Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.^{129 130}

Artículo 9

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.^{131 132}

O dispositivo afirma que os partidos políticos devem estar adequados à Constituição e às Leis, isto é ao ordenamento jurídico de modo a construir uma validade do ordenamento jurídico. Também afirma que os cidadãos e os poderes públicos submetem-se à Constituição e ao ordenamento jurídico. Interpretando-se o dispositivo conclui-se estar presente de forma implícita o princípio da lealdade constitucional, porque condiciona os cidadãos e o poder público à obediência à lei e ao resto do ordenamento jurídico.

¹²⁹ESPANHA. Constituição do Reino da Espanha de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

¹³⁰Tradução nossa: Artigo 6 Os partidos políticos expressam o pluralismo político, ajudam na formação e expressão da vontade popular e são um instrumento essencial para a participação política. A sua criação e o exercício de suas atividades são gratuitas, respeitando a Constituição e da lei. A sua estrutura interna e funcionamento devem ser democráticas

¹³¹ESPANHA. Constituição do Reino da Espanha de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

¹³² Tradução nossa: Artigo 9.

1. Os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos a Constituição e ao resto do ordenamento jurídico.

O disposto pelo art. 161. 1 da Constituição do Reino da Espanha apresenta o Tribunal Constitucional.

Artículo 161

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

- a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
- c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.¹³³

¹³⁴

Finalmente, o ponto constitucional espanhol que trata da reforma da constituição é também um termômetro para análise das possibilidades de reforma da constituição. As condições estabelecidas traduzem a ideia de limites observado o princípio da lealdade constitucional.

Artículo 166

La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87.

Artículo 167

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Artículo 168

¹³³ESPAÑA. Constitución (1978). **Constituição do Reino da Espanha de 1978**. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

¹³⁴Tradução nossa: Artigo 161.

1 O Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território nacional é competente conhecer:

- a) Dos recursos de inconstitucionalidade contra as leis e regulamentos que tenham força de lei. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica que tenha força de lei, interpretada pela jurisprudência, afetará a esta, embora as decisões que se tenham baseado não perderão o seu estatuto de coisa julgada.
- b) Os recursos de amparo por violação dos direitos e liberdades contidos no artigo 53, 2, da Constituição, nas circunstâncias e na forma prevista pela lei.
- c) Os conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autónomas ou destas Comunidades Autónomas entre si.
- d) Das demais matérias atribuídos pela Constituição ou pelas leis orgánicas.

1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.
2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.
3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

Artículo 169

No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116.¹³⁵ ¹³⁶

4.2 O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA

Citando o art. 54, primeiro parágrafo, da Constituição Italiana, Álvarez especificou que destinatários do dever de fidelidade são sim, como afirma a Carta de 1947, “todos os cidadãos”, mas são também e sobretudo aqueles cidadãos organizados em partidos políticos.

¹³⁵ESPAÑA. Constitución (1978). **Constitución do Reino da Espanha de 1978**. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

¹³⁶Tradução nossa: Artigo 166

A iniciativa de reforma constitucional é exercido nos termos previstos nos números 1 e 2 do artigo 87.

Artigo 167

1. Os projetos de reforma constitucional deverão ser aprovadas por uma maioria de três quintos de cada uma das Câmaras. Se não houver acordo entre ambas, tentar-se-á obter através da criação de uma Comissão de composição paritária de Deputados e Senadores, que apresentará um texto para ser votado pelo Congresso e Senado.
2. Se não se lograr aprovação pelo procedimento do parágrafo anterior, e se o texto tiver obtido voto favorável da maioria absoluta do Senado, o Congresso, por maioria de dois terços, poderá aprovar a reforma.
3. Aprovada a reforma pelo Parlamento, será submetido a um referendo para a ratificação quando assim solicitado, dentro dos quinze dias seguintes a sua aprovação, por um décimo dos membros de qualquer das Câmaras.

Artigo 168

1. Quando se propuser uma revisão total da Constituição ou uma parcial afetando ao Título preliminar, ao Capítulo Segundo, primeira Seção do Título I, ou ao Título II, se procederá a aprovação do princípio por maioria de dois terços de cada Câmara, e a dissolução imediata das Cortes.
2. As Câmaras eleitas devem ratificar a decisão e proceder ao exame do novo texto constitucional, que deverá ser aprovado por maioria de dois terços de ambas as Câmaras.
3. Aprovada a reforma pelo Parlamento, será submetido a um referendo para a ratificação.

Artigo 169

Não pode iniciar a reforma constitucional em tempo de guerra ou de vigência de algum dos estados previstos no artigo 116.

Somente os grupos políticos organizados, com efeito, possuem os instrumentos jurídicos e factuais para poder pôr em risco a sobrevivência.¹³⁷ O artigo 54, parágrafo primeiro, da Constituição da República Italiana dispõe o seguinte:

Art. 54.

Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi.
I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge.^{138 139}

Além do disposto pelo art. 54, que revela o princípio da lealdade à Constituição por todos os cidadãos italianos, verifica-se o princípio da lealdade constitucional como função no disposto pelos seguintes artigos:

Art. 18.

I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale.
Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.^{140 141}

Art. 21.

Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.
La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure.
Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizza, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l'indicazione dei responsabili.
In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo

¹³⁷ÁLVAREZ, Leonardo Alvarez. Lealtà costituzionale e difesa della costituzione (Partiti politici e Stato decentrato). **Lealdade constitucional e defesa da constituição** (Partidos Políticos e Estado descentralizado). Siena. 04-11-2009, p. 3

¹³⁸ITÁLIA. Constituição (1947). **Constituição da República da Itália de 1947**. Disponível em: <<http://www.-normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione>>. Acesso em: 7 dez. 2015

¹³⁹Tradução nossa: Art. 54 Todos os cidadãos têm o dever de ser leal à República e de observarem a Constituição e as leis. Os cidadãos aos quais são confiadas funções públicas têm o dever de executá-las com disciplina e honra, fazendo um juramento nos casos estabelecidos por lei.

¹⁴⁰ITÁLIA. Constituição (1947). **Constituição da República da Itália de 1947**. Disponível em: <<http://www.-normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione>>. Acesso em: 7 dez. 2015

¹⁴¹ Tradução nossa: Art. 18 Os cidadãos têm o direito de associar-se livremente, sem autorização, para fins que não são proibidos aos indivíduos pelo direito penal.
Associações secretas são proibidos e aquelas que perseguem, ainda que indiretamente, escopos políticos mediante organizações de caráter militar.

convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.

La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.

Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni.^{142 143}

Art. 33.

L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento.

La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi.

Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato.

La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali.

È prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale.

Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.^{144 145}

DISPOSIZIONI TRANSITORIE E FINALI

XII

¹⁴²ITÁLIA. Constituição (1947). **Constituição da República da Itália de 1947**. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione>>. Acesso em: 7 dez. 2015

¹⁴³Tradução nossa: Art. 21 Todo mundo tem o direito de expressar livremente seus pensamentos na fala, escrita ou qualquer outro meio de comunicação.

A imprensa não pode ser submetido a autorização ou censura.

Apreensão é permitida apenas por um mandado do tribunal no caso de infrações para as quais a lei de imprensa autoriza expressamente, ou no caso de violação das regras que prescritos pela mesma lei para a divulgação do responsável.

Nesses casos, quando houver absoluta urgência e a oportuna intervenção da autoridade judiciária, a apreensão de imprensa pode ser efetuadas por agentes da polícia judiciária, que devem, de imediato, e não mais do que em vinte e quatro horas, denunciar a autoridade judicial. Se isso não for homologado no prazo de vinte e quatro horas seguintes, a apreensão é anulada e não surtirá nenhum efeito.

A lei pode estabelecer, através de regras gerais, que sejam operações conhecidas e meios de financiamento da imprensa periódica.

São proibidas publicações, shows e eventos contrários aos bons costumes. A lei estabelece medidas adequadas para prevenir e reprimir todas as violações

¹⁴⁴ITÁLIA. Constituição (1947). **Constituição da República da Itália de 1947**. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione>>. Acesso em: 7 dez. 2015
¹⁴⁵ITÁLIA. Constituição (1947). **Constituição da República da Itália de 1947**. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione>>. Acesso em: 7 dez. 2015

¹⁴⁵Tradução nossa: Art. 33 As arte e as ciência são livres e livre é o ensino.

A República, dita regras gerais para a educação e institui escolas estaduais de todas as ordens e graus.

Pessoas públicas e privadas têm o direito de fundar escolas e instituições de ensino, sem nenhum custo para o Estado.

A lei, ao fixar os direitos e obrigações das escolas não estatais que solicitam paridade, deve garantir a essas escolas plena liberdade e aos seus alunos uma educação igual ao dos alunos nas escolas estaduais.

Exames estaduais são prescritos para a admissão aos vários tipos e graus de escolas ou para a sua conclusão e de qualificações para exercer uma profissão.

Instituições de ensino superior, universidades e academias, têm o direito de estabelecer os seus próprios regulamentos, dentro dos limites estabelecidos pelas leis do Estado

E' vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista.

In deroga all'articolo 48, sono stabilite con legge, per non oltre un quinquennio dalla entrata in vigore della Costituzione, limitazioni temporanee al diritto di voto e alla eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista.^{146 147}

Os dispositivos da Constituição Italiana revelam estarem associadas a um mesmo objetivo, aquele de proteger a ordem democrática de finalidades e ideologias antissistema, a prescindir dos métodos das atividades que põe em prática os partidos políticos e organizações territoriais. Daí a necessidade de confirmar a dicotomia baseada sobre distinção entre assuntos fundados sobre a “lealdade aos fins” e a “democracia neutral”.

4.3 O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Na Constituição da República Federativa do Brasil encontra-se algumas semelhanças com as constituições mencionadas, indicando a existência de dispositivos que estabelecem o princípio da lealdade constitucional.

O artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil explicita a condição pela qual se estrutura o Estado, motivo pelo compõe a função do princípio da lealdade constitucional.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.¹⁴⁸

¹⁴⁶ITÁLIA. Constituição (1947). **Constituição da República da Itália de 1947**. Disponível em: <[http://www.-normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione](http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione)>. Acesso em: 7 dez. 2015.

¹⁴⁷Tradução nossa: XII É proibida a reorganização, sob qualquer forma, do partido fascista dissolvido. Não obstante o artigo 48, a lei estabeleceu, por não mais de cinco anos a partir da entrada em vigor da Constituição, limitações temporárias ao direito de voto e de elegibilidade para os líderes responsáveis pelo regime fascista.

¹⁴⁸BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 8 dez. 2015.

As garantias individuais se inserem neste contexto, porque destinam-se a proteção de valores e a manutenção da ordem democrática.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

- XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;
- XXII - é garantido o direito de propriedade;
- XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
- XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;
- XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;
- XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;
- XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
- XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
 - b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
- XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;
- XXX - é garantido o direito de herança;
- XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus";
- XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
- XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;
- XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
 - b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
- XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
- XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;
- XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
- a) a plenitude de defesa;
 - b) o sigilo das votações;
 - c) a soberania dos veredictos;
 - d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;
- XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
- XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
- XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
- XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.¹⁴⁹

O dispositivo do art. 17 da Constituição da República Federativa do Brasil é também adequado a função do princípio, visando a manutenção do ordenamento jurídico na defesa do Estado pluripartidário.

¹⁴⁹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 8 dez. 2015.

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.¹⁵⁰

O dispositivo que trata da emenda à Constituição é também, semelhante à Constituição Espanhola, onde se encontram os limites de reforma em defesa do Estado e da Constituição, conforme o princípio da lealdade constitucional em especial o disposto pelo parágrafo quarto.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.¹⁵¹

¹⁵⁰BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 8 dez. 2015.

¹⁵¹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 8 dez. 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da proposta apresentada, fundado no exame da teoria doutrinária, nacional e estrangeira, obteve-se algumas considerações importantes que podem ser concebidas sob a forma de conclusão.

As relações entre o Princípio da Lealdade Constitucional e a Política, inserido na própria relação entre a Política e o Direito se constitui como um mecanismo de defesa do Estado e também da Constituição, porquanto pressupõe um debate entre as linhas ideológicas e culturais com efeitos sobre as diferentes forças políticas.

O princípio da lealdade constitucional, portanto, passa a ser um princípio interpretativo, possibilitando a declaração da ilegalidade ou violação do texto constitucional da finalidade da norma apesar de os meios pelo qual ela foi proposta não apresentarem vícios. Sob tal condição do princípio da lealdade constitucional é elemento resultante do processo de interação entre a Política e o Direito.

O princípio da lealdade constitucional quando concebido como de defesa do Estado, constitui-se em princípio estruturante da ordem jurídica. A finalidade do princípio estruturante é organizar e estruturar o processo legislativo. Neste sentido, pode-se afirmar que a lealdade constitucional dentro do processo de interação que se estabelece entre a Política e o Direito constitui valor, ideologia e técnica para conformar o controle, a decisão e a execução, visando assegurar a eficácia da ordem jurídica.

A política possui um caráter instrumental, que permite à sociedade buscar a realização de seus fins últimos, provocando a dialética entre o público e o privado. A partir das relações com a Política, o Estado concebe uma ordem, que tem origem nas diferenças e nas desavenças sociais. O processo político é instrumento de concretização dos valores supremos fixados na constituição.

Nessa interação acontece o processo dialógico, em que a ética é questão *sine qua non* a par do exercício do direito, que se alicerça nos princípios de legalidade e legitimidade, assim como se alicerça no princípio da razoabilidade.

A partir de tais princípios, concebem-se formas de Estado de Direito, nas quais se evidencia a efetiva relação entre o Direito e a Política como controle da constitucionalidade e, conseqüentemente, a preservação dos valores supremos permite que sejam criados órgãos constitucionais, onde o princípio da lealdade constitucional possibilita a conformação interpretativa.

Portanto, essa relação visa, também, assegurar a observância da ordem constitucional, mantendo o equilíbrio entre a Política e o Direito, pressupondo uma independência para dar legitimidade e coerência ao ordenamento jurídico, de forma que o poder estaria então limitado pela Política e pelo Direito, contendo-se reciprocamente. Logo, Política e Direito fariam o controle vertical e horizontal, entre níveis e órgãos, de fins e funções do Estado, com vistas à consecução dos valores supremos do ordenamento em busca do ideal de bem comum.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. Lealtad Constitucional y Partidos Políticos. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, España, nº 10-11, 2002-2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013.

BLANCHE, Robert. **História da lógica de Aristóteles a Bertrand Russell**. Lisboa: Edições 70, 1985.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 8 dez. 2015.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPANHA. Constituição (1978). **Constituição do Reino da Espanha de 1978**. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

IBRIDO, Renato. **Lealtà Costituzionale e Difesa della Costituzione**: Partiti Polici e Stato decentrato). Rasoconto, 5 f. (Dottorando in ricerca de Diritto Pubblico Comparato) Siena, 4 nov 2009. <Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww3.unisi.it%2Fdipartimento%2Fdottorato%2Fralvarez2009.doc&ei=3ZbrU9a6Fa3nsAT-ZuoG4Cg&usg=AFQjCNHGwXGV8pMx2r1hp7Hs5Yu0Zkf-Dg&bvm=bv.72938740,d.cWc>> Acessado em: 26 jul. 2014.

ITÁLIA. Constituição (1947). **Constituição da República da Itália de 1947**. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoría General Del Estado**. Traducción de Luis Recasens Siches y Justino de Ascárate. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1934.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 1986.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução do original alemão intitulado Methodenlehre Der Rechtswissenschaft. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed. 1997.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

REVERBEL, Carlos Eduardo Didier. **Jurisdição Constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo Bibliobureau, 2012.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [s. n.], 2002.

_____. **O Tribunal Constitucional como Poder**: Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

_____. **Hermenêutica Constitucional**. 2014. 6f. Anotações de Aula.

_____. Regimes Políticos. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Ayda Connia de. O método científico e o direito. Positivismo x Dialética. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, 49, ano XVII, julho, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. Compreender Direito: desvelando a obviedade do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2ª ed., 2014.

TRIVIÑOS, Augusto N.S. **Introdução à pesquisa em Ciências Sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

VERDÚ, Pablo Lucas; CUERVA, Pablo Lucas Murillo de la. **Manual de Derecho Político**. 3.ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1994.