

## **A SUBSTANCIALIDADE CONSTITUCIONAL A PARTIR DE MIGUEL REALE**

Luiz Vergílio Dalla-Rosa<sup>1</sup>

### **RESUMO**

este trabalho objetiva identificar o caminho metodológico para a concretude dos valores e normas constitucionais, revestindo de substancialidade o texto normativo, tendo com suporte o arcabouço conceitual e instrumental desenvolvido por miguel reale.

**Palavras-chaves:** Normativismo jurídico. Tridimensionalismo. Direito e Moral.

### **ABSTRACT**

This study aims to identify the methodological path for concreteness values and constitutional rules, coating with substantiality the normative text. For this goal, the article uses the conceptual framework and instruments developed by Miguel Reale.

**Keywords:** Legal Normativism. Tridimensionalism. Law and Morals.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente estudo busca compreender, pela utilização da redução eidética, método próprio da fenomenologia, a essência do conteúdo da constituição, ou seja, não apenas seu elemento constitutivo, nem sua fonte originária, mas também um núcleo essencial que forneça sentido e coerência ao sistema jurídico e critério na aplicação e interpretação do direito.

Para tanto será apresentada, num primeiro momento, a relação existente entre os elementos constitutivos do fenômeno jurídico, e sua localização na teoria dos objetos, como forma de inserir a discussão num campo metodológico próprio, e com uma finalidade específica.

Segue uma abordagem com relação ao problema da indeterminação do direito, tanto em sua manifestação fática, como em sua

---

<sup>1</sup>Doutor em Direito do Estado e Constitucional pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Mestre em Instituições Jurídico-Políticas e Direito Constitucional pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFCS, Bacharel em Direito pela UFPR. Diretor Acadêmico e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto.

expressão lingüística, o que requer uma dupla carga de determinação de conteúdo, e liga-se diretamente ao assunto proposto.

Como forma de determinar o conteúdo da Constituição busca-se uma análise breve das duas vertentes extremas de compreensão do direito, o normativismo jurídico e a questão da validade, e o moralismo jurídico e a questão do fundamento.

Por fim, segue a aproximação eidética do conteúdo da Constituição, optando pela exposição abreviada da abordagem principiológica e argumentativa, bem como pela ação comunicativa e consensual como mecanismos de descoberta do núcleo efetivo do conteúdo da Constituição, diretamente relacionado com o seu conceito e sua finalidade.

## **2 A NORMA COMO MECANISMO DE IMPLICAÇÃO ENTRE O FATO E O VALOR**

Partindo-se da definição fenomênica do objeto do direito<sup>2</sup>, como meio de permitir uma abordagem metodológica, e ainda, como forma de estruturação racional, segundo regulação principiológica própria, deve-se reportar a uma Teoria dos Objetos para compreender o fenômeno jurídico em toda sua amplitude, fixando seus limites e delimitando seu campo de atuação<sup>3</sup>.

Neste ponto pode-se identificar o direito, dentre outros, como um objeto cultural<sup>4</sup>, ou seja, como um objeto passível de ser conhecido, existente desde uma intervenção criadora humana, com fonte racional e com fim específico. A nota dominante na esfera dos objetos culturais, como se sabe, é a identificação do valor com uma categoria ontológica própria, e com implicação direta na realidade fenomênica do direito.

<sup>2</sup>No sentido em que Husserl confere na fenomenologia, e que o culturalismo corresponde na esfera jurídica.

<sup>3</sup>Conforme REALE, Miguel. Filosofia do Direito.

<sup>4</sup>Objeto cultural é aquele objeto, fruto de uma intervenção humana, constituído das demais categorias de objetos, a saber: naturais (físicos e psíquicos), ideais e valorativos.

É a partir da identificação de uma categoria própria de objetos – culturais – e da definição do princípio fundante da análise metodológica, que se passou a estudar o direito não mais sob o prisma de uma ligação necessária e causal entre o fato e a norma (o problema da subsunção jurídica), mas sim através do reconhecimento da finalidade da proposição jurídica<sup>5</sup>, como um comando de *dever ser*. Superando-se as Ciências da Natureza, cuja finalidade é explicar e descrever o fenômeno observado, chega-se às Ciências do Espírito, onde a finalidade é compreender o fenômeno, segundo o valor implicado.

A esta relação condicionante entre o fato concreto observável, o comando imperativo correspondente e a previsão sancionadora existente, compreende-se a implicação direta no fenômeno jurídico entre o fato, o valor e a norma. Esta relação pode ser<sup>6</sup> tanto estática quanto dinâmica, e teoricamente é identificada como tridimensionalidade genérica ou específica<sup>7</sup>, respectivamente.

A tridimensionalidade, qual seja sua estrutura, responde satisfatoriamente à compreensão do fenômeno de regulação de condutas (facticidade) segundo um imperativo valorativo e genérico (valoratividade), no momento em que estabelece a categoria necessária para a realização, ou implementação da valoração imperativa sobre um fato específico, que define ontologicamente a norma. Quando a conduta for de natureza social<sup>8</sup>, e a valoração estiver inserida no sistema jurídico, este suporte será a norma jurídica.

A norma jurídica atua, pois, como um veículo pelo qual o valor consegue atingir o fato, relacionando diretamente a facticidade das condutas a normatividade das sanções, pela juridificação do valor. A norma como um

<sup>5</sup>No sentido que Kelsen dá ao termo.

<sup>6</sup>A função estática e dinâmica foi utilizada por Kelsen, Aarnio e Rawls, entre outros.

<sup>7</sup>Como exemplo da tridimensionalidade genérica pode-se citar Gustav Radbruch e Maurice Hauriou, e como exemplo da tridimensionalidade específica tem-se Miguel Reale e Del Vecchio.

<sup>8</sup>Nos termos da ação social weberiana. Ver WEBER, Max. Economia e sociedade.

esquema de interpretação, como definia Kelsen<sup>9</sup>, não escapa desta verificação, especialmente quando se percebe a notação existente entre o *mundo do ser* e o *mundo do dever ser*, que tem como meio de aproximação a norma, determinando o conteúdo imputado genericamente como um imperativo (dever ser) ao fato ocorrido (ser).

Esta implicação, quando se refere ao fenômeno jurídico, só é possível pela visualização de duas características específicas que permitem a norma jurídica, ao mesmo tempo, garantir um direito reconhecido imputando um dever jurídico correspondente e possibilitar a responsabilização sancionadora quando do não cumprimento de um dever.<sup>10</sup>

A primeira das relações existente na norma como meio de implicação de um imperativo valorativo à facticidade das condutas denomina-se bilateralidade, e define a possibilidade real de existência (e, portanto, garantia) de um direito na exata medida da fixação de um dever correspondente.

A segunda, que prevê a possibilidade de implementação de uma sanção<sup>11</sup>, responde pela aplicabilidade do direito, e é denominada de atributividade. Na exata medida em que o direito responde pela implicação dinâmica entre fato, valor e norma, e que esta implicação se dá segundo a bilateralidade atributiva do direito, é que se pode pensar em conceitos como a exigibilidade, a coercibilidade, a tipicidade e a heteronomia do fenômeno jurídico. Também decorrente destas simples observações do fenômeno jurídico estão os problemas da aplicabilidade das normas jurídicas e, conseqüentemente, do conteúdo das previsões normativas a serem aplicadas. Como o objeto que aqui se circunda é o problema da definição do conteúdo da Constituição, essencial essa aproximação fenomênica e basilar da relação entre normatividade e facticidade. Deve-se, ainda como preparo

<sup>9</sup>KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Cap. 2-3.

<sup>10</sup>A notação lógica correspondente pode ser exemplificada em Carlos Cósio como: *se a dever ser b, se não-b então c*, onde a = direito subjetivo; b = dever jurídico; c = sanção.

<sup>11</sup>Sanção entendida após a correção bobbiana, ou seja, com sentido negativo (punitivo) e positivo (premia).

para a discussão intrínseca do conteúdo no direito, enfrentar um outro problema decorrente desta implicação tridimensional, ou desta relação entre o fato e a norma, entre o ser e o dever ser, que é a questão da indeterminação na esfera do direito.

### **3 A INDETERMINAÇÃO DO DIREITO. O PROBLEMA DO CONTEÚDO**

Partindo da já consagrada distinção entre as funções estática e dinâmica dentro do arcabouço paradigmático de uma ciência, e sabendo-se que a estática refere-se ao aspecto gnoseológico de uma teoria na medida em que a dinâmica refere-se ao aspecto prático, pode-se localizar a questão da aplicação das previsões normativas como principal ponto da função dinâmica, e como tal, responsável por solucionar o problema inevitável do fenômeno jurídico, qual seja, a indeterminação de seus elementos constitutivos.

Quando acima se identificou o direito na relação, genérica ou específica, entre o fato, o valor e a norma, não se abordou a necessidade de se determinar qual norma se aplica, e a que fato se destina, ou ainda, que valor está normado.

Ao se pensar no fenômeno jurídico enquanto fato, ou seja, enquanto materialização espaço-temporal de um imperativo ou de uma categoria (dispositivo de uma sentença), ou ainda como verificação inicial do processo argumentativo e discursivo do direito, enquanto conduta realizada (fato ou ato jurídico), imediatamente se percebe a dificuldade de se determinar o conteúdo deste fato. O que explica esta indeterminação intrínseca dos fatos é sua própria definição, ou seja, sua constituição ontológica, que ao necessitar de uma localização espacial, e mais, de uma delimitação temporal, restringe-se a si mesmo, impossibilitando uma sucessividade que se mantenha idêntica, podendo apenas trazer similaridade.<sup>12</sup> A instantaneidade do fato traz também sua singularidade, e

---

<sup>12</sup>Conforme KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura.

esta, a indeterminação no momento de aplicação do direito, pois um mesmo comando normativo deverá atingir fatos que além de únicos são instantâneos.

Não bastasse a indeterminação como característica do fato, percebe-se que o valor, o imperativo imputativo de uma conduta, que corresponde à determinação do *dever ser*, e responde pela natureza cultural do direito, e por sua categorização normativa, também traz indeterminação ao fenômeno jurídico. Todavia, saliente-se que esta indeterminação não é essencial e sim accidental,<sup>13</sup> pois o valor ao definir-se a si próprio como polar e referível não gera indeterminação alguma.

Porém, conforme visto acima, o mecanismo pelo qual o valor insere-se no fenômeno jurídico dá-se pela utilização da norma como suporte, e a norma, para ser atingida, é sempre indicada por uma expressão lingüística, oral ou gráfica.

Ora, toda expressão lingüística, no momento que utiliza elementos da língua e da fala, carrega distintas funções, como a sintática, a semântica e a pragmática, que ao serem estudadas ou apreendidas geram alguns vícios ou problemas de determinação.<sup>14</sup>

A ambigüidade de algumas expressões lingüísticas (por exemplo, a *função social da propriedade*), ou ainda a vagueza de outras (por exemplo, a *igualdade*), são características existentes em toda sentença lingüística, pois está não é algo que se defina em si mesmo, mas é um símbolo, uma representação de algum fato ou fenômeno que se perpetua pela expressão lingüística correspondente.

Como o significado de uma expressão está apenas indiretamente presente, surge o problema de se determinar qual o conteúdo de uma expressão, sendo a figura do intérprete de fundamental importância nesta relação. A esta figura será dada a função de determinação do conteúdo<sup>15</sup>.

<sup>13</sup>Essência a acidente nos termos aristotélicos.

<sup>14</sup>Conforme HABERMAS, Jüergen. *Moral consciousness and communicative action*.

<sup>15</sup>O intérprete foi exaustivamente estudado na segunda metade do século XX, especialmente pela via discursiva ou da ação comunicativa.

Em sendo a norma o veículo utilizado para a valoração do fato, e estando o valor previsto abstratamente no conteúdo normativo, e mais, em sendo a expressão lingüística o único meio de aproximação da norma, e está também indeterminada por se referir apenas indireta e simbolicamente ao conteúdo, surge uma especial dificuldade no fenômeno jurídico, a determinação de seu conteúdo.<sup>16</sup>

#### **4 NORMATIVISMO JURÍDICO E MORALISMO JURÍDICO**

Quando a questão da determinação do conteúdo do direito surge, muitas são as respostas, e algumas destas mantêm-se unicamente no campo político ou social, sem referirem-se especificamente ao campo jurídico. Como se deve, através da previsão normativa, determinar tanto o fato quanto o valor, ou seja, descobrir qual o conteúdo de uma norma jurídica<sup>17</sup>, na mais importante do que estabelecer critérios legítimos para a determinação do conteúdo, bem como mecanismos capazes de atingir mais diretamente o significado contido na expressão normativa.

Para tanto muitos critérios se apresentam que permitem determinar o conteúdo, surgindo uma atividade que responde pela praticidade do fenômeno do direito, enquanto função dinâmica que é a hermenêutica.<sup>18</sup>

No que se refere diretamente ao conteúdo determinado pela atividade hermenêutica, duas são as principais abordagens, que são agora apresentadas.

No momento em que se busca identificar o conteúdo de uma expressão normativa, quer pela facticidade necessária, quer pela valoratividade imputativa, uma primeira abordagem pode restringir-se a

---

<sup>16</sup>De grande relevância, neste ponto, a lacuna na teoria constitucional, no que se refere a uma tipologia do discurso constitucional e jurídico, como meio de determinação do conteúdo da Constituição e do Direito.

<sup>17</sup>Neste sentido é que Kelsen se refere á norma como um esquema de interpretação, e Bobbio aprofunda pela fixação geral de limites a atividade de determinação, numa espécie de moldura interpretativa.

<sup>18</sup>Ver REALE, Miguel. As três fases do direito moderno.



utilizar o próprio veículo de ligação entre o fato e o valor – a norma – como instrumento e critério de determinação do conteúdo. A esta concepção dá-se o nome de normativismo jurídico.

O normativismo tende a conceituar o direito unicamente como um fenômeno normativo, sem relação específica com o fato ou o valor, sendo seu conteúdo alheio ao direito. Quando a norma é estudada, conforme sua previsão imputativa de uma conduta valorada com a finalidade de subsumir-se a um fato específico, deve ser identificado o conjunto geral de sua aplicação, segundo critérios previstos em outras normas, que culminam numa relação exclusiva entre normas, fechando um sistema inicialmente aberto, e dando capacidade de auto-reprodução e de auto-regulação a este sistema.<sup>19</sup>

O critério que surge como meio de determinação do conteúdo é a validade normativa, ou seja, a correspondência da norma a ser aplicada com as demais normas do ordenamento, segundo a formalização de sua criação. No momento em que uma norma é válida deve ser aplicada, sendo o conteúdo inquestionável e, portanto, indeterminável, pelo menos ao direito.

Oposta a solução da determinação do conteúdo pela formalização do critério, identificando na validade a certeza do direito, tem-se o que se pode denominar de moralismo jurídico, que terá como ponto de determinação a questão do fundamento do direito, e não mais sua validade enquanto expressão normativa.

O fundamento jurídico será buscado na identificação do valor correspondente ao interesse juridicamente tutelado, e este na categoria político-social existente. Desta forma passa-se a questionar a legitimidade de uma determinação meramente formal que evite questionar qual o conteúdo normado. Deve-se buscar legitimidade para a fixação do conteúdo no seio social, segundo o valor dominante. Tanto o moralismo jurídico quanto o normativismo, ainda que atinjam parcialmente o fenômeno jurídico, não conseguem responder satisfatoriamente ao problema da determinação do conteúdo do direito.

---

<sup>19</sup>Ver LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento.



No momento em que se identifica a validade como um critério, ou o fundamento, ou a legitimidade, esquece-se de questionar sobre o que será aplicado ao critério, e mais, com que base este critério é utilizado. Arbitrariamente define-se que ou a norma ou o valor são as bases de aplicação do direito, e nega-se, por auto-evidência, a própria constituição do fenômeno jurídico, enquanto fato, valor e norma bilateralmente atributivos.

Deve-se buscar o elemento sobre o qual será aplicado o critério, e mais, deve-se identificar que fontes serão utilizadas na determinação do conteúdo deste elemento.

Como resposta ao primeiro ponto instantaneamente surge a Constituição como o elemento formador e unificador de um sistema jurídico, e mais, como elemento significantes das demais previsões normativas<sup>20</sup>. A Constituição é o elemento que falta para a compreensão do fenômeno jurídico em sua função dinâmica, enquanto objeto de aplicação social.

Em sendo a partir da Constituição que se observa a determinação do conteúdo do direito, deve-se responder a segunda lacuna do normativismo e moralismo jurídico: com base em que fonte será feita esta determinação? Como legitimar tal determinação?

Tanto o normativismo, que se prendia ao critério de validade, como o moralismo, que escapa ao fenômeno jurídico, deixa lacunas na determinação da fonte de determinação do conteúdo do direito. Deve-se buscar tal fonte, deve-se identificar a legitimidade de tal fonte, deve-se materializar o critério, como meio de não voltar ao normativismo, mas este conteúdo (material) deve estar presente no fenômeno jurídico, e não alheio como no moralismo jurídico.

Na busca de determinação do conteúdo do direito, surge a busca de determinação do conteúdo da Constituição, e nesta busca, deve-se questionar, qual Constituição?

---

<sup>20</sup> Escapa-se da metáfora piramidal bobbiiana sobre a hierarquização das normas como critério de validade jurídica e de determinação do conteúdo, para uma metáfora orbital, que funda a Constituição segundo um plexo de significação e sentido no sistema jurídico.

## 5 QUAL CONTEÚDO PARA A CONSTITUIÇÃO?

Na busca de determinação do conteúdo da Constituição, pode-se perceber várias tentativas que exprimem em seu bojo a relação imputativa entre o fato e o valor, tendo a norma como instrumento de ligação, numa relação entre facticidade e normatividade.

Ao se questionar sobre o conteúdo da Constituição, e tendo como base os elementos acima expostos, nota-se uma vinculação necessária entre o valor como imperativo e a norma como instrumento de imputação, e mais, nota-se a necessidade também de vinculação entre o fato singular e a previsão normativa genérica ou abstrata. Este espaço preenchido pela norma jurídica não corresponde, certamente, ao espaço abarcado pela expressão legal, sendo sua amplitude maior e mais rica, com elementos que aderem segundo o valor correspondente, ou o costume existente. Como exemplo desta auto-superação existente na norma pode-se citar o caso dos princípios, que nada mais são do que plexos de valores, com conteúdo concentrado, e capazes de implementar a significação de previsões normativas mais específicas, e por isso mesmo, menos condensadas e com o valor mais diluído e de maior dificuldade de determinação.<sup>21</sup>

A solução do conteúdo da Constituição passa também pela via principiológica, entendendo que a determinação do conteúdo está presente na conjugação, no momento de interpretação e aplicação das previsões normativas (prescrições) com os princípios que norteiam e dão coerência a estas prescrições individuais. De uma noção de sistema ou conjunto deriva-se a necessidade de elementos cuja concentração de valor seja alta, e conseqüentemente a referência direta ao fato seja baixa, para possibilitar que nas normas cuja prescrição esteja diretamente ligada ao fato, o valor não se dilua, e não se possa, pois, determinar o exato conteúdo do direito e da Constituição.

---

<sup>21</sup>Ver ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales.

Desta identificação do princípio como determinante do conteúdo da Constituição infere-se, necessariamente, uma relação existente entre fato e valor, e ainda, uma relação interna entre normas, quer sejam princípios ou não. Esta relação, identificada por Viehweg<sup>22</sup>, e ampliada por Perelman<sup>23</sup>, refere-se à dialética do direito, na relação recíproca e contrária entre seus elementos, que numa relação de afirmação e negação fornecem o conteúdo concreto da Constituição, enquanto construção discursiva.

A tópica jurisprudencial visualiza a Constituição como um momento no discurso onde a concentração das premissas está presente, ou seja, onde se pode apreender seu conteúdo pelo choque entre seus componentes e, especialmente, entre os valores presentes nas previsões normativas.

Como se viu, há momentos em que a condensação de valores nas previsões normativas se faz presentes, possibilitando o surgimento de princípios, e estes princípios, analisados dialeticamente, podem fornecer o conteúdo de uma Constituição, tendo como fonte o discurso, e o discurso jurídico, pois a atributividade essencial à definição do fenômeno jurídico, e, portanto ao princípio, somente é encontrada no discurso jurídico.

Identificado o mecanismo de apreensão do conteúdo da Constituição, bem como os elementos que a compõem, deve-se, finalmente, buscar a fundamentação ou a legitimidade da fonte originária deste conteúdo. Nesta busca espera-se que, visualizada a fonte, apreenda-se o conteúdo, e permita-se definir de qual Constituição o direito se forma, e com que finalidade.

Ainda que grande parte da teoria constitucional dos dois últimos séculos tenha buscado compreender e identificar o conteúdo da Constituição, não é este o momento para um apanhado de idéias. O que se pretende é visualizar, em último momento, a base originária da fonte, e desta base visualizar o conteúdo da Constituição enquanto sua própria essência.

Na identificação do conteúdo da Constituição tem-se, como primeira hipótese de fonte originária, como fruto da conjugação do princípio

<sup>22</sup>Conforme VIEWEHG, Theodor. Tópica e jurisprudencia.

<sup>23</sup>Conforme PERELMAN, Chaïm. Tratado da argumentação. A nova retórica.

discursivo da expressão do fenômeno jurídico com o princípio democrático de decisão social, a assertiva de que o consenso quanto à ação comunicativa<sup>24</sup> é o ponto inicial do conteúdo da constituição. Com isto está-se a afirmar que o conteúdo da Constituição está na materialidade da relação entre normatividade e facticidade, originada numa ação social com base em princípios de comunicação e racionalidade discursiva, capaz de aferir carga valorativa e conceitual às expressões normativas da Constituição.

O consenso como fonte originária do conteúdo da Constituição remete a identificação material da norma nos valores socialmente reconhecidos, expressos por decisão política e plasmados em textos legais no sistema jurídico. Limita-se sua aplicabilidade ao reconhecimento discursivo do intérprete, mas não determina o conteúdo univocamente.

Com o mesmo intuito, mas em direção oposta, está a tendência pós-positivista na determinação do conteúdo constitucional, que se utilizando da via principiológica, busca uma intervenção valorativa na fonte da Constituição, e abre espaço para uma limitação material como critério de legitimidade. Não se pode subsumir um fato a uma norma, afirma esta tendência, mas sim compreendê-lo segundo a carga valorativa contida na previsão normativa, segundo as linhas de finalidade presente no sistema jurídica, informada pelos princípios estruturantes e limitadores da atividade interpretativa e da aplicação do direito.

De qualquer forma, a determinação do conteúdo apenas é atingível pela identificação da fonte originária, que pode ser tanto a relação dialética-discursiva entre princípios, valores e fatos em relação normativa, como pela via da ação comunicativa enquanto consenso na determinação material do conteúdo normativo. Todavia, deve-se buscar apreender este conteúdo em sua essência, segundo sua própria constituição.

Em sendo o fenômeno jurídico constituído pela relação imputativa de fato, valor e norma em função bilateral atributiva, e sendo esta relação formada por plexos de indeterminação, tanto no aspecto fático como no

---

<sup>24</sup>Ver HABERMAS, Jürgen.

aspecto valorativo, a necessidade de determinação de seu conteúdo atinge a esfera de expressão lingüística e de representação discursiva, bem como de legitimação material.

Ao se definir o elemento constitutivo do fenômeno jurídico com a Constituição, delimita-se o campo de atuação da análise, e ao fixar a fonte originária segundo a racionalidade argumentativa, quer pela via principiológica, quer pela via consensual, pode-se, finalmente, ascender à essência da questão: Qual conteúdo para a Constituição?

## 6 DO CONCEITO AO CONTEÚDO

Como visto até o momento, o conteúdo da Constituição mostrou-se atingível pela via discursiva, principiológica e argumentativa, sempre na relação tensional entre validade e facticidade, tendo como ponto de significação o valor enquanto imperativo. Sendo assim, a que fonte se refere a Constituição quando da determinação de seu conteúdo?

Como até o momento circundou-se todo o problema do conteúdo da Constituição,<sup>25</sup> deve-se atingir sua essência segundo o modelo que se apresenta e, para tanto, parte-se do próprio conceito de direito, segundo sua finalidade, e da Constituição, enquanto fundamento de aplicação do direito.

Em sendo o direito garantia de ação social<sup>26</sup>, e uma garantia que propicia a relação equilibrada entre ação e poder, deve corresponder seu conteúdo à realidade de seu conceito, ou seja, a finalidade do objeto cultural correspondente ao fenômeno jurídico.

Não se limita a identificar no direito ou na moral a fonte determinante do conteúdo da Constituição, uma vez que tanto direito como moral, embora normativos, diferem em sua constituição ontológica por

<sup>25</sup>Pela utilização do método fenomenológico, através da redução eidética.

<sup>26</sup>Conforme DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. O Direito como Garantia: pressupostos de uma teoria constitucional.

características específicas<sup>27</sup>, mas possuem em comum a essência determinante do conteúdo da Constituição e do direito, o valor como um imperativo bipolar e referível.

É no valor que se pode definir o conteúdo da Constituição, e este valor deve corresponder diretamente ao conceito de direito e de Constituição. Em se conceituando Constituição como a realidade do fenômeno jurídico que garante a implementação de sua finalidade, enquanto objeto da cultura, que nada mais é do que a garantia de ação social, apreende-se, por auto-evidência, que o conteúdo que preenche a Constituição deve se fundar e corresponder, portanto, ao valor inicial de ação social, a liberdade individual de cada consciência. Este é o conteúdo da Moral, este é o conteúdo do Direito, e este é o conteúdo da Constituição.

## 7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Revista Del Derecho, s/d.

CARVALHO, Olavo de. **Ser e poder. A questão fundamental da filosofia política**. Conferência proferida na Seminário Brasileiro de Filosofia, 1999. Cópia do autor.

DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. **O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional**. Florianópolis: UFSC, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre a normatividade e facticidade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

\_\_\_\_\_. **Moral consciousness and communicative action**. Cambridge: The MIT Press, 1990.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1990.

<sup>27</sup> Como a heteronomia e a coercibilidade da norma jurídica e a autonomia e a incoercibilidade da norma moral.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação. A nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia del derecho**. Madrid: Revista del Derecho, 1952.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. **As três fases do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Madris: Taurus, 1964.