

Reserva de Lei e Potestade Regulamentadora na Constituição Normativa*

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Granada e Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Direito Constitucional Europeu e Globalização

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Constituição normativa; 1.1 O sistema jurídico da Constituição normativa; 1.2 A normatividade da Constituição; 1.3 As consequências da normatividade da Constituição; 2 A lei; 2.1 A posição da lei no sistema de fontes; 2.2 O regime jurídico da lei; 2.3 Fontes com valor de lei; 3 As relações entre a lei e o regulamento; 3.1 A reserva de lei; 3.2 A primazia da lei; 4 O contexto supranacional; 4.1 A normatividade da Constituição em contextos supranacionais; 4.2 A posição da lei no sistema de fontes supranacional.

INTRODUÇÃO

É uma característica essencial da Constituição normativa sua imposição sobre a lei enquanto norma suprema do sistema jurídico e, portanto, a configuração desta como uma fonte subordinada à Constituição. Trata-se de uma transformação radical do sistema jurídico que não poderia ser compreendida caso fosse explicada tão só da perspectiva da substituição de uma fonte por outra na posição superior do sistema. Pelo contrário, a normatividade da Constituição conduz a uma nova concepção do próprio sistema jurídico e dota também a lei, enquanto fonte, de um sentido diferente do que tinha no Estado legal de Direito.

A lei do primeiro constitucionalismo pretendia ocupar uma posição não só de domínio, mas também de literal exclusividade no ordenamento jurídico liberal. As motivações são compreensíveis: a nova fonte legal almejava expressar a racionalidade pretensamente abstrata e universal do mundo moderno por meio de sua configuração como expressão da soberania popular ou nacional. Definia assim uma ordenação *democrática* por sua *origem* frente a um

* As reflexões incluídas neste artigo serão objeto de publicação no Brasil no livro *A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico*, cuja edição está ao encargo de Paulo Roberto Barbosa Ramos, a quem agradeço pelo esforço de preparação desta obra. Igualmente, a última parte do trabalho será desenvolvida mais extensamente no livro *Direito constitucional*, a ser publicado brevemente no Brasil, impulsionado pelo Ministro Gilmar Mendes e no qual não só se analisa o Direito constitucional nos contextos nacionais, mas também pondera-se sobre as tensões às quais se submete o Direito constitucional por força do processo de globalização e sua configuração específica em contextos supranacionais por meio de uma teoria do Direito constitucional supranacional. Agradeço ao Ministro Gilmar por esta oportunidade de expor minha abordagem da mais recente evolução do Direito constitucional, baseada em uma inquietude compartilhada entre a qualidade da democracia e o desenvolvimento dos direitos fundamentais (Traduzido do Castelhana por Hugo César Araújo de Gusmão).

executivo não democrático, e uma ordenação *racional* por seu *conteúdo* frente ao mundo de privilégios arbitrários procedentes do Antigo Regime.

No sistema de fontes do primeiro constitucionalismo, a imposição da lei sobre o resto das fontes é a manifestação no plano jurídico das transformações sociais e políticas que ocorriam entre o final do século XVIII e o início do século XIX. No contexto revolucionário projetado ao longo do século XIX para implantar o regime constitucional, a doutrina das Fontes do Direito “blinda” a lei acima de qualquer outra fonte conhecida (costume, regulamento, jurisprudência) ao centralizar a tensão do sistema sobre o conceito de *eficácia* e sobre os princípios que possibilitarão a imposição da lei, tais como *hierarquia*, *força de lei* ou *primazia da lei*.

Todos estes princípios estão conectados com a instauração da nova ordem por parte do grupo social que promoveu a superação do *Ancien Régime* e que requeria, com esta finalidade, um novo sistema conceitual. No entanto, este sistema conceitual baseava-se na identidade de interesses e valores dos setores minoritários que podiam ascender aos processos políticos por meio do sufrágio censitário e, portanto, na negação do pluralismo e ocultação do conflito social (além do que se desenvolveu na luta histórica contra o absolutismo e seus defensores). Com a extensão do sufrágio e a irrupção do pluralismo no sistema político será necessário reconstruir o sistema constitucional sobre bases parcialmente diferentes.

Assim, no Estado constitucional de Direito, a lei passará a ocupar uma posição distinta no sistema de fontes. Porém, conforme já destacamos, esta posição não é uma mera substituição de uma fonte por outra, mas acompanha uma transformação importante do ordenamento jurídico. Uma transformação que tem a ver com a ideia de pluralismo e com as novas funções reservadas ao Direito constitucional das constituições normativas: a garantia dos Direitos das minorias, a articulação e canalização dos conflitos sociais, a regulamentação da dinâmica social, em suma. Por este motivo, o centro de atenção do sistema de fontes já não será o conceito de *eficácia* e sim o de *validade*. Ou seja, já não será projeção da lei sobre o sistema jurídico sua imposição por meio de conceitos tais como *hierarquia*, *força de lei* ou *primazia da lei*, e sim sua própria submissão à ordem de valores, princípios e competências definidas na Constituição, que expressa o consenso social fundamental e que dá ensejo à possibilidade de controle da *validade* da lei (isto é, da maioria governante), por meio de novos conceitos, tais como o de *competência*, *controle de constitucionalidade* ou *anulação da lei*.

Esta transformação não supõe que a lei passe a ocupar um papel pouco relevante dentro do sistema jurídico, nem que os velhos conceitos se vejam totalmente deslocados (por mais que tenham que ser reinterpretados e relocados). Pelo contrário, como se tentará argumentar neste trabalho, a lei continua tendo uma posição central dentro do sistema de fontes. O que ocorre é que esta

posição já não pode se fundamentar nos princípios sobre os quais se construiu o conceito de lei no Estado legal de Direito. Porém, a lei continua tendo um papel central, uma função mediadora entre a Constituição e o resto das fontes do sistema jurídico.

O câmbio essencial contido na transição do Estado legal ao Estado constitucional de Direito e o desenvolvimento das constituições normativas deve ser complementado hoje com a transformação que o processo de globalização está provocando nas próprias constituições normativas. Por este motivo, dedicarei a última parte deste trabalho a uma referência, necessariamente superficial, a este novo contexto do Direito constitucional que é a integração supranacional. Não poderíamos dizer ainda que o Direito constitucional supranacional tenha “destronado” as constituições normativas. Porém, parece claro que está gerando uma nova realidade constitucional que incide necessariamente sobre a configuração do Direito constitucional nacional. Em certo sentido, a Constituição normativa atua em contextos supranacionais como o faz a lei nos nacionais: como fator nuclear de mediação entre o Direito supranacional e o Direito interno (do mesmo modo que a lei o fez entre a Constituição e o ordenamento jurídico nacional). Igualmente, a ideia de *validade* está sendo agora complementada com a de *eficácia* por meio de princípios como o de *primazia* do Direito europeu (que deve ser claramente diferenciado do antigo princípio de *hierarquia*), que permitem deslocamento de normas internas constitucionalmente válidas em favor de normas supranacionais.

1 A CONSTITUIÇÃO NORMATIVA

1.1 O SISTEMA JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO NORMATIVA

O sistema jurídico da Constituição normativa pode ser definido como um ordenamento complexo, por referência não à existência de uma pluralidade de fontes de produção (inclusive de ordenamentos), e sim à existência de diversos princípios de estruturação do próprio sistema jurídico. É óbvio que estas características não são exclusivas da Constituição normativa, e tampouco são elementos intrínsecos de sua própria estrutura. De fato, a ruptura do critério hierárquico como critério exclusivo de estruturação do ordenamento responde à crise do Estado liberal, e especialmente ao fracasso na pretensão deste modo de Estado em estabelecer um vínculo direto entre a vontade estatal (representada pela lei) e os cidadãos, sem poderes intermediários de qualquer espécie.

No entanto, a Constituição normativa pode ser considerada até agora como a última fase deste processo de crise, dentro do contexto estatal, que dá lugar a uma reformulação de grande parte dos pressupostos ideológicos nos quais se baseava o constitucionalismo liberal, e especialmente de conceitos fundamentais como o de democracia e o de divisão de poderes. É preciso salientar, a despeito disto, que o princípio de hierarquia continua sendo um dos

elementos fundamentais de estruturação do ordenamento, embora não o único. Isto é, a estrutura do ordenamento já não pode considerar-se escalonada, embora continuem existindo estruturas escalonadas em determinados setores normativos do ordenamento².

Não obstante, a proliferação de categorias normativas e de princípios estruturadores do sistema jurídico não foi acompanhada sempre do necessário desenvolvimento dogmático, e menos ainda das técnicas imprescindíveis para assegurar a correta assimilação das novas estruturas no velho ordenamento. Isto explica a perplexidade com a qual a doutrina teve que enfrentar o tratamento de algumas categorias normativas, assim como o *status* das normas sobre a produção jurídica. Em especial o recurso, poderíamos dizer que massivo, ao princípio de competência, conduz a uma inevitável deformação do ordenamento, ao tempo em que uma orientação progressiva do mesmo favorece intensificação das relações internormativas.

O princípio de competência permite garantir a autonomia normativa daqueles órgãos em favor dos quais se estabelecem atribuições competenciais. Porém, por sua própria natureza, é mais difícil de aplicar que o princípio de hierarquia. A estruturação hierárquica do ordenamento permitia uma solução imediata dos conflitos normativos com base na diversa força das fontes que incorporavam normas ao ordenamento. O critério de competência exige, pelo contrário, uma decisão em termos de validade que requer a intervenção específica de um órgão de controle. Isto já nos dá uma indicação para valorar a diferença substancial que ocorre entre ambos os critérios e a incidência metodológica que esta distinção pode ter. A hierarquia sugere (sugeriu, ao menos, no Estado legal de Direito) a imposição de uma norma, com base na sua própria força, a uma característica imanente que não requer uma especial regulamentação por parte do sistema jurídico. A competência, pelo contrário, implica a referência a uma norma sobre a produção jurídica habilitante e exige, por isso, uma remissão ao ordenamento. Competência e ordenamento são assim conceitos que se implicam mutuamente.

A extensão do princípio de competência tem seu correlato na implantação do princípio de constitucionalidade sobre o de legalidade, ou seja, da Constituição sobre a lei. A queda do dogma da supremacia absoluta do legislador une-se à ruptura do conceito unitário de lei, que é também expressão da quebra do conceito de soberania em seu sentido tradicional e da dissolução da aparente homogeneidade do povo como conceito jurídico-político, assim como da ruptura da unidade na ordem de valores na qual a sociedade se fundamentava e, com tudo isto, do monismo na disciplina das fontes. Este monismo não era senão um reflexo de todo o anterior, e expressava a concentração do poder

2 A Constituição é, como bem diz Alejandro Nieto[+versalita], não um escalão superior de uma pirâmide normativa, se sim "el centro do ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos do Direito" (Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional, RAP[+cursiva], ns. 100-102, p. 399).

político nos grupos sociais que haviam conseguido promover o trânsito para o mundo moderno e a implantação do constitucionalismo, ocupando o poder do Estado.

Se a exigência de requisitos diferenciados para a produção legislativa e a previsão de parlamentos territoriais sugerem uma redistribuição do poder (enquanto extensão da capacidade de produção normativa a outros grupos sociais), isto implica só uma garantia política da democracia constitucional. A garantia jurídica vem estabelecida pela determinação das relações entre as diversas fontes que expressam uma diversa potencialidade normativa e pela sujeição de todas aos limites constitucionais. Esta submissão se articula por meio da atividade jurisdicional constitucional, não só mediante a aplicação do Direito, mas também pela produção do mesmo. A jurisdição constitucional (entendida aqui no sentido amplo) expressa assim o poder do Direito. Não é (ao menos não é na ordem jurídico-constitucional) manifestação de um poder social concreto, senão do acordo mútuo dos diversos poderes sociais expressado na Constituição. A posição central da Constituição normativa no ordenamento só pode se explicar caso se leve em consideração esta função de equilíbrio, ou de integração, desenvolvida pela Constituição e a jurisdição constitucional.

A Constituição normativa, sendo, ademais, o resultado de um processo histórico e não um salto no vazio, alterou substancialmente as hipóteses teóricas nas quais se baseavam os ordenamentos anteriores. Esta alteração se manifestou sobretudo no sistema de fontes. Princípios e dogmas, válidos no seu momento, agora carecem de sentido. Alguns já foram substituídos, outros são objeto de reelaboração doutrinária e jurisprudencial. Antes de recorrer aos antigos, convém se perguntar qual é seu sentido e sua utilidade atual, e se são aplicáveis às novas situações que foram criadas. É preciso, pois, um exercício de heterodoxia para vislumbrar a estrutura do ordenamento.

Apesar de tudo, se houvesse que caracterizar com uma palavra o ordenamento jurídico das Constituições normativas, esta palavra poderia ser sem dúvida uma das mais tradicionais na ciência jurídica: a de sistema. Frente à relação entre normas individualmente considerada, o ordenamento acentua agora, mais que nunca, sua sistematicidade, a dependência das normas, já não de outras normas, mas do próprio sistema. O problema, no entanto, é que a noção de sistema ou de ordenamento não desenvolveu todas suas possibilidades, e que a relação entre normas isoladas ainda continua sendo uma imagem muito forte na mente dos juristas, capaz de deslocar na análise dogmática a invocação expressa do ordenamento.

1.2 A NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição enquanto fonte do Direito é a norma que estabelece as condições de produção do resto das normas, e, neste sentido, configura-se como o centro do ordenamento jurídico. Certamente, nem todas as constitui-

ções cumprem esta função na mesma medida, porque nem todos os sistemas jurídicos precisam estabelecer a normatividade da Constituição para ordenar a convivência social. Quanto mais pluralismo social, político e territorial exista em uma sociedade, mais necessária será a configuração da Constituição como fonte do Direito e como norma jurídica.

Esta natureza normativa da Constituição conduz, sobretudo, à sua condição de fonte do Direito: é o suporte das normas constitucionais que se incorporam ao ordenamento jurídico. Isto sugere uma transformação essencial, já que a própria Constituição se configura agora como Direito, situando-se no próprio centro do ordenamento jurídico. Este câmbio pode ser explicado a partir de múltiplas perspectivas. Talvez a mais expressiva de todas é a que, a partir da transformação do sistema de fontes, se concentra no trânsito produzido em muitos países com a normatividade da Constituição e a transformação do Estado legal de Direito em Estado constitucional de Direito.

O desenvolvimento histórico da normatividade da Constituição se junta ao sentido próprio do Direito como instrumento de articulação da convivência social, nos distintos níveis nos quais o Direito é necessário para conseguir esta finalidade. Esta vinculação entre Direito e Constituição faz com que, para entender a normatividade da Constituição, tenhamos que partir da diferenciação entre Constituição e Direito constitucional, como termos que nem sempre definem a mesma realidade.

Com efeito, existem e existiram sempre constituições em muitas sociedades, porém nem sempre existiu ou existe nas sociedades dotadas de uma Constituição um autêntico Direito constitucional. São diversos os motivos pelos quais a Constituição não caminha necessariamente de mãos dadas com o Direito constitucional. Em muitos casos porque a Constituição tem um caráter semântico³ e não pretende criar uma estrutura jurídico-constitucional, mas, em vez disso, tenta somente legitimar um regime político frente ao exterior; em outras hipóteses, porque a Constituição não necessita do Direito como fator primordial de realização de seus conteúdos, devido ao fato de que a homogeneidade social e a identidade de valores e interesses nos agentes políticos torna desnecessária a intervenção do Direito enquanto instrumento de solução de conflitos. Tal coisa pode ser dita do constitucionalismo oligárquico⁴ do século XIX, quando o processo político estava limitado a uma porcentagem muito reduzida da população. Trata-se de um modo constitucional no qual não se reconhece o pluralismo nem o conflito social e, portanto, não se arbitram mecanismos para tornar possível o consenso constitucional.

3 Recordemos a classificação de K. Loewenstein entre Constituições normativas, nominais e semânticas. Cfr. LOEWENSTEIN, K. *Verfassungslehre*, 1959, versão espanhola de Alfredo Gallego Anabitarte (Barcelona: Ariel, 1986, p. 217).

4 Um constitucionalismo oligárquico próprio do Estado legal de Direito no qual, como indica G. Zagrebelsky, a lei expressava a unidade natural da ordem liberal. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto costituzionale*. I. Il sistema delle fonti del diritto. Torino: UTET, 1988. p. IX-X.

Houve outras situações históricas como aquelas que poderíamos definir como “constitucionalismo antagônico” do período entre guerras na Europa, quando a confrontação radical entre os atores políticos tornou inviável uma solução constitucional para os problemas sociais e políticos. Toda vez que se haviam incorporado ao cenário político novos agentes sociais e que o pluralismo e o conflito social já eram impossíveis de eludir, o consenso constitucional resultava necessário. Não foi possível, no entanto, porque o debate político e constitucional se manifestava em termos de confrontação radical: a estreita via do Estado legal ou liberal de Direito seria insuficiente para canalizar os novos movimentos sociais e o resultado foi o fim do Estado liberal e de qualquer forma de convivência pacífica.

Já podemos ver, naquilo que até agora se expôs, como o Direito constitucional não caminha necessariamente de mãos dadas com a Constituição, e como a conformação de uma ordem constitucional normativa baseada no Direito constitucional não é uma questão de simples vontade política. Pelo contrário, o grau de Direito constitucional que uma sociedade requer depende das condições sociais de partida. Nem todas as sociedades têm que estabelecer o mesmo grau de normatividade em suas constituições porque nem todas as sociedades têm o mesmo grau de pluralismo e de diferenciação social ou territorial. Quanto maior tiver sido historicamente e seja atualmente a complexidade das relações sociais e territoriais, mais necessário será o Direito constitucional.

Da perspectiva do desenvolvimento constitucional dos Estados, a diferenciação entre Constituição e Direito constitucional resulta-nos útil, porquanto nos permite valorar o grau de desenvolvimento constitucional em função do desenvolvimento do Direito constitucional. A formulação desta abordagem seria a seguinte: na medida em que uma sociedade reconheça seus conflitos internos e estabeleça os mecanismos constitucionais para resolver pacificamente estes conflitos, esta sociedade adquire um maior grau de desenvolvimento constitucional. Pelo contrário, na medida em que uma sociedade oculte estes conflitos internos ou os reprima, sem fazer uso do Direito constitucional para resolvê-los, estará dotada de um menor grau de desenvolvimento constitucional (embora tenha uma Constituição formal como norma de cabeceira).

Em última instância, pode-se dizer que as constituições normativas com seu modo de jurisdição constitucional, de proteção das minorias, de garantia dos direitos fundamentais e de pluralismo territorial, oferecem-nos um maior grau de desenvolvimento constitucional (se bem que caberia dizer: <se o têm é porque dele necessitam>, sem que isto resulte necessariamente aplicável a todos os países que têm uma Constituição – inclusive uma Constituição democrática).

Por outro lado, para que possa falar de normatividade da Constituição, ou seja, da Constituição como direito constitucional, é necessário que o poder estatal se configure de modo democrático. Só na democracia é possível a ar-

ticulação do pluralismo e do conflito mediante o consenso constitucional. Se bem que podem existir constituições não normativas que sejam democráticas (em condições de homogeneidade social e política ou de desenvolvimento convencional histórico da ordem constitucional) e não podem existir constituições normativas que não sejam democráticas. A democracia é uma condição necessária para a normatividade da Constituição porque é o único modo organizativo que possibilita o respeito ao Direito e o estabelecimento de limites ao poder político.

Todavia, precisamente porque podem existir sistemas democráticos sem normatividade da Constituição, devemos nos perguntar em que a Constituição normativa contribui para o conceito de democracia. Para responder a esta questão é necessário que levemos em consideração algumas das consequências jurídico-políticas da normatividade e, especialmente, sua incidência na conformação do poder do Estado.

1.3 AS CONSEQUÊNCIAS DA NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A normatividade da Constituição conduz a importantes consequências que podem ser encaradas a partir de muitas perspectivas. Antes de tudo, sugere uma configuração diferente do ordenamento jurídico que, justamente por meio da Constituição como norma ou como conjunto normativo, articula a unidade de todo o sistema. Porém, ademais, modifica o modo com o qual se percebe o Direito, vinculado à ideia de pluralismo – já que o pluralismo e o conflito são pressupostos necessários para a normatividade da Constituição –, o que se manifesta em diversas ordens que vão desde a ordenação do sistema de fontes até a posição do juiz ante as normas, passando pela concepção da interpretação do Direito.

Um dos âmbitos nos quais a normatividade da Constituição evidencia seu maior significado é na articulação do poder do Estado. O poder do Estado, concebido tradicionalmente como um poder soberano, que carece de limites na ordem interna, submete-se a critérios jurídicos em seu exercício, mediante a sujeição à Constituição e, especificamente, aos princípios e valores constitucionais. A existência de uma jurisdição constitucional com capacidade para invalidar as leis contrárias à Constituição implica uma nova concepção do exercício do poder e do significado da democracia.

A soberania, no Estado constitucional e sob a Constituição normativa, retira-se no momento constituinte, dada sua incompatibilidade lógica com o significado da Constituição. A identificação do poder constituinte, do poder que em última instância pode configurar uma ordem jurídica e a soberania⁵ se corresponde perfeitamente com o próprio conceito de soberania como poder

5 Cfr. ZWEIG, Egon. *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1909. p. 2.

inalienável, indivisível e insubmisso a limites. A soberania faz referência a um poder que não é jurídico e sim político, a um poder que carece, como o poder constituinte originário, de qualquer tipo de restrição ou limitação de natureza jurídica.

Entretanto, se o conceito de soberania se compatibiliza com o exercício do poder constituinte originário, não o faz com o poder que se exercita quando a Constituição adquire vigência e uma nova ordem constitucional se implanta. Neste momento, o conceito de soberania e o de Constituição, se entendemos como tal uma Constituição normativa, contradizem-se mutuamente. Posto que a função primordial da Constituição consiste em estabelecer limites ao poder do Estado, não faz sentido falar, dentro da ordem constitucional, de um poder não submetido a limites, de um poder soberano⁶.

Por este motivo, cabe questionar o sentido atual das declarações contidas em quase todas as Constituições normativas atuais, nas quais se atribui a soberania ao povo ou à Nação. Estas declarações condizem com a ideia de poder constituinte e com a atribuição à comunidade política em seu conjunto da capacidade de configurar as regras fundamentais de convivência que deverão servir para todos. No entanto, dentro da ordem constitucional, no exercício ordinário do poder político, não podemos encontrar nem o objeto nem o sujeito desta atribuição de soberania.

Não existe o objeto da atribuição de soberania porquanto todos os poderes do Estado são limitados pela Constituição, todos devem submeter-se ao estabelecido na Constituição, e, neste sentido, não cabe falar em nenhum caso de um poder soberano, de um poder insubmisso, dentro do sistema constitucional regido pela Constituição normativa. Tampouco existe o sujeito desta atribuição, porque, uma vez que o povo ou a nação se dotam de uma norma fundamental que serve para regular a convivência, o poder constituinte deve desaparecer. Juridicamente, esta dissolução do poder constituinte se manifesta com a ideia de que o princípio geral de inesgotabilidade das fontes⁷ não é aplicável à Constituição. Com efeito, a Constituição é a única fonte do Direito que se esgota no momento de sua produção e entrada em vigor, pois se esgota o poder que lhe deu vida.

Em lugar da comunidade política em plenitude (do povo ou da nação que se dotam de uma Constituição) nas constituições normativas, a representação do povo, dentro do âmbito constitucional, se articula em maiorias e minorias. Já não cabe falar, no exercício ordinário do poder do Estado, do povo como um todo homogêneo, e sim da maioria do povo que, a cada momento, ostenta a representação do Estado. Esta maioria tentará por em prática seu programa político, orientado à defesa de seus interesses e seus valores, sempre sobre o

6 Cfr. KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 1975, IV ed. Opladen: Westdeutscher, 1990.

7 Cfr. PUGLIATTI, Salvatore. *Abrogazione. Enciclopedia do Diritto*, Milano, v. I, 1958. p. 142.

possível controle da jurisdição constitucional, para evitar a ruptura do pacto constitucional de convivência.

Poderíamos dizer, portanto, que a normatividade da Constituição contribui com uma nova concepção da democracia, que se baseia na diferenciação entre a democracia constitucional ou pluralista e a democracia em seu sentido tradicional, como representação e governo da maioria. A democracia constitucional é a que se instaura por meio da promulgação da Constituição. Na democracia constitucional, a coletividade atua de forma homogênea, integrando maioria e minorias. O governo da maioria, no entanto, move-se dentro do âmbito constitucional, que garante (por meio da Constituição normativa) o respeito ao pluralismo e aos direitos das minorias.

Esta dissociação faz sentido pela necessidade de estabelecer um consenso fundamental que permita articular o pluralismo social e/ou territorial. Este consenso social se manifesta por meio de normas constitucionais que o garantem e o convertem em indisponível para a maioria. Deste modo, o poder do Estado fica limitado por regras jurídicas e submetido aos pactos sociais e/ou territoriais estabelecidos na Constituição. Por outro lado, a normatividade da Constituição também se submete a tensões que a põem continuamente à prova. Talvez a mais significativa, porquanto sugere um desafio importante que obrigará a importantes transformações no Direito constitucional, é a que deriva do processo de globalização e da integração do Estado em contextos supranacionais.

2 A LEI

2.1 A POSIÇÃO DA LEI NO SISTEMA DE FONTES

A Constituição normativa não se limitou a impor seus mandatos jurídicos ao legislador; em vez disso, a supremacia da Constituição sobre a lei veio acompanhada também da previsão de uma diversidade de tipos legais que convertem em uma operação complexa difícil a formulação de um conceito unitário de lei.

A ruptura da concepção unitária da lei, própria do primeiro constitucionalismo, supõe a impossibilidade de recuperar, para o sistema jurídico, a unidade de um âmbito de poder normativo, já vazio de seus pressupostos sociais e políticos. O pluralismo dos tipos legais, a determinação de limites aos mesmos, a sujeição à ordem constitucional, em suma, não são senão a exteriorização jurídica de uma sociedade plural, cujo poder normativo se expressa também por meio de uma diversidade de vias.

Porém esta diversidade não impede a consideração daqueles elementos que, em maior ou menor medida, são comuns a todas as normas com hierarquia de lei. São elementos de ordem jurídica e política que permitem dar constância da existência de um conceito de lei que não é unitário no sentido de impedir o

pluralismo, porém que pode ser no sentido de articular o pluralismo. O elemento político do conceito de lei deve situar-se na relação entre lei e Constituição, e no significado democrático da Constituição em relação à lei.

O sentido democrático da Constituição é de ordem garantista. O garantismo se reflete em duas ordens que merecem ser diferenciadas, uma ordem formal e outra material. A material consiste na vinculação do legislador ao conteúdo material da Constituição. Este é o sentido mais claro da garantia constitucional dos direitos, expressada por meio do valor jurídico de seus preceitos e da possibilidade de controle jurisdicional da lei. Desta perspectiva, a Constituição não se limita a possibilitar a expressão dos grupos sociais majoritários, senão a obrigar a conciliar esta expressão com o respeito aos direitos das minorias tal e como a própria Constituição entende juridicamente estes direitos.

Por outro lado, os direitos das minorias se manifestam não só na definição de um âmbito material de proteção jurídica indisponível para os poderes públicos, submetido à democracia constitucional. Refletem também na habilitação de vias participativas que possibilitem a expressão das minorias na determinação das políticas normativas dos poderes públicos. Este último é a ordem formal do garantismo constitucional. Com ele, não se assegura o resultado do processo normativo, que pode ser mais ou menos congruente com os princípios constitucionais. Simplesmente, assegura-se a condição democrática do próprio processo.

A participação das minorias reflete-se na esfera normativa interna dos ordenamentos do Estado por meio de diversos procedimentos e técnicas. Em primeiro lugar, com a previsão de *reservas de lei* que asseguram que as decisões básicas se adotem através de normas legais e que facilitam a discussão pública das medidas normativas. Em segundo lugar, com a determinação de *procedimentos legislativos especiais* que requerem maiorias reforçadas para a aprovação destas medidas normativas. Em terceiro lugar, com a fixação de *limites específicos* às possibilidades normativas governamentais de nível legal e com a atribuição aos órgãos parlamentares de faculdades de controle destas regras legais que viabilizem o debate sobre as mesmas.

Todas estas garantias formais expressam o conceito constitucional de lei (ou melhor, de nível legal conferido às normas): regras nas quais os órgãos parlamentares participam diretamente, possibilitando assim o controle das minorias e, em seu caso, a transação e o compromisso na atividade normativa. Os distintos tipos de lei atendem, assim (em distinta medida, certamente), a um sentido último que os unifica: todos eles viabilizam a articulação do pluralismo social, não pelo conteúdo das medidas normativas, e sim pela índole mesma dos processos expressados.

Marca-se assim a diferença entre as fontes legais e as outras fontes do Direito: as fontes legais expressam o sentido democrático-constitucional da produção jurídica dentro do ordenamento pertinente à própria forma desta produção.

Daí a alta valoração destas fontes e sua capacidade para desenvolver efeitos que se impõem aos das outras fontes do Direito.

2.2 0 REGIME JURÍDICO DA LEI

Desta condição político-constitucional da lei deriva seu regime jurídico, que manifesta a posição que cabe atribuir a esta fonte dentro do ordenamento, enquanto expressão do sentido constitucional da democracia na produção jurídica. Este regime jurídico (valor, caso se deseje denominá-lo assim) deve conectar-se com os conceitos de nível de lei e força de lei. Cabe levar em conta, não obstante, que estes conceitos são geralmente utilizados na doutrina e nos textos normativos como se fossem termos equivalentes.

O nível da lei é um elemento prévio à consideração de sua força e de seu valor. Só pode se imputar a força ou o valor de lei àquelas normas cujo nível legal tenha sido determinado pela Constituição. O nível de lei implica uma posição específica destas normas na hierarquia normativa. As normas com nível de lei são inferiores à Constituição e superiores ao regulamento. Não há, ademais, diferenças hierárquicas internas entre as normas legais. Certo que algumas delas podem se aplicar com preferência a outras em virtude de disposições constitucionais que regulam a competência normativa, porém esta aplicação não se produz em virtude de uma relação hierárquica.

O nível legal implica a atribuição de uma determinada força às normas. Esta força, em seu âmbito ativo e passivo, se manifesta na relação das fontes legais com as outras fontes do Direito. A lei pode derogar qualquer norma inferior e não pode ser derogada por nenhuma norma inferior, impondo-se assim ao resto das fontes do Direito, salvo à própria Constituição à qual ela mesma se submete. Não ocorre o mesmo dentro do tipo geral de lei e entre as diversas fontes legais, em que o conceito de força resulta inoperante. As normas legais não têm distinta força pelo fato de estarem contidas dentro de um tipo legal ou outro, já que a força de lei só atua em relação às fontes infralegais. O que se costuma definir como maior força passiva de uns tipos legais em relação a outros (e, portanto, como resistência à derrogação), pode-se explicar, pelo contrário, mediante expedientes distintos. Por exemplo, porque se tratam de normas sobre a produção jurídica que têm uma estrutura geral⁸ e, por este motivo, não podem ser derogadas singular e tacitamente. No mesmo sentido, por ser o procedimento de produção diferente (em virtude de uma reserva material), razão pela qual, ao não segui-lo, a norma legal não será válida. Não se trata de qual o tipo legal geral possa modificar ou não o específico; trata-se de as normas que se incorporam ao tipo legal geral, disciplinando matérias reservadas ao especial, serem ilegítimas por não seguir o procedimento prescrito na Constituição.

8 Recordemos, com Zagrebelsky, que as normas sobre a produção jurídica são as únicas que necessariamente têm que manifestar uma estrutura geral. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit., p. 12.

O nível legal não é só o pressuposto necessário para a atribuição de uma determinada força à lei, mas também para a atribuição de um valor específico, aquele que o ordenamento lhe outorga com base na posição que, dentro do sistema constitucional, tem este instrumento normativo. O valor da lei expressa assim o essencial do regime jurídico desta fonte, o tratamento que recebe do ordenamento⁹. Por exemplo, a lei pode ser controlada na sua validade só pela jurisdição constitucional ou em que condições e com que efeitos pode sê-lo por parte da jurisdição ordinária? Em definitivo, o valor de lei expressa o significado que o ordenamento outorga a esta fonte enquanto a mesma representa a manifestação do princípio democrático dentro da ordem constitucional.

2.3 FONTES COM VALOR DE LEI

As disposições com nível de lei são fontes que incorporam normas com nível de lei, que não procedem do Parlamento, mas que surgem do desenvolvimento de uma função normativa de nível legal por parte do Poder Executivo. A anormalidade que isto suscita para o molde clássico da divisão de poderes é inegável, e seu ajuste com o quadro constitucional seria realmente difícil se não fosse pelo fato de este molde clássico ter deixado, já há muito tempo, de ter vigência como tal.

Esta situação é de extrema importância na hora de analisar a função constitucional das fontes com valor de lei. Isto porque, se bem que estas fontes expressam uma legitimidade democrática inferior à do Parlamento (já que não se produzem em sua integridade por meio do procedimento legislativo), também conduzem a um reforço dos mecanismos de controle políticos e jurídicos previstos em relação às normas com nível de lei de produção parlamentar.

O reforço do controle se opera tanto no âmbito parlamentar como no jurisdicional. No primeiro, este tipo de fonte expressa uma correspondência similar (embora não igual, naturalmente) ao sentido e à funcionalidade do Parlamento. A capacidade de controle parlamentar sobre os decretos-leis não é, certamente, o instrumento idôneo para que a voz das minorias se faça ouvir com a intensidade permitida pelo processo legislativo. Porém possibilita, ao menos, a crítica e a exposição pública da discrepância política, além da recriminação jurídica em relação aos limites constitucionais do decreto-lei.

Do mesmo modo, o controle sobre os decretos legislativos pode ser exercitado tanto no momento da derrogação legislativa como no do controle parlamentar do decreto já produzido. E igualmente abre-se aqui a porta à deslegitimação jurídica da atividade da maioria quando esta não se ajusta aos limites formais prescritos na Constituição.

9 Cfr. SANDULLI, Aldo Maria Legge. Forza di legge. Valore di legge. *Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, v. V, Padova: Cedam, 1958. p. 302.

No âmbito jurisdicional, as minorias podem esgrimir uma série mais ampla de motivos sobre a ilegitimidade constitucional das normas com força de lei, precisamente porque as mesmas estão submetidas a determinações específicas que lhes afetam enquanto formas normativas (enquanto fontes do Direito). Não se trata, como parece óbvio, de realizar uma função obstrucionista, senão de assumir a potencialidade sugerida pelas restrições estabelecidas pelo ordenamento sobre estas fontes normativas para impedir que a maioria parlamentar desenvolva um programa contrário à Constituição, exercitando assim uma autêntica função de controle político e jurídico sobre a atividade da maioria governante.

Ao mesmo tempo, estas potencialidades oferecidas pelas fontes com valor de lei, a fim de seu próprio controle dentro do âmbito constitucional, devem conduzir a uma reconsideração do papel das mesmas dentro do sistema de fontes e em relação ao regime parlamentar no que este sistema encontra-se inserido, no sentido de que se tratam de processos normativos cujo nível legal está justificado na medida em que expressam também o valor democrático que está na base de toda norma legal. Expressão que, sendo inferior à que se gera dentro do processo legislativo, é, indubitavelmente, superior à que tem lugar dentro do procedimento administrativo que dá lugar às fontes de nível regulamentar.

3 AS RELAÇÕES ENTRE A LEI E O REGULAMENTO

A relação entre lei e regulamento articulou-se tradicionalmente por meio do princípio de legalidade da Administração, traduzido basicamente nos conceitos de reserva de lei e de primazia ou preferência de lei. A reserva de lei expressa a necessidade de que determinadas matérias sejam reguladas por meio de uma lei ou de uma norma com nível de lei. Exigência que não implica, ao menos em sua concepção tradicional, a impossibilidade de colaboração do regulamento na função normativa, embora impeça que esta colaboração possa se produzir sem uma prévia habilitação legal. Junto à reserva de lei, a relação entre lei e regulamento se assenta sobre o princípio de primazia da lei, que expressa basicamente a maior força da lei em relação ao regulamento e, portanto, sua imposição incondicional sobre o regulamento.

A relação entre lei e regulamento não pode ser contemplada hoje em dia com os esquemas conceituais próprios do primeiro constitucionalismo. Pelo contrário, cada uma destas fontes está submetida, na ordem constitucional, a um regime específico que tende a potencializar suas possibilidades democráticas e a garantir o respeito aos princípios constitucionais. De tal modo que, por exemplo, o exercício de uma potestade regulamentar paralegal (vinculada, obviamente, ao bloco de legalidade) não deve ser analisada a partir da perspectiva crítica que tradicionalmente caracterizou a análise doutrinária do regulamento independente, senão a partir de sua inserção no contexto constitucional e legal que delimita a potestade regulamentar. Questão distinta é a da existência de reservas de regulamento, que são próprias de ordenamentos cuja estrutura institucional é diferente daquela dos sistemas parlamentares.

3.1 A RESERVA DE LEI

A reserva de lei é um dos princípios nos quais se baseou tradicionalmente o Estado de Direito; um princípio que expressa a exigência de submissão das decisões fundamentais do poder político à vontade dos que devem suportar estas decisões. A reserva de lei é um princípio historicamente anterior à divisão de poderes tal e como hoje a conhecemos, que caberá perfeitamente dentro da organização constitucional do Estado promovida pelo liberalismo, e que continua mantendo uma vitalidade permanente, apesar de ter sofrido uma transformação considerável em seu significado atual.

A formulação moderna deste conceito deve-se a O. Mayer, que tentou promover por meio deste a proteção constitucional dos direitos e liberdades constitucionais, especialmente da liberdade e a propriedade, as insígnias do credo liberal¹⁰. Esta concepção inicial da reserva de lei sugere um limite obrigatório para o Poder Executivo em relação à regulamentação destas matérias. Limite que, no entanto, era plenamente disponível para o Legislativo. A reserva ficava esboçada como uma faculdade do Legislativo, que podia habilitar livremente o Executivo para a regulamentação destes âmbitos materiais.

Nesta época histórica, e como consequência da estrutura dualista do Estado alemão, a reserva tinha, inclusive, uma funcionalidade clara: a de requerer o consentimento da representação parlamentar para regulamentar as matérias que afetavam essencialmente à coletividade. A falta de legitimidade democrática do Poder Executivo, representado pelo Monarca, traduzia-se na exigência de que as decisões consideradas fundamentais ou essenciais pelos grupos sociais mais relevantes obtivessem a aprovação destes mesmos grupos por meio da representação parlamentar.

Ao mesmo tempo, a disponibilidade pelo Legislativo da matéria reservada era o fruto lógico da impossibilidade de configurar uma concepção normativa da Constituição, na qual se definissem juridicamente as competências dos poderes públicos. Ao invés, a estrutura dualista do Estado implicava uma divisão de poder flexível entre Executivo e Legislativo (representantes ambos de grupos sociais diversos) baseada no conceito material de lei e, portanto, na concessão ao Legislativo de um poder formalmente ilimitado em relação à configuração da ordem jurídica, entendendo como tal somente aquele afeto a relações entre Estado e sociedade, à intervenção estatal na liberdade e na propriedade, pois é a própria sociedade que, por meio da representação parlamentar, decide sobre o alcance desta intervenção, nada impedindo que possa delegar ao Executivo um poder próprio que dependa tão só de sua vontade.

A implantação do regime parlamentar, apesar de supor uma alteração fundamental da estrutura política na qual se assenta o Estado, não conduz à

10 Cfr. MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, t. I, 3. ed. 1924, reimpressão de Duncker & Humblot, Berlim, 1969, p. 69-70.

superação do conceito de reserva de lei. Exige, no entanto, uma reformulação do mesmo que permita ajustá-lo às condições políticas da nova ordem constitucional¹¹. Esta exigência procede também do trânsito do Estado liberal ao Estado social de Direito, com a conseguinte alteração dos pressupostos básicos nos quais se baseava a reserva de lei, em relação ao tipo de direitos fundamentais que estava destinada a proteger.

Esta reformulação deve partir necessariamente do câmbio de função experimentado pelo instituto da reserva de lei. Câmbio que pode ser explicado, basicamente, atentando para vários aspectos:

Em relação a seu objeto, porquanto a relação Estado-sociedade superou esta situação de divórcio própria do primeiro liberalismo, para entrar em uma fase na qual a inevitável intervenção estatal se produz em grande medida mediante atuações de caráter prestacional. A reserva de lei, como mero limite aos atos de intervenção do Estado na propriedade e a liberdade do cidadão (estritamente entendida, esta última, no sentido do primeiro liberalismo), poderia deixar à livre decisão do regulamento a maior parte da atividade estatal¹². Em sentido contrário, a extensão excessiva e o entendimento rígido neste âmbito do instituto da reserva poderia dificultar o cumprimento por parte do Estado desta atividade prestacional, para a qual o regulamento se revela um instrumento indispensável¹³.

Em relação a seu fundamento, sua utilidade não se baseia, como em outras épocas históricas, em opor um limite a um Executivo não democrático (ou não representativo, em todo caso, dos interesses sociais impostos pela reserva) por parte do Parlamento. Ao invés, a identidade essencial entre o Legislativo e o Executivo, característica do Estado de partidos, e a vinculação entre o Governo e a maioria parlamentar conduzem a uma nova tensão entre maioria e oposição sobre a qual se organiza a dialética política e que substitui a confrontação Executivo-Legislativo. Na medida em que o Executivo já não carece de legitimação democrática, a reserva de lei não pode encontrar seu sentido na origem democrática do poder normativo expressado pela lei¹⁴. Porém, ao mesmo tempo, ao existir identidade política entre o Legislativo e o Executivo (o que não é mais que a outra face da legitimação democrática deste último), a

11 “Esta exigencia se hizo ya notar en la Alemania de Weimar, pese a que no se produciría esa revisión hasta la vigencia de la Lei Fundamental de Bonn.” (LEÓN, José María Baño. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid: Civitas, 1991. p. 42 e ss.

12 Cfr., sobre este tema, a obra de Dieter Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1960, versão espanhola editada por el Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978.

13 Cfr. OSSENBÜHL, Fritz. Die Quellen des Verwaltungsrechts. Erichsen/Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. ed. Berlín/New York: Walter de Gruyter, 1988. p. 68, e, do mesmo autor, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. Isensee, J. y Kirchhof, P.: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, T. III, C.F. Müller, Heidelberg, 1988, p. 325 ss.

14 Cfr. LLORENTE, Francisco Rubio. Rango de lei, fuerza de lei, valor de lei: sobre el problema do concepto de lei en la Constitución, *RAP*, n. 100-102, 1983. p. 429-430; DE OTTO, Ignacio. *Direito constitucional*. Sistema de fontes. Barcelona: Ariel, 1987. p. 151 ss.; LEÓN, José María Baño. Ob. cit., p. 91 ss.; MACHO, Ricardo García. *Reserva de lei y potestad reglamentaria*. Barcelona: Ariel, 1988. p. 112 ss.

reserva de lei não pode estar plenamente disponível ao legislador, já que assim perderia totalmente seu sentido como técnica de proteção frente ao crescimento do Poder Executivo.

Se a reserva de lei tem agora um novo fundamento, este não pode ser outro que o de expressar em maior medida a concepção da democracia sobre a qual repousam as constituições normativas. Esta concepção constitucional da democracia gira em maior medida em torno do Parlamento do que do Governo. Tanto o Parlamento como o Governo são órgãos absolutamente democráticos em sua origem: ambos representam a maioria. Porém, enquanto o Parlamento integra também as minorias, possibilitando a intervenção delas no processo de produção jurídica e abrindo caminho para o consenso, o Governo representa unicamente a maioria. Desta forma, a reserva de lei permite a integração das minorias no processo de produção normativa, o que se corresponde mais com o sentido da democracia constitucional do que a produção normativa pela via regulamentar.

Em todo caso, a reserva de lei não equivale a uma “reserva de parlamento” que obrigue a ser este órgão aquele que diretamente estabeleça as decisões essenciais nas matérias reservadas à lei, salvo naqueles ordenamentos nos quais não existem atos com valor de lei tais como os decretos-leis e os decretos legislativos¹⁵, ou nas hipóteses de reservas a tipos legais específicos e nas matérias que não podem ser regulamentadas por fontes com valor de lei. Cabe levar em consideração que a ausência de um procedimento parlamentar de produção normativa se compensa usualmente mediante outros mecanismos que tendem a corrigir esta ausência por meio de limitações materiais e controles políticos e jurídicos das fontes com valor de lei. Em relação às fontes com nível de lei, pode-se dizer, portanto, que, dentro do âmbito mais ou menos reduzido que lhes é dado constitucionalmente para regulamentar matérias reservadas à lei, expressam também o sentido da democracia constitucional, não tanto por meio da participação prévia como no tocante ao controle posterior (isto é, nelas se reduz a participação, porém se incrementa o controle).

Em definitivo, a reserva de lei mais que uma “reserva de parlamento”, é uma “reserva de potestade legislativa”, de tal modo que só esta potestade (seja ordinária, de urgência ou delegada) pode intervir na regulamentação das matérias reservadas à lei. Contudo, tudo o que foi dito não deve nos fazer equiparar quantitativa ou qualitativamente a potestade legislativa ordinária, exercitada pelo Parlamento, com as demais: o melhor sentido da reserva de lei é expresso pelo Parlamento.

Por isso mesmo a reserva de lei adquire hoje também um sentido distinto em relação à possibilidade de que o legislativo disponha livremente das matérias que a Constituição lhe reserva, atribuindo sua regulamentação à potestade

15 Cfr. sobre a reserva de Parlamento e o critério de essencialidade na tratadística alemã, cfr. OSSENBÜHL, Fritz. *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*. Op. cit., p. 332 ss.

regulamentar. A reserva não impede ao legislador apelar à colaboração do regulamento na disciplina da matéria. Porém esta apelação está sujeita a limites. O legislador não pode “deslegalizar” a matéria reservada à lei, nem realizar habilitações genéricas ao regulamento de modo que este realize uma regulamentação independente da matéria que não esteja claramente subordinada à lei. Deve ser o próprio legislador aquele que determine por si mesmo o regime da matéria reservada à lei. Deste modo, a Constituição assegura por meio da reserva de lei a efetividade do princípio de divisão de poderes, impedindo que a conexão entre executivo e maioria parlamentar deforme este princípio privando o Parlamento de suas competências constitucionais¹⁶.

Vimos até agora dois elementos formais na configuração do sentido atual da reserva de lei: como melhor expressão do sentido constitucional da democracia e como garantia da divisão de poderes. É preciso referir-nos também à “extensão” de seu conteúdo, que não é alheia ao sentido constitucional da democracia. A integração Estado-sociedade, própria das Constituições normativas, requer do poder público a adoção de medidas que possibilitem a promoção da igualdade. Mais além dos princípios constitucionais, a exigência de intervenção estatal na sociedade, especialmente no âmbito econômico, é uma condição estrutural inerente ao próprio desenvolvimento econômico e social. Deve corresponder à lei a determinação das políticas globais por meio das quais se produz a ação estatal. Contudo, a extensão da reserva de lei aos novos âmbitos de atuação estatal (os prestacionais) deve se limitar em todo caso ao que a própria Constituição tenha previsto. Não cabe uma interpretação extensiva globalizante da reserva neste sentido.

3.2 A PRIMAZIA DA LEI

O princípio de primazia ou preferência da lei deve se ligar ao de força de lei¹⁷, e implica, na expressão de O. Mayer¹⁸, a capacidade da lei de se impor sobre o regulamento, tanto no seu aspecto passivo (resistência frente ao regulamento, que não pode derogá-la) como no ativo (capacidade de derrogação do regulamento pela lei). A lei pode condicionar totalmente a intensidade da potestade regulamentar, e pode condicionar também em uma medida muito ampla a extensão desta potestade. É preciso indicar, no entanto, que, quando se produz uma atribuição constitucional expressa de potestade regulamentar ao

16 Em palavras de Rubio Llorente, sua razão de ser está na “necesidad de preservar la separación entre Legislativo y Ejecutivo, que no resulta ya naturalmente de su diverso origen”. F. LLORENTE, Rubio. Op. cit., p. 428.

17 Se remontarmos a épocas anteriores, a expressão *force de loi* já se incluía na Constituição francesa de 1791. Em todo caso, a formulação doutrinária do conceito moderno de força de lei, como força formal de lei, corresponde a Laband, por referência aos efeitos (a eficácia) das leis. Para Laband, a eficácia das leis fundamenta-se em parte na sua forma, e em parte em seu conteúdo, razão pela qual é possível distinguir entre força formal e força material de lei. A eficácia, enquanto força formal, manifesta-se em dois âmbitos: a capacidade de inovação do ordenamento sobre outras fontes do Direito e sobre a própria fonte (força ativa) e a capacidade de resistência de uma fonte frente a outras (força passiva). Cfr. LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. 5. ed. 1911, reimpressão de Scientia Verlag, Aalen, 1964, t. II, p. 68 y ss.

18 Cfr. MAYER, Otto. Ob. cit., p. 68.

Governo, se é certo que não dá lugar a uma reserva de regulamento, impede considerar que a potestade legislativa seja absolutamente ilimitada em relação com a regulamentar. A intervenção permanente da lei em âmbitos próprios do regulamento, além de ser impossível no plano prático, careceria de justificação constitucional. Apesar disso, deve-se admitir, como princípio, a capacidade da norma legal de restringir a extensão natural da potestade regulamentar.

A lei incide, ademais, sobre o regulamento não só como um mero limite que é necessário respeitar, como um âmbito de atuação dentro do qual é possível desenvolver uma política própria. Junto a esta possível afetação da potestade regulamentar, a lei pode condicionar o regulamento até o ponto de limitar qualquer opção política diferenciada e reduzir a intensidade normativa do regulamento a uma mera regulação técnica. Neste sentido, as reservas de lei não são (salvo que se configurem como reservas negativas de lei) um limite material ao legislador de forma que este não possa regulamentar outros âmbitos distintos dos que lhe foram reservados, já que nos sistemas parlamentares se concede ao Parlamento uma potestade legislativa geral para intervir sobre qualquer matéria.

Depende de cada ordenamento, no entanto, a resposta à questão de se existe uma vinculação positiva à lei que exija sempre e em todo caso uma lei prévia para que o regulamento intervenha. O princípio de legalidade entendido como vinculação positiva do regulamento à lei sugere que não podem existir regulamentos independentes no ordenamento. Será sempre necessária uma lei prévia para que o regulamento possa intervir sobre uma matéria. Pelo contrário, caso se entenda como mera vinculação negativa, são possíveis os regulamentos independentes sempre que não afetem as matérias reservadas à lei. Estes regulamentos devem estar vinculados, em todo caso, à Constituição e ao bloco de legalidade.

4 O CONTEXTO SUPRANACIONAL

4.1 A NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO EM CONTEXTOS SUPRANACIONAIS

A normatividade da Constituição desenvolveu-se historicamente no contexto do Estado nacional. Por meio dela realizaram-se os grandes pactos sociais e territoriais que deram lugar a Estados unitários e federais democráticos. A articulação do pluralismo territorial, a garantia dos Direitos fundamentais, o respeito às minorias, foram possíveis em muitos países graças à fixação de regras básicas de convivência em um texto fundamental, cuja aplicação se efetiva através de procedimentos jurídicos, por meio do Direito.

Em contextos supranacionais a situação é, em parte, diferente. Um exemplo claro dos problemas propostos à normatividade da Constituição neste contexto apresentam-se na União Europeia. O processo de integração europeia historicamente atrelou-se a outros dois processos que se desenvolveram também a

partir dos anos cinquenta do século passado na Europa. Por um lado, o processo de globalização que havia começado a se desenvolver a finais do século XIX e começo do XX, até ser interrompido com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, retomando seu impulso a partir do final da Segunda Guerra Mundial. Por outro lado, o processo de democratização dos Estados europeus, com a conformação de um novo conceito de democracia: a democracia constitucional.

A globalização e a democratização que se desenvolve desde os anos cinquenta do século XX impõem desafios muito importantes aos Estados. Ambos os processos contribuem para a transformação do poder político que antes exerciam. No plano interno, esta transformação se manifesta por meio da normatividade da Constituição e do estabelecimento de controles jurídicos (além dos políticos derivados da divisão interna de poderes) ao poder estatal. O Estado já não poderá exercer soberania no plano interno porque todos os poderes estatais estão submetidos ao paradigma jurídico estabelecido pela Constituição.

No plano externo, o processo de globalização situa os Estados em uma posição de debilidade (também para o desenvolvimento de suas próprias políticas internas) frente a outros agentes, especialmente frente às grandes companhias multinacionais. Tendo em conta, ademais, os processos de descentralização política experimentados por alguns Estados, o resultado é que a capacidade de ação política do Estado se vê progressivamente reduzida.

Partindo da natureza do poder estatal prévio, pode-se dizer que os processos de globalização e democratização (unido este último à descentralização política) limitam o poder do Estado tanto do ponto de vista interno como do ponto de vista externo. Impõem, portanto, exigências internas e externas para uma reestruturação do poder estatal que possibilitem a recuperação de uma margem de decisão ampla no âmbito interno, e o reforço de sua capacidade para fazer frente à perda de poder intrínseca ao processo de globalização.

No caso europeu, estas duas exigências serão atendidas em grande medida pelo processo de integração. Por um lado, os Estados deslocam para a esfera supranacional – que controlam por meio do acordo mútuo entre eles – decisões que não serão submetidas a debate no espaço público interno e que, em última instância, a partir do princípio do primado, pretendem implantar inclusive por cima do contexto constitucional. Relativizam-se assim os limites políticos e jurídicos próprios do novo entorno democrático posterior à Segunda Guerra Mundial. Por outro lado, ao decidir conjuntamente com outros Estados no plano supranacional europeu, terão mais capacidade de controle de um processo de globalização que dificilmente pode ser enfrentado isoladamente.

O grande êxito do processo de integração europeia até a recente crise econômica, explica-se, entre outros motivos, pode ter se caracterizado como uma fórmula muito oportuna para que os Estados europeus possam enfrentar o processo de globalização, compatibilizando as decisões necessárias para encarar as transformações econômicas com a existência de estruturas democráticas

internas muito avançadas. A técnica seguida é muito simples: deslocar para o âmbito europeu tais decisões, evitando e margeando o debate democrático interno. A consequência necessária será uma perda de qualidade democrática a favor da eficácia na atuação reguladora dos Estados no plano econômico.

Por meio da integração supranacional, os Estados conseguiram recuperar parte do poder político que seus ordenamentos constitucionais limitavam e condicionavam. As políticas agrárias, as reconversões industriais e tantas outras atuações que encontrassem dificuldades internas desviaram tais dificuldades mediante a atribuição das correspondentes competências às instâncias europeias (na realidade, aos Estados-membros negociando no espaço europeu).

Em última instância, os Estados deformaram em grande medida o grande pacto constituinte que em alguns países deu lugar ao Estado social de Direito como formulação política do Estado constitucional de Direito. Isto explica as fortes reticências de amplos setores das opiniões públicas nacionais frente ao processo de integração europeia. Em definitivo, o que fizeram os Estados foi deslocar a soberania estatal para um âmbito supranacional de concerto com outros Estados. Em seu conjunto, esta operação não limitou o poder do Estado, e sim o manteve ou mesmo o ampliou, se consideramos o ponto de partida: os processos de democratização e globalização, que supunham uma limitação importante ao poder estatal.

A continuidade dos Estados e a descontinuidade da coletividade no espaço europeu é o que possibilitou este modelo. Frente à correspondência existente no constitucionalismo do Estado constitucional de Direito entre um âmbito político de debate e decisão e um âmbito jurídico-constitucional de limitação do poder, no plano europeu as condições foram muito diferentes. Os Estados decidiram conjuntamente na Europa, mediante mecanismos de concerto supranacional, subtraindo estas decisões a seu espaço constitucional e ao debate público nacional e obrigando-se a cumpri-las por meio de sua inserção em um sistema jurídico que lhes vinculava por intermédio do princípio do primado.

Do ponto de vista da normatividade da Constituição, o resultado é uma quebra do sentido histórico desta normatividade. Por um lado, uma parte da matéria constitucional fica subtraída da Constituição estatal, ao deslocar-se para o âmbito europeu (junto com as competências que o Estado transfere à União Europeia). Por outro lado, o exercício do poder político que deriva da transferência de competências à União Europeia já não estará submetido ao controle da jurisdição constitucional interna. A comunidade política como tal já não pode intervir diretamente naqueles âmbitos europeizados.

Estas limitações à comunidade política nacional não se manifestam somente no exercício da atividade política ordinária. De fato, o próprio poder constituinte se fragmenta, dando lugar a uma ruptura da divisão clássica entre poder constituinte e poder de reforma. Já não é somente o poder de reforma, senão também o poder constituinte que estará submetido a limitações jurídi-

cas que lhe impedem de modificar unilateralmente as condições da integração supranacional do Estado. Por este motivo, o poder constituinte se aproxima do poder de reforma e o exercício da soberania também se limita no momento de estabelecer uma nova Constituição.

A solução para a perda de normatividade da Constituição nacional não é outra que a de estabelecer um espaço constitucional de decisão em nível supranacional. No entanto, esta é uma solução que não depende só de fatores jurídicos, mas também de fatores sociais e políticos que requerem tempo (basicamente da existência de uma comunidade política formada e de um espaço público consolidado). A integração supranacional seguirá, portanto, como um fator de relativização da normatividade constitucional nacional, até alcançar uma dimensão constitucional própria. O avanço dos processos de integração em nível global pode dar lugar, entretanto, ao desenvolvimento de um Direito constitucional específico da integração que contribua para restaurar o equilíbrio perdido.

4.2 A POSIÇÃO DA LEI NO SISTEMA DE FONTES SUPRANACIONAL

Na medida em que o sistema de fontes reflete a distribuição do poder político, é compreensível que também nos contextos supranacionais, em seu distinto grau de desenvolvimento, a articulação do sistema esteja condicionada por esta variável essencial. Deste modo, as deficiências no plano constitucional e democrático se manifestam também na configuração do sistema de fontes.

No exemplo oferecido pelo processo de integração europeia, a tentativa de acomodar o sistema de fontes em categorias constitucionais começava já no projeto de Tratado Constitucional com a criação da Lei europeia e da Lei marco europeia, que substituiriam as Diretivas (Lei marco europeia) e os Regulamentos comunitários (Lei europeia). A homologação dos sistemas constitucionais era necessária, entre outros motivos, pela incorporação de reservas de lei à Carta de Direitos Fundamentais, que exigia assim um legislador dos Direitos fundamentais para conformá-los, desenvolvê-los e inclusive para limitá-los.

No Tratado de Lisboa, em vigor desde 1º de dezembro de 2009, manteve-se a pretensão de homologar o sistema de fontes da União Europeia em conformidade com o dos ordenamentos constitucionais nacionais, mantendo a diferenciação entre atos legislativos e atos não legislativos, embora se tenha suprimido os termos “lei” e “lei marco” com o retorno dos termos “diretiva” e “regulamento” (que podem ser tanto atos legislativos como não legislativos).

Entretanto, nem a reserva de lei, nem a lei expressavam, no ordenamento europeu configurado pelo projeto de Tratado Constitucional, o sentido que têm nos ordenamentos estatais como tampouco o fazem agora os atos com valor de lei no Tratado de Lisboa. A contraposição básica entre maioria e minorias é a que fundamenta, nos ordenamentos internos, a reserva de lei, enquanto a

lei é expressão das garantias formais que possibilita a expressão do pluralismo. Por meio dos procedimentos legais (nem sempre parlamentares, como ocorre quando existem atos com valor de lei, como os decretos-leis ou os decretos legislativos) se faz possível a participação das minorias na produção legislativa e/ou em seu controle.

Entretanto, a contraposição maioria-minorias exige um espaço público desenvolvido dentro de uma comunidade política consolidada. Ainda não é o caso da União Europeia, onde a tensão constitucional manifesta nos processos normativos de nível superior não é a de maioria-minorias. Pelo contrário, esta tensão se reflete em outras variáveis que expressam em última instância a contradição básica do espaço público europeu entre a coletividade e os Estados. Esta dialética se transfere a uma relação muito pormenorizada de competências constitucionais dos órgãos conectada à diversidade de âmbitos competenciais da União Europeia, e se reflete também na própria posição do Parlamento nos procedimentos legislativos.

O resultado deste tipo de técnicas é que os caracteres típicos da lei nos ordenamentos estatais se desfiguram. Assim, por exemplo, no Tratado de Lisboa não se reconhece uma potestade geral ao poder legislativo, e tampouco existe uma habilitação para que o legislador supra as hipóteses nas quais não haja previsão específica do tipo de fonte a utilizar.

Tampouco se percebe de uma maneira clara a articulação hierárquica entre a lei e o regulamento, por meio de um conceito como o de força de lei. De fato, junto às reservas estabelecidas para os atos legislativos no Tratado de Lisboa existem outras reservas para regulamentos e para outros tipos de atos. Ademais, contemplam-se reservas negativas de lei (de atos legislativos) que sugerem um limite intransponível ao legislador europeu. Por outro lado, a previsão de uma vinculação direta entre as normas fundamentais e o regulamento forma parte também das previsões do Tratado de Lisboa, de tal maneira que se consolida um tipo de regulamento (o regulamento independente) que não é aceito em muitos ordenamentos estatais baseados em um sistema parlamentar de governo.

Definitivamente, neste âmbito como em outros muitos, as formulações jurídicas desenvolvidas em contextos supranacionais suscitam muitos problemas do ponto de vista do Direito constitucional. Inclusive ao se tentar utilizar técnicas e instituições que são equiparáveis às que se encontram nos sistemas constitucionais estatais, sua inserção em um sistema jurídico que carece da fundamentação democrática daqueles conduz a resultados deficientes.

A configuração de um espaço público democrático e pluralista, baseado na dialética entre maioria e oposição e na garantia constitucional dos Direitos das minorias, é essencial para a construção de um sistema de fontes plenamente coerente com as condições próprias do Estado de Direito tal e como hoje o conhecemos. Na sua falta, os mecanismos jurídicos trasladados a nível supranacional acabam por forçar sua natureza específica e por gerar estruturas jurídi-

cas que não são compatíveis com os princípios constitucionais que inspiram a cultura constitucional comum dos Estados membros.

Frente a esta situação, é cada vez mais necessário um esforço doutrinário orientado à construção de um Direito constitucional supranacional que possibilite a aplicação de técnicas constitucionais ao ordenamento jurídico supranacional. Técnicas estas que devem favorecer e promover a configuração democrática das estruturas institucionais, o desenvolvimento de um espaço público plural e a conformação de um sistema de fontes homologável com o dos ordenamentos jurídicos dos Estados constitucionais.