



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MIGUEL CALMON DANTAS**

**CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE BRASILEIRO E A PÓS-  
MODERNIDADE: RESISTÊNCIA E PROJEÇÃO DO ESTADO SOCIAL  
ENQUANTO DIMENSÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

v. 1

Salvador  
2008

**MIGUEL CALMON DANTAS**

**CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE BRASILEIRO E A PÓS-  
MODERNIDADE: RESISTÊNCIA E PROJEÇÃO DO ESTADO SOCIAL  
ENQUANTO DIMENSÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

v. 1

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal da Bahia como requisito  
parcial para obtenção do grau de Mestre

Orientador: Prof. Doutor Dirley da Cunha Júnior

Salvador  
2008

**TERMO DE APROVAÇÃO****MIGUEL CALMON DANTAS****CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE BRASILEIRO E A PÓS-MODERNIDADE: RESISTÊNCIA E PROJEÇÃO DO ESTADO SOCIAL ENQUANTO DIMENSÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte

**BANCA EXAMINADORA**

Dirley da Cunha Júnior (Orientador) \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP  
Universidade Federal da Bahia

Manoel Jorge e Silva Neto \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP  
Universidade Federal da Bahia

André Ramos Tavares \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

A

Meus amados pais, Humberto e Stellinha, sem os quais não seria possível nenhuma caminhada. A ele, pelo exemplo, alegria, amizade e companheirismo que nos dava energia e ânimo para enfrentar os mais difíceis percalços. A ela, pelo entusiasmo, dedicação e apoio incondicional que estimula na superação dos embates.

Iana, minha amada esposa, mais do que para sempre, pela compreensão, apoio, leitura e por compartilhar as dificuldades enfrentadas.

Minha avó Stella.

## AGRADECIMENTOS

**Os agradecimentos são muitos, porque muitos foram os que estiveram comigo, direta ou indiretamente, permitindo a elaboração dessa dissertação**

A Deus e a Nossa Senhora da Vitória

Ao meu orientador, Prof. Doutor Dirley da Cunha Júnior, pelo exemplo, sugestões, reflexões e críticas que foram fundamentais para esse estudo.

Ao Prof. Doutor Manoel Jorge e Silva Neto, conhecido de longas datas, que propiciou discussões profícuas e auxílio inestimável com a disponibilidade de livros.

Ao Prof. Doutor André Ramos Tavares, pelas observações e críticas que contribuíram sobremaneira para a consolidação desse texto.

A Rodolfo Pamplona Filho, antes de tudo, amigo para todas as horas e para sempre, que foi o primeiro a despertar-me o espírito e a investigação acadêmicos, pelo carinho e estímulo contínuos.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela dedicação e empenho na preservação e desenvolvimento do curso, buscando sempre a sua excelência. Aos colegas, pelo apoio.

Ao Prof. Edivaldo Boaventura, pela oportunidade de um convívio ímpar e deveras proveitoso.

A Anna Beatriz, Procuradora-Chefe da Procuradoria Judicial da PGE/BA e a Fabiana Araujo, Procuradora Assistente, pela compreensão e apoio indispensáveis, extensivos aos demais colegas e servidores da Procuradoria Judicial.

Aos colegas, advogados, funcionários e estagiários, do Escritório de Advocacia Aurélio Pires S/C, aos quais agradeço na pessoa do Prof. Aurélio Pires, cultor da ciência jurídica e advogado exemplar, pela compreensão e apoio também indispensáveis à consecução deste trabalho.

A Desembargadora Silvia Zarif, pela confiança depositada ainda quando estudante, exemplo de dignidade e empenho no exercício da judicatura.

A minha irmã, Daniela, e ao meu cunhado, Fernando, pelo entusiasmo, confiança, amizade e, além de tudo, pela presteza na leitura. Também a Luiza e Daniel.

Ao meu tio Luiz Carlos, sempre conosco, compartilhando todos os momentos.

Aos meus sogros, Darcy e Clodomir, pela confiança e estímulo constantes, e ao meu cunhado Elias, pela amizade e apoio. Também a Matheus.

Aos meus grandes, indispensáveis e constantes amigos, Pablo, Anderson, Daniel Passos e Daniel Tourinho, pela compreensão diante da ausência exigida pela dedicação a esse trabalho e pela amizade contínua. A Daniel Passos, também pela disponibilidade com os livros de Brasília.

A minha família e àqueles que sempre confiaram e apoiaram a realização desse estudo.

## RESUMO

O presente estudo se dedica a demonstrar que a Constituição brasileira de 1988 é dirigente, possuindo normas programáticas que impõem objetivos fundamentais e tarefas ao Estado, pertinentes à transformação da realidade com o desiderato de promover a efetividade dos direitos fundamentais, também eles programáticos enquanto mandados de otimização, e a operatividade do Estado Social, sustentado como dimensão essencial do Estado Democrático de Direito. Procedeu-se a uma análise desde as origens do constitucionalismo moderno no sentido de caracterizar a prevalência do legislador e a imunização do mercado com relação às constituições, inclusive durante o primeiro ciclo do constitucionalismo social e, no que respeita aos países que tiveram hiatos democráticos, até o restabelecimento da democracia, com a conquista da fórmula libertária e emancipatória do Estado Democrático de Direito. Analisa-se o caminho das normas programáticas da absoluta ausência de juridicidade até a vinculação positiva e negativa sobre o legislador, detentor apenas de uma liberdade de conformação restrita, cuja omissão deliberada acarreta descumprimento do dever constitucional de legislar, consubstanciando omissão inconstitucional. São realçados os objetivos do Estado, que se traduzem nos programas constitucionais, enquanto expressão da auto-projeção do devir comunitário, e a fundamentação jurídico-axiológica do Estado Social e dos direitos fundamentais nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, para o qual se encaminha o dirigismo. Ressalta-se que o dirigismo contém uma função de resistência que resguarda a si, ao Estado Social, aos direitos fundamentais e ao mínimo vital e à própria política em face dos problemas e das contínuas pressões a que são submetidos. Além da resistência, o dirigismo encerra um caráter projetivo de futuro, abrigando utopias jurídicas que conduzem para além do mínimo vital, destinando-se à promoção do máximo existencial. Afirmou-se que a pós-modernidade nada mais é do que o encontro da modernidade consigo mesma, cujos paradigmas sustentados não têm o condão de diluir o dirigismo brasileiro diante do desenvolvimento de uma teoria da constituição dirigente adequada ao texto e ao contexto pátrios, sem que haja qualquer prejuízo à capacidade dirigente e nem que se legitime a transferência da direção política, previamente assentada pela Constituição, para outras instâncias. Com a rejeição da tendência ambivalente, flexível e fluida da pós-modernidade sobre o dirigismo, firmou-se a impossibilidade de acolhimento pelas instâncias políticas do ideário e dos postulados neoliberais, contrários à direção e à programaticidade político-constitucional.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Teoria da Constituição Dirigente – Brasil. Estado Social. Estado Democrático de Direito. Pós-modernidade. Normas programáticas – efetividade da Constituição brasileira de 1988. Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

This paper is dedicated to demonstrate that the Brazilian Constitution of 1988 is “dirigente”, with rules that impose programmatic goals and tasks fundamental to the rule, relevant to the transformation of reality with the goal of promoting the effectiveness of fundamental rights, they too programmatic while warrants of optimization and operation of the Welfare State, sustained as essential dimension of democratic rule of law. Proceed to an analysis from the origins of modern constitutionalism to characterize the prevalence of the legislature and the immunization of the market with regard to constitutions, including during the first cycle of social’s constitutionalism, in the case of countries that had gaps democratic, until the restoration of democracy, with the conquest of the formula libertarian and emancipatory the democratic rule of law. Look up the path of programmatic standards of absolute absence of self-executing to tying positive and negative on the legislature, holding only a limited freedom of conformation, whose omission deliberate breach of the duty entails constitutional to legislate. San highlighted the objectives of the State, which translate the programmes constitutional, as an expression of self-projection of becoming Community, and legal reasons the Welfare State fundamental rights and the principles of solidarity and human dignity, for which if forwards to. It is emphasized that the dirigisme contains a function of resistance that resguarda to you, to the Welfare State, fundamental rights and the minimum subsistence and own policy in the face of problems and the continuous pressures that are submitted. In addition to resistance, the constitution “dirigente” contains a character of the future, harboring leading legal utopias beyond the minimum subsistence, destined to the promotion of maximum existential. The post-modernity is nothing more than the meeting of modernity with itself, which sustained paradigms have no conditions to dilute the “dirigente” Brazilian forward the development of a theory of the constitution leader appropriate to the text and context without any prejudice to the ability and neither leader who legitimise the transfer of political direction, previously defined by the Constitution, for other branches. With the rejection of the trend ambivalent, flexible and fluid of post-modernism on the “dirigismo”, it is the impossibility of host by the policies of neoliberal ideas and postulates, contrary to the direction of the Brazilian Constitution.

Key-words: Constitucionalism. Constitution “Dirigente” Theory – Brazil. Welfare State. Rule of law. Democracy. Postmodernism. Programatic Rules – Effectiveness Brazilian Constitution of 1988. Fundamental Rights.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b>  | 11  |
| <b>2 PRÉ-COMPREENSÃO: A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA COMO GARANTIA</b>                    | 19  |
| 2.1 O CARÁTER NORMATIVO DA CIÊNCIA JURÍDICA  | 21  |
| 2.2 ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DE UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA                           | 34  |
| <b>2.2.1 Sentido problemático das teorias aplicado a uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada</b> | 37  |
| <b>2.2.2 Funções das teorias aplicadas a uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada</b>             | 42  |
| <b>2.2.3 O sentido da adequação constitucional do dirigismo brasileiro e as funções da sua teoria</b>                      | 45  |
| <b>2.2.4 A interdisciplinariedade do dirigismo</b>   | 51  |
| <b>3 A DIMENSÃO TEMPORAL RETROSPECTIVA DO DIRIGISMO: SENTIDOS DO ESTADO DE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO</b>               | 56  |
| 3.1 O ESTADO DE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO  | 58  |
| <b>3.1.1 O ideário do constitucionalismo moderno</b>   | 63  |
| 3.1.1.1 <i>Ancien Régime</i> e Estado de Direito   | 64  |
| 3.1.1.2 A doutrina contratualista e a soberania  | 69  |
| 3.1.1.3 A doutrina da separação de poderes   | 74  |
| 3.1.1.4 Jusnaturalismo racionalista  | 85  |
| 3.1.1.5 O liberalismo  | 93  |
| <b>3.1.2 Os Direitos Individuais</b>   | 100 |
| 3.1.2.1 A originalidade e a precedência da declaração dos direitos fundamentais: entre França e Estados Unidos             | 101 |
| 3.1.2.2 Os direitos individuais no constitucionalismo americano  | 108 |
| 3.1.2.3 A dimensão projetiva dos direitos individuais na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão                      | 109 |
| 3.1.2.4 Os direitos individuais na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão  | 113 |
| 3.1.2.5 Características dos direitos individuais   | 125 |
| <b>3.1.3 O Estado de Direito enquanto Estado legal</b>   | 132 |
| 3.1.3.1 Uma noção de consenso e de dissenso: o Estado de Direito do  | 135 |



|   |     |
|---|-----|
| constitucionalismo moderno  |     |
| 3.1.3.2 O Estado de Direito no constitucionalismo sem a constituição: o legalismo e a supremacia do parlamento  | 155 |
| <b>3.1.4 O Estado de Direito Liberal e a constituição econômica</b>   | 170 |
| 3.1.4.1 A Constituição econômica do Estado de Direito Liberal   | 172 |
| 3.1.4.2 Os objetivos do Estado de Direito Liberal   | 176 |
| 3.1.4.3 A institucionalização do sistema econômico capitalista  | 184 |
| <b>3.1.5 O constitucionalismo moderno brasileiro</b>  | 191 |
| 3.2 O ESTADO DE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL  | 199 |
| <b>3.2.1 A Questão Social e o constitucionalismo social instituidor do Estado Social</b>  | 201 |
| <b>3.2.2 Surgimento e desenvolvimento do constitucionalismo social</b>  | 216 |
| 3.2.2.1 Antecedentes históricos do constitucionalismo instituidor do Estado Social  | 217 |
| 3.2.2.2 Primeiro ciclo do constitucionalismo social: o período entreguerras   | 222 |
| 3.2.2.3 Segundo ciclo do constitucionalismo social: o período do pós-guerra e a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito                             | 247 |
| <b>3.2.3 A Constituição econômica no constitucionalismo social: os objetivos constitucionais e os direitos sociais como conteúdo do Estado de Direito Social</b>            | 255 |
| 3.2.3.1 Os objetivos do Estado de Direito Social  | 259 |
| 3.2.3.2 Os direitos sociais   | 265 |
| <b>3.2.4 O Estado de Direito Social ainda como Estado legal e a transição para o Estado Democrático de Direito: o problema da falta de efetividade</b>                      | 268 |
| <b>3.2.5. O Constitucionalismo social brasileiro: em direção dirigente ao Estado Democrático de Direito</b>   | 275 |
| <b>4 O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE BRASILEIRO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: RESISTÊNCIA E PROJEÇÃO DE UTOPIAS JURÍDICAS EM FACE DOS PARADIGMAS DA PÓS-MODERNIDADE</b> | 279 |
| 4.1 O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO   | 281 |
| 4.2 AS NORMAS PROGRAMÁTICAS NO DIRIGISMO: DA AUSÊNCIA DE JURIDICIDADE ATÉ A VINCULAÇÃO DIRIGENTE  | 297 |
| <b>4.2.1 A eficácia das normas constitucionais antes do advento das normas programáticas</b>  | 299 |
| <b>4.2.2 A eficácia das normas programáticas no caminho até o dirigismo</b>   | 303 |

|   |     |
|---|-----|
| 4.2.2.1 O constitucionalismo social italiano: da ausência de juridicidade à eficácia jurídica e força obrigatória das normas programáticas  | 305 |
| 4.2.2.2 Constitucionalismo brasileiro: a transição para a juridicidade dos programas constitucionais  | 314 |
| 4.2.2.3 Contribuições estrangeiras à efetividade das normas programáticas   | 338 |
| 4.2.2.4 Críticas doutrinárias às normas programáticas   | 345 |
| 4.3 A AFIRMAÇÃO DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E DA VINCULAÇÃO ÀS NORMAS PROGRAMÁTICAS   | 348 |
| <b>4.3.1 Fundamentação do dirigismo constitucional: questões de pré-compreensão, epistemológicas, teóricas e de metódica constitucional</b> | 349 |
| <b>4.3.2 O dirigismo programático vinculante: a juridicidade das imposições constitucionais e a liberdade de conformação do legislador</b>  | 357 |
| <b>4.3.3 As imposições constitucionais e sua violação: o problema da resistência às direções pela omissão legislativa</b>                   | 361 |
| 4.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESISTÊNCIA E A PROJEÇÃO DO ESTADO SOCIAL PELO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO                   | 368 |
| <b>4.4.1 As dimensões do Estado Democrático de Direito</b>  | 371 |
| 4.5 O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO SOB PRESSÃO: A PÓS-MODERNIDADE  | 378 |
| <b>4.5.1 A pós-modernidade</b>  | 382 |
| <b>4.5.2 A Reflexividade pós-moderna e o constitucionalismo dirigente: a persistência da utopia constitucional</b>                          | 392 |
| 4.6 O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS  | 397 |
| <b>4.6.1 Constitucionalização da política e do político: o dirigismo da ação estatal e das políticas públicas</b>                           | 398 |
| <b>4.6.2 Os direitos fundamentais e as imposições constitucionais</b>   | 402 |
| <b>4.6.3. O dirigismo constitucional e as políticas públicas</b>  | 405 |
| <b>5 CONCLUSÃO</b>  | 409 |
| <b>REFERÊNCIAS</b>  |     |

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é dirigente. O que isso significa, qual a repercussão na compostura institucional do Estado brasileiro, a pertinência desse modelo de constitucionalismo e até mesmo a correção da asserção são questões sobremodo desafiadoras na contemporaneidade.

Numa época de fraturas nos vínculos sociais, de debilidade dos laços de solidariedade, de frustração de um imaginário que seja comumente partilhado, de descrença do político e de apoderação e captura do processo político-decisório pelas instâncias econômicas, a força de conformação da realidade pelo direito é mais do que nunca questionada.

A sociedade apresenta-se ambivalente, havendo uma perda dos referenciais existenciais de tempo e espaço, com os acontecimentos se sucedendo concomitantemente em todos os lugares e todos se relacionando reciprocamente; há uma crise de identidade e uma exaltação do instante, do individual e do local.

E nesse contexto está situada a Constituição brasileira de 1988, que foi promulgada para instaurar um constitucionalismo já esboçado em textos constitucionais pretéritos, mas jamais estruturado com a mesma potencialidade emancipatória, libertária e democrática.

Responsável pela consagração dos valores e interesses plurais partilhados pela comunidade, a Constituição também se dedicou à definição dos objetivos e dos princípios fundamentais republicanos, integrando-os ao Estado brasileiro, já abrangente de um território, do povo e do governo soberano, sem olvidar a existência de uma dimensão cultural.

Toda e qualquer associação se estabelece para a realização de determinados objetivos, e são tais objetivos ou fins que imprimem a marca da solidariedade e da unidade que compõe uma comunidade, o que não poderia ser distinto em se tratando do Estado,

instituição política típica da modernidade, depositária das crenças e convicções atinentes à potencialidade da razão humana, também expressada nas ciências e no desenvolvimento tecnológico.

Tais objetivos, representando os valores, os desejos e as necessidades primordiais da comunidade, em se tratando da associação política-estatal, encontram-se assentados no texto fundacional e refundacional da historicidade constitutiva e constituinte do próprio povo: a Constituição.

Nesse sentido, a Constituição Federal congrega os objetivos fundamentais do Estado em seu art. 3º, além de estabelecer vários outros programas de ação para o Poder Público e para a sociedade, notadamente mediante o amplo catálogo, não exaustivo, de direitos fundamentais, que repercutem na estruturação e compostura do sistema constitucional, pautando-se pela noção de adequação axiológica e de ordem.

Plasmada de normas programáticas, dotadas de sentido e caráter jurídico, portadora de compromissos firmados quando da sua promulgação, a Constituição Federal revela-se como projeto de construção do futuro, propagando sua dimensão utópica sobre a política, a economia e o âmbito cultural como um todo.

A tais considerações, afigura-se que a Constituição brasileira se integra ao modelo do dirigismo constitucional, cujas origens remontam ao constitucionalismo social, que promoveu a integração dos direitos sociais aos textos constitucionais e abrigou explicitamente uma constituição econômica determinante da intervenção do Estado sobre a ordem econômica, fundando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia material e da solidariedade.

Não obstante isso, nem o constitucionalismo social e muito menos o Estado Social que foi por ele institucionalizado, em suas manifestações distintas, quer como *Welfare State*, quer como *L'État Providence*, quer como Estado Social propriamente dito, lograram o devido desenvolvimento e implementação nos Estados de capitalismo periférico, em vias de desenvolvimento.

E um dos obstáculos para a defasagem entre as promessas emancipatórias do Estado Social e a realidade circundante consistiu justamente na incapacidade da ciência jurídica em operar e extrair dos textos constitucionais sociais toda a sua potencialidade normativa destinada à redistribuição da riqueza e redução das desigualdades sociais, com a promoção dos objetivos porventura consagrados.

Embora sejam dotadas de supremacia, as constituições não têm sentido em si mesmas e não operam por si só quaisquer efeitos, posto que o sentido e a força normativa lhes

são dados pela vivência da cultura constitucional que se vá consolidando no curso da dimensão existencial de um povo.

Nesse contexto, as normas constitucionais atributivas de direitos sociais, as que prevêem objetivos e finalidades a serem realizadas pelo Estado e as que, de qualquer modo, disciplinam a atividade futura do legislador, exigindo-lhe a adoção de determinadas medidas, não tinham, no nascedouro do Estado Social, o reconhecimento do caráter jurídico, sendo entendidas como meras diretrizes, sem qualquer caráter vinculante.

Cabia apenas ao legislador, quando reputasse pertinente, no exercício da sua discricionariedade política, se possível e na medida do possível, adotar ou não os programas que resultassem dos direitos sociais e dos objetivos constitucionais, sem prejuízo do resguardo das liberdades e dos direitos políticos.

Malgrado textual e formalmente consagrado, em alguns países, dentre os quais o Brasil, o Estado Social não conseguiu realizar-se integralmente, posto que não havia a devida normatividade do jurídico-constitucional sobre o político e sobre o econômico, o que se agravou em virtude da fragilidade democrática e da instabilidade que culminou com o hiato democrático.

E justamente como forma de tentar elucidar o problema da falta de efetividade das normas de direitos sociais e de objetivos fundamentais, responsáveis por dotar as constituições de caráter programático, foi desenvolvida a teoria da constituição dirigente por José Joaquim Gomes Canotilho (1994), a despeito de uma construção teórica similar e antecedente na Alemanha.

A partir do restabelecimento da democracia em Portugal, foi promulgada a Constituição de 1976, com nítida feição programática, não se limitando apenas aos direitos sociais e às normas relativas aos objetivos e finalidades do Estado, eis que visava efetivamente à modificação do sistema econômico capitalista, então vigente, para instauração do socialismo.

A teoria da constituição dirigente se desenvolveu diante da necessidade de uma compreensão das normas constitucionais que, ultrapassando o estágio doutrinário anterior, conferissem um caráter dirigente sistemático às constituições que estabelecessem a transformação da realidade como tarefa para o Estado, mesmo que tais normas fossem desprovidas de justiciabilidade.

A Constituição brasileira de 1988 passava a se adequar e a partilhar de uma concepção teórica que propiciava, se regularmente trabalhada e adaptada, a efetiva construção do projeto de futuro consagrado em seu texto, realizando as cláusulas de utopia, erigidas em

derredor da superação da Questão Social, da necessidade de inclusão emancipatória e do desenvolvimento nacional.

Esse processo não se estabeleceu devidamente diante, dentre outros aspectos, da crise de sentido e do caráter eminentemente reprodutivo e dogmático da doutrina pátria, que resistiu a perceber que a Constituição de 1988 instituíra uma nova ordem jurídico-política, além de sofrer críticas constantes, suscitando obstáculos que lhe são opostos sem o devido enfrentamento.

Ora, como portadora de um projeto de construção de sentido, expressa a Constituição Federal, compreendida pelo seu caráter dirigente, a relação de imbricação mútua entre passado e futuro, recordando a memória de um passado ditatorial para rompê-lo e intentar a realização de promessas emancipatórias, inclusivas e superadoras da Questão Social num futuro cada vez mais aguardado.

Uma vez firmado e afirmado, tanto em Portugal quanto no Brasil, o constitucionalismo dirigente sofreu um acirramento das críticas oriundo da crise dos paradigmas da modernidade, arcando também com os problemas enfrentados pelo Estado Social relativamente às suas falhas de intervenção, à deficiência da capacidade de regulação e à dificuldade de financiamento da rede de proteção social.

Pós-modernidade, globalização econômica, neoliberalismo, crise da política, dentre outros fatores, compõem o quadro desafiador da potencialidade dirigente da Constituição brasileira de 1988, levando à indagação da efetiva existência das condições e possibilidade de continuidade, ainda que renovada, da concepção dirigente de constituição.

Assim, o problema que se pretende investigar concerne à pertinência, ou não, do constitucionalismo dirigente brasileiro diante da crise dos paradigmas da modernidade e de suas metanarrativas, trazendo para o direito um caráter fluido, indeterminado, líquido e ambivalente, contratualizado e processualizado, característico da pós-modernidade, bem como dos desafios oriundos da globalização econômica neoliberal diluidora da política enquanto instância de deliberação do governo.

Além disso, impõe-se o desenvolvimento do caráter vinculante dos programas constitucionais sobre a política e sobre as políticas públicas, de modo a reabilitar a capacidade de ação e intervenção do Estado sobre a ordem econômica.

E ao se afirmar o dirigismo constitucional, verifica-se a disposição de uma função de resistência e outra projetiva de futuro. Aquela, voltada à persistência dos estágios de desenvolvimento social alcançados. A última, destinada a operar as utopias jurídicas.

O relevo do tema em questão é sobremodo evidente, pois em países de capitalismo

periférico, em vias de desenvolvimento, com grande parte da população à margem das mínimas condições de existência digna, em absoluta pobreza e miserabilidade, a função das normas constitucionais na preservação da pessoa humana e na contenção do arbítrio no exercício do poder torna-se ainda mais premente, sobrelevando a função dos direitos fundamentais.

A importância social resulta da necessidade de se conter a frustração pós-moderna e neoliberal com o constitucionalismo dirigente para viabilizar o seu resgate, fundando o dever dos Poderes Públicos de adotar medidas vinculadas aos objetivos, aos princípios e aos direitos fundamentais, seja na formulação, seja na implementação, seja na execução, seja no controle das políticas públicas, consistindo em mais um esforço pela preservação não apenas da supremacia da constituição, mas da dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva inclusiva e emancipatória.

Juridicamente, a problemática justifica-se por ser um intento de conduzir ao reforço do caráter normativo e vinculante do texto constitucional, aderindo ao compromisso de fazer transitar o *law in the books* para o *law in the action*, ou seja, de buscar a implementação da efetividade das normas constitucionais sobre a política e sobre a ordem econômica.

De outra parte, deve-se destacar que uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada ao texto de 1988 exige uma interação transdisciplinar com questões atinentes à Política, à Economia, além da necessária fundamentação hermenêutico-filosófica, que subjaz ao presente estudo.

Pretende-se demonstrar que, com todas as condições adversas mencionadas, é não apenas possível, mas impositiva a persistência do caráter dirigente da Constituição Federal de 1988 sobre a política, juridicizando as políticas públicas e, conseqüentemente, submetendo-as a controle judicial, sem que se deva abrigar uma excessiva judicialização da política.

Cumprindo, da mesma forma, que sejam reconhecidas as falhas na concepção original do dirigismo constitucional, propiciando a sua retificação, o que é próprio e inerente ao movimento evolutivo das teorias, inclusive no âmbito da Ciência do Direito.

Com o desiderato de desenvolver o mister a que se propõe o presente estudo, torna-se necessário, primeiramente, proceder ao estabelecimento das condições epistemológicas que orientam a formulação, o desenvolvimento, a correção e a superação das teorias, no plano da ciência jurídica, a fim de identificar as possibilidades de construção de uma teoria da constituição dirigente que seja constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiro.

Em seguida, como não se pode tratar do dirigismo sem recorrer à memória de luta do passado constitucional para fundar a consagração dos direitos fundamentais e as limitações ao exercício do poder político e, também, pela afinidade entre o Estado Social e o dirigismo constitucional, promove-se uma incursão sobre a dimensão retrospectiva do dirigismo constitucional mediante a análise e o estudo do constitucionalismo moderno, até o constitucionalismo social.

Posteriormente, haverá a explicitação do surgimento do constitucionalismo dirigente, expondo a sua consistência teórica, as suas características e a relevância do problema contra o qual se erige, e o enfrentamento com os desafios oriundos da pós-modernidade, expondo a necessidade de superação da ineficácia das normas programáticas e a defesa do caráter jurídico da constituição como um todo.

A partir de então, objetiva-se expor a crise que se abateu, e tentou abater, a teoria da constituição dirigente e sua implementação prática, analisando os desafios que lhe são postos pela tentativa de superação dos paradigmas da modernidade e afirmação da ambivalência, fluidez e liquidez das relações sociais e dos vínculos interpessoais, dentre os quais o Direito, e rechaçando as teorias jurídicas que não lhe sejam compatíveis.

Nessa oportunidade, será necessário empreender uma interação com temas da teoria do Estado e da ciência política, pois os desafios que são postos ao constitucionalismo dirigente não podem ser apenas refletidos pela perspectiva jurídica, afetando o próprio Estado e a política em si mesma, de modo que o ocaso daquele ou o esquecimento desta tornaria inócuo qualquer esforço de resgate e preservação da capacidade dirigente e programática da Constituição brasileira de 1988.

Assim, esse movimento de defesa do dirigismo constitucional, a partir da sua dimensão de resistência, será erigido inclusive em face da globalização econômica, como do neoliberalismo, não se admitindo que seja a política constitucional objeto de mercantilização.

Estabelecidas as condições epistemológicas e de pré-compreensão, firmada a memória do dirigismo constitucional e fincada a trincheira de proteção dos programas constitucionais às teorias que se abrigam na pós-modernidade e na globalização econômica neoliberal, deixa-se o movimento de defesa para proceder-se à construção das bases de uma adequação axiológico-material do dirigismo brasileiro, a partir da compostura do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, impõe-se uma releitura da teoria das normas constitucionais de modo a superar concepções teóricas que entravam o desenvolvimento da potencialidade jurídico-impositiva do dirigismo constitucional.



É cediço que a falta de vontade política, a sobreposição de programas de governo sobre os programas constitucionais, a inexistência de compromisso para com as prioridades constitucionais, a ineficiência da ação estatal e a corrupção são obstáculos à efetividade dos programas e diretrizes constitucionais e dos direitos fundamentais.

Em verdade, poder-se-ia considerar que apenas a reserva do possível e a reserva orçamentária teriam o condão de conter a realização dos programas constitucionais e dos direitos fundamentais, até porque só podem ser concretizados na medida do que seja faticamente possível; não obstante isso, como também será explicitado, a reserva do possível pode ser devidamente contida e reduzida pelo desenvolvimento de uma atividade tributária que se mostre compatível com o dirigismo constitucional.

Desse modo, pretende-se firmar as bases de uma teoria da constituição dirigente adequada ao texto e ao contexto brasileiro, resistente às críticas sofridas e admitidas em Portugal, como também às concepções pós-modernas e às pressões da globalização econômica neoliberal, sustentando a viabilidade da projeção utópica e programática das políticas públicas, passíveis de controle jurisdicional.

Ora, a muralha de proteção não se ergue e nem se mantém a partir apenas e tão-somente dos textos constitucionais e legais; não há uma magia que torne de observância o que consta de uma folha de papel, sendo erigida a dita muralha pela compreensão que sobre eles se dá, produzindo uma tessitura jurídica responsável pela consistência e resistência da muralha, por sua vez flexível e mutável pela necessidade de evolução e aperfeiçoamento das teorias construídas.

Na composição dessa tessitura há uma parte substancial de responsabilidade da doutrina e das teorias jurídicas, notadamente pelo reconhecimento da normatividade da ciência do direito, que lhe confere o caráter de meta-garantia na medida em que firma as condições de adequação legítima e válida do discurso jurídico-científico

E justamente com essa pré-compreensão da normatividade e da função meta-garantista das teorias jurídicas, constitutivas da própria compreensão/interpretação/aplicação do direito, participando do processo de construção do sentido normativo, é que se procede ao presente estudo, com o desiderato de contribuir para a persistência do constitucionalismo dirigente renovado, passível de operacionalização no contexto complexo da sociedade contemporânea, como será adiante explicitado.

Registre-se, entretanto, que não se almeja, evidentemente, exaurir o desenvolvimento da defesa de uma teoria da Constituição dirigente brasileira, seja pelas delimitações do presente estudo, seja porque tal encargo seria sempre provisório e nunca

acabado na medida em que as teorias estão sempre sujeitas a correções e retificações, quando não à refutações integrais. Pretende-se afirmar a viabilidade do dirigismo em plagas brasileiras, sustentando a necessidade de que seja promovida uma adequação ao texto e ao contexto pátrios, ressaltando a função de resistência, que assegura o Estado Social como dimensão do Estado Democrático de Direito, como também função a projetiva de futuro, objetivando a materialização das utopias jurídicas.

Em verdade, como já assinalado, propõe-se a sustentar a pertinência do modelo dirigente, rechaçando os obstáculos oriundos da pós-modernidade, da globalização neoliberal, admitindo as críticas que se afigurem consistentes, e estendendo a reflexão ao desenvolvimento de uma teoria das normas constitucionalmente adequadas, de modo a aferir a constitucionalização das políticas públicas.

Antecipe-se, de logo, que não é chegada a hora do réquiem, mas nunca foi tão necessária a ode à Constituição dirigente brasileira em virtude dos desafios que se antepõem para a construção do projeto de futuro matizado pelas cláusulas utópicas dos programas constitucionais.

## 2 PRÉ-COMPREENSÃO: A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA COMO GARANTIA

Não se afigura possível o estudo de uma problemática que tenha por desiderato sustentar a pertinência do constitucionalismo dirigente, com a defesa de um desenvolvimento teórico adequado ao contexto e ao texto da Constituição de 1988, que não adentre na questão epistemológica atinente às condições de desenvolvimento, de afirmação, de correção e de refutação de determinada teoria.

Com efeito, o próprio Canotilho (1994, p. 154-158) assinala a necessidade de que haja o desenvolvimento de uma teoria da constituição constitucionalmente adequada, ou seja, que esteja apta a responder as questões e a satisfazer os problemas de uma comunidade concreta, efetivamente existente, em dado tempo e lugar, reconhecendo as peculiaridades do contexto sócio-econômico e político brasileiro, quando cotejado com o ambiente português (CANOTILHO, 2003, p. 34).

Na doutrina pátria, dentre outros, Gilberto Bercovici (2003, p. 10) considera que uma teoria da constituição deve orientar-se pelo próprio texto constitucional, inserindo-se na realidade a que se refere, enquanto Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 31-46) perpassa por várias concepções teóricas em busca da que se lhe afigure mais adequada; no mesmo sentido, Lenio Luiz Streck (2002), numa perspectiva crítico-relacional com a hermenêutica que permeia todo o seu desenvolvimento teórico, situando-a no âmbito do contexto brasileiro como necessária ao resgate das promessas da modernidade usualmente descumpridas (STRECK, 2006, p. 122-123).

Antes, porém, de se averiguar as condições para desenvolvimento de uma teoria da constituição dirigente que se revele constitucionalmente adequada, impõe-se ainda atentar para o caráter normativo, crítico e construtivo da própria ciência jurídica.

A relevância de uma teoria no âmbito das ciências humanas não se limita apenas à predição de comportamentos ou dos efeitos não desejados dos comportamentos humanos<sup>1</sup>, indo além do caráter meramente explicativo para se agregar e constituir o próprio objeto, operando-se uma relação intersubjetiva em caráter dialógico.

A ciência jurídica é constitutiva do seu próprio objeto na medida em que o caráter cultural do Direito, enquanto ciência social, repercute numa relação dialógica com aquele que se debruça sobre o seu estudo, respondendo pelas condições de possibilidade da validade e legitimidade do discurso jurídico.

Nesse sentido, não se adere a qualquer perspectiva dogmatizante da ciência jurídica que, obnubilando a sua potencialidade crítica proveniente dos paradigmas da hermenêutica filosófica, confira-lhe o caráter meramente explicativo e descritivo, responsável por um pretense imobilismo apenas cabível numa sociedade estável, em que se pretenda manter o *status quo*, proposta essa que seria de uma concepção constitucionalmente inadequada sobre o caráter científico do Direito, dado o conteúdo dirigente e programático-finalístico da Constituição Federal.

Ora, a ciência jurídica e seus sub-ramos possuem uma dimensão tanto crítica quanto constitutiva do Direito, evidenciando-se o seu caráter normativo no sentido de caber-lhe não apenas a descrição do sistema jurídico, mas também a sua própria crítica, conformação e construção.

E a tanto se chega pela rejeição do positivismo jurídico, no plano metodológico, que abriga a dicotomia fundamental entre sujeito e objeto e a neutralidade política e axiológica da investigação jurídica e do próprio Direito, aderindo-se prontamente ao chamado

---

<sup>1</sup> Como registra Sir Karl Popper (2003, p. 175) ao asseverar que “A teoria social tem, assim, por tarefa explicar como surgem as conseqüências inesperadas das nossas intenções e ações, e que espécie de conseqüências ocorrerão se as pessoas fizerem isto, aquilo ou aqueloutro, numa determinada situação social. E é especialmente tarefa das Ciências Sociais analisar desse modo a existência e o funcionamento das *instituições* (como as forças policiais, as companhias de seguros, as escolas ou os governos) e dos *colectivos sociais* (como os Estados, nações, classes ou outros grupos sociais).”

pós-positivismo<sup>2</sup>, em especial pela interação que mantém com o movimento denominado neoconstitucionalismo<sup>3</sup>, como será adiante exposto.

Com efeito, o saber jurídico-científico não é apenas especulativo, não deve ficar limitado ao plano meramente teórico abstrato, sendo incabível a insensibilidade aos problemas que se antepõem para solução ao direito constitucional, que deve estar reforçado por teorias que habilitem a resolução de tais questões com a promoção da força normativa da Constituição Federal e a implementação efetiva dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, o saber jurídico-científico é um saber para a ação, eis que, conforme salienta Gadamer (2001b, p. 32), “A teoria tem de se justificar perante o fórum da práxis”, ensejando uma reflexão antecipadora dos efeitos desejados para conduzir a ação e, como tal, responde pela compreensão do Direito e pela resolução dos casos concretos, além de indicar a solução dos problemas que se apresentem dado o viés crítico que lhe é próprio.

E tais considerações são de relevo na medida em que da defesa de uma teoria da constituição dirigente compatível com as condições do constitucionalismo brasileiro decorre a aptidão para proceder a uma filtragem quanto às teorias e práticas que não se coadunem com a respectiva matriz teórica, justificando-se, conseqüentemente, uma maior atenção à questão. Disso sobrevém o caráter garantista da teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada.

## 2.1 O CARÁTER NORMATIVO DA CIÊNCIA JURÍDICA

---

<sup>2</sup> Sobre o pós-positivismo, as considerações de Antônio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti Maia (2006, p. 650), para os quais importa num novo paradigma para a teoria jurídica que se opõe e contesta as insuficiências, aporias e o formalismo do positivismo jurídico, não sendo um movimento ainda conclusivo, mas de superação, abrigando as contribuições que forneceu ao Direito. Já Muller (2005, p. 160-161) asseve que a teoria estruturante do direito é pós-positivista, superando a separação entre ser e dever-ser, aposentando a redução da norma ao texto e do recurso ao silogismo, mas também desenvolveu “[...] a proposta de um modelo de teoria e práxis que abrange a Dogmática, a Metódica, a Teoria do Direito e a Teoria Constitucional e não continua devendo resposta ao positivismo.”

<sup>3</sup> Entende-se por neoconstitucionalismo, ou por constitucionalismo pós-positivista, a etapa contemporânea da ciência jurídica constitucional, marcada pela defesa da normatividade dos princípios, concebidos como instância ética ou reserva material de justiça, que se assegura por um sistema de garantias em que têm função primordial de guarda da força normativa constitucional as vias de instauração do controle de constitucionalidade.

O desenvolvimento extraordinário das ciências da natureza, com a revolução científica ocorrida a partir século XVI, propiciando o avanço da técnica, e a revolução industrial serviram para a exaltação da razão humana, compondo o quadro de paradigmas da modernidade.

O domínio da natureza, com a descoberta das leis que regem os fenômenos naturais, conferiu ao homem o poder de, mediante a reflexão, o cálculo e a verificação metódicas, isolar a interferência dos fatores individuais nos resultados das investigações (GADAMER, 2001b, p. 45).

Os êxitos alcançados conduziram as ciências naturais a fundar um modelo de cientificidade, de modo que as ciências sociais, ainda incipientes, buscavam o seu reconhecimento pelo atendimento das características metodológicas próprias daquelas, como a neutralidade, a objetividade, a precisão e correção de um método, dentre outros aspectos integrantes do estatuto epistemológico das ciências naturais.

Só que as ciências naturais tinham como escopo identificar e explicar os fenômenos da natureza para fins de estabelecer as leis que governavam a ação dos mesmos e, conseqüentemente, explicá-los e predizê-los; já as ciências sociais não poderiam separar-se do objeto de investigação para uma devida observação, pois o seu ambiente é integrado e composto pelo próprio homem, em toda a sua interação social.

Não obstante isso, para a adequação das ciências sociais aos critérios de cientificidade decorrentes das ciências naturais, enquanto paradigma, seria imprescindível uma verificação objetiva, sem que houvesse a interferência dos preconceitos, crenças, opções ou preferências do cientista, o que se buscava pelo recurso a um método preciso, cuja correção no manuseio asseguraria a pertinência e validade do resultado.

Nesse contexto, Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 11) destaca o caráter totalitário da racionalidade das ciências naturais, tornando-se o paradigma dominante, pelo que as outras formas de conhecimento que não se adaptem aos seus princípios metodológicos ficam depreciadas.

Pretende-se recorrer ao rigor da observação e do método<sup>4</sup>, instrumentalizado pela linguagem matemática, para reduzir a complexidade e explicar os fenômenos (SANTOS, 2002, p. 15-16).

---

<sup>4</sup> Para uma crítica à tirania do método, José Souto Maior Borges (2007, p. 49-50), que destaca o caráter dramático da sujeição incondicional da humanidade aos resultados da pesquisa científica, cuja avaliação crítica acaba por ser obnubilada pelo domínio do método.

Dessa forma, ou as ciências sociais se aproximariam e seguiriam o modelo das ciências naturais, visando a atrair a cientificidade que lhes era reconhecida, ou se afirmariam como ciências de segunda ordem, cuja objetividade e correção fosse impossível, ou ao menos muito difícil.

Tal preocupação atingiu, naturalmente, o Direito, cuja discussão acerca do seu caráter científico é bastante antiga (TROPER, 2004, p. 45), sendo bastante questionado, como reconhece Ihering (2005, p. 53-56), rechaçando as posturas positivistas que colaboravam para o desapareço da sua dimensão crítica e reflexiva.

Com o intuito de sustentar a cientificidade do Direito, extremando-o das impurezas que compõem a sua existência enquanto fenômeno complexo, quais sejam, os valores morais e os dados sociais, Hans Kelsen (1998, p. 82) afirma a ciência jurídica como meramente descritiva, entendendo-a como ciência normativa apenas em função do seu objeto e limitando-a “[...] ao conhecimento e descrição das normas jurídicas e às relações, por estas constituídas.”

No mesmo sentido se manifesta Alf Ross (2000, p. 43), para quem o Direito é uma ciência normativa não porque contenha prescrições ou ordens de conduta, mas “[...] é normativa no sentido de que é descritiva de normas e não no sentido de expressiva de normas.”

Já Michel Troper (2004, p. 49-50) manifesta-se no sentido de que a ciência procede à descrição do seu objeto de estudo, não lhe sendo possível conter ou desenvolver prescrições, só podendo dizer o que é, e não o que deve ser; todavia, o próprio autor (TROPER, 2004, p. 71) admite que não se poderia atribuir à ciência jurídica caráter meramente descritivo, pois seria destituída de todo e qualquer interesse, conferindo-lhe uma função de reconstrução da linguagem.

Desse modo, “[...] esta ciencia no es enteramente descriptiva, sino que interpreta y formula recomendaciones, en definitiva, prescripciones”, adotando a concepção de Norberto Bobbio (2007, p. 37), para quem há uma discussão quanto às funções do jurista, refletindo-se na concepção da própria ciência jurídica.

Para Bobbio haveria duas imagens de jurista. Uma seria do conservador e transmissor de conhecimentos sobre uma realidade já dada e existente objetivamente, de que é apenas guardião; outra destacaria a criatividade da empreitada do jurista, responsável pela formulação de regras que alteram o sistema mediante a crítica. Aquele jurista atua

interpretando<sup>5</sup> o direito, este último procede à pesquisa do direito, envolvendo a análise da situação que se pretende resolver através de regras apropriadas, a verificação e o confronto dos vários critérios de valoração indicativos das regras que sejam adequadas e, finalmente, a opção e formulação da regra

Percebe a importância para o reconhecimento do caráter não apenas de reconstrução, mas propriamente normativo do trabalho dos juristas (BOBBIO, 2007, p. 42), que integra o quadro de uma sociedade em transformação, revelando aptidão para compreender as tendências de transformação do direito, especialmente resultantes da passagem do Estado liberal para o que denomina como Estado assistencial, com a incorporação pelo direito de uma função promocional, a par da função tradicionalmente repressiva.

Carlos Santiago Nino (2003, p. 340-341), adentrando na controvérsia, observa que o caráter descritivo que a dogmática jurídica clama para si não significa uma reprodução fiel do seu objeto, expondo a insuficiência das funções de reconstrução, de justificação e de sistematização nas condições em que vêm se desenvolvendo e sugerindo uma reestruturação da ciência jurídica que permita a adequada interação das aludidas funções, como também a inserção de uma dimensão axiológica que conduza à justificação das normas jurídicas.

Nesse sentido, a despeito de reconhecer a discussão acerca da possibilidade de uma ciência normativa no âmbito da filosofia da ciência, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 15) também admite o caráter interpretativo e normativo da ciência jurídica.

Ora, a concepção de que a ciência jurídica é meramente descritiva traz como pressuposição o entendimento de que volta o seu estudo para um objeto com o qual o sujeito não mantém ou não deve manter qualquer relação, sob pena de perder a objetividade necessária, conducente à precisão e correção dos resultados obtidos.

Também encerra um caráter de impotência e inércia diante da mera constatação daquilo que, sendo estudado para ser descrito, não pode ser modificado ou alterado, rejeitando, conseqüentemente, qualquer dimensão crítica ou de transformação.

A ciência jurídica é interpretativa e as normas só existem mediante o processo de interpretação do texto e do contexto a que se referem (MÜLLER, 2007, p. 141). Nessa atividade interpretativa se insere uma dimensão crítico-reflexiva, segundo os paradigmas

---

<sup>5</sup> A interpretação referida por Bobbio, nesse passo, não corresponde ao caráter que se lhe é conferido pela reflexão hermenêutica, que reconhece uma dimensão crítica enquanto marcada pela dimensão existencial e pela unidade fundamental entre compreender, interpretar e aplicar.



hermenêuticos, pois viabiliza a avaliação da pertinência ou não dos preconceitos integrantes da pré-compreensão quando em contato com o texto e com o respectivo horizonte histórico. O distanciamento histórico, assim, propicia o desenvolvimento da atividade crítica mediante a interpretação, sujeitando à aferição da pertinência ou não dos preconceitos, colocados em suspensão.

Com isso, as ciências sociais têm superado a relação dicotômica sujeito-objeto pela hermenêutico-dialógica, pois há uma interação mútua entre o sujeito e o objeto a ponto de transformar-se numa relação intersubjetiva, como salienta Boaventura de Sousa Santos (1989, p. 16), o que deve se acentuar com a emergência de um novo paradigma, que aproxima as ciências naturais das humanas, reconhecendo a dimensão temporal e cultural dos fenômenos naturais.

Gadamer (2001b, p. 57) aponta a interação que deve existir entre a teoria e prática, balizadas por uma relação hermenêutica entre fato e teoria, sendo fundamental não a objetividade, mas o estabelecimento de uma relação prévia ao objeto mediante o recurso ao modelo hermenêutico do diálogo, em que há uma participação comum na busca pela verdade, orientada pelo movimento do perguntar.

A ciência jurídica entremostra-se, então, como ciência interpretativa e construtiva do seu próprio objetivo, numa relação dialógica matizada pela tradição e, como tal, crítica, possuindo, conseqüentemente, uma dimensão normativa, balizada pela reflexão hermenêutica.

A atividade empreendida pelos juristas altera a própria consistência do Direito, que não se reduz aos textos legais editados, até porque a norma não se confunde com o dispositivo ou com o enunciado legal.

Vittorio Villa (1994, p. 290-291) analisa o que denomina de modelos descritivo e construtivista do conhecimento jurídico, preferindo o segundo modelo, caracterizado pela concepção de que o conhecimento jurídico sempre promove uma intervenção sobre o direito, reconstruindo o campo de experiência jurídica que parte de um esquema conceitual, observando que os discursos práticos sobre o direito (a que denomina *discours dans le droit* em oposição aos *discours sur le droit*), de interpretação, de argumentação e de aplicação, têm tanto um valor epistemológico quanto teórico, modificando o seu conteúdo.

Assim, evidencia-se que a atividade reflexiva que norteia a ciência jurídica não é meramente especulativa, abstrata, lógico-conceitual, devendo-se orientar pela razão prática, motivada pelos problemas que lhe são opostos e necessitando de soluções que sejam constitucionalmente adequadas.

No caso do presente estudo, evidencia-se o problema da falta de efetividade das normas constitucionais programáticas, desafiadas pelas propostas teóricas de retração do Estado Social, bem como pela resistência à direção das políticas públicas, problema agravado pelas condições complexas da atualidade que questionam a potencialidade do texto constitucional enquanto instância de projeção de futuro da comunidade.

Diante de tal problema, não se poderia conceber que a sua resposta deve ser dada com base numa explicação do sistema constitucional e na análise da sua estrutura normativa interna, apenas e tão-somente. Aliás, a defesa da natureza descritiva da atividade desenvolvida no âmbito da ciência jurídica já expressa uma concepção ideológica de preservação do *status quo* e de manipulação do Direito enquanto instrumento que obstaculiza a transformação social.

A situação da ciência jurídica se agrava ainda mais pela potencial imobilidade e falta de audácia intelectual derivada da acomodação às concepções e às teorias que já se enraizaram na prática jurídica, dando ensejo ao que Warat (2004, P. 32) denomina de senso comum teórico, consistente “[...] na voz ‘off’ do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam”.

No mesmo sentido, Lenio Streck (2002, p. 45) salienta a existência de crenças e práticas que são admitidas pela *communis opinio* e que levam os profissionais e os juristas a um conhecimento acrítico e confortável do significado das palavras, do sentido das categorias e da própria atividade jurídica; ou seja, a doutrina perde a capacidade de reflexão, demiti-se do seu encargo e do seu dever de zelar, no caso, pelo império da ordem constitucional com o desiderato de promover o desenvolvimento de teorias que propiciem a efetividade possível, real e necessária da Constituição Federal.

Com efeito, Ortega y Gasset (2003, p. 34-35) ressalta com muita propriedade a dimensão existencial de ignorância do ser humano e o esforço da reflexão e do pensamento em virtude da sua condição de *homo insipiens*. O elemento diferencial dos seres humanos é justamente o pensamento, a capacidade de reflexão que apresentam para projetar as ações futuras.

Desse modo, o pensamento e o conhecimento não são dados ao homem e nem existem independentemente do esforço do ensimesmamento; não é como um presente que foi conferido ao homem, não é um “regalo”, sendo o seu exercício uma necessidade existencial diante da condenação à liberdade e à responsabilidade no que concerne ao planejamento e à elaboração das ações futuras.

E esse processo de sedimentação da alteração<sup>6</sup> do pensamento jurídico tem se revelado, inclusive, no âmbito do ensino jurídico, como aponta Lenio Streck (2001, p. 79-80) ao atestar que as faculdades de Direito têm sido mais centros de reprodução do direito oficial, demitindo-se do seu encargo de promoção da reflexão crítica e ocasionando um conformismo e um sentimento de incapacidade para habilitar o direito como instrumento de transformação social.

Ao contrário, a ciência jurídica deve se caracterizar por envolver um projeto de ação futura, e tal se dá mediante a atividade crítico-reflexiva e também projetiva que vise a estabelecer as condições para a resolução dos problemas jurídicos e, notadamente, no âmbito do Direito Constitucional, das questões sociais, políticas e econômicas que desafiem a sua vigência e imperatividade. Recordando Ortega y Gasset (2003, p. 36), “[...] no *vivimos* para pensar sino que pensamos para lograr *subsistir o pervivir*.”<sup>7</sup>

Essa concepção que se está expondo e adotando acerca da ciência jurídica e de sua normatividade, a fim de sustentar a potencialidade garantista das teorias jurídicas, mais especialmente de uma teoria da constituição dirigente adequada ao texto constitucional e ao contexto sócio-existencial brasileiro, vem, conseqüentemente, a corresponder às concepções em derredor do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo que, superando o formalismo metodológico do positivismo jurídico e rejeitando a neutralidade à política e à moral, sustentam a mitigação da oposição entre descrição e prescrição (DINIZ; MAIA, 2006, p. 652), como também a interação entre o direito, a política e a moral (DUARTE, 2006, p. 24-28), resgatando o valor jurídico dos princípios constitucionais, como ressalta Paulo Bonavides (1997, p. 237-238).

Partilham, igualmente, da concepção crítico-reflexiva, construtiva e projetiva da ciência jurídica, e mais notadamente no que se refere ao Direito Constitucional, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky.

Ronald Dworkin (1999a, p. 32), malgrado referindo-se à Teoria Geral do Direito, sustenta que deve ser tanto conceitual como normativa, destacando que a dimensão normativa

---

<sup>6</sup> Ortega e Gasset (2003, p. 25-31), analisando o processo de reflexão do pensamento, indica que teria havido uma etapa de alteração (alter=outro) em que a ação humana era determinada pelo ambiente circundante, não regendo a si mesma em virtude de estar sempre submetida aos estímulos externos. Tal etapa seria superada apenas pelo ensimesmamento, em que o homem, num esforço gigantesco contrário à natureza, vira de costas para o mundo e mete-se em si mesmo para refletir sobre as coisas; é o momento da *theoria* e da contemplação. Posteriormente, o homem volta ao mundo e, seguindo as idéias concebidas, busca dirigir sua ação para o mundo.

<sup>7</sup> Grifos no original.

deve envolver uma teoria da legislação, uma teoria da decisão judicial e uma teoria da obediência ao direito, inserindo a questão do constitucionalismo em interação com todas elas.

Também Albert Casamiglia (2000, p. 23), ao refletir sobre as alternativas ao positivismo jurídico, adota a mesma concepção de Dworkin acerca da necessidade de desenvolvimento de uma teoria da legislação e de uma teoria da obediência ao direito, reconhecendo a normatividade da ciência jurídica a partir do pós-positivismo.

Com a concepção do direito como conceito interpretativo, Dworkin (1999b, p. 489-490) sustenta que o seu conteúdo não deve se sujeitar a convenções de qualquer espécie, devendo resultar de interpretações refinadas e concretas da mesma prática jurídica que é interpretada, caracterizando uma circularidade co-constitutiva que o conduz à noção de integridade, abrangendo nessa atividade tanto a jurisdição quanto a doutrina.

Robert Alexy (2001, p. 29-33), por sua vez, também firme no entendimento do caráter de ciência prática da ciência jurídica, assevera que possui três dimensões, quais sejam, a analítica, a empírica e a normativa, cabendo a esta última a fixação das condições de identificação das decisões corretas na solução dos casos concretos, consubstanciando tanto orientação como crítica da práxis jurídica, eis que “[...] la dogmatica jurídica es el intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado”.

Da mesma forma, Gustavo Zagrebelsky (2002, p. 120-121) defende a existência da dimensão normativa e construtiva da ciência jurídica a partir do seu reconhecimento do caráter prático, distinguido-a das ciências teóricas; enquanto nessas se objetiva o conhecimento, naquelas se tem como desiderato a ação, de modo que a razão final das ciências teóricas é a verdade e a das ciências práticas é por a verdade em contato com a ação.

Expostas as posições dos aludidos constitucionalistas, há de se reconhecer o destaque do entendimento de Luigi Ferrajoli quanto à questão da normatividade da ciência jurídica, sendo um dos seus mais consistentes defensores, malgrado as reticências e objeções que lhe são postas.

Ferrajoli (2002, p. 20-28), ao fincar as bases do seu garantismo, entende que a transição da concepção clássica de Estado de Direito<sup>8</sup> para o Estado de Direito Constitucional

---

<sup>8</sup> O Estado de Direito liberal burguês poderia ser melhor caracterizado como Estado legal ou Estado legislativo diante da ausência de limitação do Poder Legislativo pelas constituições, havendo uma supremacia do parlamento que se justificava, na Europa continental, pelo culto extremo à lei, expressão da vontade geral e resultado da reta razão. Assim firmava-se o dogma do legislador racional, eximindo a lei de quaisquer critérios valorativos de legitimidade, além de não existir, com exceção da experiência americana, o controle jurisdicional

traz consigo a exigência de ruptura de quatro paradigmas e, conseqüentemente, a emergência de outros quatro novos paradigmas, quais sejam: a) distinção entre vigência e validade, sujeitando a lei a um juízo conteudístico e material, ou seja, submetendo o direito ao direito, a forma ao conteúdo; b) igualmente, a atribuição impositiva de um caráter substantivo à democracia, acarretando uma vinculação negativa e positiva para o legislador; c) sobrelevando a função da jurisdição constitucional, cuja legitimidade democrática é igualmente substantiva, haurida na proteção dos direitos fundamentais; d) e, finalmente, o caráter também normativo da ciência jurídica.

Para o jurista italiano, a existência de lacunas e antinomias traz para a ciência jurídica o dever de formular condições e orientações para que sejam supridos e corrigidos tais vícios, o que destaca a sua função crítica e, por conseguinte, normativa.

Desse modo, a ciência jurídica não pode ficar mais renegada a uma função meramente descritiva, devendo encerrar e manifestar um caráter valorativo, crítico e projetual, notadamente em razão da rigidez constitucional (FERRAJOLI, 2006, p. 426-427).

Sustenta Ferrajoli que levar o constitucionalismo a sério exige que se estabeleçam as condições legítimas para a elaboração do direito a partir do direito constitucional, atribuindo à ciência jurídica e à jurisprudência um caráter pragmático sem precedentes, tornando imperioso que a cultura jurídica assuma a sua responsabilidade civil e política, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

E investe por isso a cultura jurídica de uma responsabilidade civil e política, atribuindo-lhe a tarefa de perseguir, por meio de operações interpretativas ou jurisdicionais ou legislativas, a sua coerência interna e completude – vale dizer a efetividade dos princípios constitucionais – sem, por outro lado, ter a ilusão de que tais operações possam ser jamais inteiramente realizáveis.

Não obstante isso, Riccardo Guastini (2005b, 245-246) diverge de Ferrajoli, entendendo que não é a rigidez das constituições que induz à rejeição do caráter meramente cognitivo da ciência jurídica, obtemperando (GUASTINI, 2005, p. 168) que o labor dos juristas se dá por enunciados normativos que expressam a descrição das normas, sem qualquer conteúdo prescritivo.

Considera pouco persuasivas as razões expostas por Ferrajoli porque reputa que a identificação ou não de uma lacuna e de uma antinomia são problemas que se submetem a mera constatação, em nada se relacionando com a prescrição.

O jurista italiano (GUASTINI, 1999, p. 27-28) reserva para a teoria do direito, entendida como meta-metalinguagem, a dimensão crítica e normativa da atuação dos juristas, reduzindo a dogmática apenas à descrição e explicação do discurso do legislador. Assim, a teoria do direito e a dogmática operam em níveis lingüísticos distintos, não se intercomunicando.

Coerentemente com a posição adotada, Guastini (1999, p. 273-274) também diverge de Norberto Bobbio, entendendo que a sua caracterização da ciência jurídica não apenas como descritiva, mas também como prescritiva, enquanto participa da transformação do seu próprio objetivo, encerra uma contradição insustentável e que, nessa condição, não mereceria o nobre nome de ciência, revelando-se mais como uma política do direito.

Por sua vez, Luigi Ferrajoli (2006, p. 75-76), não convencido das críticas que lhe foram formuladas por Riccardo Guastini, afirma acertadamente que o entendimento de que se estaria constatando e, como tal, descrevendo, e não prescrevendo os critérios de colmatação das lacunas e de solução das antinomias, ou seja, tomando-se por prescrição o que seria manifestamente descrição, é equivocado e só seria explicável em função da obsessão pelo cientificismo, asserindo que “Son sofismas que, además, están en abierta contradicción con el derecho positivo.”

Dessarte, Ferrajoli (2002, p. 33) confere à ciência jurídica e, naturalmente, às respectivas teorias, a condição de meta-garantia, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Pero si se toman en serio el derecho y los derechos fundamentales, es también una responsabilidad nuestra, de la ciencia jurídica; la cual, como ha escrito recientemente Letizia Gianformaggio, puede concebirse hoy como una ‘garantía’: precisamente, como una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto.

Ora, efetivamente há de se reconhecer a correção do entendimento desenvolvido pelo jurista italiano, posto que o caráter normativo da ciência jurídica tem o condão de estabelecer as condições de legitimidade e de validade dos discursos jurídicos, pelo que se

constitui numa via, também ela, de garantia que, no plano do Direito Constitucional, erige-se contra o arbítrio no exercício do poder e em favor dos direitos fundamentais.

Sastre Ariza (2005, p. 289) se filia à posição que concebe a ciência jurídica como uma garantia, atribuindo-lhe a função de zelar pela máxima correspondência entre a normatividade constitucional e a realidade; no mesmo sentido, Lopez Calera (2004, p. 147).

Diante disso, não subsistem as razões preconizadas por Guastini para rejeitar a normatividade da ciência jurídica, devidamente entendida, pois a identificação da existência ou não de lacunas e de antinomias consubstancia um juízo crítico e não uma mera constatação e descrição de um sistema estático, em especial nas situações em que as lacunas representam um obstáculo para a efetividade de um direito fundamental, o que sói ocorrer com os direitos sociais que exigem regulamentação infraconstitucional.

A despeito disso, não é pela rigidez da constituição, associada à existência de lacunas e antinomias, que se afirma a normatividade da ciência jurídica; antes, como explicitado, a sua normatividade deriva da sua natureza de ciência prática, e não meramente especulativa ou teórica.

Também sustenta a existência de uma dimensão normativa nas teorias jurídicas José Joaquim Gomes Canotilho (2006, p. 1334-1335), que, tratando especificamente da teoria da constituição, a compreende como mais do que teoria política e científica do direito constitucional, reconhecendo a sua pretensão de ser uma teoria crítica e normativa e, como tal, possuindo um tríptico sentido, como se observa do excerto abaixo, *in verbis*:

(1) como instância crítica das soluções constituintes consagradas nas leis fundamentais e das propostas avançadas para a criação e revisão de uma constituição nos momentos constitucionais; (2) como fonte de descoberta das decisões, princípios, regras e alternativas, acolhidas pelos vários modelos constitucionais; (3) como filtro de racionalização das pré-compreensões do intérprete das normas constitucionais, procurando evitar que os seus prejuízos e pré-conceitos jurídicos, filosóficos, ideológicos, religiosos, éticos afetem a racionalidade e razoabilidade indispensáveis à observação da rede de complexidade do estado de direito constitucional-democrático.

Parafrazeando Ferrajoli que, por sua vez, parafraseou Dworkin, a necessidade de que se leve a sério a programaticidade da Constituição de 1988 e o dirigismo que empreende sobre a ação e as políticas públicas exige que o desenvolvimento de uma teoria constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiro reabilite a capacidade de intervenção do Estado, otimizando a efetividade dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas e resistindo à erosão constitucional propiciada pela crítica dos movimentos

que advogam teorias reflexivas, autopoiéticas, procedimentais ou instrumentais, que pretendem privatizar o espaço constitucionalmente disciplinado.

Verifica-se que tais discussões conduzem à percepção da fundamentalidade da questão respeitante às funções e à natureza da ciência jurídica concernentes ao desenvolvimento de uma teoria da constituição dirigente que se pretenda constitucionalmente adequada.

As teorias jurídicas compõem, em verdade, uma meta-garantia contra o arbítrio e, em se tratando de uma teoria voltada para a reabilitação e reafirmação atualizadora do dirigismo constitucional, deve-se almejar a promoção da efetividade dos direitos fundamentais e da realização das utopias partilhadas solidariamente pela comunidade, sendo a Constituição Federal a fiel depositária dos anseios e das necessidades sociais que justificam e legitimam a existência do Estado brasileiro e condicionam a política.

Nesse sentido, evidencia-se o total acerto da perspicaz observação de Christian Atias (1987, p. 9) de que “Diante do arbítrio se encontra o direito e que a muralha que parecia de papel não cede sempre ao primeiro assalto da força bruta<sup>9</sup>”

E não existe arena mais propícia à luta contra o exercício arbitrário do poder do que o direito constitucional, haja vista que se constitui como um direito marcado pela luta contra as iniquidades e abusos do poder, em todas as suas manifestações que possam subjugar a pessoa humana.

É preciso que a teoria da constituição dirigente compatível e adequada ao texto e ao contexto brasileiro esteja apta a soerguer e a manter a muralha de defesa consubstanciada na Constituição Federal de 1988, do que se infere o seu patente viés normativo ao portar uma dimensão crítica quanto à práxis e ao discurso jurídico, notadamente quanto à operacionalidade e eficácia das normas constitucionais programáticas e à sua repercussão sobre as políticas públicas, com a modificação das relações institucionais entre os poderes do Estado, e a viabilidade e pertinência da projeção de objetivos e finalidades vinculantes para o Poder Público e conformadores da sociedade.

Detém, igualmente, uma dimensão de resistência e trincheira em face dos assaltos decorrentes das influências e interferências do poder econômico e do capitalismo financeiro em épocas de globalização neoliberal, rejeitando as teorias jurídicas que defendam uma

---

<sup>9</sup> “Face à l’arbitraire, se dresse le droit; et el rempart qui semblait de papier ne cède pas toujours au premier assaut de la force brutale”, em tradução livre, no texto.



contenção da normatividade constitucional ao que seja estritamente orgânico-funcional, com a suposta reabilitação da capacidade de auto-regulação do mercado.

E a ciência jurídica é normativa, ainda e fundamentalmente porque, exercendo uma atividade de compreensão crítico-reflexiva, e também projetiva, visa a alterar a tessitura do direito, não enquanto texto, mas enquanto compreensão e experiência que sobre o texto se forma. Não como apenas como *law in the books*, o que decorreria de sua interferência e influência sobre uma teoria da legislação, mas, propriamente, como *law in the action*.

Em corroboração a tal perspectiva, Gustavo Zagrebelsky (2002, p. 9) registra que os grandes problemas jurídicos não se encontram nas constituições, nos códigos e nas leis, pois o que importa realmente é a idéia que se tenha sobre o direito e sobre a constituição.

Cumprir, ainda, a que o reconhecimento da dimensão crítica<sup>10</sup> e da potencialidade construtiva, habilitantes da normatividade da ciência jurídica, não se desenvolveu tanto no âmbito das reflexões dos temas e questões constitucionais por mero acaso.

Como observado, a grande maioria dos que sustentam a concepção científica orientada pela razão prática, visando à reflexão para a ação, é composta por constitucionalistas que integram o movimento de contestação e superação do positivismo jurídico, ainda que tenham contribuições distintas no que tange ao direito constitucional e a despeito de divergências entre as respectivas construções teóricas.

E tal se dá justamente em virtude do relevo que as constituições têm – e devem ter cada vez mais –, por consistirem num parâmetro impositivo e legitimante para a estruturação contudística e valorativa do direito, seja no que respeita à atividade legislativa, seja quanto às demais funções do Estado, seja, ainda, quanto às relações travadas entre particulares.

Desse modo, a prática jurídica brasileira e o desenvolvimento doutrinário da ciência jurídica só têm condições de se legitimar em mostrando aptidão e compatibilidade para conformar-se e desenvolver a programaticidade constitucional, seguindo as direções de

---

<sup>10</sup> Nesse passo, torna-se necessário esclarecer que a menção à crítica como própria à ciência jurídica não conduz ao sentido com o qual é concebida por Karl Popper, com a sua concepção metodológica das conjecturas e refutações, ao contrário do que observa Sastre Ariza (2005, p. 288).

Ora, Popper (1999, p. 16) recorre à crítica como critério de cientificidade de determinadas proposições, bem como de objetividade da ciência; assim, são proposições científicas aquelas que sejam refutáveis e devem prevalecer enquanto resistam às refutações. A correção da proposição não deriva de um método, mas da crítica promovida no ambiente científico; de outra parte, ainda que a ciência jurídica deve abrigar a crítica segundo a concepção popperiana, o sentido de crítica que conduz à normatividade da ciência jurídica é distinto, significando uma atividade de avaliação das teorias e das práticas jurídicas existentes.

promoção de políticas públicas e de consecução dos objetivos comunitários tidos como mais relevantes.

A deficiência da vinculação normativo-constitucional e a defasagem entre as promessas constitucionais abrigadas há cerca de vinte anos e a realidade social circundante, tornam premente o apuro da reflexão, da crítica e da aptidão construtiva e projetiva, conduzindo a ciência jurídica e, notadamente, a ciência do direito constitucional a se voltar para a resolução dos problemas relativos à baixa constitucionalidade, erigindo uma muralha em favor do desenvolvimento das direções constitucionalmente vinculantes, resistindo aos desafios colocados pela globalização neoliberal e, reconhecendo as limitações da teoria e a pertinência das críticas, reformular e reforçar a teoria da constituição dirigente, mantendo-a sempre atualizada ao texto e ao contexto brasileiro.

Constata-se, pois, uma compatibilidade entre as concepções epistemológicas e metodológicas do neoconstitucionalismo e as necessidades de desenvolvimento de uma teoria normativa da constituição dirigente juridicamente vinculante sobre a ação política do Estado, reabilitando o Estado Social brasileiro, componente inafastável do Estado Democrático de Direito.

De qualquer modo, já se pode concluir pela necessidade de tornar a ciência jurídica mais humana, mais real, mais prática, seguindo o movimento observado por Gadamer (2001, p. 129) de que “el rostro de las ciencias humanas ha cambiado mucho en las últimas décadas” buscando um novo equilíbrio entre as diferentes perspectivas de investigação.

Uma teoria normativa da constituição dirigente, nessas condições, consubstancia uma meta-garantia ao próprio sistema constitucional em prol da supremacia da constituição, reforçando e respaldando a pretensão de eficácia de que trata Konrad Hesse (1991, p. 15), viabilizando a sua aptidão para a conformação da realidade.

Firmado o caráter normativo da ciência jurídica e, conseqüentemente, a aptidão das teorias jurídicas de funcionarem como filtro para outras teorias e para a prática jurídica, formulando critérios para o desenvolvimento do direito, do que se depreende o seu caráter construtivo e projetivo, faz-se mister adentrar, ainda que limitado aos contornos do presente estudo, no estatuto epistemológico das teorias, analisando em que consistem, quais as suas funções e os critérios de desenvolvimento e superação das teorias, sem qualquer pretensão de exaurir a matéria.

## 2.2 ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DE UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

A temática relativa ao estatuto epistemológico das teorias jurídicas tem sido objeto de reflexão, ainda que difusa, no plano epistemológico, destacando-se as contribuições de Canaris (1995) e Christian Atias (1987), sem que seja dispensável, evidentemente, o diálogo com as concepções provenientes da metodologia da ciência em si mesma. Como registra Atias (1987, p. 17-18), o direito tem as suas teorias, que são múltiplas e podem tanto irrigá-lo quanto esterilizá-lo.

Na doutrina brasileira Souto Maior Borges (2007), Tércio Sampaio Ferraz (1980), e Lenio Luiz Streck (2001) participam da interlocução quanto ao relevo da reflexão e do desenvolvimento das teorias jurídicas, contra o dogmatismo e o imobilismo.

No que respeita ao objeto do presente estudo, a análise do estatuto epistemológico das teorias jurídicas, visando à defesa da teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiro, leva à reflexão acerca do que seja uma teoria, das suas funções e dos critérios de aceitação e refutação de uma teoria.

A questão é deveras importante porque uma das críticas promovidas ao dirigismo constitucional, e reconhecida por Canotilho (2006, p. 105) é de que o dirigismo não resiste ao riso irônico da mulher trácia, que só trouxe desprestígio e desprezo à Constituição.

Afirma Canotilho que as constituições dirigentes, desde a mexicana até a brasileira, estariam num fosso em que receberiam escárnio e mal-dizer, ocorrendo com os adeptos do constitucionalismo dirigente o que teria ocorrido há milhares de anos com Tales de Mileto quando, caindo num fosso ao mirar as estrelas, ao pedir socorro, recebeu o riso de uma mulher da Trácia, que expressava simbolicamente o descrédito das teorias e das reflexões que não se preocupam com a realidade<sup>11</sup>.

Essa queda e esse riso, para o constitucionalista português, representam um dado cultural relevante, consistente no descrédito dos teóricos e dos construtores de utopias, certamente motivado, dentre outros aspectos, pelo avanço da técnica, que acomoda a reflexão, encantando a todos pelos progressos auferidos.

Assevera que o riso irônico da serva trácia representa em escárnio de multidões, ficando o olhar para o devir preso à debilidade de um chão sujeito a terremotos.

Nesse mesmo sentido, embora não adstrito especificamente a qualquer teoria

---

<sup>11</sup> Dedicando-se à reflexão da representatividade do riso da mulher de Trácia, Hans Blumenberg (1994).

jurídica, Canaris (1995, p. 25-26) observa o desprestígio e o desinteresse pelas teorias jurídicas, atribuindo tais fatores à expansão do pensamento problemático e ao ocaso da jurisprudência dos conceitos, como também (CANARIS, 1995, p. 119-120) à aversão e à impotência diante das exigências do pensamento teórico e ao receio de que não satisfaçam as necessidades da prática, no que se insere a mencionada crítica ao dirigismo.

Em outras palavras, é o desprestígio que a teoria sofre quando não se adequa à prática, que faz pouco caso dela, dando ensejo à reflexão kantiana sobre a relação entre teoria e prática, intitulada *Sur Le Lieu Commun: Il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique, cela ne vaut rien*<sup>12</sup>, que se volta ao âmbito da moral, da política e do direito das gentes (Kant, 1994, p. 48).

Esse escárnio referido por Canotilho, certamente motivado pela defasagem entre o texto e as teorias erigidas em seu derredor para com a realidade existencial sensível e palpável, apenas agrava o processo já antevisto por Karl Loewenstein (1965, p. 158-159), a que denomina erosão da consciência constitucional, posto que (LOEWENSTEIN, 1976, p. 227) “Para el ‘hombre de la calle’ la constitución significa muy poco”, sendo poucos também os que têm interesse em conhecê-la, para o que contribui o estágio de reflexão do direito constitucional, que mais se apresenta como uma ciência oculta, acessível apenas a poucos, aspecto que é reforçado pela crescente complexidade dos textos constitucionais.

Daí, longe se está da prevalência da vontade de constituição, *conditio sine qua non* para a pretensão de eficácia da constituição e para a sua capacidade de conformação da realidade mediante a imposição de tarefas, deixando o direito constitucional um flanco aberto para o arbítrio (HESSE, 1991, p. 1-20)

Entretanto, Canotilho não atentou para a anedota que Aristóteles conta em oposição ao riso da mulher da Trácia, bem referida por Blumenberg (1994, p. 18), de que o mesmo Tales de Mileto, de tanto observar o céu, previu, com o auxílio da astronomia, uma colheita de azeite, extraindo os benefícios de tal predição.

Com efeito, “É certo que o pensamento insistente não é suficiente. Porém, sem ele, as coisas andam menos ainda”, como salienta Habermas (1993, p. 111), justificando-se sobremodo o enfrentamento das condições necessárias para a preservação do dirigismo constitucional no contexto complexo da suposta pós-modernidade brasileira, refundando as bases do Estado Social, enquanto dimensão necessária do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>12</sup> Em tradução livre, remete à questão do que vale ou parece correto na teoria não se mostrar da mesma forma na prática.

Assim, faz-se mister que seja superada essa crítica pela identificação da relação entre teoria e prática, fundando-se o dirigismo na razão prática e se dedicando à resolução dos problemas que desafiam, no contexto constitucional brasileiro, a efetividade dos programas e a persecução da direção impositivamente assinalada, seguindo-se, portanto, a orientação de Cornelius Castoriadis (1997, p. 200) de que o pensamento deve refletir sobre o próprio saber científico em razão da sua problemática interna, do seu enraizamento histórico e da sua função social, o que se impõe diante da expansão da apatia e da insignificância.

### **2.2.1 Sentido problemático das teorias aplicado a uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada**

Qualquer resposta à crítica percebida por Canotilho quanto ao caráter meramente abstrato e nefelibata da reflexão teórica sobre o dirigismo constitucional impõe uma investigação sobre o significado da teoria, no plano da epistemologia jurídica, além de ser uma questão prévia ao enfrentamento das objeções postas pela pós-modernidade em face da incredulidade quanto à capacidade de projeção e planejamento de ação pela razão prática ao argumento da crise das metanarrativas (LYOTARD, 2005, p. 7-8), como será oportunamente abordado.

Nicola Abbagnano (2003, p. 952-953) sustenta, sob o verbete ‘teoria’, a existência de quatro significados distintos, sendo o primeiro concernente ao que decorre de uma atividade especulativa e contemplativa, tendo lugar na Grécia antiga.

O segundo sentido seria relativo à construção de condições hipotéticas ideais, “na qual tenham pleno cumprimento normas e regras, que na realidade são observadas imperfeitas ou parcialmente.”

A terceira acepção refere-se à ciência pura, não dando importância à aplicação prática na técnica de produção dos desenvolvimentos teóricos ou científicos, ou, então, na elaboração formalizada dos resultados, seja conceitual, seja matemática.

Finalmente, considera que teoria também pode consistir numa hipótese ou num conceito científico, destacando que a ciência moderna não mais rechaça o desenvolvimento de hipóteses na medida em que foi afastada a perspectiva transcendental que buscava uma fundamentação última.

Abbagnano adota esse último sentido, sustentando que uma teoria científica não seria um esquema interpretativo acrescentado ao corpo da ciência, mas estabeleceria esse próprio corpo, condicionando tanto a observação dos fenômenos como a utilização dos instrumentos de observação; ademais, possui, ainda, um aparato que viabilize a verificação da pertinência das hipóteses ou conceitos.

Destaca que a teoria não tem necessariamente um caráter explicativo, mas classificatório e preditivo, tendo como uma das funções precípua o desenvolvimento de regras de inferência que permitam a previsão dos dados de fato.

Como se percebe, o desenvolvimento do conceito de teoria, por Abbagnano, dirige-se primordialmente às ciências da natureza, posto que em momento algum ressalta o caráter compreensivo essencial à existência das ciências sociais, pela sua estrita dimensão histórica fundada na tradição.

As ciências sociais, segundo Gadamer (1999, p. 427), distinguem-se das naturais porque, enquanto nessas o objeto pode ser ideal, em havendo o conhecimento completo da natureza – sem que afaste a relevância da tradição –, naquelas é impossível uma apreensão completa da historicidade em que se dá a existência humana, destacando que “(...) o interesse investigador que se volta para a tradição é motivado, de uma maneira especial, pelo respectivo presente e seus interesses”, denunciando as deficiências do Romantismo e do historicismo, que não tinham a preocupação com a redução do distanciamento histórico pela compreensão, o que Gadamer trabalha pelas noções de círculo hermenêutico e de fusão de horizontes.

Ora, as ciências sociais são dotadas de historicidade porque, ainda que referidas ao seu objeto, este só existe numa dimensão histórica, permeado por uma tradição que demarca o seu horizonte de sentido, não sendo possível a investigação do objeto em si, posto que em si mesmo, em caráter neutro, sem estar inserido num horizonte de sentido e de significação, tal objeto não existe.

Nesse sentido, afiguram-se pertinentes as contribuições de Karl Popper ao estabelecer as teses pertinentes à lógica das ciências sociais, no que respeita ao desenvolvimento do conhecimento científico, sustentando o seu caráter problemático (1999, p. 14-15) na medida em que o momento inicial do conhecimento se funda na existência de problemas, e não de percepções ou de observações. “(...) não há nenhum conhecimento sem problemas, mas também não há nenhum problema sem conhecimento.”

Após ressaltar a relação de tensão entre conhecimento e ignorância, asseriu que não há problema sem conhecimento e nem conhecimento sem problema, originando-se este de alguma falha no que se reputa conhecido, ou da existência de uma contradição interna entre o

suposto conhecimento e os fatos, ou melhor dizendo, entre o suposto conhecimento e os supostos fatos.

Ademais, estabelece como critério de êxito da reflexão científica, dentre outros aspectos, a relevância do problema sobre o qual ela se debruça, reafirmando o caráter eminente dos problemas que devem nortear as ciências sociais, como analfabetismo, pobreza, supressão política ou incerteza quanto a direitos legais, não ficando restrita a questões apenas teóricas.

Segundo Gadamer (2001b, p. 26-27) a origem grega da expressão teoria remete à contemplação, que não se confunde com a mera observação, e a contemplação se dá mediante o contato com um problema que expõe o homem à angústia da sua ignorância, produtiva de conhecimento no sentido de refletir para solucioná-lo.

Canaris (1995, p. 30) sustenta que as teorias não se destinam apenas a propiciar uma melhor ordenação da matéria jurídica, pois se prestam para constituir o direito mediante a formulação de novas regras jurídicas, ainda não percebidas, seja pela interpretação das normas conforme a teoria, seja pela prática judicial de normas não escritas, conferindo à teoria uma função explicitativa e uma função heurística.

Ao se lhe atribuir uma função heurística, evidencia a sua relevância aplicativa (CANARIS, 1995, p. 37), não devendo se opor e nem ser insensível à prática, embora não se deva submeter à práxis.

Canaris (1995, p. 27-28) admite a concepção de Popper (2006, p. 61) de que as teorias são sistemas de enunciados universais, destinando-se a racionalizar e explicar o mundo, agregando a tal entendimento a exigência de que apresentem ordem e unidade.

De qualquer sorte, bem lançada a observação de Christian Atias (1987, p. 29-30) quanto à ambigüidade da expressão teoria, uma vez que costuma ser invocada sem qualquer rigor, concebendo-a como uma construção especulativa que associa causas e conseqüências, num sentido provisório.

Com tais registros, já se vai constatando que a teoria deve ser desenvolvida sempre a partir de problemas práticos que sejam relevantes e tragam desafios para a existência humana, sendo impertinente a sua compreensão como modelos meramente explicativos e informativos, pois visam exatamente à solução dos problemas que se lhe antepõem.

Nesse sentido, Larry Laudan (1977, p. 11-12) caracteriza a ciência como uma atividade essencialmente destinada à solução de problemas, revelando-se como a “problem-solving activity”. E a solução dos problemas se daria justamente através do desenvolvimento das teorias, que são, conseqüentemente, o resultado da reflexão teórica.

Em um sentido mais aberto, Edgar Morin (2001a, p. 335) considera que a teoria não é o conhecimento e nem consiste numa solução; ela é, em verdade, a possibilidade de tratar de um problema, é o ponto de partida do conhecimento.

As considerações precedentes denotam que as teorias, notadamente no âmbito das ciências sociais, devem se dedicar a problemas, tentando solucioná-los pelas vias que se apresentem como as mais adequadas possíveis.

Ora, a teoria não se presta a nada sem a prática (BLUMEMBERG, 1994, p. 19), mas a prática não pode prescindir da teoria, em razão do que Gadamer considera que o elogio da teoria conduz ao elogio da práxis (2001b, p. 40), de modo que “[...] a organização racional do seu aparelho civilizacional não constitua um fim em si, mas possibilite uma vida a que e pode dizer ‘sim’.”

As teorias jurídicas são destinadas a resolver problemas práticos – ou também conceituais, mas com repercussão prática, que lhe são opostos –, tendo, conseqüentemente, a condição de alterar a tessitura do direito e estabelecer as condições de operacionalização e de transição entre o texto e a realidade.

Devem orientar-se ao problema, revitalizando a razão prática no âmbito do pensamento jurídico (CASAMIGLIA, 2000, p. 26), confirmando-se a asserção de Robert Alexy (2001, p. 33) de que a ciência jurídica é uma ciência prática e também normativa.

Diante do problema, a reflexão se inicia ou continua em progressão pela insatisfação com o estágio atual do conhecimento (ATIAS, 1987, p. 56), representando um esforço que encerra uma dimensão ineliminável da existência humana porque corresponde a sua condição antropológica (GADAMER, 2001, p. 66).

Todavia, as teorias são sempre provisórias, sujeitas às correções ou refutações, pois o surgimento de uma teoria destinada à solução de um determinado problema pode conduzir a novos problemas (POPPER, 1999, p. 55) que, então, desafiam a consistência da teoria, conduzindo a reflexão a refutá-la ou a modificá-la em adaptação à necessidade de resolver os novos problemas.

Desse modo, as teorias existentes, em face dos problemas que acarretam ou que diante delas se apresentam, consubstanciam pontos de partida (ATIAS, 1987, p. 78) para o seu aperfeiçoamento ou para o desenvolvimento de novas teorias

Tais aspectos revelam-se patentes no âmbito do dirigismo constitucional, eis que a sua defesa se justifica enquanto proposta para solucionar, dentre outros problemas decorrentes, o da falta de efetividade das normas constitucionais programáticas e de direitos sociais, cuja solução, por sua vez, é importante e impositiva porque se destinaria a mitigar o



grau de exclusão e desigualdade existente no contexto brasileiro, marcado pela concentração de riqueza, pelo individualismo possessivo, por altos índices de exclusão social, denotando a negativa das condições existenciais e de cidadania; destinar-se-ia, ainda, a interferir sobre a ação pública e sobre as políticas públicas voltadas aos problemas sociais e aos de desenvolvimento em virtude dos vícios do processo político-democrático que, por sua vez, consubstanciam obstáculos que desafiam o dirigismo constitucional.

Nesse sentido, Canotilho (1994, p. 11) identifica como problema em virtude do qual desenvolve a sua reflexão aquele consistente nas relações entre a constituição e a lei, buscando saber o que pode ficar sob o império da constituição e, conseqüentemente, ser ordenado aos órgãos legislativos.

Diversamente, numa interação entre teoria e prática, a tal problema subjaz outro, que deve ser o foco das preocupações de reformulação e atualização dirigente, que é o da falta de efetividade das normas constitucionais programáticas e das direções projetivas de futuro, tendo-se por firme a necessidade de que sejam efetivas para lograr incidir e operar sobre a realidade.

Essa perspectiva se adequa mais a sua revisão acerca da questão fundamental tratado pelo dirigismo (CANOTILHO, 2006c, p. 32), consistente em saber se

[...] através de ‘programas’, tarefas e directivas constitucionais se conseguiria uma imediatez efectiva e concretizável das normas e princípios constitucionais de forma a acabar com os queixumes constitucionais da ‘constituição não cumprida’ ou da ‘não concretização da constituição’.

Evidentemente, superando-se esse problema, chega-se às relações entre constituição e lei.

Como não poderia deixar de ser, o desenvolvimento da teoria da constituição dirigente por Canotilho (1994) trouxe consigo vários outros problemas, aos quais se acrescentaram mais alguns, próprios de sua aplicação ao contexto social brasileiro sem as devidas adaptações, como também os pseudo-problemas decorrentes de uma crítica inconsistente que contra o dirigismo se soergueu na oportunidade do advento da Constituição Federal de 1988, como algumas das formuladas por Ney Prado (1994, p. 45-48).

Dentre eles, pode-se mencionar a questão da constitucionalização da política e dos seus limites que, por sua vez, conduz ao problema da judicialização da política no âmbito da construção do princípio da separação de funções e do afirmado déficit democrático do poder judiciário para valorar e adotar decisões referentes a políticas públicas, de fora parte o

problema paradigmático, surgido com a crise da modernidade, relativo à incredulidade das metarranativas, já abordado, além das dificuldades institucionais provenientes da sobrecarga do Estado Social e das pressões pela sua desmontagem que são promovidas pela globalização econômica neoliberal e pelo capitalismo financeiro, fluido e volátil, como se pretende que seja a ordem constitucional.

Não obstante rol tão intrincado de problemas e obstáculos, que certamente é apenas exemplificativo, não se infere que o dirigismo constitucional deva estar fadado ao insucesso ou à morte (CANOTILHO, 2003, p. 43) ou que, no contexto social brasileiro, o direito constitucional deixe de ser uma disciplina dirigente e passe a ser uma disciplina dirigida (CANOTILHO, 2000, p. 217-218).

Tal compreensão é fundamental para a reabilitação do saber teórico e para o resgate e reforço atualizante do dirigismo constitucional, pois o seu desenvolvimento adequado ao texto e ao contexto brasileiros só se faz possível a partir da devida percepção dos problemas que se lhe colocam; todavia, tal entendimento não importa numa exaltação das capacidades do texto constitucional, mas apenas a convicção também nutrida por Habermas (1993, p. 97) de que, se não se pode esperar das teorias mais do que elas podem propiciar, também não se deve contentar com menos do que estão aptas a fazer.

Se a ciência jurídica não pode resolver todos os problemas (CASAMIGLIA, 2000, p. 23), há de resolver da melhor forma possível aqueles que sejam passíveis de alguma solução, sendo justamente nessa compreensão que se insere a necessidade do dirigismo constitucional, e não mediante a exaltação de um voluntarismo constitucional que tenha subjacente uma metanarrativa totalizante de um sujeito heróico que se releve no Estado.

### **2.2.2 Funções das teorias aplicadas a uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada**

O tema das funções das teorias jurídicas é assaz discutido, embora já houvesse a indicação anteriormente, quando da afirmação da normatividade da ciência jurídica, de algumas delas.

De um modo geral, e pelo que já restou exposto, pode-se conceber que as teorias jurídicas possuem cinco funções distintas, mas que se implicam mútua e reciprocamente,

quais sejam: a) explicativa, b) heurística c) normativa, d) sistemática, e e) garantista.

Tais funções se interpenetram, não sendo possível que uma teoria se caracterize por apenas algumas dessas funções, como se confirma pelas considerações de Christian Atias (1987, p. 40-41) que, ao classificar as teorias em normativas e explicativas, destaca a dificuldade de distinção e mesmo de oposição entre ambas, chegando a asseverar que a explicativa é normativa na medida em que ela se forma abrigoando determinadas posições e entendimentos e rechaçando outros, independentemente de encerrar ou não uma inovação no sistema jurídico. Dessa maneira, a força de uma teoria jurídica reside exatamente na condição de dar ou não razão, fundamentando e justificando, a atos de determinadas autoridades.

Não obstante isso, fincada a interpenetração entre as funções, cabe destacar que a função explicativa se justifica por precisar a teoria de um substrato lógico e coerente de compreensão do problema a cuja solução se dedica para, a partir de então, refletir no sentido da adaptação de uma teoria existente, corrigindo-a, ou da superação por uma nova teoria.

Tanto no que respeita à correção quanto ao surgimento de uma nova teoria, manifesta-se a sua função heurística, posto que as teorias jurídicas devem propiciar o surgimento de compreensões que abriguem normas, princípios e institutos aptos a, inovando o direito, resolver os problemas. E tal função heurística só pode se manifestar mediante a reflexão hermenêutica que, no caso do contexto brasileiro, reconhece a aptidão da Constituição Federal de 1988 para fundar o novo, exaltando a sua potencialidade produtiva de sentido, e não reprodutiva de senso comum teórico, como abordado.

A consequência da função heurística, ou construtiva, das teorias é a sua afirmação como critério de legitimidade e de validade dos discursos e das práticas jurídicas, sem o que não há o devido respaldo para que se integrem ou permaneçam no sistema jurídico, representando a sua função normativa.

Com efeito, certamente se pode recorrer à noção de filtragem constitucional<sup>13</sup> para referi-la não tanto ao plano jurídico-positivo, mas ao plano teórico-científico do direito para, em razão do caráter normativa das teorias jurídicas, sustentar a ilegitimidade, invalidade e impertinência de discursos ou práticas que se distanciem da teoria que, em dado momento, afirme-se como a mais adequada à solução de determinados problemas.

Há, também, a função sistemática, que deve ser tanto interna à teoria, como também externa, pois as teorias jurídicas devem se relacionar reciprocamente, compondo uma

---

<sup>13</sup> Desenvolvida por Paulo Roberto Schier (1999, p. 103-104) como decorrente da proeminência normativa da Constituição e da sua consequente aptidão para negar validade às normas infraconstitucionais dela discordantes.

teia ou uma rede que venha a estruturar o substrato subjacente à tessitura do direito, oriunda do cadinho das vivências, práticas e anseios que sejam partilhados pela comunidade.

Observe-se (CANARIS, 1996, p. 18-23) que a noção de sistema a que deve prezar a teoria jurídica é aquela relacionada à adequação valorativa e unidade interior, traduzindo-se numa aplicação equânime e isonômica dos seus postulados e viabilizando a solução de ambigüidades, retirando a já mencionada opacidade do direito.

E, finalmente, a partir do quanto já exposto, restou fíncada a concepção substancial e substantiva de que as teorias jurídicas, como resultado das reflexões da ciência jurídica, consubstanciam meta-garantia, em exata correspondência à mencionada aptidão prescritiva de como deve ser o direito.

Cabe destaque ao entendimento de Lopez Calera (2004, p. 38) de que as teorias jurídicas devem ser críticas, encerrando uma dimensão utópica que auxilie a sociedade política com a construção do que deve ser o direito.

Registre-se, ainda, que ao se estabelecer as funções normativas e de garantia não se está pretendendo conceber as teorias jurídicas como um catálogo cerrado de regras que, metodicamente seguidas, conduzam à boa solução ou à melhor decisão, pois assim se estaria aderindo a uma concepção similar as que se vem de rechaçar, que sustentam o rigor do método como condição para a atividade científica e, na seara do direito, para a adequada interpretação.

Ao contrário, as teorias jurídicas devem ser constituídas sempre com uma abertura para a realidade e ser matizadas pela reflexão hermenêutica, pelo que, no caso das teorias que busquem uma adequação constitucional, devem guardar sempre uma relação dialógica com o texto constitucional, a ser percebido como novo e com aptidão de produção de sentido, além de se dedicarem à busca das alternativas que se mostrem mais adequadas aos fins a que se propõe, na linha do pensamento possibilista sustentado por Peter Häberle (2004, p. 48-51), adepto do racionalismo crítico de Popper, estendendo-o ao plano da teoria da constituição, dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais, da função legislativa e da interpretação.

O pensamento possibilista evita, assim, que as teorias jurídicas se fechem em um ensimesmamento prejudicial, o que consubstancia uma das falhas certamente apresentadas pelo dirigismo constitucional, como será adiante explicitado.

Canaris (1995, p. 26), por sua vez, considerando que as teorias jurídicas permitem a classificação conceitual ou dogmática das soluções jurídicas, asseguram a sua compatibilidade com o sistema jurídico vigente, assinalando o respectivo sentido material de justiça, além de se constituírem como um marco para solução de outros casos, reputa que as

funções também se prestam a valorar a eficácia de uma dada teoria jurídica.

Nesse sentido, cumpre verificar a aplicação de tais funções a uma teoria da constituição dirigente que se pretenda constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiro.

### **2.2.3 O sentido da adequação constitucional do dirigismo brasileiro e as funções da sua teoria**

O elemento mais relevante para o desenvolvimento da teoria e a sua afirmação consiste justamente na verificação da sua adequação constitucional ao texto e ao contexto, o que encerra uma circularidade entre a compreensão da Constituição como vivência numa cultura constitucional e o desenvolvimento teórico da atividade científica quanto aos problemas que desafiam a força conformadora da Constituição brasileira de 1988 sobre os fatos, sobre a política e, notadamente, sobre a economia.

E para que se perceba o sentido da adequação constitucional é imprescindível que a reflexão conducente à atualização da teoria da constituição dirigente desenvolvida por Canotilho (1994) seja orientada pela perspectiva hermenêutica<sup>14</sup>, como já adiantado incidentalmente, mantendo-se uma relação dialógica dúplice.

De um lado, a relação dialógica firmada com o texto constitucional, que deve ser sentido e apreendido como o novo, o estranho, portador de uma abertura de sentidos que enseje a angústia do enfrentamento e do desconhecido, motivando a construção do sentido em superação ao senso comum teórico, acomodado e inerte, próprio do hiato democrático.

Lenio Streck (2001, 288-291) bem registra a necessidade de estranhamento perante a Constituição Federal, cuja dificuldade acaba por preservar os preconceitos inautênticos resultantes de uma prática jurídica automatizada e insensível tanto à realidade quanto à novidade genética e à potencialidade constitutiva do texto constitucional, fazendo-se mister que o novo prevaleça e que, por conseguinte, a Constituição efetivamente constitua.

E essa relação dialógica se estabelece mediante o recurso ao movimento da pergunta, que abre o horizonte significativo do texto e conduz a que se dê o encontro entre o

---

<sup>14</sup> Como também entende Canaris (1995, p. 46-47), referindo-se às teorias jurídicas em geral.

horizonte do intérprete e o que provém do texto, interpelando o intérprete acerca de suas expectativas e pré-compreensões.

Tal encontro se mostra muito mais viável e produtivo em razão do distanciamento histórico<sup>15</sup>, pautado, em especial no contexto brasileiro, pela ainda baixa constitucionalidade vigente na prática jurídica e pelo déficit de efetividade dos programas constitucionais e dos direitos fundamentais, além da descrença na política, constatando-se que o que se está por fazer para que as utopias se aproximem ainda dista muito do que poderia ter sido feito.

E esse encontro de horizontes é o que consubstancia a fusão de horizontes, em que se possibilita a verificação da legitimidade e autenticidade dos preconceitos que compõem a pré-compreensão<sup>16</sup> do intérprete, idôneo a progredir para uma ampliação sucessiva e circular dos horizontes do texto e do intérprete, levando a um dos sentidos do movimento típico do círculo hermenêutico, fundamental na reflexão das ciências sociais (SANTOS, 1989, p. 12).

A pergunta ao texto constitucional para erigir uma teoria da constituição constitucionalmente adequada vem norteadas pelos já mencionados problemas que lhe colocam sob pressão e questionamento, que a submetem à aludida erosão constitucional, denotando a unidade entre compreensão, interpretação e aplicação e, conseqüentemente, a absoluta impertinência do desenvolvimento teórico que não se destine ao problema, à realidade e, dessarte, que não seja orietado pela razão prática.

Nesse sentido, Gadamer (1999, p. 554-555) constata que a dialética da pergunta e da resposta se insere na estrutura da experiência hermenêutica, cabendo a colação do excerto abaixo, *in verbis*:

[...] a dialética de pergunta e resposta que pusemos a descoberto permite que a relação da compreensão se manifeste como uma relação recíproca, semelhante à de uma conversação. (...). Esta é a verdade da consciência da história efetual. A consciência com experiência histórica, na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, justo por isso, está aberta para a experiência da história. Descrevemos sua maneira de realizar-se como fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.

---

<sup>15</sup> Segundo Gadamer (1999, p. 408), “A distância é a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa. Entretanto, o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, pois é um processo infinito. Não acontece apenas que se vão eliminando sempre novas fontes de erro, de tal modo que se vão filtrando todas as distorções do verdadeiro sentido, mas que, constantemente, surgem novas fontes de compreensão que tornam patentes relações de sentido insuspeitadas”.

<sup>16</sup> Larenz (1997, p. 288), referindo à pré-compreensão do jurista, afirma ser resultante de um longo processo de aprendizagem que integra os conhecimentos hauridos durante a formação profissional e aqueles decorrentes das experiências profissionais ou não, notadamente as pertinentes aos fatos e contextos sociais, indicando que a importância da pré-compreensão há de ser reconhecida.

A grande questão passa a ser como orientar a solução do problema, o que ressalta a prioridade da pergunta sobre a resposta em si, como pondera Gadamer (2002, p. 80-81), *in verbis*:

O primeiro elemento com que se inicia a compreensão é o fato de que algo nos interpela. É a primeira de todas as condições hermenêuticas. Agora vemos o que se exige para isso: uma suspensão fundamental dos próprios preconceitos. Toda suspensão de juízos, porém, começando pelos preconceitos, logicamente falando, possui a estrutura da pergunta. A essência da pergunta é colocar possibilidades e mantê-las em aberto.

Só mediante a atividade da reflexão pautada pelo problema é possível trazer a força dirigente e projetiva de futuro da Constituição Federal à fala (GADAMER, 1999, p. 556), visando à promoção das utopias que em dado momento expressaram, e continuam expressando, a solidariedade social.

Daí o sentido da adequação constitucional do desenvolvimento de uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada, numa relação de circularidade, posto que a teoria se volte para resolver problemas a partir do texto, mas o próprio horizonte do texto, com as indagações que suscita ao jurista, delimita a composição e estruturação da resposta e da solução possível, de maneira que “[...] o texto aparece como um ponto de referência fixo frente a problematicidade, arbitrariedade ou no mínimo a pluralidade de possibilidades interpretativas que apontam para o texto”, como acentua Gadamer (2002, p. 392).

Em corroboração a tal entendimento, ainda que num outro sentido, Häberle (2004, p. 52) sustenta que “La pensée juridique du possible et le pluralisme des alternatives n’est pas un but en soi”<sup>17</sup>, consubstanciando, antes, um meio que tem por desiderato afirmar e reconstituir de forma consistente o estado de liberdade coletiva, visando a um justo e razoável equilíbrio de interesses, preservando sempre a atualidade da constituição no tempo, “[...] pour le développement de la res publice de l’être humain et pour l’être humain.”<sup>18</sup>

Esse entendimento é deveras importante como forma de compreensão adequada do pluralismo e do multiculturalismo, que não podem diluir a normatividade da constituição,

---

<sup>17</sup> Em tradução livre, “O pensamento jurídico do possível e o pluralismo de alternativas não é um fim em si mesmo.”

<sup>18</sup> Ainda em tradução livre, “[...] para o desenvolvimento do sentido republicano do ser humano e pelo ser humano.”

sendo insusceptíveis de negar a pertinência do dirigismo constitucional.

Também Friedrich Muller (2005, p. 145-147) destaca a relevância do texto na concretização da constituição, identificando a ocorrência de uma estrutura textual da democracia e do Estado de Direito, bem como a complexidade da textualidade jurídica em razão dos problemas de interação entre texto e realidade.

Lenio Streck (2006, p. 122) sustenta a necessidade de construção de uma teoria da constituição dirigente adequada que se dedique ao desenvolvimento das condições de possibilidade de efetivação das promessas descumpridas da modernidade, que são responsáveis pelo questionamento do próprio modelo do Estado Democrático de Direito, indicando a precedência de Ernst-Wolfgang Böckenförd na defesa da exigência de composição de uma teoria da constituição que seja constitucionalmente adequada.

Assim, cabe colacionar a doutrina de Böckenförd (2006, p. 103-104), abaixo transcrita, *in verbis*:

Per elaborare e formulare una tale *teoria costituzionale conforme alla costituzione* si deve partire dalla costituzione stessa, dalle sue decisioni fondamentali e dai suoi principi direttivi, dagli elementi che essa mantiene e da quelli che essa cambia rispetto alla tradizione costituzionale, dall'ordinamento e dall'equilibrio stabiliti per le funzioni, i poteri, eccetera.<sup>19</sup>

Entende que nem a pré-compreensão, numa perspectiva meramente subjetiva, e nem um consenso político em derredor de si própria são suficientes para a construção de uma adequada teoria da constituição, que seja, assim, vinculante, destacando a necessidade da dimensão crítica operada sobre a pré-compreensão – que se dá justamente pela fusão de horizontes, ao serem colocados em suspensão os preconceitos – e de que o consenso resulte de um acordo de opiniões, mas da busca do correto sentido do texto constitucional.

Desse modo, a teoria da constituição dirigente deve buscar sempre uma contínua adequação, não apenas ao texto, mas também ao contexto, como já mencionado, pois a compreensão ocorre conjuntamente com a interpretação e aplicação, exigindo um esforço contínuo de atualização, conducente a uma *living constitution*<sup>20</sup>, mantendo abertos, mas dirigidos, os caminhos relativos às opções políticas fundamentais e ao desenvolvimento das políticas públicas reabilitadoras da capacidade de intervenção do Estado, nota típica do Estado

---

<sup>19</sup> Em tradução livre, “Para elaborar e formular uma tal teoria constitucional conforme a Constituição se deve partir da própria Constituição, das suas decisões fundamentais e dos seus princípios diretivos, dos elementos que ela mantém e daqueles que ela modifica com relação à tradição constitucional, do ordenamento e do equilíbrio estabelecido pelas funções, pelos poderes, dentre outros.” Destaques originais.

<sup>20</sup> Sobre o conceito de *living constitution*, Nestor Pedro Sagüés (2003, p. 269-284).



Social.

A imperiosa adequação da teoria da constituição dirigente ao texto e ao contexto brasileiro ocorre, então, pela reflexão hermenêutica na medida em que texto e contexto se unem em virtude da unidade da compreensão, interpretação e aplicação, compondo o ambiente em que se estabeleça a relação dialógica com o sujeito, interpelando-o a partir do movimento do perguntar, que abre os sentidos e enseja a suspensão dos preconceitos e a fusão de horizontes.

A reflexão hermenêutica é de sobrelevada importância para a devida formulação de uma adequação substancial da teoria da constituição dirigente porque traz a superação do juspositivismo sem retornar ao jusnaturalismo, inserindo-se como pressuposto para a afirmação do pós-positivismo neoconstitucionalista.

Nesse sentido, também Arthur Kaufmann (2003, p. 150-151) aponta a hermenêutica fundada no caráter histórico e existencial do homem como novo fundamento do direito, afastando tanto o jusnaturalismo como o juspositivismo, cuja perspectiva metodológica era reducionista e monolítica, cabendo colacionar a sua advertência, *in verbis*:

Non c'è dubbio che l'abbandono del diritto naturale e del positivismo giuridico e la scelta verso l'ermeneutica giuridica non significhino alcuna facilitazione per il legislatore e per il giudice. All'oposto, diviene più difficile stabilire e pronunziare diritto. Diviene però più umano.<sup>21</sup>

Desse modo, pode-se constatar que a teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada pressupõe a reflexão hermenêutica e se insere no neoconstitucionalismo, dando ensejo a uma das duas posições, quais sejam: a) ou se trata de um neoconstitucionalismo dirigente, ou o neoconstitucionalismo já é, compreendido nos quadrantes pátrios, essencialmente dirigente, posição essa a que se adere.

Insta, contudo, proceder a uma observação de relevo. Como já mencionado, o dirigismo constitucional adequado aos quadrantes pátrios não pode se erigir numa teoria pronta e acabada, persistindo sempre a sua abertura de sentido como projeto em contínua construção, orientando-se, nessa linha, pelo pensamento possibilista.

Foi explicitado alhures que haveria uma relação dialógica necessária ao desenvolvimento do dirigismo constitucionalmente adequado ao texto e contexto brasileiro. A

---

<sup>21</sup> Em tradução livre, “Não existe dúvida que o abandono do direito natural e do positivismo jurídico e a escolha pela hermenêutica jurídica não significa alguma facilitação para o legislador e para o juiz. Ao contrário, torna-se mais difícil estabelecer e pronunciar o direito. Torna-se, contudo, mas humano.”

primeira relação dialógica fora indicada como estabelecida entre o texto constitucional e o sujeito, a partir da unidade fundamental entre compreensão, interpretação e aplicação.

A segunda relação dialógica é que deve se estabelecer no âmbito da ciência jurídica, firmada entre a doutrina e a prática, levando ao aperfeiçoamento e à correção da teoria, com a ampliação dos horizontes de compreensão.

Assim desenvolvido, o dirigismo tem de estar apto a, eficazmente, desenvolver as funções adrede atribuídas às teorias jurídicas, apresentando aptidão explicativa, heurística, normativa, sistemática e garantista.

A função explicativa exige que o dirigismo delineie as categorias normativas próprias da teoria, trabalhando as noções de Estado Social, Estado Democrático de Direito, normas constitucionais e normas programáticas, princípios constitucionais, vinculação normativa, supremacia constitucional, liberdade de conformação ou discricionariedade legislativa, objetivos fundamentais, direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, dentre outros institutos ou categorias que sejam atinentes ao seu núcleo teórico<sup>22</sup>.

A função heurística impõe que o dirigismo seja idôneo a enfrentar inventiva e criativamente as questões e problemas que o desafiam, constituindo a ordem constitucional a partir do texto de 1988 de acordo com a programaticidade constitucional e com as direções juridicamente vinculantes, extraíndo daí princípios, institutos, direitos e deveres que se adequem à impostergável necessidade de efetividade.

O dirigismo deve, também, em razão do caráter normativo, proceder a uma filtragem constitucional para refutar teorias que contrariem ou não sejam orientadas para as direções constitucionalmente vinculantes, como, *verbi gratia*, as que sustentam serem as normas programáticas eficazes apenas no sentido de nortear a interpretação, de ab-rogar o direito pré-constitucional com elas incompatível e de ensejar a inconstitucionalidade de leis manifestamente contrárias ao programa, não admitindo em qualquer hipótese que consubstanciem parâmetro para o controle das políticas públicas.

Da mesma forma, deve estar apta a rechaçar práticas jurídicas que não se coadunem com a programaticidade constitucional e com sua potencialidade emancipatória, inclusiva e libertária de caráter comunitário.

A função sistemática impõe que haja uma adequação valorativa na compreensão da interação dos vários elementos normativos integrantes da teoria, trabalhados pela função

---

<sup>22</sup> A referência ao núcleo teórico é importante porque toda a teoria pode se valer de outras teorias para apoiá-la quanto a questões que não concirnam às suas questões fundamentais.

explicativa e constituídos pela função heurística, de modo a haver uma coerência e uniformidade de sentido na programaticidade e nas direções constitucionalmente vinculantes, ainda que seja matizada pela abertura necessária, por se constituir a teoria num vir-a-ser, sempre provisória e atualizada, desenvolvida pela razão prática e pelo pensamento possibilista.

Quanto à função de meta-garantia, afigura-se evidente a sua imprescindibilidade, consistindo numa trincheira de resguardo da ordem dirigente constitucional em face dos obstáculos que lhe são postos e que almejam a desmontagem da Constituição Federal (KÄGI, 2005, p. 198) e a desestruturação do incipiente Estado Social.

A garantia é, então, tanto para evitar o ocaso do Constituição Federal e de sua capacidade dirigente, de constituir a política, como para os membros da comunidade, seja enquanto indivíduos, seja enquanto coletividade, posto que resguarda o dirigismo o valor fundamental e o objetivo primacial de realização dos direitos fundamentais, dos objetivos comunitários e das cláusulas de utopia constitucional.

A função meta-garantista do dirigismo constitucional pátrio expressa um sentido emancipatório e inclusivo, almejando a promoção da efetividade da programaticidade e das direções políticas constitucionalmente vinculantes, sendo premissa que permeia todo o presente estudo.

Percebe-se uma especial e típica aptidão do dirigismo constitucional no que respeita às funções normativa, heurística e de garantia, diante da consagração pelo texto da Constituição Federal de 1988 de programas e direções utópicos, como os que constam do art. 3º e alguns dos que figuram dentre os princípios constitucionais da ordem econômica, a exemplo do pleno emprego, que potencializam a dimensão crítica de que provêm as aludidas funções.

Nesse contexto, Peter Häberle (2004, p. 244) adverte a necessidade de distinção da função crítica das utopias, pois se as utopias inquietam os homens, podem fazer o mesmo quanto ao Estado Constitucional, instando-o a persegui-las.

A formulação, defesa e sustentação de uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiro exige, entretanto, que não haja o seu ensimesmamento, com a sua circunscrição apenas ao aspecto jurídico, sendo imprescindível que se compatibilize com os paradigmas emergentes, dentre os quais o caráter hermenêutico da reflexão, já abordado, e também a interdisciplinariedade.

#### 2.2.4 A interdisciplinariedade do dirigismo

Certamente um dos problemas do dirigismo constitucional consistiu na exaltação do voluntarismo constitucional e na capacidade de direção jurídica de um texto, refletiva e potencializada apenas sob a perspectiva jurídica de um fenômeno que é pluridimensional.

Essa perspectiva isolacionista e parcelada do pensamento atinente ao dirigismo constitucional auxilia a ineficácia da operatividade da teoria, prejudicando a realização do projeto dirigente por não se inserirem no âmbito da reflexão a ponderação e sopesamento dos problemas que devem ser trabalhados pelo dirigismo relativos a questões pertencentes a outros ramos do saber, mas que o desafiam e que com ele deveriam dialogar.

Edgar Morin (2001b, p. 41) observa que a hiperespecialização obsta a compreensão tanto do global, como do essencial, constituindo uma (MORIN, 2001b, p. 43) “[...] inteligência parcelada, compartimentada, mecanicista, disjuntiva e reducionista”, cindindo o que está tecido em conjunto e tornando-se cega, “[...] Destrói no embrião as possibilidades de compreensão e reflexão, reduz as possibilidades de julgamento corretivo ou da visão a longo prazo”, constatando que quanto mais os problemas são multidimensionais, menos capacidade tem a reflexão parcelada para enfrentá-los.

Ora, na medida em que o ser humano é multidimensional, unindo o biológico, o psíquico, o social e afetivo e o racional (MORIN, 2001b, p. 38), a sociedade também o é e os problemas também o são, pelo que o pensamento especializado, não compreensivo da complexidade, de pouco serve para o desenvolvimento dos marcos teóricos exigidos na contemporaneidade.

Com isso, evidencia-se que o dirigismo constitucionalmente adequado ao texto e ao contexto brasileiro não pode ser refletidamente estruturado de maneira isolada, departamentalizada e especializada, pois, como adverte Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 47), “[...] a excessiva parcelização e disciplinarização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado e que isso acarreta efeitos negativos”, sendo necessário romper com o paradigma dominante na ciência jurídica que “[...] reduziu a complexidade da vida jurídica à *secura da dogmática*”, para o que se torna imprescindível redescobrir a filosofia e a sociologia.

Hayek (2006, p. 18-19) já mencionava a dificuldade e complexidade de um

pensamento que, necessariamente, tivesse de abarcar o conhecimento de múltiplas disciplinas especializadas, salientando que os maiores efeitos nocivos da especialização do conhecimento são sofridos justamente pelo direito e pela economia.

Assim, constata-se que uma teoria do dirigismo adequada deve integrar a complexidade da interação entre o direito constitucional e outros ramos do direito, como o direito administrativo, que institucionaliza a capacidade de intervenção e regulação do Estado Social; o direito tributário, na medida em que o tributo, enquanto expressão da solidariedade social, é instrumento de redistribuição da riqueza, permitindo a contenção da reserva do possível; o direito financeiro, haja vista que as leis orçamentárias importam na formulação política da alocação de recursos, condicionante do desenvolvimento das políticas sociais.

Além disso, exige-se uma interação com a ciência política e com a teoria do Estado, seja para compreender a perda da capacidade de decisão da própria política, apropriada pela tecnoburocracia (CHOMSKY, 2007, p. 41-42) e pela bancocracia (FINZI, 2006, p. 273), como oportunamente analisado.

Gilberto Bercovici (2003b, p. 134-137), em corroboração ao que se vem de afirmar, sustenta a necessidade de um retorno à teoria do Estado para que seja possível superar as crises da teoria da constituição, estabelecendo-se uma conexão com a política e a realidade social.

Ora, se o dirigismo implica na constitucionalização da política, assinalado direções para a formulação e adoção de políticas públicas, não há como se abstrair a relevância da consideração do político em suas reflexões, da mesma forma que ocorre com a teoria do Estado, diante da operacionalização dos programas e das políticas de ação mediante as estruturas estatais, impondo-se uma recomposição do Estado Social, ou uma readequação constitucional (MORAES, 2006), possível apenas em interação com o dirigismo.

Os desafios da afirmada pós-modernidade são comuns ao Estado e à constituição, mais graves no contexto brasileiro do que estrangeiro, exigindo um direito constitucional de resistência e um reforço às estruturas fundacionais do Estado Social que, no constitucionalismo brasileiro, integra uma dimensão essencial do Estado Democrático de Direito, como será devidamente exposto.

Já as relações com a economia são também patentes, exigindo que os problemas a ela pertinentes sejam refletidos no âmbito do dirigismo, dado que os programas constitucionais impõem, com a constituição econômica, a direção da ordem econômica do ser (GRAU, 2004, p. 57-58) e a intervenção estatal no mercado, voltadas à realização dos objetivos constitucionalmente consagrados.

Ademais, verifica-se que os estudos dos efeitos econômicos da disciplina constitucional do Estado vêm sendo cada vez mais aprofundados, notadamente em plagas norte-americanas.

Seguindo essa tendência, Congleton e Swedenborg (2003) dedicaram-se à organização de obra coletiva em que os estudos se estabelecem em derredor da estrutura constitucional e sua repercussão no âmbito das políticas públicas, analisando questões como o bicameralismo, o sistema eleitoral, a coalizão partidária, os meios de democracia participativa e o processo de emendas.

Persson e Tabellini (2003, p. 2-5) mostram-se surpresos por não haver um desenvolvimento mais aprofundado dos efeitos econômicos sobre a política econômica oriunda de um determinado desenho constitucional, limitando-se, entretanto, a abordar o sistema eleitoral e o sistema fiscal.

Com efeito, há efetivamente uma lacuna doutrinária, pois mesmo as aludidas obras não se debruçam sobre a análise do perfil constitucional em si, quanto à Constituição como parametricidade materialmente vinculante do conteúdo das políticas públicas.

Não obstante isso, o relevo da constituição econômica, explicitamente consagrada nos textos constitucionais, rechaça a existência de uma ordem econômica naturalmente ordenada e regulada, atribuindo ao Estado o dever de intervir para promover a realização da ideologia constitucionalmente consagrada, notadamente no art. 170 da Constituição Federal.

Dessa maneira, da mesma forma que o direito e o dirigismo não podem se fechar, a economia não pode ignorar os efeitos que sobre ela promovem ou devem promover os programas e as direções constitucionalmente vinculantes da política econômica e social.

Ora, o mercado não é uma instância distante e fechada, ante-social ou extra-social, sendo uma instituição criada pelo próprio direito, no ambiente do constitucionalismo liberal, apresentando falhas e, mais ainda, relações de poder que impõem o desenvolvimento de políticas públicas que promovam a translação do crescimento para o desenvolvimento.

Nesse sentido, afere-se a pertinência e correção da concepção de Natalino Irti (2003, p. 1), para quem o mercado é um *locus artificialis* e não *naturalis*, sendo constituído pelo direito de acordo com uma decisão política, decisão essa que é mutável em razão da própria historicidade, sucedendo-se distintos sistemas econômicos sem que se possa reputar ser algum deles o definitivo.

Logo, não se pode conceber o desenvolvimento do dirigismo constitucional brasileiro mediante uma teoria constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto sem fincar a imprescindibilidade de uma reflexão interdisciplinar, ou mesmo transdisciplinar, cuja

complexidade é patente e, nessas condições, de um pensamento complexo (MORIN, 2006, p. 13-16), tem-se que atuar estrategicamente (MORIN, 2006, p. 81-83) para resolver os problemas que desafiam o dirigismo e que vem de variadas posições e locais.

Não obstante isso, a transdisciplinariedade ora sustentada não pode repercutir numa satelização da Constituição Federal, como afirma Canotilho (2000, p. 217-218) que, recorrendo às noções de autopoiesis originária e derivada, sustenta a subordinação do direito constitucional a “[...] modelos heurísticos forjados fora da ciência jurídica. Naturalmente, o direito constitucional também não fugiu a este processo de subordinação: deixou de ser uma disciplina dirigente para se volver em disciplina dirigida.”

A ser pertinente a transição do direito constitucional para uma posição de satélite, retomar-se-ia a advertência feita por Konrad Hesse (1991, p. 10-11) em derredor da concepção sociológica de constituição desenvolvida por Ferdinand Lassalle (1998), pois equivaleria ao ocaso da disciplina científica, submetida a imperativos outros que a descaracterizaria, negando a própria existência do direito constitucional.

Por conseguinte, a interdisciplinariedade, própria da estrutura do pensamento complexo, é imprescindível para a devida adequação da teoria, integrando-se as condições de realização do pensamento possibilista, sendo absolutamente infrutífero e mesmo contra a eficácia da teoria a abstração das questões, das objeções ou dos desafios que lhe pressionam.

Expostos os fundamentos para o desenvolvimento de um dirigismo constitucional brasileiro adequado, há de se voltar para os antecedentes que vieram a redundar na formulação da teoria por José Joaquim Gomes Canotilho (1994).

Dessarte, se o dirigismo constitucional encerra uma construção projetiva do futuro, visando à programação da ação estatal para a realização das tarefas e objetivos constitucionais, não se pode olvidar a dimensão temporal retrospectiva (OST, 2005), pois a memória da história constitucional permite a aferição da potencialidade e das possibilidades do porvir dirigente.

### **3 A DIMENSÃO TEMPORAL RETROSPECTIVA DO DIRIGISMO: SENTIDOS DO ESTADO DE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO**

O surgimento do dirigismo constitucional corresponde a uma necessidade decorrente de fragilidades sofridas com o desenvolvimento do constitucionalismo social, institucionalizado pelas vias que caracterizam o Estado Social.

Tendo por causa a necessidade de uma nova compreensão acerca das relações entre constitucionalismo e democracia, ou entre Constituição e lei, encerra uma releitura das técnicas constitucionais impositivas de atividades prestacionais do Poder Público, próprias ao Estado Social.

Tais técnicas consistem basicamente na consagração de direitos sociais, tidos como exigentes de prestações positivas do Estado, como na assinalação de tarefas mais ou menos concretas para a intervenção do Estado sobre a atividade econômica, que podem ser abrigadas na categoria das normas programáticas<sup>23</sup>.

Daí se verifica, de logo, que o entendimento relativo a uma teoria da constituição dirigente adequada ao texto e ao contexto brasileiro não pode descurar das relações entre o dirigismo e a temporalidade do constitucionalismo.

Com efeito, todos os elementos textuais<sup>24</sup> para a defesa do dirigismo constitucional já estavam consolidados no nascedouro do Estado Social; todavia, o constitucionalismo social precisaria de maturação para que, premido diante do déficit de efetividade das direções constitucionais, da sua programaticidade e dos direitos sociais, notadamente por inércia legislativa, houvesse as condições necessárias para o seu desenvolvimento (CANOTILHO, 1994, p. 12).

---

<sup>23</sup> Embora se esteja procedendo a essa diferenciação provisória entre normas de direitos sociais, normas impositivas de tarefas ao Estado e normas programáticas, estando estas últimas mais relacionadas com a imposição de objetivos e finalidades comunitários vinculantes das políticas públicas, o desenvolvimento do estudo tentará demonstrar que também os direitos fundamentais e as normas impositivas de tarefas encerram uma dimensão programática.

<sup>24</sup> Ou seja, já havia os enunciados normativos que assinalavam programas e conferiam uma dimensão utópica quanto aos direitos sociais.



O constitucionalismo dirigente afigura-se como a continuidade do processo de luta instaurado contra os excessos e abusos do poder econômico pelo constitucionalismo social, podendo ser reputado como um constitucionalismo social de segunda geração, ou como um segundo movimento do constitucionalismo social.

Enquanto processo, move-se no sentido da expansão das garantias protetivas da pessoa humana em face das múltiplas e variegadas formas de exercício arbitrário de poder, seja poder político, seja poder econômico, seja poder ideológico, ou qualquer outra forma que indique a possibilidade de exploração pela sujeição.

Envolve também uma dimensão de luta, pois o aprimoramento das garantias constitucionais destinadas não apenas à proteção da pessoa humana e nem às limitações ao exercício do poder político, mas à promoção de finalidades comunitárias fundamentais e pertinentes ao governo e ao mercado, caracteriza uma conquista progressiva do modelo que consubstancia o Estado de Direito, ainda que com fluxos e refluxos.

Como será demonstrado, a evolução do constitucionalismo se dá concomitantemente com a sua expressão na estruturação do Estado de Direito, tendo por fundamento comum a ampliação e busca de efetividade para os direitos fundamentais.

Assim, o Estado de Direito, inicialmente entendido como Estado legal e Estado Liberal, é conduzido pelo constitucionalismo social, ainda que com as divergências que serão oportunamente abordadas<sup>25</sup>, ao Estado Social, permanecendo, num primeiro momento, como Estado legal; apenas posteriormente o Estado de Direito passa a encarnar o Estado Constitucional, estruturado sob a fórmula do Estado Democrático de Direito, de que o Estado Social é uma das dimensões componentes e, no contexto brasileiro, é instaurado pelo dirigismo constitucional.

Torna-se importante assentar a relação genética entre o constitucionalismo social e o dirigente em virtude de ser co-natural ao dirigismo o fortalecimento e a refundação do Estado Social, exigindo uma sua compreensão renovada para a devida adequação enquanto dimensão intrínseca do Estado Democrático de Direito.

Diante do que salientado quanto à natureza da ciência do direito, sua dimensão crítica e sua função normativa e garantista impõem uma compreensão devidamente inserida nas condições históricas do constitucionalismo, resistindo contra a positivista expropriação do caráter produtivo da história constitucional denunciada por Zagrebelsky (2005, p. 37).

---

<sup>25</sup> Conforme assinala Böckenförd (2000, p. 35-36) a partir das objeções lançadas, dentre outros, por Forsthoff (1986, p. 43-67).

Como teoria inserida numa ciência prática, o dirigismo deve habilitar uma dimensão histórica que se estabeleça mediante a unidade presente da memória constitutiva pretérita e da potencialidade projetiva do porvir, de modo que, novamente com Zagrebelsky (2005, p. 28), possa resistir às tendências de que seja tida como uma determinação da história e da política, ao invés de recobrar a sua força autonomamente constitutiva.

Ademais, se a concepção dirigente de constituição importa numa compreensão de um constitucionalismo emancipatório e utópico, de matiz comunitária, projetante do futuro, que constitucionaliza tanto o direito em geral quanto a política, também não pode descurar da memória que conduziu o constitucionalismo até a sua formação.

O dirigismo consubstancia um desenvolvimento teórico oriundo do aprofundamento do modelo de socialidade pertinente ao constitucionalismo social em virtude da defasagem entre a programaticidade constitucional e os direitos sociais do texto e a realidade circundante, motivada pelas fraturas produzidas pelas pressões da economia de mercado, pressões essas que persistem e se agravam nas condições complexas da contemporaneidade diante da crise dos paradigmas da modernidade e da globalização econômica neoliberal, tendendo a fissurar os laços de solidariedade social.

Diante disso, para uma devida compreensão das condições de reafirmação e preservação do dirigismo constitucional instaurador do Estado Democrático de Direito, para que seja cultivada (HÄBERLE, 1998, p. 47) a textualidade constitutivo-programática que emana da Constituição Federal de 1988, transitando-se do *law in the books* para o *law in the action*<sup>26</sup>, faz-se mister reavivar a memória do constitucionalismo, analisando o surgimento, desenvolvimento e superação dos modelos constitucionais de Estado referidos, redundando na problemática contemporânea.

Apenas a partir daí estarão firmadas as possibilidades de compreensão do dirigismo constitucional adequado ao texto e contexto brasileiro, com a constitucionalização do direito, da política e, conseqüentemente, do mercado.

### 3.1 O ESTADO DE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

---

<sup>26</sup> No sentido trabalhado e utilizado por Canotilho (s.d, p. 1139-1140).

O constitucionalismo não se caracteriza como um movimento exclusivo e típico da modernidade, sendo conhecidas as suas manifestações pré-modernas, consubstanciadoras do que se denomina constitucionalismo antigo e constitucionalismo medieval<sup>27</sup>.

Aliás, Nicola Matteucci (1998, p. 23-34) encara a noção de constitucionalismo não como próprio a um momento histórico, mas como um tipo ideal que sujeita a análise crítica das experiências constitucionais ao seu enquadramento, ou não, integrando nele as doutrinas e concepções que se erigiram em derredor das condições prescritivas para instauração de um governo reto, apresentando-se como uma “técnica de la libertad contra el poder arbitrario.”

Em um sentido mais amplo de constituição, torna-se possível identificar a presença na Antiguidade de um regime que disciplinava o exercício do poder, caracterizando-se, segundo Maurizio Fioravanti (2001, p. 30-31) a noção de constituição como um grande projeto de conciliação social e política, não se revestindo de caráter unilateral, mas resultando da aptidão da comunidade de manter-se organizada e disciplinada de forma duradoura e harmônica, conforme se dera na *polis* grega e na *res publica* romana, detendo a condição de uma ordem política ideal.

Da mesma forma, cabe rechaçar a concepção de que a Idade Média foi a época das trevas ou do eclipse da noção de constituição (FIORAVANTI, 2001, p. 33-37), pois nesse período houve o desenvolvimento de várias doutrinas e idéias, além de instituições, que formaram o amálgama fundador do constitucionalismo moderno.

Foi na Idade Média que se aprofundou o traço essencial que viria animar o constitucionalismo moderno e que, em verdade, é o seu fio condutor, qual seja, a imposição de limitações ao exercício do poder, eis que, como assinala Fioravanti, a constituição medieval traz intrínseca a limitação aos poderes públicos, ainda que não por uma via dogmática e positivada, mas real e de fato, configurando-se como uma ordem jurídica de fato.

Ademais, tanto o constitucionalismo antigo como o medieval se firmaram na noção de constituição mista, tida como um ponto médio, como referencial de equilíbrio que conferia à comunidade política estabilidade. Para Fioravanti (2001, p. 63), uma constituição mista remete a uma comunidade política e social composta e plural, “[...] opuesta a todo intento de uniformización, dispuesta a reconocerse en una ley fundamental común solo porque es consciente del hecho de que esa ley no viene de arriba”, mas deriva de pactos e acordos

---

<sup>27</sup> Pela delimitação do tema em estudo, não se procede a uma análise da relevância do constitucionalismo antigo para o advento do constitucionalismo moderno e nem às análises dos antecedentes históricos e filosóficos de constituição, que são devidamente analisados, na doutrina pátria, por Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 3-12), Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 37-58) e André Ramos Tavares, (2006, p. 1-16).

formados pelas partes e segmentos sociais.

Não obstante isso, cumpre atentar especificamente para o constitucionalismo moderno, responsável pela afirmação da concepção racional-normativa de constituição, como vislumbrado por García-Pelayo (2000, p. 34-41), em que se busca a racionalização e a contenção ao exercício do poder pela positivação de limites e garantias num texto escrito dotado da especial característica da rigidez.

Karl Loewenstein (1965, p. 8-9) considera ser impositiva a existência de limites e restrições ao poder em razão do risco intrínseco de que seja exercido abusivamente, justificando-se tanto em interesse dos seus detentores como dos seus destinatários. Desse modo, tanto na história antiga como na moderna, o núcleo do constitucionalismo consiste num “[...] agreed set of fixed rules, binding the power holders and the power addresses alike, was found to be the most effective device to prevent the abuse of political power by the power holders”<sup>28</sup>. E a inscrição de tais regras fixas num documento formal é o que vai compor as constituições, malgrado considere que também podem advir de costumes e da consciência nacional.

Também Favoreu (2004, p. 80-81) concebe o constitucionalismo como um imperativo político que redundou na fixação escrita de regras tidas como importantes para estabelecer as obrigações e os direitos dos governantes e dos cidadãos, notadamente pela proclamação dos direitos do homem e do cidadão.

O constitucionalismo moderno é expressão da simbiose de concepções filosóficas, políticas, econômicas e jurídicas que se erigiram contra o exercício arbitrário do poder político pelo Estado absolutista e em prol da liberdade individual, em todas as suas mais plenas manifestações, notadamente as que concerniam à atividade econômica.

Celso Bastos e Carlos Ayres de Britto (1982, p. 67) caracterizam as constituições positivadas como decorrentes do constitucionalismo, movimento de cunho político-social destinado a afirmar o primado da liberdade sobre o poder, sendo as constituições o mais autorizado instrumento de limitação e contenção de poder.

Em face disso, Canotilho (2002, p. 51-52) já assinalava que o constitucionalismo, caracteriza-se como um movimento político, cultural e social, encerrando, ainda, uma teoria normativa da política.

Da mesma forma, Giorgio Bongiovanni (2000, p. 17-18) destaca o

---

<sup>28</sup> Em tradução livre, “[...] um acordo sobre regras fixas, vinculando tanto os detentores do poder como aos seus destinatários se mostrou como o meio mais efetivo para prevenir o abuso do poder político por quem o exerça.”

constitucionalismo como movimento político, filosófico e cultural, tendo a constituição pela visão de duas dimensões: da proteção dos direitos individuais, na condição de norma superior, e da organização dos poderes de forma equilibrada e limitada, utilizando-se de diversos meios para tanto, dentre os quais a separação de poderes.

Todavia, tal concepção, aparentemente unitária e sintetizadora, não pode obnubilar a amplitude das noções, dimensões e funções das constituições, sobre o que grassa grande divergência doutrinária, notadamente pelas funções que vêm sendo progressivamente atribuídas às normas constitucionais. Haveria uma diversidade de entendimentos acerca da constituição quando se defende, segundo Bongiovanni (2000, p. 20-21) uma perspectiva de constituição-garantia, em que se afinca a proteção dos direitos individuais, ou quando se sustenta uma *costituizione-indirizzo*, em que “[...] la costituzione viene vista soprattutto come ‘programa politico’ che, a partire da una decisione politica fondamentale, deve trovare ‘attuazione’”<sup>29</sup>.

Ao se adentrar em tais perspectivas já se percebe a pluralidade significativa do constitucionalismo e a existência de uma progressiva evolução quanto aos seus elementos caracterizadores, o que permeará a apreciação do constitucionalismo moderno e de sua transição para o constitucionalismo social, até o advento do neoconstitucionalismo, conexo com o dirigismo constitucional.

Como já é intuitivo, não se pode definir de forma exaustiva ou fechada o constitucionalismo, sendo uma noção aberta porque pautada pela historicidade constitutiva do seu sentido, revelando-se como um processo de matiz política, social e jurídica destinado à prevalência dos objetivos de limitação ao exercício do poder (inicialmente apenas político, expandindo-se depois em face de outras manifestações de poder, como o constitucionalismo social, que se opõe ao abuso do poder econômico) e promoção das condições de desenvolvimento da pessoa humana.

Ademais, toda a definição de fenômenos tão plurais e multifacetados traz consigo o risco de mutilação, obscurecendo traços ou elementos que dão nota típica e distintiva ao constitucionalismo ou entre os constitucionalismos.

Registre-se, ainda, que a despersonalização, a racionalização, e a justificação do exercício do poder em fundamentos de legitimidade hauridos do consentimento do povo ou da nação são notas típicas do movimento que se convencionou denominar de constitucionalismo,

---

<sup>29</sup> Em tradução livre “[...] a constituição é tida sobretudo como programa político que, a partir de uma decisão política fundamental, deve encontrar aplicação.”

portador, conseqüentemente, de várias matizes e que é refratário a definições fechadas ou estanques.

Em corroboração ao que se vem de afirmar, András Sajó (1999, p. 9-14), tratando dos riscos e perigos de se definir o constitucionalismo, constata a insuficiência de considerá-lo como imposição de restrição ao poder do Estado em favor da paz pública, embora reconheça ser uma definição relativamente acertada. A despeito de não ser possível uma conceituação satisfatória, pode-se não apenas sentir, mas também perceber as suas violações, servindo o texto positivado para a identificação e extirpação dos abusos que sejam perpetrados no exercício do poder, a que está sempre referido.

Para o autor, o constitucionalismo é praticamente uma questão de gosto, e o gosto varia com muita intensidade; não seria apenas erigir prescrições em um documento, integrando-se ao elemento jurídico os aspectos políticos e sociais componentes de uma determinada cultura.

Em verdade, não existe um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, ainda que unidos pelo fio condutor de expressarem sempre a tendência de satisfação de uma necessidade de limitação ao exercício do poder e da proteção da pessoa humana, variando bastante as concepções que lhe subjazem, a despeito de sempre se voltarem para a adoção de técnicas de contenção e controle ao exercício do poder e para a consagração de direitos tidos como fundamentais.

Pode-se tratar, então, do constitucionalismo moderno e, nele, dos constitucionalismos inglês (ainda que temporalmente situado na Idade Média), americano e francês; progressivamente, foi sucedido por outros movimentos constitucionais, dos quais se pode destacar o constitucionalismo social, o constitucionalismo socialista, o constitucionalismo do pós-guerra, o constitucionalismo dos Estados do leste europeu, o constitucionalismo latino-americano e, dentre todas as suas manifestações, o constitucionalismo dirigente, que seria, como já aludido, uma segunda etapa do constitucionalismo social, superpondo-se, no caso brasileiro, ao constitucionalismo latino-americano.

E o constitucionalismo moderno é o responsável pela fundação do Estado de Direito, ainda que, em sua feição inicial não tenha logrado êxito em conter os poderes do Estado em suas múltiplas manifestações, até porque nesse período histórico o legislativo não estava jungido à constituição e, conseqüentemente, o Estado de Direito longe estava de merecer a qualificação como constitucional, reduzindo-se a um Estado legal ou legislativo.

Cumpra, postas tais considerações, analisar o constitucionalismo moderno e sua

relevância na estruturação dos fundamentos do Estado de Direito que, primeiramente, caracteriza-se pela primazia de um direito que se reduz à lei, com exceção dos Estados que acolhem o *common law*.

Mesmo existindo distinções relevantes entre os constitucionalismos inglês, americano e francês, não se procederá à análise diferenciada dos mesmos na medida em que o relevo para o presente estudo está nos elementos típicos do constitucionalismo moderno como um todo, a despeito de merecer ênfase o modelo americano pelo desenvolvimento do *judicial review of legislation*, que é *conditio sine qua non* para que a constituição se revista do caráter de parametricidade normativa de validade e legitimidade dos atos do poder público, ou seja, para que se afirme o princípio da supremacia da constituição sobre o parlamento, da constituição sobre a lei, da soberania constituinte sobre a representação constituída.

Tanto que Ronald Dworkin (2001, p. 156-157) exprime uma concepção de constitucionalismo que lhe agrega como nota típica e indelével a existência do *judicial review of legislation*, trazendo a questão da relação entre constitucionalismo e democracia e considerando que, assim entendido, o constitucionalismo vem a se expandir por toda a Europa a partir do pós-guerra.

Além disso, pela compostura institucional conferida pelas constituições do período ao Estado, em resposta aos excessos cometidos pelo *Ancien Régime*, albergando o ideário propugnado pelo liberalismo e pelos direitos dele decorrentes, o Estado de Direito do constitucionalismo moderno adotou o perfil liberal, estabelecendo a outra face do Estado de Direito que, além de legal, era liberal.

Para a devida compreensão do constitucionalismo moderno, liberal, e de direito sobretudo legal, e a respectiva estruturação do Estado de Direito, cumpre analisar a situação precedente, em que se afirmava o Estado Absolutista, como também o ideário que o informou e enformou.

O ideário do constitucionalismo moderno se integra ao movimento iluminista, compondo-se das doutrinas contratualistas, da separação de poderes, do jusnaturalismo racionalista, e do liberalismo político e econômico.

### **3.1.1 O ideário do constitucionalismo moderno**

O ideário que dá compostura aos fundamentos do constitucionalismo moderno integra as doutrinas contratualistas, que deslocam o acento da soberania do Estado para o povo ou para a nação, a separação de poderes, enquanto técnica imprescindível para limitar o exercício do poder, o racionalismo transcendental proveniente da filosofia do sujeito<sup>30</sup>, em que se respaldava o jusnaturalismo, sustentado a existência de uma ordem e de direitos pré-existentes ao Estado, inatos ao homem, expressão da reta razão e da justiça, e o liberalismo, que potencializa a liberdade no âmbito político e econômico.

Evidencia-se que o constitucionalismo foi clareado pelas luzes do Iluminismo, notadamente pelo culto à razão, que tinha a capacidade de governar todas as relações em que o homem se manifestasse.

Gadamer (1999, p. 409-410) identifica uma tendência geral do *Aufklärung* de decidir tudo diante do tribunal da razão, que passa a fundamentar a transição do jusnaturalismo de fundamentação divina e sobrenatural para o jusnaturalismo racionalista, que alimenta as concepções contratualistas que deslocam a soberania do soberano para o povo, ou para a nação, além de fundamentar os direitos individuais.

E será a exaltação do poder da razão humana que conduzirá à inscrição num documento positivado das regras atinentes ao melhor governo, que reconheça as liberdades e que se restrinja ao desempenho das mínimas atividades, imprescindíveis para a existência da sociedade civil.

Todo esse ideário valeu-se das luzes do Iluminismo, afastando as trevas de uma ordem despótica consubstanciada no *Ancien Régime* pelo Estado Absolutista, que não mais se adequa ao Estado de Direito liberal, erigido com o constitucionalismo moderno.

Assim, faz-se mister, inicialmente, analisar a relação entre o Estado Absolutista e o nascente Estado de Direito, ainda que a compreensão o Estado de Direito perpassa todo o presente estudo por integrar o fio condutor do dirigismo constitucional relativamente ao texto e o contexto brasileiro.

### 3.1.1.1 *Ancien Régime* e Estado de Direito

---

<sup>30</sup> A detida análise das idéias componentes do quadro formador do constitucionalismo moderno também excede os objetivos do presente estudo, sendo expostas apenas na medida em que seja necessário para a compreensão do quadro evolutivo que veio a redundar no dirigismo constitucional.



A necessidade de limites ao exercício do poder político tem a especial justificativa em virtude do seu desempenho abusivo pelo Estado Absolutista, em que o poder era personalíssimo, pertencendo à figura do soberano que, por sua vez, confundia-se com o próprio Estado.

O poder do soberano fundava-se em razões divinas ou tradicionais-nobiliárquicas, mas o grande elemento de afirmação de seu poder e de sua autoridade era a força, cujo desempenho arbitrário era comum durante o *Ancien Régime*, longe que estava a admissão de direitos de liberdade opostos ao Estado em proteção da pessoa.

E nada mais demonstra a correção de tal constatação, além da própria história, do que a conhecida advertência de Maquiavel (1996, p. 124-125) que, ao se indagar sobre ser melhor para um príncipe ser amado ou temido, conclui que, não sendo possível reunir a ambos, deve preferir ser temido, pois “[...] é muito mais seguro ser temido do que amado”, embora não deva ser tão temido a ponto de ser odiado.

Sendo personalíssimo e tendencialmente arbitrário, variando conforme os humores do soberano, também era marcado pela ausência de racionalidade, não apresentando e nem almejando a qualquer referência pertinente à coerência, ordenação e, muito menos, adequação axiológica.

Jorge Miranda (2002, p. 43) identifica duas fases no Absolutismo, sendo que a primeira vai até o início do século XVIII, em que o soberano governa com base em direito divino, sendo escolhido por Deus, portando uma justificação sobrenatural e religiosa do poder que detém; a segunda fase não renega a fundamentação religiosa, mas busca nas luzes da Ilustração uma justificação racionalista para a afirmação do poder do soberano, convertendo-se no que ficou conhecido como despotismo esclarecido, ou o Estado de polícia.

Além disso, destaca a função histórica do Estado Absolutista, correspondente à formação das nacionalidades e a dar compostura e consistência à figura institucional do Estado moderno.

O Estado Absolutista assenta de forma precípua a monopolização da violência e da força, que se consubstancia no meio típico de ação estatal do período, servindo para garantir a ordem interna e a defesa exterior (Freiburghaus, 1991, p. 53), como também para ampliar as fronteiras nacionais. Também durante a fase do Estado de polícia continuarão a força e a violência a serem os meios de ação pública estatal mais relevantes, o que só veio a se modificar com o advento do constitucionalismo, em que a primazia dentre os meios de ação passou a ser do direito, sem afastar a violência, condicionada, entretanto, a ser legitimada na

medida em que exercida conforme o direito.

Erguendo-se contra o Estado Absolutista, nada mais natural ao constitucionalismo moderno senão impor freios ao poder político por quem venha a exercê-lo, além de restringir o seu campo de atuação e afastá-lo cada vez mais da esfera de interesses do indivíduo.

Não obstante isso, a depender da concepção que se tenha acerca do sentido e do valor da expressão “Estado de Direito”, poder-se-ia até conceber que, de certo modo e em certa forma, o Estado Absolutista era também um Estado de Direito.

Jacques Chevallier (2003, p. 13) aponta três sentidos distintos referidos à expressão Estado de Direito, aos quais denomina, formal, material e substancial, quais sejam: a) Estado que atua mediante o direito, b) Estado que se assujeita ao direito; c) Estado em que o direito apresenta determinados atributos intrínsecos.

Mesmo em se adotando o sentido formal, não seria possível conceber-se o Estado Absolutista como um Estado de Direito, pois o direito se caracterizaria não apenas por ser arbitrário, mas também inconstante, mutável, e sem qualquer garantia, mesmo processual, para os indivíduos, além de não possuir, como explicitado um referencial materialmente vinculante para a sua produção a não ser o livre alvedrio do soberano.

Só se poderia admitir o Estado Absolutista como Estado de Direito num sentido formal em que também as garantias formais e processuais dele fossem excluídas, o que equivale a um não-direito, porque seria um direito sujeito à livre vontade do soberano, entendido apenas como técnica de manifestação e de atuação do Estado. Nesse sentido, parece se adequar a concepção de Kelsen (2000, p. 346) de Estado como ordem jurídica.

Também Böckenförd (2000, p. 30) retrata a noção de Estado de Direito formal, mas a ela integra a existência de determinadas qualidades respeitantes às garantias processuais ou procedimentais, como a legalidade e o controle jurisdicional dos atos administrativos, que não estão presentes no Estado Absolutista.

O próprio Kelsen, diante da perplexidade que haveria em definir-se qualquer Estado como Estado de Direito, admite outra concepção de Estado de Direito, a que se ligam garantias formais e processuais, como o princípio da legalidade, os requisitos para a democracia, e além deles as liberdades. Em tal sentido, não poderia haver Estado de Direito no Absolutismo.

Seguindo a mesma percepção kelseniana de Estado como ordem jurídica, Pedro Vidal Neto (1979, p. 157) observa que o próprio conceito de Estado já encerra uma relação com o direito na medida em que o Estado se apresenta como ordem jurídica vinculante para determinado povo num específico território, pelo que, em sentido formal, qualquer Estado

pode ser Estado de Direito.

Essa concepção de Estado de Direito, pertinente à estrutura da dinâmica estatal e com destaque para a dimensão jurídica da manifestação do poder político corresponde ao que Perez-Luño (2001, p. 239) identifica como definição técnica de Estado de Direito, absolutamente vazia de referenciais materiais ou conteudísticos, explicando a asserção comum, em se adotando esse sentido, de que qualquer Estado é um Estado de Direito.

Ora, as reflexões de Chevallier, Böckenförd, Kelsen, Vidal Neto e Perez-Luño são suficientes para perceber que, em razão da potencialidade de exercício arbitrário e irracional do poder político no Estado Absolutista, não se pode considerá-lo como Estado de Direito, a não ser que se esvazie ao máximo o seu sentido formal, afastando até mesmo a noção de racionalização do direito, que lhe é própria, mediante uma estrutura hierárquica que confira ordem e coerência ao direito. Para tanto, o direito seria ainda mais reduzido e figuraria apenas como técnica.

O constitucionalismo moderno, contudo, ao fundar a noção de Estado de Direito, como será tratado mais detidamente, afasta a manipulação do direito enquanto técnica, erigindo-o a uma via de libertação e proteção individual.

Desse modo, um Estado Absolutista que se utilizasse dos mecanismos jurídicos para a sua atuação não deveria jamais ser enquadrado como um Estado de Direito, sendo necessário que essa concepção técnico-formal seja suplantada<sup>31</sup>, merecendo a mesma sorte a concepção formal que abranja exclusivamente a racionalização e a existência de garantias e meios processuais de proteção como seus elementos típicos.

Com efeito, tendo em vista que o Estado de Direito conformado pelo constitucionalismo moderno representa uma função de legitimação e de luta, como registra Perez-Luño (2001, 220) contra o arbítrio exercido pelo Absolutismo e, também, no Estado de polícia, não se pode recorrer a essa expressão para a caracterização de todo e qualquer Estado, inclusive aqueles Absolutistas ou de regime ditatorial ou autoritário.

E tal compreensão é deveras importante para que não atraiam tais regimes, de maneira indevida, a auréola de prestígio (PEREZ-LUÑO, 2001, p. 240-241) de que goza a expressão e que lhe foi agregada pelo seu caráter emancipatório e libertário durante toda a evolução do constitucionalismo.

---

<sup>31</sup> O que só se iniciou, como será exposto, com o desenvolvimento havido no pós-guerra, consolidando-se com o neoconstitucionalismo.

O aludido conceito técnico de Estado de Direito ou a sua concepção exclusivamente técnico-funcional, não revela pertinência e adequação com o estágio em que se firmou a partir constitucionalismo moderno, o que se agrava em se considerando o constitucionalismo contemporâneo. Se o termo de análise for o cotejo com a Constituição Federal de 1998, seria forçosa a conclusão de que não é essa uma concepção constitucionalmente adequada de Estado de Direito.

Apenas pela prevalência da concepção formalista do positivismo jurídico é que, nos tempos atuais, seria possível defender-se que o Estado de Direito abranja um regime meramente formal, destituído de referenciais materiais e conteudísticos, assistindo razão a Canotilho (1999, p. 11) ao caracterizar o que denomina como Estado de não Direito, que seria “[...] aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.”

Como será oportunamente exposto, o governo das leis que era preconizado pelos teóricos do constitucionalismo moderno não deve remeter para qualquer lei, não deve admitir como válida e legítima qualquer lei, pois do contrário apenas se estaria trocando o arbítrio de um homem, o soberano, pelo arbítrio de um colegiado<sup>32</sup>.

O constitucionalismo moderno, a despeito de situar-se distante da imposição de limites ao legislador, ao menos logrou afirmar-se em favor das liberdades tidas por fundamentais e da contenção ao exercício do poder, mesmo que se dirigisse contra o executivo e o judiciário, notadamente pela sustentação do princípio da legalidade, que vincula e submete a ambos os poderes, ficando, por conseguinte, subjugados ao legislativo.

Pode-se inferir que o constitucionalismo moderno rechaça o Estado de não Direito, típico do Absolutismo pré-moderno<sup>33</sup>; entretanto, não vai tão longe, embora vá tanto quanto lhe seja possível, pois se cinge à instituição do Estado de Direito legislativo, de caráter também formal, que seria igualmente Estado de não Direito, quedando-se à longa distância da consagração da supremacia da constituição.

Estado Absolutista não é Estado de Direito, ainda que seja, também, produtor do direito pela positivação decorrente das fontes oficiais, mas disso não resulta nenhum traço garantista que seja nota típica do Estado de Direito, mesmo nas suas concepções formais

---

<sup>32</sup> Antecipadora de tal problemática é a reflexão de Aristóteles (2002, p. 150).

<sup>33</sup> O sentido de direito pré-moderno remete ao período posterior à instituição e consolidação dos Estados modernos, com o êxito do princípio das nacionalidades, e anterior ao advento do constitucionalismo moderno, identificando exatamente a época do *Ancien Régime* e, por isso, está sendo utilizada em sentido distinto àquele em que é adotado por Ferrajoli (2006b, p. 419-420), que tange ao momento anterior à formação dos Estados.

atualizadas pela matriz do constitucionalismo, tal como firmado por Böckenförd e percebido por Kelsen (2000, p. 346) a fim de evitar o caráter pleonástico da expressão.

Na medida em que o constitucionalismo moderno se erige em sentido contrário ao Estado Absolutista, que não conhecia limites ao poder de tributar e nem ao *jus puniendi*, a elaboração de constituições não apenas deriva de um processo de racional, mas viabiliza a própria racionalização do poder, almejando que esse poder, a partir de então limitado e justificado legitimamente pela soberania popular, titular do poder constituinte, respeite os direitos que são reputados como necessários para o pleno desenvolvimento dos indivíduos, originariamente livre e iguais em dignidade e em direitos.

Firmada a diferenciação substancial e substantiva, tanto de natureza formal como material, entre Estado de Direito e Estado Absolutista, e se reconhecendo o caráter arbitrário e despótico do poder político, torna-se imperioso adentrar nos componentes do ideário do primeiro movimento constitucional, que redundou no constitucionalismo moderno.

### 3.1.1.2 A doutrina contratualista e a soberania

O constitucionalismo moderno objetivava a organização constitutiva do poder exercido pelo Estado com a redução do seu exercício ao âmbito de atuação mais restrito possível, sendo contido pelos direitos individuais e, notadamente àquela época, pela separação de poderes enquanto técnica de restrição ao exercício do poder.

A despeito disso, para que se impusessem tais limitações, como também as garantias de liberdades para os indivíduos em face do poder estatal, seria necessário extrair-se um fundamento distinto para o poder político que justificasse a existência do Estado e lhe conferisse legitimidade.

Esse novo fundamento deveria fazer transitar os fundamentos do poder político das razões religiosas, nobiliárquicas, de força ou de medo, situações em que o não haveria qualquer óbice às práticas arbitrárias e ao despotismo, para o consentimento haurido da vontade do povo ou da nação.

Assim, o que se embasava na força ou em razões sobrenaturais passaria a buscar uma constante legitimidade, de que extrai a sua justificação, associada com a racionalização do poder.

Para tanto, foram de sobremaneira relevância as teorias contratualistas, de Hobbes e John Locke<sup>34</sup>, mas principalmente a desenvolvida por Jean Jacques Rousseau (1996), a qual se vai emprestar uma maior atenção.

Antes, porém, cumpre mencionar a concepção de Kant, que recorre a categorias similares às utilizadas pelos aludidos contratualistas, mas portando notas distintivas.

Kant (1993, p. 150) não admite a condição originariamente má do homem e nem que estaria em constante guerra no estado da natureza, e o faz por reputar que tal inferência não pode provir da experiência. Seria, para ele, a idéia racional de buscar a segurança, inexistente no estado da natureza, que conduziria à formação do contrato primitivo (denominação que confere ao que os contratualistas chamam de contrato social). E a segurança garantida pelo Estado é uma necessidade racional porque só através dela se poderia exercer plenamente a liberdade, entendida como a “[...] certeza de poder fazer, em virtude do seu próprio direito, o que *parece justo e bom*, e de não depender nisso da opinião de outrem.”<sup>35</sup>

A fundamentação para a existência do Estado, proveniente do contrato primitivo, é, antes de mais nada, o imperativo racional de buscar o exercício da liberdade segundo a sua própria concepção.

Não há uma transferência da soberania para o povo, pois, diferentemente de Rousseau, como será visto, Kant (1993, p. 155) afirma a ocorrência de alienação da liberdade no estado selvagem a fim de que obtivesse a liberdade na dependência legal, ou seja, no Estado de Direito. Embora Kant considere que a lei deriva da própria vontade legislativa do povo, atribui ao soberano a condição de racionalidade que transfere para as leis, necessariamente inquestionáveis, como o próprio poder do legislador, também soberano porque derivado da razão.

Valendo-se da relevância e da expressividade da concepção de soberania proveniente de Jean Bodin (2006, p. 47), para quem consistia num poder absoluto e perpétuo<sup>36</sup>, Jean Jacques Rousseau (2001, p. 23) traça as condições de transição do indivíduo no estado da natureza para a sociedade política, fundando a soberania no exercício da vontade

---

<sup>34</sup> Para uma visão geral das escolas contratualistas, (ISRAEL, 2005, p. 63-68).

<sup>35</sup> Destaque no original.

<sup>36</sup> Perez-Luño (2001, p. 188), procedendo a uma análise semiótica da expressão soberania, buscando, para o nível sintático, a formação genética da expressão soberania popular, considera que o primeiro uso do termo parece ter sido pelo feudalista francês Beaumanoir, no século XIII; todavia, não era muito utilizado, sendo geralmente o poder referido por outras palavras, do que adere ao entendimento, doutrinariamente aceito, de precedência de sua utilização e sentido por Jean Bodin.

geral oriunda do pacto social em que há um compromisso recíproco do público com os particulares, em que “[...] cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, acha-se comprometido numa dupla relação: como membro do soberano em face dos particulares e como membro do Estado em face dos particulares.”

O pacto social, por sua vez, consiste na alienação total da liberdade de cada indivíduo em favor da comunidade que dele provém; e como todos alienam tudo, ninguém se submete especificamente a ninguém, e todos detêm a coletividade, sintetizando-se na previsão de que cada indivíduo concede o seu poder à administração da vontade geral, recebendo cada membro uma fração indivisível do todo.

Aparentemente unindo termos que, em seu sentido originário, encerrariam um paradoxo (PEREZ-LUÑO, 2001, p. 189), posto que a soberania era referida ao príncipe, Rousseau é responsável por promover a sua democratização, referindo-a ao povo e tendo-a na expressão da vontade geral.

Assim, do contrato social provém o Estado, tendo por associados o povo, ressaltando Olivier Beaud (1994, p. 238) que se o contrato social funda o Estado no direito, é a lei como expressão da vontade geral que o dirige; ademais, Rousseau não se utiliza da categoria da constituição, não havendo meio termo entre o pacto social e a lei. Em função disso, Beaud sugere uma compreensão do contratualismo rousseauiano com a noção de constituição, de modo que o pacto social teria feição fundadora do Estado de caráter jusnaturalista, enquanto a constituição expressaria a sua positivação.

A soberania, então, passa a ser do povo, manifestada através das leis, expressão da vontade geral, que é sempre reta e provém do povo, autor das leis (ROUSSEAU, p. 2001, p. 47-48).

Jean Jacques Israel (2005, p. 68) destaca que a vontade geral não é referida à unanimidade e nem à maioria, provindo do acordo de pontos de vista diferentes, recorrendo ao conceito matemático de integral para explicar a diferença entre a vontade geral e a vontade individual, sendo aquela a soma de diferenças infinitamente pequenas.

A essa concepção contratualista fundando a soberania no povo opõe-se o Abade de Sieyès (2001, p. 3-4) que, em manifesto publicado em fevereiro de 1789, defendendo a igualdade de direitos entre o Terceiro Estado, o clero e a nobreza, sustenta que o Terceiro Estado abrange tudo o que pertence à nação, que seria “Um corpo de associados que vive sob uma lei comum e representados por uma mesma legislatura”.

Para Sieyès (2001, p. 48) a nação precede a tudo e é a origem de tudo, sendo a sua vontade a própria lei, submetida apenas ao direito natural, nutrindo uma desconfiança quanto

ao povo, que perseguiria não o atendimento dos interesses atemporais e perenes da nação, mas a satisfação dos seus interesses particulares (SIEYÈS, 2001, p. 5).

Haveria o momento instituidor da nação e o momento de criação da comunidade política, este sim desenvolvido pela nação no exercício da soberania de que é titular e que se manifesta na noção de poder constituinte.

Depreende-se que, enquanto Rousseau defende a soberania popular, Sieyès advoga a soberania nacional, associando-a com um sistema representativo e conduzindo à problemática identificada por Paulo Bonavides (1997, p. 131-135), redundando na afirmação real da soberania dos representantes, ao invés da representação da nação soberana, que não tinha uma existência real e concreta.

Com efeito, Rousseau (2001, p. 114) é tão refratário a qualquer forma de representação da vontade geral que tem os representantes como meros comissários, não podendo tomar qualquer deliberação definitiva, receoso de que o parlamento representativo se tornasse o soberano de fato. Para ele, a única forma de manifestação da soberania popular seria pela via da democracia direta, tanto que criticou o regime inglês ao asseverar que o seu povo só seria livre no dia das eleições, passando, depois, a ser escravo.

As discussões quando da retirada dos membros do clero e da nobreza da Assembléia dos Estados Gerais relativas a quem pertenceria a soberania política, pretendida pelo Terceiro Estado, levou a algumas possibilidades, dentre as quais a conversão numa assembléia dos representantes do povo francês (COMPARATO, 2003, p. 138-141), proposta essa recusada, vindo a prevalecer a concepção do Abade de Sieyès que a atribuiu a uma entidade sem existência real e concreta: a nação.

Contrariamente, se prevalecesse a concepção da soberania popular, com o exercício direto e pleno dos direitos políticos, dificilmente a burguesia conseguiria angariar para si o exercício real e efetivo do poder político, proveniente de uma combinação da soberania nacional com o sistema representativo e o sufrágio censitário. Em consagração dessa fórmula, a Constituição francesa de 1791 dispunha, no Título III, em seus arts. 1º e 2º, que a soberania era una, indivisível, inalienável e imprescritível, pertencendo à nação, que só poderia exercê-la através da delegação aos seus representantes.

Embora a soberania da nação tenha sido adotada desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, associada ao sistema representativo, a influência de Rousseau foi bastante evidente e sentida na compostura do ideário do constitucionalismo moderno, notadamente com a consagração da lei como expressão da vontade geral, além dos direitos de liberdade e igualdade, como será adiante destacado.



De outra parte, a primeira constituição positivada da história, a americana de 1787, abriga em seu preâmbulo a conhecida cláusula *We, the people of the United States*, assentando a legitimidade do poder no consentimento do povo, e não da nação.

O poder irresistível, incontestável, absoluto e permanente, anteriormente pertencente ao soberano que governa o Estado e que com ele se confunde, transfere-se, pela necessidade de justificação legítima do exercício do poder, para a titularidade do Poder Constituinte, tal como concebido por Sieyès (2001).

O poder constituinte, então, resultado do contrato social, firmando-se no povo ou na nação, será o detentor da soberania, exercendo-a para constituir o próprio Estado e, para tanto, desconstituindo a ordem jurídico-política pretérita, sem qualquer limitação.

É introduzida a distinção entre poderes constituídos e poder constituinte, cuja obra não pode ser tocada por aqueles que existem e agem em função dela, denominada como constituição, também chamada de lei fundamental. Enquanto a constituição provém da vontade nacional, as leis resultam da ação do poder legislativo, representativo da nação; todavia, a própria nação não está submetida à constituição.

Ao poder constituinte passaram a ser atribuídas, de acordo com o desenvolvimento de Sieyès, as características da inicialidade, da superioridade, da permanência, da incondicionalidade e do caráter ilimitado<sup>37</sup>.

Com a teoria do poder constituinte, opera-se a despersonalização, a racionalização e a justificação do exercício do poder, buscando legitimar-se em razões de consentimento, quer da nação, como veio a prevalecer, quer do povo, como viria a se consolidar, expressas pelo recurso à figura do contrato social.

A distinção entre soberania nacional e soberania popular, ao que se afigura, com a expansão do sufrágio universal no século XX, concomitantemente com o sistema representativo, de instituição necessária, perdeu a relevância outrora existente, quando se pretendia que a escolha dos membros do parlamento, a representar a nação, fosse delimitada, tanto no que respeita aos eleitos, quanto no que tange aos elegíveis. No mesmo sentido é o entendimento de Perez-Luño (2001, p. 198) de que a identificação entre a soberania popular e

---

<sup>37</sup> As limitações do presente estudo não permitem maiores digressões críticas quanto às características atribuídas ao poder constituinte por Sieyès; não obstante isso, afigura-se possível a imposição de alguns limites, sejam eles a) heterônomos, provenientes dos pactos e declarações de direitos humanos no âmbito do direito internacional, b) decorrentes dos princípios de justiça historicamente consagrados, c) transcendentais, como os valores que, de acordo com determinado contexto histórico-cultural, sejam partilhados pela comunidade, e d) imanentes, como a impossibilidade do poder constituinte alienar a si mesmo. Nesse sentido, Canotilho (2002, p. 81-82). Na doutrina pátria, sobre as características do poder constituinte, as bem lançadas colocações de Carlos Ayres de Britto (2003 p. 5-10), entendendo-o como a soberania que se manifesta de modo inicial ou primário (BRITTO, 2003, p. 22).

a soberania nacional acabou por conduzir ao Estado como noção geral de monopolização do poder.

E é justamente essa concepção de Estado, enquanto ator político e social, que se apresenta em crise diante das condições complexas contemporâneas, levando a um déficit da própria política.

Não obstante isso, as doutrinas contratualistas e a sustentação da soberania, quer no povo, quer na nação, firmando a noção de poder constituinte, foram relevantes para o surgimento do constitucionalismo, com a defesa da superioridade constitucional em face das leis e do governo fundado no consentimento pactuado daqueles que livremente, e por opção própria, a ele se submetem, remetendo tanto à república como à democracia.

Embora respaldado o Estado no contrato social e titularizada a soberania pelo poder constituinte, não bastaria à constituição estabelecer as condições de exercício do poder, sendo imprescindível que fossem previstas formas de limitação e contenção ao seu exercício, dentre as quais a de maior peso na história do constitucionalismo é a separação de poderes.

### 3.1.1.3 A doutrina da separação de poderes

Assentado o exercício do poder soberano na nação, ou no povo, quer se trate do constitucionalismo francês, quer do americano, pela manifestação da potência desconstitutiva-constitutiva do Poder Constituinte, seria preciso a adoção de formas e técnicas que impusessem limites àqueles que, enquanto poderes constituídos, exercessem o poder político.

Nesse sentido, desenvolve-se a adoção de técnicas visando a sua limitação pela constituição positivada, abrigando a separação de poderes<sup>38</sup>, que remonta a Aristóteles (2002, p. 127-143)<sup>39</sup>, enquanto forma de organização real e efetiva do poder, e que se manifesta,

---

<sup>38</sup> A leitura contemporânea da separação de poderes será oportunamente explicitada, destacando-se, de logo, que mais se afigura tratar-se de uma divisão ou repartição orgânico-funcional do exercício do poder político do que de uma separação de funções; ademais, cada órgão detém tipicamente uma das funções da soberania, o que não implica que o seja em caráter exclusivo, podendo desempenhar de forma atípica as outras funções. Registre-se, também, que a própria natureza e a quantidade das funções são temas de reflexão, além da necessidade de atualização do princípio que, desenvolvido como técnica de limitação do poder destinada à proteção dos direitos fundamentais, não pode ser interpretado adequadamente como obstáculo intransponível à concretização de tais direitos, em especial dos direitos sociais.

<sup>39</sup> Aristóteles concebe a existência do poder deliberativo – que seria o mais importante dos três porque

notadamente em John Locke e, principalmente, em Montesquieu, como técnica de limitação ao exercício do poder político.

John Locke (1998, p. 514-515) demonstrando preocupação diante dos riscos de concentração do poder, sustenta da limitação pela divisão funcional, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

E – porque pode constituir uma tentação demasiado grande para a fragilidade humana capaz de assenhorear-se do poder que as mesmas pessoas que têm o poder de elaborar leis tenham também em mãos o de executá-las, com o que podem isentar-se da obediência às leis que fazem e adequar a lei, tanto no elaborá-la como no executá-la, à sua própria vantagem particular, passando com isso a ter um interesse distinto daquele do resto da sociedade política, contrário aos fins dessa sociedade e desse governo – nas sociedades políticas bem ordenadas, em que o bem do todo recebe a consideração devida, o poder legislativo é depositado nas mãos de diversas pessoas que, devidamente reunidas em assembléia, têm em si mesmas, ou conjuntamente com outras, o poder de elaborar as leis e, depois de as terem feito, separando-se novamente, ficam elas próprias sujeitas às leis que formularam.

Além do poder legislativo, Locke (1998, p. 515-517) identifica a existência do poder executivo e do poder federativo, sendo esse último o responsável pelas relações firmadas com outros Estados; entretanto, embora afirme a necessidade de separação do legislativo para com os demais, considera que devam concentrar-se o executivo e o federativo nas mãos das mesmas pessoas, pois a separação deles poderia causar desordem e ruína. O poder judiciário, para Locke, integraria o legislativo.

Rousseau (2001, p. 94-95), também enveredando sobre a questão, sustenta a necessidade de separação entre o legislativo e o executivo para enfraquecer o governo, quando seja forte, salientando Esmein (2001, p. 460) que para o Rousseau o poder judiciário seria integrante do poder executivo.

Também Kant (1993, p. 152) concebia a existência de três poderes componentes do Estado, consubstanciados no poder soberano, que seria o legislativo, no executivo, pelo qual o governo deveria atuar segundo a lei, e no judiciário. Essa estruturação dos poderes, entretanto, não decorria propriamente de uma necessidade intrínseca de limitação dos poderes do Estado, mas era expressão da razão, correspondendo às três etapas do raciocínio prático, quais sejam: os princípios, o preceito e a sentença.

Sustenta (KANT, 1993, p. 185-186) que os três poderes são relações de vontade da

vontade coletiva do povo que deriva do *a priori* da razão, constituindo a idéia pura do soberano, portadora de realidade objetiva e prática.

Kant (1993, p. 155-158) estabelece as razões da distinção das funções, não cabendo ao soberano, e lhe seria indigno, por exemplo, fazer-se juiz e, como tal, submeter-se a realizar uma injustiça, sujeitando-se à apelação.

Verifica-se que, diferentemente de Locke, Rousseau e Montesquieu, como será visto a seguir, Kant não tinha como principal objetivo da separação de poderes a limitação ao exercício do poder, ainda que ela, por essa via, efetivamente ocorresse; a existência dos três poderes, ao que se afigura, antes de ser um imperativo para a contenção do arbítrio, consistia muito mais num imperativo proveniente da lei da razão.

Coube a Montesquieu (1996, p. 168-169), a partir da análise da Constituição inglesa, a consolidação da teoria da separação de poderes enquanto técnica que assegura a liberdade política, temeroso com a possibilidade de que tudo esteja perdido se os três poderes forem detidos pela mesma pessoa ou corpo de pessoas, sendo possível que se crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente, entendendo que cada uma das funções deveria ser desempenhada por órgãos distintos.

Dentre os três órgãos, Montesquieu reputa como o mais frágil o judiciário, que seria invisível e nulo, salientando que (MONTESQUEIEU, 1996, p. 175) os juízes seriam apenas a boca que pronuncia as palavras da lei e de que seriam “[...] seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”, do que se sobressai a prevalência do poder legislativo pela natural subordinação do executivo em face das leis.

Percebendo não ser suficiente a separação de funções para uma adequada limitação do poder, Montesquieu (1996, p. 174-175) estabelece os fundamentos para que a separação de poderes seja reforçada e complementada pela capacidade de um poder freiar o outro no exercício de suas atribuições, o que consubstancia o sistema de freios e contra-pesos.

Para Montesquieu o executivo deve ter competências para impedir provimentos do legislativo, que, por sua vez, não necessitaria intervir no conteúdo das deliberações do executivo por já ser um poder limitado pela lei por natureza, devendo apenas fiscalizar a observância da legalidade.

Embora separadas as funções, sem que houvesse um sistema de freios e contra-pesos seria possível que cada um desempenhasse arbitrariamente a sua função típica, não havendo mecanismo de controle para contê-lo; com os freios de um poder sobre o outro, tal possibilidade seria prevenida.

Ademais, também não poderia o judiciário ter qualquer atribuição que impedisse

os demais poderes de exercer as suas atribuições, pelo que se infere a sua exclusão do sistema de freios e contrapesos. Nesse sentido, já se antevê um dos grandes obstáculos para o reconhecimento do caráter normativo e supremo da constituição, não justificando a possibilidade de haver qualquer órgão de censura ao legislador.

A partir dos traços conferidos por Locke e Montesquieu, identificam-se duas características fundamentais para a institucionalização do princípio da separação de poderes, que são a especialização, decorrente da divisão social de trabalho, e a independência funcional.

A independência exige que a conformação constitucional de cada órgão que exerça uma função típica não viabilize qualquer espécie de vinculação ou subordinação a outro poder, impedindo que possa lhe tomar o desempenho da atribuição, ou compelir a forma de seu exercício.

Assim, não é dado, ordinariamente, a um poder definir exclusivamente os membros do outro, ou o titular da chefia dos demais poderes, devendo-se assegurar autonomia política, administrativa e financeira, necessária à independência funcional.

A especialização, por sua vez, exige que se dê a atribuição de cada função para apenas um órgão, que desenvolverá suas atividades especificamente e pautando-se pela atuação técnico-decisória, não sendo admitido que um órgão se imiscua nos negócios ou deliberações dos demais.

Essas duas características costumam variar de acordo com o regime de governo, prevalecendo uma maior independência nos Estados que adotam a República presidencialista, enquanto naqueles que seguem o modelo parlamentarista há uma maior relação de harmonia e interação entre o legislativo e o executivo.

Segundo Burdeau, Hamon e Troper (1999, p. 89), da conjunção da especialização com a independência, dando compostura à separação de poderes, tem-se como resultado a liberdade.

Não obstante isso, (BURDEAU; HAMON; TROPER, 1999, p. 94) chamam a atenção de que a separação de poderes não se confunde com a especialização, pois ela é apenas um dos elementos que podem conformar a separação de poderes, mas não o único.

Certamente um dos grandes desafios para os teóricos da separação de poderes é a compreensão adequada da relação entre essas duas características, quer por ser absolutamente inviável uma total independência, quer pela tensão que se estabelece entre a independência e o sistema de freios e contra-pesos.

A despeito de ter logrando francamente êxito no constitucionalismo moderno,

como registra Michel Troper (2001a, p. 203) persistindo como princípio característico de qualquer Estado de Direito constitucionalmente conformado e informado, inclusive a teor do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão<sup>40</sup>, a doutrina de Montesquieu apresenta vícios que, agravados pela distância temporal e o imobilismo da reflexão jurídica sobre os mesmos, desafiam uma atualização no âmbito de uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada.

Aliás, desde os trabalhos legislativos e das discussões em derredor dos projetos para Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão já havia acirrados debates acerca da cláusula que viria a prever a separação de poderes, suscitando tanto questões atinentes à melhor redação quanto até mesmo da pertinência de sua inscrição numa declaração de direitos e não apenas na Constituição francesa, como salientado por Duguit (1996, p. 22-27).

Nesse sentido, Esmein (2001, p. 462-463) anota que a teoria da separação de poderes encontrou adversários, seja no que respeita à concepção atinente ao poder judiciário como poder nulo e sem expressão, seja a própria teoria como um todo, referindo-se à crítica de Woodrow Wilson de que a divisão dos ramos do governo confere a cada um tão diminuta responsabilidade que possibilita que as falhas de um sejam atribuídas também ao outro; outrossim, a repartição poderia causar uma paralisia desastrosa do governo em momento de crise.

Outra objeção, que se remete ao texto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, é exposta por Duguit (1996, p. 24-25) e consiste na aparente incompatibilidade entre a separação de poderes e o princípio da soberania nacional, pelo seu caráter indivisível, tal como concebido por Jean Bodin; quanto a essa crítica, Michel Troper (2001a, p. 205) considera não ser possível outra solução senão se entender que ou prevalece a indivisibilidade da soberania e, nesse caso, a separação de poderes seria impossível, ou se adota a separação, destruindo-se a soberania.

Michel Troper (2001a, p. 205) expõe ainda outras críticas referentes à separação de poderes, devendo-se destacar a que contesta sua aptidão para a realização das liberdades, não sendo uma técnica adequada para tal desiderato, e a de que haveria uma oposição com a democracia pela admissão de que o executivo adote medidas de controle sobre o legislativo.

O próprio Duguit (1996, p. 3-4) não admite que o princípio da separação de

---

<sup>40</sup> “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”, que, em tradução livre, significa que “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada e nem a separação de poderes determinada não tem uma constituição”.

poderes sirva aos fins para os quais é sustentado, considerando que se, para muitos, ele “[...] es, en definitiva, el ideal político que los pueblos y legisladores deben perseguir sin tréguas. He aquí, a mi parecer, una singular ilusión.” Sustenta que nem mesmo a teoria é pertinente e consistente, pois qualquer ação do Estado envolve uma atuação conjunta de todos os poderes, tendo como recorte o parlamentarismo.

Não obstante tantas críticas, há de se reconhecer que o princípio da separação de poderes tem um *locus* de relevo no constitucionalismo, seja pelo ideal que o inspira ser um dos fins do constitucionalismo, a limitação do poder em prol dos direitos fundamentais, seja pela idéia que encerra ser absolutamente pertinente e coerente, de que é necessário descentralizar o poder para que o poder freie o poder, associando o sistema de freios e contrapesos.

Evidentemente, toda e qualquer interpretação estanque do princípio da separação de poderes, notadamente se remontar a sua configuração primeira, segundo a pena de Montesquieu, estará fadada ao insucesso e, mais ainda, a servir de obstáculo à contenção aos poderes político e, na atualidade, também econômico, em detrimento da proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Todas as críticas assinaladas devem conduzir à reflexão para adaptar a teoria aos problemas que dela advieram, como também as teorias que com ela se relacionam devem tomá-la em consideração de modo a superar eventual obstáculo que constitua, como se dá com uma teoria da constituição dirigente, constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto pátrio.

Embora não houvesse, em sua concepção primeva, uma desconfiança quanto à bondade intrínseca do legislador, ante a exaltação inicial da função legislativa, verifica-se que o percurso histórico do Estado de Direito e da separação de poderes mostrou ser mais do que justificada. Em razão disso, nada mais natural do que o constitucionalismo buscar meios de prevenir que os receios dela provenientes venham a se materializar, especialmente em se tratando do Brasil, de democracia ainda incipiente, onde ainda não há, por parte dos membros do legislativo, a devida percepção do que seja o público e o privado.

Logo, qualquer teoria que tenha por escopo a promoção do império da ordem constitucional, notadamente das normas programáticas e das cláusulas de diretividade política e econômica de determinada constituição, deve levar a sério o princípio de separação de poderes, não como obstáculo, mas como veículo de proteção dos direitos fundamentais pela contenção do arbítrio legislativo, executivo e judiciário.

Levar a sério o princípio da separação de poderes importa na necessidade de

tematizar questões como a legitimidade da jurisdição constitucional como mecanismo contramajoritário, tendo subjacente a questão respeitante ao sentido e função da democracia, e como a da judicialização da política motivada pela constitucionalização das políticas públicas.

Com efeito, Bobbio, Matteucci e Pasquino (2000a, p. 248) observam a necessidade de aprofundamento do princípio da separação de poderes, sob pena de se transformar em um dogma ambíguo e misterioso incapaz de servir à proteção e garantia dos direitos e liberdades fundamentais.

Para tanto, faz-se necessário compreender os modelos que foram conferidos à separação de poderes, tanto pelo constitucionalismo americano quanto pelo constitucionalismo francês, a fim de, no momento oportuno, sustentar-se a atualização constitucionalmente adequada de sua teoria, nos quadrantes do dirigismo constitucional pátrio.

Desse modo, perscrutando a repercussão e a institucionalização da separação de poderes no constitucionalismo moderno, percebe-se a existência de duas idéias e compreensões substancialmente distintas da doutrina, que se estabeleceram no constitucionalismo americano e no constitucionalismo francês.

Favoreu (2004, p. 333-335) bem identifica as diferenças de entendimento e institucionalização do princípio da separação de poderes entre o constitucionalismo francês e o americano. Neste, a compreensão da necessidade de uma Constituição e de um governo equilibrados conduziram à adoção da separação de poderes para refrear as tendências humanas à tirania, preservando a liberdade no quadro constitucional. Assim, a concepção contratualista e os direitos naturais legitimam a separação de poderes e, mais ainda, a existência de um sistema de freios e contrapesos.

Já no constitucionalismo francês houve uma compreensão mais restrita e abstrata do princípio da separação de poderes, destacando Favoreu que veio a prevalecer, sobre o desenvolvimento de Montesquieu acerca dos freios e contrapesos, as idéias de Rousseau quanto à existência de um poder supremo e absoluto consubstanciado na vontade geral, que não poderia ser um poder contrário ao próprio povo, embora o próprio Montesquieu já assinalasse a sujeição do juiz à lei.

Diante disso, Favoreu entende que o modelo francês teria abrigado uma bipartição de poderes, restando ao poder judiciário apenas uma atuação residual, enfraquecido pela falta do princípio do equilíbrio entre os poderes que propiciou no constitucionalismo americano a



sua inserção no sistema de freios e contrapesos<sup>41</sup>; contrariamente, nos Estados Unidos teria havido a consagração da tripartição, cabendo-lhe precipuamente a função de resolver os conflitos institucionais e preservar os direitos fundamentais.

O constitucionalismo americano, acolhendo a divisão tripartite, deu acento especial ao sistema de freios e contrapesos, prevendo a Constituição americana de 1787, em seus sete artigos, os três órgãos, legislativo, executivo e judiciário, com a sua estruturação e atribuições nos arts. 1º, 2º e 3º, respectivamente, cada um desempenhando as suas respectivas funções típicas, como também mecanismos pertinentes ao sistema de freios e contrapesos, como o veto presidencial a projeto de lei.

No constitucionalismo americano, por se tratar de país que adota o sistema de direito consuetudinário, não veio a prevalecer a concepção racionalista que, associada com a doutrina da vontade geral e da perfeição intrínseca e naturalista da lei, exalta o legislador e a sua obra, a lei, como fonte não apenas precípua, mas praticamente exclusiva do direito, como ocorrido em França.

Em virtude disso, não sendo a lei fonte exclusiva do direito e não encerrando uma racionalidade e bondade intrínsecas, seria possível que se emprestasse uma interpretação evolutiva e mais flexível da doutrina de Montesquieu, com o destaque não apenas para a repartição funcional, mas também para o sistema de freios e contra-pesos, de modo a não haver maiores obstáculos à efetivação de um controle sobre o legislador, submetendo-o à Constituição americana, o que fora sustentado por Hamilton (HAMILTON; JAY; MADISON, 1993, p. 478-485) e que, mais tarde, em 1803, veio a consubstanciar o *judicial review of legislation*<sup>42</sup> quando a Suprema Corte julgou o caso *Marbury vs. Madison*, relatado pelo *Chief Justice* John Marshall.

Hamilton (1993, p. 480) afirma a necessidade de independência do poder judiciário para que seja possível a existência de uma constituição limitada, entendida como responsável por restringir o poder legislativo estabelecendo-lhe impedimentos, como a de que não decretará a perda de direitos civis; todavia, tais limitações exigem que sejam garantidas pelo poder judiciário, “[...] cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao

---

<sup>41</sup> Favoreu aponta ainda que, em França, o movimento revolucionário nutria uma desconfiança quanto aos juízes em razão do ativismo havido ainda no *Ancien Régime*, sendo considerado como um braço do executivo e não como um poder autônomo. Insta destacar que não foi só a jurisdição constitucional que fora negada ao judiciário francês, pois também lá fora adotado o contencioso administrativo, cabendo à própria Administração resolver os litígios nos quais estivesse envolvida.

<sup>42</sup> Mauro Cappelletti (1999, p. 49-63) explicita a existência de antecedentes do controle jurisdicional de constitucionalidade, dentre os quais a doutrina preconizada por Sir Edward Coke, para quem havia a sujeição da lei aos costumes, conferindo ao juiz a missão de preservar o *commom law* diante da *statutory law*.

sentido manifesto da Constituição. Sem isto, todas as restrições a direitos ou privilégios particulares equivaleriam a nada”, reconhecendo a perplexidade que tal doutrina poderia gerar, mas nem por isso deixando de sustentá-la devidamente.

Nesse sentido, Laurence Tribe (2000, p. 124-125) considera que a separação de poderes não apenas comanda, mas, em verdade, impregna o constitucionalismo americano, percebendo a necessidade de atualização e compreensão adequada do princípio de acordo com o horizonte histórico da comunidade política a que se refira, notadamente ao asseverar que não se deve concebê-lo primacialmente tal como foi pensado pelos constituintes americanos, nem como desenvolvido pela filosofia política, mas o que a própria Constituição “[...] itself says and does. What count is not any abstract theory of separation of powers, but the actual separation of powers ‘operationally defined by the Constitution<sup>43</sup>’” (TRIBE, 2000, p. 127). É essa leitura que deve ser promovida no âmbito do dirigismo constitucional brasileiro, que se pretenda constitucionalmente adequado.

Assim, como será adiante explicitado quando da análise da relação entre o constitucionalismo moderno e o Estado de Direito, dando-lhe compostura de Estado legal e renegando a primazia e a parametricidade da constituição como lei fundamental, o constitucionalismo americano, é responsável por lançar as bases, fundamentar e inaugurar o controle jurisdicional de constitucionalidade, imprescindível para que à constituição seja conferida supremacia normativa, sujeitando também o legislador ao seu império normativo.

Eduardo García de Enterría (2001, p. 54-55), entendendo estar fundada a supremacia da Constituição americana na cláusula que lhe atribui a condição de *supreme law of the land*, no art. 6º, II, bem sintetiza a elaboração norte-americana ao salientar que a supremacia normativa da constituição e a adoção em seu resguardo do *judicial review* implica no reconhecimento aos juízes a competência de anular leis contrárias à Constituição, deixando de aplicá-las ao caso em julgamento.

Não obstante isso, Acosta Sánchez (1998, p. 115-118) observa que, após a decisão do que inaugurou o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, a Suprema Corte demorou mais de cinquenta anos para voltar a fazê-lo, explicitando o contexto político que conduziu Marshall àquela decisão.

Já no constitucionalismo francês, pela interpretação e compreensão estanques que lhe foram dadas, verifica-se, tanto pelas concepções de John Locke e de Montesquieu, como

---

<sup>43</sup> Em tradução livre, “[...] ela própria diz e estabelece. O que conta não é qualquer teoria abstrata da separação de poderes, mas a atual separação de poderes, operacionalmente definida pela Constituição.”

também pela doutrina contratualista de Rousseau, invertendo a concepção acerca do estado da natureza de Hobbes, que há uma prevalência do poder legislativo sobre os demais poderes, característica essa que marcaria o constitucionalismo moderno até o século XX – com a exceção da experiência americana, que desenvolveu o controle de constitucionalidade em 1803, como já referido.<sup>44</sup>

O constitucionalismo francês não abrigou o princípio da supremacia da constituição, prevalecendo a supremacia do parlamento, pois a lei gozava de características provenientes da reta razão que lhe conferiam intrinsecamente a bondade, a justiça e a correção, sendo expressão da vontade geral, manifestada pelos representantes que, à época, eram eleitos mediante sufrágio censitário.

Tais elementos, conducentes à formação do Estado de Direito como Estado legal, como corrobora Luigi Ferrajoli (2006, p. 422-423) serão adiante analisados, mas já se tem a compreensão suficiente à conclusão de que o constitucionalismo moderno não abrigou a noção de supremacia constitucional e que, embora vindo a lume com a função de limitar o exercício do poder, não logrou o pretendido êxito, ficando sem rédeas o poder legislativo; ademais, o êxito de tal mister exige sempre a contínua reflexão, pela refração do poderes político e econômico a qualquer peia.

Pela deficiência do caráter de parametricidade e de fundamentalidade da constituição, existente no constitucionalismo americano, como observa Cooley (1999, p. 2), evidencia-se que o constitucionalismo moderno fora, em grande parte e por justa medida, um constitucionalismo sem constituição, como concebe Acosta Sánchez (1998, p. 19) ao considerar que houve “la frustración en Europa, desde la Revolución Francesa, de la Constitución normativa (con la excepción de la Suiza), bajo la forma de un *constitucionalismo sin Constitución*”<sup>45</sup>, mitigando o autor a relevância da experiência americana.

Desse modo, dentre todos os poderes do Estado no constitucionalismo moderno, não estava o poder legislativo adstrito à observância da constituição, caracterizando-se, ao invés da supremacia da constituição, a supremacia do parlamento.

Cabe registrar que a aludida supremacia do parlamento teve fundamentos distintos

---

<sup>44</sup> Como será abordado, após o término da Segunda Guerra mundial houve a necessidade de uma substancialização do direito, superando-se a concepção formal de lei e submetendo-a a revisão judicial, seja pelo poder judiciário, com a expansão do modelo americano, seja pela jurisdição constitucional desempenhada pelos tribunais constitucionais, segundo o modelo europeu de controle de constitucionalidades, elaborado por Hans Kelsen e aplicado na Constituição austríaca de 1920, expondo Cappelletti se deu como a expansão de ambos os modelos (1999, p. 68-74).

<sup>45</sup> Destaques no original.

no constitucionalismo inglês do que aqueles que justificavam-na nos Estados da Europa continental, como bem explica Pablo Lucas Verdú (2007, p. 15-28).

A supremacia do parlamento é definida em lição clássica de Dicey (1959, p. 40) como expressando o princípio de que “Any Act of Parliament, or any part of an Act of Parliament, which makes a new law, or repeals or modifies an existing law, will be obeyed by the courts”<sup>46</sup>, ou, em sentido oposto, de que “There is no person or body of persons who can, under the English constitution, make rules which override or derogate from an Act of Parliament, or which (to express the same thing in other words) will be enforced by the courts in contravention of an Act of Parliament.”<sup>47</sup>

Logo, o constitucionalismo moderno não foi suficientemente libertário a ponto de sujeitar também o legislador, não prevalecendo a supremacia da constituição, seja na Europa continental, pela adoção do modelo francês, seja na Inglaterra, em que a Constituição deriva da conjunção histórica das relações de poder estabelecidas progressivamente entre os órgãos do Estado, abrangendo os costumes reconhecidos pelas cortes, as leis do Parlamento sobre matéria constitucional e os documentos constitucionais, que foram vários no curso da evolução do regime inglês, desde a Magna Carta de 1215.

Dessarte, firmadas a relevância e a função da separação de poderes na formação do constitucionalismo moderno, torna-se premente adentrar na apreciação da sua fundamentação no jusnaturalismo racionalista, que compõe o quadro de sustentação dos direitos fundamentais e da primazia da lei.

Com isso, estabelecem-se as condições para, oportunamente, identificar os pontos de tensão para com o dirigismo, forçando a uma atualização constitucionalmente adequada da estrutura orgânico-funcional do Estado brasileiro que potencialize a sujeição de todos os seus órgãos aos programas e às direções constitucionalmente vinculantes, atentando-se para a já aludida advertência de Bobbio, Matteucci e Pasquino (2000, p. 248) acerca dos riscos de dogmatização e imobilismo da teoria.

#### 3.1.1.4 Jusnaturalismo racionalista

---

<sup>46</sup> Em tradução livre, “Qualquer ato do Parlamento, ou qualquer parte de um Ato do Parlamento, que estabelece uma nova lei, ou afasta ou modifica uma lei existente, deve ser obedecido pelas cortes.”

<sup>47</sup> Em tradução livre, “Não há pessoa ou colegiado de pessoas que possa, sob a Constituição inglesa, elaborar regras que anulem ou derroguem um Ato do Parlamento, ou que (para expressar a mesma coisa em outras palavras) seja cumprida pelas cortes em contrariedade a um Ato do Parlamento.”

Outro componente típico do ideário fundador e fundamentador do constitucionalismo moderno, que o inspirou e lhe deu conformação inicial, foi o jusnaturalismo racionalista. Ainda que não haja uma correspondência necessária entre o jusnaturalismo e o racionalismo, posto que ambos se desenvolveram autonomamente e representam traços distintos da modernidade, há um momento de encontro entre ambos, que é justamente o do ambiente pré-revolucionário, quando estava em gestação a insurreição para afirmação do constitucionalismo.

O jusnaturalismo tem uma existência precedente absolutamente desvinculada do racionalismo, enquanto o racionalismo tem mais acentuadamente um desenvolvimento subsequente à crise que permeou o jusnaturalismo, com o advento do positivismo jurídico, também fundado no racionalismo.

Abbagnano (2003, p. 822) identifica a origem da utilização da expressão racionalismo em Kant, com a sua metafísica transcendental, indicando que designa, filosoficamente, a doutrina kantiana ou, de forma mais ampla, a corrente de pensamento da filosofia moderna proveniente de Descartes até Kant; ou, também, em sentido genérico, qualquer orientação filosófica que recorra à razão, abrangendo as mais diversas filosofias e linhas de pensamento<sup>48</sup>.

O racionalismo, enquanto componente do ideário da modernidade, integra o movimento do Iluminismo, fundando-se na filosofia do sujeito e no humanismo, em que o homem era, ao mesmo tempo, referencial de ação e de existência, e agente que teria a capacidade de governar a si próprio, dominando, através da razão e, concomitantemente, com o desenvolvimento da ciência e da técnica, propiciadas pela razão, o seu futuro.

A filosofia do sujeito caracteriza esse movimento peculiar de fundar na subjetividade a projeção e o domínio pela razão, não apenas da natureza, mas do próprio futuro do homem, libertando-se das pressões heterônomas da religião e dos vínculos de tradição, afastando o preconceito<sup>49</sup> e a autoridade.

Gadamer (1999, p. 406-407) bem registra a situação do racionalismo como

---

<sup>48</sup> Como se depreende, das várias concepções que remetem ao racionalismo, tratar-se do seu sentido genérico, ainda que com os matizes que mais diretamente influenciaram o constitucionalismo moderno.

<sup>49</sup> Desnecessário ressaltar a adoção da expressão preconceito em seu sentido filosófico, destacado por Gadamer (1999, p. 407).

princípio integrante do Iluminismo, salientado que “[...] há realmente um preconceito do Aufklärung que suporta e determina sua essência: esse preconceito básico do Aufklärung é o preconceito contra os preconceitos, enquanto tais, e, com isso, a despontenciação da tradição”, firmando-se o conhecimento científico como via de superação de todos os preconceitos.

O racionalismo agrega ao conhecimento científico a capacidade de descobrir as leis que, necessariamente, governam os fenômenos naturais, conferindo-lhe a predição e a explicação, orientando a ação humana sobre a natureza de modo a afastar, pelo desenvolvimento científico, também as constrictões naturais.

A imbricação entre o racionalismo, o humanismo, a subjetividade e a autonomia como componente da modernidade é ressaltada por Alain Renaut (2001, p. 9), sendo sua característica típica a forma como o homem passa a se conceber e a conceber as suas representações e os seus atos como fundados na sua reta razão, não admitindo que seja governado nem pelas leis que derivam da natureza das coisas e nem por qualquer regra de natureza religiosa, cabendo apenas a ele próprio a reflexão, a escolha e a fundamentação das regras a partir do movimento da razão.

Morrison (2006, p. 158) observa que a dignidade e a singularidade do homem remetem à capacidade de usar a razão, partilhada igual e individualmente por todos os homens enquanto seres racionais, submetendo a própria intuição à reflexão da razão.

E no âmbito do racionalismo, as reflexões de Kant e a sua repercussão para o direito são patentes, não ficando restrito à dicotomia tradicional entre o direito natural e o direito positivo, buscando um direito que seria expressão de um puro conceito racional *a priori* decorrente do postulado da razão prática, como destaca Atias (2004, p. 108).

Simone Goyard-Fabre (2006, p. 72-74) registra que Kant se afasta do empirismo e do dogmatismo da razão para examinar o pensamento, refletir sobre as condições de validade do conhecimento jurídico, levando a “[...] repensar o pensamento que é imanente a todas as regras jurídicas,” cabendo-lhe “[...] buscar na pluralidade (portanto na particularidade) das regras do direito o significado universal que elas veiculam.”

Assim, Kant (1993, p. 44-45), depois de caracterizar o direito natural e o direito positivo, estabelece a necessidade de que seja buscado o fundamento das prescrições jurídicas apenas na razão, aferindo a justiça das mesmas e indicando uma possível legislação positiva.

Adota, então, a definição de direito como (KANT, 2005, p. 46) “[...] el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad”, ou seja, o direito se erige em função da liberdade do homem, denotando a sua liberação e a sua autonomia fundada na própria subjetividade. O direito tem

como razão existencial viabilizar e estabelecer as condições de exercício da liberdade segundo uma lei geral.

O caráter geral, conforme entendimento de Felipe González Vicen, remete à abstração do direito, que não se prende ou não se atém a particularidades ou a situações específicas, não resulta da experiência, sendo um *a priori*; desse modo, acaba por corresponder a uma necessidade da burguesia que deseja firmar as bases do capitalismo, isentando a reflexão jurídica da realidade e das condições de sua vigência, tornando-a insensível às diferenciações e às peculiaridades dos membros da comunidade, dando ensejo a um direito inodoro e incolor, igual para todos porque todos detêm a mesma condição de racionalidade e de liberdade.

Dessa fundamentação racional da liberdade provém a igualdade, ambos direitos que serão sustentados como individuais e inatos, voltados ao homem-indivíduo-racional, abstratamente considerado e, como tal, efetivamente inexistente.

Não obstante isso, por essa via se chega à autonomia do homem, viabilizada pela reflexão, mediante a qual “[...] na área prática do direito, o homem, na medida em que é um ser racional, atribui a si mesmo, na transparência de si, suas próprias normas: ele afirma uma autonomia pura que, tanto no campo jurídico como no campo moral, faz sua dignidade”, como percebido por (GOYARD-FABRE, 2006, p. 75).

Nesse sentido, evidencia-se a fundamentação racional tanto para as doutrinas contratualistas, já abordadas, como para a concepção pertinente à natureza da lei e à exaltação do parlamento, conduzindo, mais tarde, ao dogma do legislador racional, como bem analisado pelo excerto abaixo (RENAUT, 2001, p. 09), *in verbis*:

Assim, também, se conceberão a si próprias as sociedades modernas, no registro político, como plenamente auto-instituídas, através do tema contratualista: o humanismo jurídico dos Modernos, aplicando ao direito a convicção de que o homem é o princípio de toda a normatividade, tomará nesse sentido como adquirido que é o homem o autor do seu direito, e que esse direito não se afirma senão através da sua fundação no acordo ‘contratual’ das partes interessadas.

No plano político, o racionalismo fundado na subjetividade do homem sustenta a possibilidade de rechaçar qualquer ordem que lhe seja exterior e que não lhe tenha sido submetida à avaliação e à adesão, adesão essa que só pode provir da força coercitiva e necessária da razão.

Assim, o racionalismo, fundado na subjetividade e na autonomia do homem, na

sua capacidade de, sendo referencial de todas as coisas, autodeterminar-se e determinar o seu mundo, objetiva promover (ou dar a convicção de que é possível) a libertação do homem das constrações que lhe são externas, de foro religioso, da tradição, e da natureza das coisas, capacitando-o a governar a si próprio e, no âmbito da filosofia política, a se autodeterminar politicamente, aceitando qualquer ordem de poder apenas enquanto resulte da sua própria vontade.

O racionalismo passa a ser a fundamentação do jusnaturalismo na modernidade próxima às revoluções, já tendo conhecido outros modelos de fundamentação do sentido do justo, e disso se depreende uma das dificuldades da compreensão do sentido e da significação do jusnaturalismo.

A plêiade de concepções que historicamente se erigiram em seu redor, das mais variadas inclinações e tendências, ora de caráter progressista, ora de caráter conservador, quer em reforço ao direito positivo, quer manifestando a sua potencialidade crítica, deslegitimando-o, acabam por trazer uma certa nebulosidade ao que seja o jusnaturalismo.

De qualquer sorte, a sua nota típica é a da existência de um direito anterior ao que é posto pelo homem, anterior ao que é positivado, e, como tal, que também lhe é superior e imutável, devendo ser o mais adequadamente expressado pelo direito positivo.

Disso se infere que o jusnaturalismo corresponde a um esforço da reflexão humana para descobrir ou deduzir as leis que permitam a justa regulação das relações sociais, sendo a justiça o que legitima o direito natural e, pela sua condição de anterioridade e superioridade, condicionaria a validade do direito positivo.

O jusnaturalismo conduz, então, ao problema do conteúdo do direito, pois só é direito a lei que expresse uma noção material adequada ao que seja reputado como correspondente ao justo. Daí advém o problema de como se chegar ao justo, cujas dificuldades e insuficiências foram progressivamente sendo destacadas até que surgiu o seu movimento de oposição<sup>50</sup>, consubstanciando o positivismo jurídico.

Enquanto para o direito positivo a lei injusta não deixa de ser lei se forem observados os pressupostos de sua positivação, identificando a vigência à validade, ou seja, a existência à validade, para o jusnaturalismo a lei injusta não seria direito, diferenciando a existência ou a vigência e a validade.

Gustav Radbruch (1997, p. 61-62) registra que a filosofia do direito foi absorvida e

---

<sup>50</sup> Algumas dessas dificuldades foram destacadas por Bobbio (2007b, p. 35-37).



se voltou para o jusnaturalismo até as cercanias do século XX, o que denota a dificuldade e a profundidade da reflexão historicamente já empreendida.

Outra questão deveras relevante é a pertinente à fundamentação do jusnaturalismo, ou seja, verificação sobre o que se funda a idéia do justo direito que é o fio condutor da cultura e do pensamento jusnaturalista. No longo curso de sua formação e evolução, pode-se identificar três modelos de fundamentação, tendo cada um deles prevalecido em determinado momento da história humana.

Na antiguidade, a referência ao natural se dava porque o justo era pressuposto decorrente da concepção cosmológica de que havia uma ordem natural que governava o universo e, como tal, também o direito<sup>51</sup>. Assim, o natural nesse contexto se refere própria e devidamente à natureza em si, à existência de uma ordem natural dos fenômenos de que adviriam as próprias leis do direito natural.

Progressivamente, a ordem natural das coisas foi sendo substituída pela fundamentação divina, tornando-se, na Idade Média, o direito natural objeto da Revelação a que o homem pode ter acesso mediante a reflexão, tendo como expoente São Tomas de Aquino<sup>52</sup>. Ressalta Bobbio (1996, p. 19-20) que havia a lei natural, a lei humana e a lei divina, correspondendo a lei natural e a lei humana à distinção entre direito natural e direito positivo, devendo a lei humana derivar da lei natural.

Finalmente, com o advento do Iluminismo e a exaltação da razão humana, como já explicitado, a fundamentação do jusnaturalismo deixa de ser de origem divina e passa a residir na capacidade de reflexão do próprio homem que, pela reta razão, descobre as leis do direito justo<sup>53</sup>.

Numa ordem natural anterior estariam inscritos os direitos inatos à pessoa humana, fundados não mais em razões ou fundamentos sobrenaturais ou divinos, nem de tradição ou da natureza das coisas, mas da razão proveniente da natureza humana, sendo sua matriz principal a corrente metafísica da filosofia moderna, de Descartes e Kant (ABBAGNANO, 2003, p. 822).

Dentre outros, Kant (1993, p. 152-153) logrará fundar o direito na razão, pois, na medida em que também reputa que a lei seja expressão da vontade coletiva, seria contrário à razão que alguém se desse leis que encerrassem qualquer injustiça e, assim, expressaria

---

<sup>51</sup> Tal manifestação do jusnaturalismo é denominada ora por direito natural cosmológico (BEDIN, 2006, p. 241).

<sup>52</sup> Recebendo a denominação de direito natural teológico (BEDIN, 2006, p. 241).

<sup>53</sup> Denominado como direito natural antropológico (BEDIN, 2006, p. 241).

sempre o legislador leis que detivessem a qualidade da justiça proveniente da razão.

Desloca-se da natureza das coisas e da vontade divina para a natureza humana, diferenciada e destacada pela razão, do que sustenta Kant que deve apresentar atributos jurídicos intrínsecos, consubstanciados na liberdade legal, igualdade civil e na independência civil, que seriam, então, os princípios de direito natural inferidos pela reta razão e que orientariam a busca pelo conteúdo de justiça do direito.

Observe-se, de logo, que o direito positivo já passa a gozar automaticamente dessa qualidade de ser expressão do direito natural, prejudicando uma das funções do jusnaturalismo que é a crítica do direito positivo existente. Se o legislador atua pela expressão da vontade coletiva, ou da vontade geral para Rousseau, e se tal é fundada na razão humana, conseqüentemente a lei positiva será dotada de uma racionalidade intrínseca à existência e à natureza humana, vindo a preparar o advento do positivismo jurídico.

Disso se infere outro problema do jusnaturalismo, que o permeou no curso de sua evolução, consistente na identificação de quem tem a capacidade para explicitar as leis provenientes do jusnaturalismo. Analisando tal questão, Bobbio (2007b) remete a duas possibilidades: a) ou caberia à autoridade que detém o poder, ou b) a todos os cidadãos. A primeira possibilidade é tida por absurda, pois transformaria o jusnaturalismo em mera expressão do poder; a segunda teria o inconveniente, ainda para Bobbio, de justificar o descumprimento da lei pelo indivíduo quando a reputasse injusta.

E justamente por essa dificuldade que assere Radbruch (1997, p. 62) que o jusnaturalismo ora vem em reforço ao direito positivo, ora sustenta a reforma do direito positivo.

A indeterminação do conteúdo pertinente à lei natural e o problema de como se daria ou por quem deveria ser explicitado conduz a que o jusnaturalismo tenha sido fonte de libertação e de revoluções, com a afirmação do contratualismo e dos direitos individuais, ao fundamento de que o homem teria como inatas a si a liberdade e a propriedade (ROUSSEAU, 2001, p. 26), não devendo se submeter à lei senão quando emprestasse o seu próprio consentimento, de que proviria a sua racionalidade; de outra parte, pode ser fonte para a prática das maiores arbitrariedades quando chamado em sustentação a direito positivo que exprima o arbítrio.

Se de um lado, no constitucionalismo moderno, o jusnaturalismo foi invocado pelo seu viés crítico e reformador do direito positivo, com a defesa do indivíduo e dos direitos individuais, contrapondo-se aos grilhões que prendiam o homem, naturalmente livre, conforme e célebre passagem de Rousseau (2001, p. 9), que encabeça com nobreza o art. 1º

da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão<sup>54</sup>, não se pode olvidar que, no curso de sua história, também serviu ao arbítrio.

Não obstante isso, Perez-Luño (2001, p. 208-209) ressalta não se poder associar o jusnaturalismo à justificação de políticas autoritárias e antidemocráticas, pois representa uma postura retórica alheia à função histórica do direito natural, não sendo suficiente para relativizar a sua importância, notadamente enquanto pressuposto para afirmação da soberania popular, integrando-se ao quadro que dá compostura aos paradigmas da modernidade, em sustentação e legitimação ao constitucionalismo moderno.

Para Perez-Luño (2001, p. 210), não se pode olvidar a importância do direito natural, que consistiria em fomentar “[...] en la vida social el ideal de la racionalidad, el haber intentado prevenirla de la sugestión de los mitos e ideologias irracionales y el haber propiciado un clima crítico de desconfianza y resistencia a la sumisión de los tiranos.”

Logo, o jusnaturalismo se associava às teorias contratualistas para sustentar a existência de uma ordem natural anterior ao Estado, enquanto resultante do pacto social, que a ele seria impositiva e que deveria ser respeitada, até porque ninguém iria alienar a sua liberdade para constituir uma ordem injusta, sendo contrário à razão.

Nesse sentido, Esmein (2001, p. 266-268) identifica que duas concepções em derredor do direito natural no âmbito do constitucionalismo moderno seriam responsáveis pela sua afirmação e superioridade: a) a primeira que reputava o direito natural como proveniente diretamente da razão humana, fonte do direito natural, entendendo-a como portadora de uma autoridade independente, inclusive diante das crenças religiosas, cabendo-lhe reger as relações entre os homens, notadamente no estado da natureza; a segunda, b) proveniente do contrato social.

As duas construções teóricas possibilitaram a afirmação de alguns princípios que foram abrigados pela Revolução Francesa, sintetizados em duas máximas, consubstanciadas na liberdade e igualdade originária dos homens e na afirmação da soberania residente no povo, ou na nação, como já exposto.

E no âmbito do contratualismo, a relação entre o jusnaturalismo racionalista e o consentimento de ordem individual é devidamente suscitada por Michel Miaille (1994, p. 258) ao conceber que o direito natural advém de princípios internos ao homem e, como tal, remete ao individualismo, sendo a natureza de cada homem que embasa o jusnaturalismo pela

---

<sup>54</sup> Art. 1º. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem se fundar na utilidade comum.

mediação proveniente do consentimento. Procede a uma leitura das teorias contratualistas que mitiga a relevância respeitante à democracia, pois “[...] o direito não é uma questão de democracia, mas que, sendo a origem da sociedade civil resolvida pela hipótese do contrato social, o direito positivo ou voluntário tem necessariamente de passar pela vontade do indivíduo”.

Ressalta (MIAILLE, 1994, p. 259) a relação entre o jusnaturalismo e o individualismo, o que, em verdade, deriva da relação entre o racionalismo e o individualismo humanista, como já exposto, observando que o direito surge com o homem, após acordo entre os homens e dele, homem, emana, erigindo uma sociedade que deverá respeitar os direitos dos diferentes indivíduos, ensejando um direito ligado ao indivíduo.

Ora, ainda que sejam pertinentes as inferências de Michel Mialle, não se pode obscurecer a relevância das doutrinas contratualistas para a afirmação da democracia, malgrado fosse ela própria concebida como uma condição imposta pela razão para que o governo das leis se firmasse.

Da mesma forma, a referência ao indivíduo não conduzia à percepção da individualidade específica de cada um, pois o indivíduo era valorado enquanto ser abstrato, desvinculado das múltiplas relações que fossem por ele entabuladas.

Dessarte, o jusnaturalismo racionalista passou a justificar a limitação dos poderes do Estado porque devia se ater a direitos inatos ao homem, existentes antes mesmo da formação da sociedade política, remetendo para uma “[...] regulamentação necessária das relações humanas, a que se chega através da razão”, e reivindicando a extensão aos âmbitos da moral e da política da autonomia da razão, sustentada na filosofia e na ciência por Descartes (ABBAGNANO, 2003, p. 593).

Com o jusnaturalismo estava respaldada a necessidade de respeito e observância aos direitos individuais, restritivos da atuação do Estado, e sustentada a separação entre o Estado e a sociedade civil, o político e o econômico, o público e o privado.

E justamente essas separações entre Estado e sociedade civil, o político e o econômico, o público e o privado, subjazem ao liberalismo, tanto político como econômico, nota típica que integra o ideário do constitucionalismo moderno.

### 3.1.1.5 O liberalismo

O constitucionalismo moderno teve incorporado ao seu ideário que lhe deu fundamento e que definiu as suas linhas mestras a doutrina do liberalismo, que se associa ao fio condutor que é próprio da noção de constituição, consistente na limitação ao exercício do poder político e à consagração dos direitos fundamentais, até então restritos às liberdades e a alguns direitos políticos, conferidos à parcela do povo.

Não obstante isso, o liberalismo é uma noção de difícil definição, posto encarnar em si uma conjunção de idéias e princípios – como a limitação do poder do Estado, a existência de ampla liberdade política e econômica, a oposição ao arbítrio – dos mais variados matizes, além de ser usualmente cindido em liberalismo político e liberalismo econômico, não havendo uma relação de implicação mútua e necessária entre os mesmos, pois o liberalismo político pode não implicar no liberalismo econômico, sendo pertinente também a assertiva recíproca.

Assim, o liberalismo, em sendo doutrina política, e em exprimindo, igualmente, uma doutrina econômica, é associado, lá, com a democracia e com a liberdade política; cá, com a contenção do Estado no domínio econômico, havida com da separação por ele sugerida entre Estado e sociedade, a partir da fundamentação jusnaturalista dos direitos individuais, pressupondo e sustentando as liberdades econômicas, conducentes à institucionalização do sistema econômico capitalista.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (2000b, p. 686) expressa a dificuldade de definição do liberalismo, ora dando enfoque os desenvolvimentos que decorre do adjetivo liberal, ora dos provenientes ao substantivo liberdade.

Da mesma forma, Pierre Rosanvallon (2002, p. 7-8) afirma que o termo liberalismo encerra uma opacidade e uma indefinição quanto ao que designa. Opacidade em virtude da dificuldade de uma nota típica que una as suas várias manifestações; de outra parte, concebê-lo como significativo da “[...] afirmação da liberdade em todas as suas formas é algo demasiadamente vago e nada esclarecedor.”

A despeito de tais dificuldades, é patente que a relação entre constitucionalismo moderno e liberalismo é íntima, pois ambos se erigem em face do Estado Absolutista e do exercício arbitrário do poder político. Tanto que Bobbio (2000b, p. 698) reconhece a adesão do liberalismo ao princípio da limitação do poder político através do direito, embora considere que de tamanha intimidade possa resultar um preconceito jurídico consistente na identificação entre liberalismo e auto-restrição do poder do Estado para garantia dos direitos

individuais e, assim, obscurecendo sua disposição genética à luta contra o Absolutismo.

Cumprido esclarecer que o liberalismo não pode ser compreendido de forma limitada e restritiva como sendo, necessariamente, uma ideologia da burguesia, assistindo razão a Bobbio em tal percepção (2000b, p. 699), confirmando-se pela descaracterização da burguesia enquanto categoria social e a persistência do liberalismo como doutrina, ainda que referida ao âmbito econômico, manifestando-se de forma renovada como neoliberalismo.

De qualquer forma, Bobbio (2000b, p. 690) sustenta como denominador do liberalismo, em suas várias manifestações e tendências, a defesa do Estado Liberal, destinado à proteção dos direitos individuais em face do poder político, exigindo, concomitantemente, formas de representação.

Desse modo, “O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente para identificar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para identificar o segundo é Estado mínimo”, como assinala Bobbio (2000d, p. 17).

Registre-se, todavia, que a noção de Estado de Direito não se confunde com a de Estado Liberal, como será devidamente exposto; contudo, no constitucionalismo moderno, o Estado de Direito, além de reduzir-se à mera legalidade, cingia-se a um âmbito de atuação muito restrito<sup>55</sup>, consubstanciando-se no aludido Estado Liberal.

Já Pierre Rosanvallon (2002, p. 8-10), após discutir a viabilidade do modelo do contrato como mecanismo de instituição da sociedade e de regulação social, sugerindo a sua superação pelo mercado, rejeita a bipartição do liberalismo em político e econômico, asserindo que a idéia ou noção de unidade consiste na autonomia individual, cabendo trazer à colação o excerto abaixo, *in verbis*:

[...] *em princípio*, não há oposição entre a filosofia de proteção dos direitos do indivíduo que veicula o liberalismo político e a constatação feita pelo liberalismo econômico do caráter organizador das *leis* e das *forças* econômicas que regulam o mercado. Em ambos os casos, há o reconhecimento de que não existe um grande senhor dos homens e das coisas e que nenhum poder pessoal de sujeição liga os indivíduos entre si.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Ainda que não tão restrito quanto se convencionou afirmar, posto que o Estado jamais foi totalmente ausenteísta, intervindo na atividade econômica, mesmo no início do liberalismo, de maneira tópica e esporádica, como corroborado tanto por Avelãs Nunes (2007, p. 181), quanto André Ramos Tavares (2003, p. 49-53), para quem o Estado liberal, mesmo respeitando o *laissez-faire*, exercia uma intervenção mínima, de caráter tópico e subsidiário, cuidando da ordem pública, do poder de polícia e defesa das instituições, tendo como principal fundamento a livre iniciativa.

<sup>56</sup> Destaques no original.

Não obstante isso, deixando a análise da concepção de Rosanvallon acerca da pertinência ou não da substituição do contrato como mecanismo de instituição e regulação social pelo mercado, não se afigura adequada a rejeição da distinção entre liberalismo político e liberalismo econômico, não tanto por ser usualmente reconhecida, mas pela existência de características autônomas que os distinguem, embora haja uma imbricação e uma interação entre o liberalismo filosófico, o liberalismo político e o liberalismo econômico.

Em sentido contrário ao de Rosanvallon, ainda que não de forma deliberada, cabe invocar a posição de Noam Chomsky (2007, p. 6-7) de ser equivocada a afirmada idéia-chave do liberalismo clássico, consistente na rejeição às mínimas formas de intervenção do Estado na vida social e pessoal, atendo-se à constatação de que, em verdade, opõe-se o liberalismo clássico, também e em certo sentido, ao capitalismo industrial.

Ao assim proceder, afigura-se que Chomsky mais se refere ao liberalismo político e não ao econômico, pois extrai tais ilações a partir da análise de Humboldt [s.d] acerca dos limites da ação do Estado, procedendo a uma releitura de caráter mais filosófico do que econômico.

A remissão ao liberalismo político e não ao econômico se torna nítida ao ter por certo (CHOMSKY, 2007, p. 18) que “O pensamento liberal clássico se opõe aos conceitos de individualismo possessivo, intrínsecos à ideologia capitalista. Por este motivo, procura eliminar os grilhões sociais e substituí-los por laços sociais, e não por cobiça competitiva, individualismo predatório”, ou pelas grandes corporações.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o liberalismo a que se irá dedicar nesse passo é o de feição mais econômica, pois o liberalismo político está abordado de forma difusa em outros momentos do presente estudo, além de mais detidamente tratado no âmbito da análise procedida quanto aos direitos individuais.

Mesmo em se voltando para a concepção relativa ao liberalismo econômico – cuja importância avulta, inclusive, pela necessidade de devida compreensão do neoliberalismo – e restrita ao constitucionalismo moderno, há de se receber o gravame quanto à dificuldade de tal empreitada que é promovida pela advertência de Hayek (1994, p. 43) de que os princípios basilares do liberalismo não se constituem num corpo fixo e imutável, ou num credo intocável, salientando que o seu princípio básico, consistente na potencialização ao máximo das forças espontâneas da sociedade e redução ao mínimo dos instrumentos de coerção, pode ter uma variegada gama de aplicações e interpretações.

No âmbito do ideário de sustentação do constitucionalismo moderno, na

conformação do liberalismo econômico, houve um importante papel assumido pela corrente que ficou conhecida como fisiocracia, surgida na França, composta, dentre outros e principalmente, por François Quesnay, Mirabeau e Turgot.

Etimologicamente, fisiocracia remete ao governo pelas leis naturais, encerrando a concepção de que a agricultura seria a única fonte de riqueza e que há uma ordem natural no desenvolvimento da respectiva atividade que apenas seria prejudicada ou afetada se houvesse interferências do Estado.

Como a França era substancialmente marcada pela atividade agrícola, e a terra era expressão de poder e riqueza, os fisiocratas exaltam a propriedade como base da sociedade e têm-na como conducente à liberdade, fundando-se em primitivas leis naturais, componentes da ordem natural que asseguraria a felicidade dos homens.

Os fisiocratas sustentavam uma antropologia otimista (NUNES, 2007, p. 351) e, influenciados pelo racionalismo iluminista, tinham a convicção de que as relações entre os homens eram firmadas segundo leis que compunham uma ordem natural, e natural porque derivada da natureza humana, cuja natural racionalidade conduziria à inferência de leis tidas por naturais.

Para Avelãs Nunes (2007, p. 352) a ordem natural decorre da crença de que “A *ordem social*, assim concebida como *ordem física*, é, para os fisiocratas, a *ordem econômica*, o espaço social onde se processa a divisão do trabalho, da qual resulta a multiplicação dos meios de subsistência e a abundância.<sup>57</sup>”

Ora, a própria noção de ordem econômica implica na existência de uma relação harmônica, coerente e já dada entre os elementos que compõem determinado sistema, a indicar a desnecessidade de interferências externas, que apenas iriam prejudicar o seu equilíbrio, o que explica a afirmação do *laissez-faire, laissez passer*, pois o mundo econômico, sozinho, caminha por si mesmo, em direção à felicidade dos homens e à produção de riqueza.

Nesse sentido, Eros Grau (2004, p. 60) ao estabelecer uma distinção entre ordem econômica do ser e ordem econômica do dever-ser, entende que a primeira implica na constatação da existência de um equilíbrio entre as partes que compõem o todo ordenado, numa concatenação plenamente harmônica entre capital e trabalho.

Não obstante isso, a fisiocracia não poderia vir a prevalecer integralmente em

---

<sup>57</sup> Destaques no original.



razão do fortalecimento progressivo da burguesia, que não afirmava o primado da agricultura, mas do comércio e, mais tarde, da indústria, embora os fundamentos de sua reflexão e da respectiva doutrina atinentes a uma ordem natural regida por leis físicas e, como tal, necessárias, permanecesse compondo a doutrina do liberalismo econômico.

O próprio Adam Smith (2003b, p. 862-863) reconhece a doutrina dos fisiocratas como justa, generosa e liberal, notadamente ao apontar o relevo da liberdade como único meio eficaz de potencializar a produção, chamando os fisiocratas de *os economistas*; não obstante isso, rejeita o primado da agricultura.

Favoreu (2002, p. 20) observa a relevância dos fisiocratas na defesa da propriedade privada, ainda que mais delimitada à atividade agrícola, além de considerarem que a desigualdade é constitutiva do estado da natureza.

Já Montesquieu (2000, p. 13-16) ressalta que o homem, enquanto ser físico, é regido por leis invariáveis e naturais, provenientes da constituição do próprio ser; ao transitar do estado da natureza para a sociedade, é também regulado pelas leis positivas, que são casos particulares da aplicação da lei maior, que é a razão humana. Ademais, (MONTESQUIEU, 2000, p. 352), afirma a liberdade de comércio como sendo impositiva da neutralidade do Estado, registrando a capacidade das finanças destruírem-na tanto com os excessos, como com as formalidades, remetendo, igualmente, para a existência de um mercado refratário a determinadas formas de intervenção do Estado.

Não obstante isso, se John Locke é o principal teórico do liberalismo político, Adam Smith o é quanto ao liberalismo econômico, tendo suas contribuições destacado valor ao estudar as causas da riqueza entre as nações.

Adam Smith considera que o homem é guiado pelo auto-interesse, ou seja, por empreender todos os meios na satisfação do seu interesse de lucro e de acumulação de capital; só que, ao assim proceder, acabaria realizando o que é mais benéfico para a sociedade como um todo. Pressupõe, assim, que há uma correspondência entre aquilo que é mais valioso e importante para o homem e o que o seja para a sociedade.

Desse modo, assevera Smith (2003a, p. 564) que os indivíduos dão todo o seu empenho na aplicação que lhes seja mais vantajosa do capital de que dispuser e, mesmo sendo orientado para o seu próprio benefício, promovem necessária e naturalmente ao emprego segundo o que seja mais vantajoso para a sociedade.

A busca pelo auto-interesse, consubstanciado no lucro, para Smith, acarreta automaticamente o melhor para a sociedade, pois se cada agente econômico empregar toda a sua força para o que lhe seja mais vantajoso, haverá, como decorrência, a promoção do bem-

estar para a sociedade, como se depreende da exemplificação (SMITHa, 2003, p. 19) de que “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses”, salientando que a invocação da humanidade não surte mais efeitos sobre suas ações do que a referência às vantagens que poderiam obter<sup>58</sup>.

E a obtenção do lucro se dá pela acumulação de capital que se volta, por sua vez, para o empreendimento necessário ao aumento dos lucros, o que deve ocorrer num ambiente de concorrência em que a ação dos indivíduos seja guiada, quanto à fixação dos preços, pelas leis naturais da oferta e da demanda, como se depreende da ilação de que (SMITH, 2003a, p. 69-71) o preço de mercado varia conforme a proporção entre a quantidade da mercadoria disponível e a demanda dos que desejam arcar com o preço natural, salientando, outrossim, que a quantidade da mercadoria posta no mercado ajusta-se naturalmente à demanda efetiva.

Nesse passo, Smith expõe a relevância da concorrência tanto quando ocorra escassez, quanto sobreprodução e, ainda, se houver correspondência entre a demanda e a oferta, identificando (SMITH, 2003a, p. 120) que, em condições ideais, a maior concorrência possível diminui os lucros ao menor patamar possível.

O mecanismo da competição potencializa a produção e o mercado, pois o agente econômico, orientado pelas leis naturais da oferta e da demanda, e movido pelo seu auto-interesse, adota os comportamentos que lhe sejam mais adequados ao lucro, do que se depreende a noção de mão invisível do mercado, dispensando qualquer interferência que venha a prejudicar a incidência das aludidas leis naturais sobre o móvel que dirige a ação dos indivíduos.

E tal circunstância fica evidente quando Smith (2003a, p. 75-77) se opõe tanto aos monopólios quanto a determinados obstáculos existentes à livre concorrência, como os privilégios das corporações de ofício, desequilibrando o mercado e conduzindo-os à estipulação dos preços que entendam pertinentes, sendo, notadamente quanto ao monopólio, “[...] o mais alto que se puder obter” enquanto “[...] O preço natural, ou preço de livre concorrência, pelo contrário, é o mais baixo que se pode praticar, não, de fato, em qualquer ocasião, mas em qualquer período considerável tomado conjuntamente”.

Considerando que é possível sobrevir a desigualdade, mesmo vigorando a mais

---

<sup>58</sup> Importa destacar, nesse passo, a leitura que é procedida acerca da concepção de auto-interesse de Smith por Amartya Sen (1999, p. 38-44), divergindo da interpretação corriqueira de que seria o único motivador das ações individuais propiciador de uma boa sociedade, identificando nas posturas quanto à fome a admissão de uma intervenção do Estado contra os surtos de escassez de alimentos.

perfeita liberdade, Smith (2003a, p. 151-152) se opõe, como não poderia deixar de ser, às medidas de intervenção adotadas pela política européia que “[...] por não deixar tudo em perfeita liberdade, cria outras desigualdades muito mais importantes”, insurgindo-se contra as restrições à concorrência ao emprego, o estímulo à concorrência em outros empregos e contra as formas de obstrução da livre circulação de capital e de trabalho.

Do quanto exposto se depreende, ainda que em linhas gerais, a concepção do liberalismo econômico que sustentou, conjuntamente com o liberalismo político, o advento do Estado Liberal, entendido como Estado mínimo, propiciada pela natural separação, proveniente do jusnaturalismo racionalista e das doutrinas contratualistas, entre Estado e sociedade, política e economia.

Assim, se já há uma ordem natural no mercado, se os agentes econômicos dirigem-se à satisfação do seu auto-interesse, se dispõem de uma racionalidade intrínseca à condição humana, que se associa à racionalidade inerente às leis do mercado, notadamente as da oferta e da demanda, o mercado tem a plena capacidade de regular a produção pelo consumo, num ambiente de livre concorrência, que maximiza a potencialidade da produção e possibilita uma maior facilidade para a aquisição dos produtos.

Essa ordem natural não poderia ser perturbada por interferências externas, pelo que o advento do liberalismo econômico trouxe consigo as condições necessárias não apenas para a afirmação, mas principalmente para a consolidação do sistema econômico capitalista, voltado à obtenção do lucro pela acumulação de capital.

Com isso, a consagração das liberdades fundamentais e da propriedade privada iria consubstanciar os fundamentos jurídicos de institucionalização do sistema econômico capitalista, associando-se a uma postura de intervenção mitigada do Estado Liberal.

A influência do liberalismo econômico foi tão sentida que da concepção conducente ao Estado Liberal provieram boa parte das teorias integrantes da reflexão sobre a constituição e sobre os direitos fundamentais e que, de certo modo, por terem se constituído em dogmas pelo imobilismo do pensamento jurídico, cujos paradigmas permanecem atados àqueles da filosofia do sujeito, de cunho liberal e individualista, próprios dos séculos XVIII e XIX, desafiam a instituição de uma teoria da constituição dirigente adequada ao texto e contexto brasileiro, em que haja a devida percepção do entrelaçamento entre direito, política e economia.

Além disso, há o surgimento de outras concepções teóricas que, no marco do pensamento contemporâneo, acabam sendo o esteio adequado para o retorno do liberalismo sob nova roupagem, do neoliberalismo, exigindo-se, por exemplo, o questionamento das

propostas autopoieticas que sustentam a progressiva autonomia dos sistemas nas sociedades complexas.

De qualquer sorte, expostas as principais doutrinas componentes do ideário que deu sustentação ao constitucionalismo moderno e que caracterizam o seu intento de limitação ao exercício do poder, importa adentrar no outro coração do constitucionalismo, consistente nos direitos fundamentais que, ao surgirem, foram consagrados como direitos individuais, tanto pelo constitucionalismo americano, como pelo constitucionalismo francês.

### 3.1.2 Os Direitos Individuais

A consagração dos direitos individuais foi, ao mesmo tempo, a motivação causadora e, também, o objetivo do constitucionalismo moderno, razão pela qual, destinando-se, também, à limitação do exercício do poder, constituiu e constitui o outro coração do constitucionalismo, o coração mais humano porque ligado à percepção de que a existência comunitária deve permitir o desenvolvimento da personalidade e não criar obstáculos à emancipação pessoal de cada indivíduo.

Devido ao objeto do presente estudo, a análise da consagração dos direitos fundamentais não retrocederá até os documentos constitucionais típicos do constitucionalismo inglês, malgrado o reconhecimento de sua importância para o advento de direitos e garantias como as liberdades, o princípio da legalidade penal, o princípio da legalidade tributária, o devido processo legal e o *habeas corpus*, dentre outros direitos e garantias que constaram desde a Magna Carta de 1215, ainda concebidos como privilégios em vista de concessões reais, até os documentos que lhe sucederam, como a Petição de Direitos, o *Habeas Corpus Act*<sup>59</sup>, dentre outros.

Com efeito, pode-se verificar que, tanto o constitucionalismo inglês, como o americano e francês vão ser muito pródigos na consagração de direitos individuais, compartilhando de um substrato filosófico, político e econômico razoavelmente comum, que dá compostura ao constitucionalismo moderno, ainda que, evidentemente, sujeito a distintas

---

<sup>59</sup> Sobre os direitos individuais nos documentos constitucionais ingleses, a análise de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 539-543), de Perez-Luño (1998, p. 34-38), e de T. H. Marshall e Tom Bottomore (1992, p. 8-17).

compreensões e interpretações, como se depreende do caráter ético do liberalismo francês quando cotejado com o de caráter utilitarista do inglês, à moda de Stuart Mill.

Essa prodigalidade não foi fortuita, pois correspondia, efetivamente, aos anseios de resistência à opressão de um Estado Absolutista, no caso francês, à retomada de direitos e prerrogativas outrora reconhecidos, em se tratando do americano, e à ampliação da tutela às liberdades já tradicionalmente reconhecidas, no âmbito inglês, justificando a asserção de García de Enterría, para quem houve uma “[...] explosión de los derechos naturales o fundamentales, en sí mismo inviolables y a la vez base necesaria de toda la construcción social y política, en declaraciones formales y solemnes.”

Atendo-se ao constitucionalismo americano e francês, impõe-se investigar a consagração dos direitos individuais em ambos os textos, direitos individuais esses que, mais tarde, serão classificados dentre a primeira dimensão de direitos fundamentais<sup>60</sup>.

### 3.1.2.1 A originalidade e a precedência da declaração dos direitos fundamentais: entre França e Estados Unidos

Inicialmente, cabe referir à polêmica entre Jellinek e Boutmy acerca da precedência da consagração dos direitos individuais, posto que, embora a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tivesse reconhecido o seu caráter paradigmático, a ela já antecedia a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776, anterior até mesmo à Declaração de Independência, de 04 de julho de 1776.

O cotejo entre o conteúdo da Declaração americana e o da Declaração francesa indica que, por via de distintos enunciados, vieram a albergar, substancialmente, os mesmos direitos individuais.

---

<sup>60</sup> Sobre a questão terminológica pertinente à evolução dos direitos fundamentais, cabe anotar a referência de André Ramos Tavares (2006, p. 410) acerca da preferência pelo termo ‘dimensão’ em detrimento da anteriormente utilizada, ‘geração’, em razão da sua equivocidade, pois poderia sugerir, erroneamente, que as consagrações sucessivas de novas tipologias de direitos fundamentais iriam afastar aqueles outrora já reconhecidos. Ademais, a expressão ‘dimensões’ detém a vantagem de denotar a interação e a interdependência entre os direitos fundamentais, que tutelam a pessoa humana nas suas múltiplas dimensões, correspondendo cada tipologia a uma dessas dimensões. Contrapondo-se à equivocidade e não entendendo ser suficiente para renegar a expressão ‘gerações’, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 560-561), aderindo, contudo, às justificativas de Willis Santiago Guerra Filho (2005, p. 46-47) para a utilização da expressão dimensões. Cabe registrar, contudo, que constitucionalistas de escol continuam a utilizar a expressão ‘gerações’, com a devida compreensão, como Paulo Bonavides (1997, p. 516-518) e José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 259-263).

Por sua vez, e a partir do texto da Declaração francesa, verifica-se que as principais diferenças consistem na recorrente referência à lei, com a disciplina pertinente a um legislador virtuoso (FIORAVANTI, 2000, p. 73), na acentuação da soberania na nação e não no povo, e na previsão da Declaração americana de alguns direitos que não estavam expressamente declarados na francesa, como a liberdade de imprensa, abrigada pelo art. 12 e tida como um dos maiores baluartes da liberdade, e a liberdade religiosa, constante do art. 16.

Entretanto, no que respeita a tais direitos, não se pode identificar uma diferença substancial entre as Declarações, mas apenas de grau, posto que a francesa se revestiu de caráter mais geral, universal e abstrato do que a americana, como também registra Fábio Konder Comparato (2003, p. 129).

De outra parte, a similitude contedutística das Declarações, que, ao que parece, distinguem-se apenas quanto à titularidade da soberania e à concepção subjacente ao poder legislativo, não é de impressionar, pois havia uma comunhão dos constitucionalismos americano e francês quanto ao ideário que deu compostura ao constitucionalismo moderno, de que são a expressão mais relevante, como já suscitado; ademais, a existência da aludida comunhão não afasta o reconhecimento de contribuições específicas das experiências americana e francesa para a história do constitucionalismo<sup>61</sup>.

Outrossim, insere-se, também, em tal perspectiva o constitucionalismo inglês, que também forneceu contribuições para a formação do ideário desenvolvido em França e nas suas ex-colônias.

Entretanto, os movimentos constitucionais tiveram objetivos institucionais distintos, em se contrapondo o ambiente político-econômico-institucional americano com o francês, pois a Revolução Francesa portou o caráter violento, de ruptura para com a ordem político-institucional e jurídica vigente, denotando toda a potencialidade desconstitutiva e constitutiva do poder constituinte.

A Revolução opunha-se ao arbítrio do Estado Absolutista e à sociedade estamental, à existência de privilégios e regalias mais centradas em favor dos nobres e do clero, obstaculizando o desenvolvimento das forças econômicas e a instituição do capitalismo, além de conduzir ao debacle social. Havia uma nítida pretensão de ruptura e de criação de uma nova ordem.

---

<sup>61</sup> Apenas a título exemplificativo, destaca-se a contribuição americana pelo advento do federalismo, do presidencialismo, da positivação e rigidez constitucional, e, mais especificamente, da supremacia da Constituição com a instituição do controle de constitucionalidade.

Já a Revolução Americana, em verdade, não se afigura bem denominada com esta expressão, pois a oposição dos colonos se voltava contra a negação da Coroa britânica quanto ao respeito das liberdades e autonomia que lhes foram costumeiramente reconhecidas, havendo o desiderato não propriamente de ruptura da ordem político-econômica-institucional e jurídica, mas de fundação de um novo Estado, com a assunção da soberania pelo seu povo, necessária para a reabilitação das antigas liberdades.

Se as Declarações francesa e americana são muito similares quanto à matéria relativa aos direitos individuais, cabe reiterar que possuíam os respectivos constitucionalismos concepções diversas quanto ao legislador e à separação de poderes, distinção essa que não se deixa entrever pelos seus respectivos textos, a não ser pela recorrente remissão e reenvio à lei pela Declaração francesa no que respeita aos direitos individuais. Essa distinção relativa ao poder legislativo é ressaltada por García de Enterría (1999, p. 70), que se refere ao legicentrismo do constitucionalismo francês.

A Declaração francesa é universalista e abstrata, como já se verifica do caráter transcendente constante do preâmbulo, ao invés daquelas que foram adotadas na tradição anglo-saxônica, concretas e garantistas (FAVOREU *et al*, 2002, p. 26-27).

Em corroboração ao que se vem de afirmar, Peces-Barba Martínez (1999, p. 150) assevera que o constitucionalismo francês busca a transição de uma tradição política para a modernidade, enquanto o americano funda um novo Estado.

Desse modo, embora com finalidades institucionais distintas, tanto os revolucionários franceses, quanto os colonos americanos, partilhavam do mesmo ideário, comum ao desenvolvimento e às contribuições inglesas, francesas e, também, americanas, de modo que, quanto aos direitos individuais consagrados nas Declarações americana e francesa, justifica-se a similitude percebida.

Quaisquer declarações de direitos que fossem proclamadas no período girariam em derredor dos direitos de liberdade, igualdade, propriedade, e das garantias pertinentes à segurança individual, com maior ou menor intensidade de concretude.

A Declaração do Bom Povo da Virgínia destinava-se à afirmação dos direitos individuais de um povo concreto e existente, ao contrário da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que não se dirige a um povo ou grupamento, mas à defesa das liberdades e demais direitos individuais do homem e do cidadão, percebidos e compreendidos como indivíduos abstratamente considerados; ou seja, volta-se para a sustentação de direitos pertinentes ao gênero humano, tanto na esfera da sua vida privada e do desenvolvimento da personalidade, quanto da vida pública no espaço político e, nessa condição, concerne ao

homem e ao cidadão em si mesmos, e não a um ou alguns homens ou cidadãos especificamente existentes em dado tempo e lugar.

Disso se depreende que, malgrado a precedência cronológica da Declaração americana, e a despeito de constarem declarações de direitos nas constituições dos seis Estados americanos<sup>62</sup>, além de se considerar a comunhão quanto ao ideário do constitucionalismo moderno, admitidas as contribuições das declarações de direitos americanas, deve-se, em verdade, acentuar o caráter paradigmático da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, assistindo razão a Boutmy, embora Jellinek não estivesse de todo errado.

Nesse sentido, tanto Jean Morange (2004, p. 7-8), como Favoreu (FAVOREU *et al*, 2002, p. 26) expõem o entendimento de Jellinek, de que a fundamentação da Declaração francesa seria germânica, pois dela teria sido o desenvolvimento da idéia de liberdade individual, em derredor do qual se estabeleceu a Declaração, que fora retomada com a Reforma protestante, migrando para as colônias britânicas com os puritanos e vindo a ser consagradas na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de que a Declaração francesa seria uma mera cópia.

Já Boutmy sustentava a originalidade da Declaração francesa, resultante de um povo predestinado pela história à sustentação e defesa das liberdades do homem e do cidadão; para ele, enquanto a Declaração americana se preocupava em positivizar direitos para serem invocados perante os tribunais, a França se preocupava em formular os direitos individuais para ensiná-los ao mundo (ENTERRÍA, 1999, p. 67).

Para Perez-Luño (2001, p. 117-118) haveria, ainda, a consideração de Jellinek de a doutrina de Rousseau não poderia embasar a Declaração francesa pela nítida oposição entre a vontade geral, por ele sustentada, e o caráter de garantia das liberdades e dos direitos individuais, tidos por direitos naturais e intangíveis.

Paulo Bonavides (1997, p. 516), adentrando na controvérsia, reconhece que as declarações americanas portavam maior concretude, como já demonstrado, *verbi gratia*, pela enunciação das liberdades de forma mais detalhada, perdendo, contudo, em abrangência por se destinarem a uma camada social específica, ou, mais diretamente, a um povo que ansiava pela sua independência; já a Declaração francesa encerrava uma maior abrangência, dirigindo-se à consagração dos direitos e liberdades pertinentes ao homem em sua

---

<sup>62</sup> Na Pensilvânia, em Maryland, e na Carolina do Norte, em 1776; em Vermont, em 1777; em Massachusetts, 1780; e, finalmente, em New Hampshire em 1783 (MORANGE, 2004, p. 7).



manifestação individual e em sua dimensão política.

Norberto Bobbio (1992, p. 89-90), da mesma forma, indica as distinções entre as declarações americana e francesa, como a ausência de menção à felicidade dentre os objetivos da associação política (presente apenas no preâmbulo), existente na americana, e o caráter intransigentemente individualista, pertinente à francesa, diante do bem comum da sociedade, inferido daquela. A referência à felicidade pode ser expressão do liberalismo utilitarista de proveniência inglesa, malgrado o constitucionalismo americano e as suas declarações de direito terem nítido caráter pragmático.

Outro jurista que se debruça sobre a notável querela é Eduardo García de Enterría (1999, p. 65-70), assinalando a precedência não apenas cronológica da Declaração da Virgínia, mas também efetiva quanto aos direitos consagrados, havendo a reivindicação dos colonos americanos principalmente quanto a três direitos: a liberdade religiosa, o auto-consentimento para a instituição ou aumento de impostos, e o julgamento pelos pares através do júri; desses, os dois últimos eram reconhecidos pela Inglaterra aos seus nacionais.

Para García de Enterría, a influência da Declaração americana é indiscutível, anotando que Franklin havia traduzido para o francês numa compilação as treze Constituições das ex-colônias, a que tiveram acesso os membros da Assembléia Nacional francesa; entretanto, a Declaração americana não logrou a perfeição almejada e concretizada pela francesa, que resultou de um processo revolucionário pautado pela radicalidade e pela tragédia.

Desse modo, é acertado o entendimento de Morange, que corresponde à posição ora adotada, de que há um excesso por parte das posições de Jellinek e de Boutmy, reconhecendo à Declaração francesa a universalidade, a referência da língua francesa com relação ao mundo e à qualidade da sua redação, a despeito de admitir que as duas Declarações são idênticas quanto ao conteúdo, ao que parcialmente já se aderiu.

De outra parte, Morange consente que as francesas sofreram influência da Declaração americana, a partir da análise das discussões na Assembléia Constituinte e, também, que os americanos tiveram como inspiração a experiência e as idéias inglesas. Em síntese, ambas as Declarações “[...] são, inicialmente, filhas do espírito do século XVIII e de seu individualismo.”

Da mesma forma, Perez-Luño (2001, p. 118) adere a essa compreensão da controvérsia, pois reconhece que havia a influência da experiência americana na Assembléia Constituinte francesa, além da substancial similitude entre os dispositivos das Declarações que previam os direitos individuais; todavia, nada mais representavam do que a expressão da

doutrina de Locke e Puffendorf.

Asensio (2003, p. 76-77), por sua vez, realça a preponderância da influência da Declaração diante do fato de que La Fayette apresentou, em 11 de julho de 1789, à Assembléia Nacional um projeto de declaração de direitos que teria sido elaborado com Thomas Jefferson, embaixador dos Estados Unidos em Paris e que fora figura central para a aprovação da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia; disso, todavia e como já assentado, não pode levar ao reconhecimento da precedência da Declaração americana, pois havia um substrato comum de que resultaram ambas as Declarações, com as respectivas contribuições e inovações, podendo-se destacar o caráter paradigmático da francesa pelo seu caráter abstrato e universalista.

Logo, a prevalência e o caráter paradigmático da Declaração francesa não importam num despreço sobre a experiência americana e nem que tenha havido uma mera cópia de uma com relação à outra, sendo resultantes de um ideário comum, já exposto, de anseios que eram compartilhados, pertinentes à limitação ao exercício do poder e à defesa dos direitos individuais, mas provenientes de movimentos com objetivos institucionais distintos, sem prejuízo das respectivas contribuições para a história do constitucionalismo.

Outrossim, Jacques Robert e Jean Duffar (1999, p. 46) reputam como aspectos distintivos entre as duas declarações os seguintes, quais sejam: a) a circunstância de prevalecer uma concepção de liberdade diferenciada, preocupando-se mais a Declaração francesa com a liberdade do homem do que a do cidadão, que já fora conquistada pelos americanos quando da travessia do *May Flower*, além de encerrar uma concepção de liberdade como autonomia que pressupõe o homem como dono do seu destino; b) o fato da liberdade americana não ter tanto um fundamento racionalista, mas experimental.

Ainda que se admita a correção da primeira distinção, não se afigura pertinente rechaçar a fundamentação jusnaturalista de matiz racionalista dos direitos individuais que eram consagrados pelas constituições ou declarações de direito do período, pelo que o caráter experimental não pode ser entendido como refratário ao racionalismo jusnaturalista.

De certa forma, o caráter paradigmático da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão resulta da representatividade da Revolução Francesa, de que foi um dos principais documentos.

Como salienta Hobsbawm (2007a, p. 84-85), ainda que a Revolução Francesa não tenha sido um fenômeno isolado, apresentou maior relevância do que outras insurreições ocorridas no mesmo período ou nas suas proximidades, gerando conseqüências muito mais profundas.

A França era o Estado mais populoso da época, o movimento revolucionário caracterizou-se por ser uma revolução social de massa, portadora de uma notável radicalidade e de caráter ecumênico, salientando que “Seus exércitos saíram para revolucionar o mundo; suas idéias de fato o revolucionaram”, enquanto a Revolução americana foi crucial na história dos Estados Unidos, deixando traços pouco relevantes em outros países, ao contrário da francesa, que consubstancia um marco em todos os países. Para Hobsbawm, inspirou e motivou, por exemplo, os levantes na América Latina a partir de 1808, ao que adere Fábio Konder Comparato (2003, p. 131), reconhecendo Peter Häberle (1998, p. 40) a projeção universal da Revolução Francesa e, conseqüentemente, o caráter paradigmático da Declaração que no seu curso foi proclamada.

Ora, ainda que a relevância da Revolução Francesa não possa ser rejeitada e que sejam corretas as razões expostas por Hobsbawm, não se entresmostra adequada a visão reducionista quanto ao movimento americano que, apesar de restrito às experiências sócio-cultural dos puritanos oriundos da Inglaterra, deixou contribuições importantes ao constitucionalismo moderno, já referidas incidentalmente, como o federalismo, o presidencialismo, a positivação de uma constituição rígida e a afirmação da supremacia constitucional, assegurada pelo *judicial review*.

Nesse passo, cumpre referir que as declarações de direitos, notadamente a francesa, foram objeto de uma acerba crítica, como destaca Bobbio (1992, p. 121-122), notadamente, dentre outros, por Edmund Burke, crítico da Revolução Francesa como um todo, contraditado de maneira efusiva por Thomas Paine (2005).

Diante disso, procede-se à apreciação da consagração dos direitos individuais na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, sem prejuízo de, anteriormente e de passagem, abordar as características que eventualmente ressoam das Declarações americanas.

### 3.1.2.2 Os direitos individuais no constitucionalismo americano

A Constituição americana de 1787, malgrado tenha a precedência quanto à positivação de um texto dotado de rigidez, conferindo-lhe uma posição de destaque no constitucionalismo, não expressou, inicialmente, nenhum direito fundamental, o que, em se

atentando para o art. 16 da subsequente Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, denotaria a sua inadequação ao conceito material de constituição, que deveria agregar à separação de poderes a previsão de direitos individuais.

Tal ausência inicial é explicada pelos traços específicos do constitucionalismo americano, pois os direitos individuais já constavam das constituições estaduais, concebendo-se à Constituição Federal mais como documento destinado a organizar e repartir o exercício do poder político, como a estruturar as relações entre os entes componentes da Federação, já estando resguardos os direitos pelos textos estaduais, segundo Favoreu (2002, p. 21-22).

Mesmo assim, Isaac Kramnick (1993, p. 32) explicita que, do debate ocorrido na Virgínia para a ratificação da Constituição, surgiu o esboço de uma Declaração de Direitos – que viria a incorporar no primeiro congresso subsequente as primeiras dez emendas ao texto constitucional, integrando o que ficou conhecido como *Bill of Rights* – cuja ausência teria ensejado uma censura de Jefferson quanto a Madison, por reputar que deveria constar do texto original.

As dez emendas consagram de forma mais minuciosa as liberdades públicas, com a previsão das liberdades religiosa, de expressão e de imprensa, como o direito de reunião e de petição na Primeira Emenda, embora tratem de outras matérias, como a instalação de soldados, na Terceira Emenda.

As demais emendas dispõem sobre o devido processo legal, a inviolabilidade de domicílio, o direito de não se auto-incriminar, a proporcionalidade das penalidades pecuniárias e nas fianças, a competência residual dos Estados-membros e a abertura do catálogo a outros direitos, ainda que não expressos.

Devidamente assentada a trajetória da consagração dos direitos individuais no constitucionalismo americano, de acordo com as limitações próprias ao presente estudo, cabe adentrar especificamente nas contribuições advindas da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, após o que se tratará das características dos direitos enunciados.

### 3.1.2.3 A dimensão projetiva dos direitos individuais na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão

Malgrado a Revolução Francesa tenha feito coro em derredor dos valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade, apenas a liberdade foi efetivamente reconhecida com toda a sua amplitude na Declaração francesa de 1789, ficando a igualdade limitada a uma concepção meramente formal, enquanto a fraternidade teria sido efetivamente esquecida, como lembra Häberle (1998, p. 52).

A análise da aludida Declaração permeia um campo muito vasto de desenvolvimento teórico, em razão do que se ficará adstrito às questões e à apreciação dos direitos que guardem maior relação com o objeto do presente estudo, não se pretendendo esgotar a investigação da filosofia política e da instituição jurídica que a ela subjaz.

Identifica-se logo em seu art. 1º o acolhimento da doutrina de Rousseau (1996, p. 9) acerca da condição inata da liberdade e igualdade do homem, embora concebesse que se encontrava preso aos grilhões e, daí, a necessidade da proclamação de tais direitos, já sustentados anos antes por John Locke (1998, p. 468), exprimindo a crença de que “Sendo todos os homens, como já foi dito, naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sobre o poder político de outrem”, a não ser se emprestasse, segundo Locke, o seu próprio consentimento.

Da mesma forma, Rousseau entendia que as restrições à liberdade e à igualdade se poderiam fazer apenas pela vontade geral, que mais não era do que a manifestação do consentimento do povo, exteriorizada através da lei. Como se verá, a figura do legislador é bastante exaltada na Declaração, correspondendo à já afirmada supremacia do parlamento. Bobbio (1992, p. 94) observa que a previsão constante do art. 1º remete a uma hipótese racional, a uma exigência da razão, e não a uma constatação empírica.

No art. 2º são enunciados os direitos individuais tidos por naturais e imprescritíveis, que seriam a liberdade, a propriedade, a segurança e o direito de resistência, cuja conservação é declarada como objetivo de toda a associação política.

Pelo seu enunciado torna-se patente algo que nunca foi bem compreendido desde a origem do constitucionalismo ou, ao menos, de que jamais foram extraídos os efeitos ou as conseqüências dignas e pertinentes a sua devida compreensão, consistente na identificação de que a conservação dos direitos fundamentais passa a consubstanciar, por força da Declaração de Direitos, o objetivo do Estado.

Certamente tal previsão já denota o germe que iria, séculos depois, justificar a conhecida observação de Bobbio (1992, p. 25) de que é preciso proteger os direitos mais do que buscar a sua fundamentação, embora a Declaração se refira à conservação e não à proteção, o que é explicável em face da concepção jusnaturalista de que os direitos estavam

apenas sendo declarados e que existiriam na medida em que o Estado não interferisse e não interviesse. Assim, já se parte do pressuposto de que os direitos, naturais e declarados, existem e são efetivos na medida em que o Estado se limite a não interferir.

Percebe-se que os direitos fundamentais, na origem do constitucionalismo e ainda restritos aos direitos individuais, correspondem à expressão de um valor comunitário, compartilhado pelos membros da sociedade, mesmo que de feição individualista, devendo, conseqüentemente, vincular e dirigir a ação do Estado, encerrando, desde as origens do constitucionalismo moderno, e ainda que pautado pela concepção individualista e liberal de homem, a dimensão projetiva e utópica dos direitos fundamentais, associada aos objetivos do Estado.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão não vem a lume apenas para manutenção do *status quo*, como se poderia pensar em leitura apressada. A menção à associação política no art. 2º remete a um ato contratual, que é justamente o contrato social segundo a filosofia política prevalecente, de que provém o Estado e que, como tal, poderia sugerir a sua finalidade de apenas promover a conservação dos direitos que são inerentes àqueles que depositaram as suas liberdades para a criação da sociedade civil.

Uma compreensão adequada e contextual do art. 2º desautoriza esse entendimento, pois a Declaração não parece atribuir, diante do seu caráter revolucionário, à associação política o desprezioso objetivo de conservação das liberdades e da propriedade, com a rejeição da ordem estamental pelo acolhimento da igualdade formal. Em verdade, tais direitos individuais devem ser promovidos ativamente, dirigindo-se ao legislador, como expressão da vontade geral, que deveria conduzir o Estado no sentido do atendimento da projeção do sentido material que emana dos direitos individuais.

Tal entendimento é corroborado por Maurizio Fioravanti (2000, p. 63-64) que, contrapondo o constitucionalismo inglês ao francês, salienta o caráter não apenas reformador, mas revolucionário desse último, não sendo possível se conceber a instituição da sociedade francesa como composta por indivíduos titulares de direitos naturais que desejavam somente uma maior tutela para a propriedade e para as liberdades, pois encerra a Revolução francesa um projeto de construção de futuro que encarna nos direitos individuais e se potencializa na noção de poder constituinte e na concepção institucional conferida ao poder legislativo.

Desse modo, cabe colacionar o excerto de Fioravanti, *in verbis*:

La revolución no puede estar contenida en las fronteras del iusnaturalismo lockiano, del binomio británico liberty and property, porque tiene un proyecto

para el futuro que debe realizar desde el poder constituyente del pueblo o nación. La revolución jamás podrá ser sólo instrumento de conservación de los derechos y libertades que se piensan ya existentes autónomamente, como ocurre en el más tradicional esquema iusnaturalista de tipo británico. Derechos y libertades deben, por el contrario, ser afirmados y contruidos activamente por parte de la revolución misma contra sus enemigos, sobre el plano prescriptivo, como esperanza de un futuro mejor e más justo.

A dimensão projetiva dos direitos individuais é usualmente olvidada, pois não se costuma atribuir aos direitos fundamentais, como um todo, principalmente quanto aos individuais, um carácter de programação da ação pública e das políticas públicas, a não ser no que respeita aos direitos sociais; todavia, tal compreensão se funda em equívocos, como será oportunamente aprofundado, notadamente quanto ao constitucionalismo brasileiro, eis que tanto a história constitucional, como o regime institucional vigente, a partir do texto e do contexto constitucional pátrios, remetem para a dimensão dirigente e programática dos direitos fundamentais.

Logo, pode-se afirmar que é inata ao constitucionalismo, mesmo que durante boa parte do seu tempo tenha sido relegada ao segundo plano, a dimensão dirigente das constituições e o carácter programático dos direitos fundamentais, projetando uma construção de futuro, embora só viesse a se manifestar explicitamente com o advento do direitos sociais, manifestamente exigentes de ações do Estado para a sua proteção, garantia e satisfação.

No âmbito do constitucionalismo moderno francês, em seu momento inicial, o carácter projetivo de futuro não se endereçava, evidentemente, à transformação das relações sociais mediante a instituição de uma rede de proteção social, o que veio a se consolidar com a evolução constitucional, inferindo-se que o conteúdo programático ou de projeção, relativamente aos direitos fundamentais, é variável, pois a constituição é portadora de historicidade e se integra num âmbito cultural. Isso, todavia, não infirma a congênita potencialidade e capacidade de projeção de futuro, que se convencionou denominar como dirigente.

Essa ilação não importa em concluir-se que o carácter projetivo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão corresponda ao que atualmente se tem como dirigismo, representando o seu antecedente histórico.

Há, não obstante, uma unidade marcada entre o dirigismo e a projeção do futuro constante da Declaração francesa pelo fio condutor consubstanciado na idéia de habilitação ativa do poder público, direcionando-lhe para o atendimento dos objetivos e finalidades compartilhados comunitariamente, embora faltasse à Declaração a dimensão da fraternidade.

Da mesma forma, é possível que existam constituições sem feição programática e que não portem direitos fundamentais com caráter projetivo, segundo uma compreensão contextual, como se dá com aquelas que se apresentam apenas como estatutárias ou instrumentais<sup>63</sup>.

Em França, a questão da responsabilidade para a construção do projeto de futuro, segundo Fioravanti (2000, p. 64-65), partia do poder constituinte, detentor de capacidade prescritiva sobre o futuro, enquanto instrumento de legitimação do legislador, advertindo, contudo, que também poderia chegar a ponto de destruir sua autoridade, remetendo ao intrincado problema da relação entre poder constituinte e poder legislativo constituído ou, em outros termos, entre constituição e lei, que é o cerne da abordagem de Canotilho (1994), denotando ser uma questão das mais clássicas e relevantes do constitucionalismo.

O problema havido no constitucionalismo francês é que o pêndulo se voltou a favor do legislador, de modo que a ausência do desenvolvimento de uma teoria que sustentasse a sua vinculação às projeções dos objetivos e finalidades constitucionais, que promanam dos direitos individuais, obstaculizou a consolidação do constitucionalismo, a minguagem do controle de constitucionalidade e do caráter propriamente normativo da Declaração e das Constituições francesas, formando o que Acosta Sánchez denominou de constitucionalismo sem constituição (1998, p. 19), como será explicitado, dependendo, conseqüentemente, da boa disposição e da bondade do legislador.

#### 3.1.2.4 Os direitos individuais na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão

De logo, cabe invocar a sugestiva percepção de Jean-Jacques Israel (2005, p. 99) de que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão consagra um conjunto de direitos que fundamenta o que denomina de “sociedade de direito”, consubstanciada numa “[...] sociedade de liberdade e de igualdade enquadrada pelo Direito”; tal sociedade, como se depreende, confirma a aptidão dos direitos fundamentais, e da ordem constitucional como um todo, de não apenas vincular o poder político, mas de conformar a sociedade, ainda que

---

<sup>63</sup> Acerca das constituições estatutárias e instrumentais, dentre outros, Eros Roberto Grau (2003, p. 68) e Canotilho (1994, p. 87-90)



àquela época, sujeitos à disciplina do legislador, sendo o germe da discussão atinente à eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais e se integrando ao conteúdo material do Estado de Direito no constitucionalismo contemporâneo.

Desse modo, adentrando-se mais especificamente na previsão dos direitos individuais, verifica-se que dos demais direitos arrolados pelo art. 2º, apenas a liberdade é explicitamente definida, o que é promovido tanto no art. 4º como no art. 5º.

O art. 4º exprime uma definição lapidar de liberdade como sendo o poder de fazer tudo o que não prejudique os demais, sendo complementado pela previsão de que o exercício dos direitos naturais encontra-se limitado até o ponto em que esteja assegurado aos demais membros da sociedade o gozo de tais direitos. O art. 5º, em sua segunda parte, encerra a clássica definição do princípio da legalidade, que delimita a liberdade negativa<sup>64</sup>.

Assim, a liberdade é definida como o poder de agir, desde que não provoque o obstáculo para que outros também ajam livremente e não cause danos à sociedade. Tais danos e os limites da liberdade de uns e de outros, caberá ao legislador estabelecer; de outra parte, enquanto não houver uma imposição legal ou uma proibição, ninguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo.

A primeira liberdade afigura-se mais como uma liberdade-autonomia, ou liberdade positiva, apesar de Bobbio (1992, p. 122) firmá-la no art. 6º, enquanto a segunda é a liberdade negativa. Ambas limitam a ação do Estado, que não pode restringir a primeira senão quando atinja a liberdade do outro ou quando seja prejudicial à sociedade, como também não pode exigir uma conduta ou impedi-la se não houver previsão legal. Como é a lei que fixa os limites da liberdade de uns e de outros, e como caberá à lei identificar o que seja prejudicial à sociedade, constata-se que a Declaração de Direitos protege o homem e o cidadão em face dos poderes executivo e judiciário, mas não do legislativo.

Embora seja possível a devida distinção entre a liberdade positiva e a liberdade negativa, em que a primeira compõe a esfera de auto-realização pessoal e de autodeterminação individual, e a segunda resguarda o indivíduo de intervenções indevidas, rechaçando impedimentos ou constrangimentos em seu âmbito privado, há de se sustentar a necessidade de interação entre ambas as liberdades.

A despeito disso, Giuseppe de Vergottini (2004, p. 229-230) constata que a circunstância da Declaração fazer depender as liberdades e os demais direitos individuais da

---

<sup>64</sup> Sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa, as considerações de Norberto Bobbio (1997, p. 48-52).

atividade do legislador, como se verifica dos seus próprios arts. 4º e 5º, cabendo à lei fixar os limites da liberdade positiva, como também estatuir os impedimentos e as imposições, no que tange à liberdade negativa, importa numa precedência e prioridade da liberdade negativa sobre a positiva, pois o núcleo dos direitos individuais é conformado justamente pela exclusão de intervenções do poder político que sejam ofensivas à liberdade, de modo que “[...] El Estado debía abstenerse de intervenir con sus propias medidas limitativas en el sector de las libertades denominadas civiles.”

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato (2003, p. 132) observa que a liberdade prevista em 1789 era voltada à supressão das limitações sociais pertinentes aos estamentos e às corporações de ofício, estando representada a fraternidade, enquanto virtude cívica, pela abolição dos privilégios.

Em verdade, não se afigura que tenha havido a devida incorporação de qualquer matiz relativa à solidariedade social, decorrente da fraternidade sustentada na Revolução Francesa; no máximo, a única idéia de solidariedade patente na Declaração francesa é aquela indicada por Israel (2005, p. 99), consistente na complementação e reforço recíproco entre os direitos civis e os direitos políticos, do que infere a indivisibilidade dos direitos fundamentais, existente desde a origem. Essa concepção, evidentemente, não guarda relação com a solidariedade social, proveniente da fraternidade.

Tais liberdades, pertinentes à autonomia e à ausência de constrangimento ou impedimentos, consubstanciam os fundamentos para a livre iniciativa e a livre concorrência, absolutamente ausentes, de forma expressa, das declarações e constituições do período. Isso, todavia, não significa que não fossem acolhidas. Ao contrário, como reconhece Eros Grau (2004, p. 70-72), pode-se admitir a existência de uma constituição econômica implícita<sup>65</sup>, fundada apenas na previsão das aludidas liberdades e da propriedade privada.

Nessa linha, García de Enterría (1999, p. 64-65) observa que a autonomia do indivíduo, ou dos agentes econômicos, mostra-se como o mecanismo mais eficiente para a riqueza coletiva e para o desenvolvimento, mecanismo esse concebido pelo liberalismo econômico à luz dos fisiocratas e das contribuições de Adam Smith, com a concepção do

---

<sup>65</sup> Eros Grau (2004, p. 75-76) exemplifica com a Lei Fundamental de Bonn, entendendo que a constituição econômica era meramente implícita por não instituir expressamente um determinado sistema econômico. Não obstante isso, tem-se que se pode conceber também como constituição econômica implícita a ocorrência, comum no constitucionalismo liberal, de total ausência nas constituições e declarações de direito, da institucionalização de determinado sistema econômico de forma expressa, sistema esse que provinha da legislação infraconstitucional, ou apenas da observância das liberdades econômicas, da igualdade formal e da propriedade privada dos bens de produção. Desse modo, ao que se afigura, havia uma constituição econômica implícita no constitucionalismo liberal.

mercado como ordem natural regidos por leis que conduzem a ação racional dos agentes econômicos voltados à satisfação do seu auto-interesse. Como referido, a busca pelo auto-interesse, segundo Smith, acabaria conduzindo ao bem da sociedade, em razão do que destaca Enterría que “Los derechos de libertad se erigen así en el centro mismo del orden social y político”.

Ainda no âmbito das liberdades, a Declaração especifica a liberdade de pensamento, de opinião e de imprensa nos arts. 10 e 11, estando a liberdade econômica inserida no desenvolvimento da liberdade de ação em geral, prevista nos aludidos arts. 2º, 4º e 5º, seja na sua dimensão de liberdade como autonomia, ou liberdade positiva, seja liberdade negativa.

A igualdade é referida no art. 1º como qualidade inata do homem<sup>66</sup>, não constando no art. 2º, dentre os direitos naturais, o que não importa em negar-lhe a qualidade de direito individual, voltado, notadamente, contra a existência de uma estrutura estamental em que os privilégios e os ônus eram repartidos segundo a origem da pessoa, que define o seu pertencimento a um dos estamentos, sem haver uma flexibilidade na comunicação entre cada estamento.

A igualdade consagrada pela Declaração, embora indicando a igualdade de todos, acaba sendo a igualdade perante a lei, definida no art. 6º, terceira parte, em que se exige que seja a mesma para todos<sup>67</sup>, tanto para proteger como para castigar, do que se depreende o seu caráter meramente formal, sem qualquer consideração às circunstâncias fáticas em que estivessem inseridos os indivíduos.

Ora, como todos os indivíduos são iguais quanto à natureza humana, e por esta lhes conferir a razão, que comanda as suas ações de forma sempre correta, honesta e justa, todos devem ser estritamente iguais em sentido jurídico. Enquanto indivíduos, abstratamente considerados, sem sopesar as relações sociais, as situações de fato e eventuais sujeições a que estejam submetidos, todos realmente são iguais porque dispõem da mesma razão e da mesma capacidade de discernimento, sendo a desigualdade de fato também pertencente à ordem natural, como referido pelos fisiocratas.

---

<sup>66</sup> Norberto Bobbio (1997, p. 23) salienta que a igualdade de todos, exprimida pela fórmula de que todos nascem iguais, desenvolve-se numa tradição desde a antiguidade do pensamento político ocidental, remontando aos estóicos e ao cristianismo, ressurgindo com a Reforma e sendo exaltada em Rousseau, quando assume dignidade filosófica definitiva. Entretanto, no âmbito da Revolução Francesa, distanciou-se da proposta de Rousseau para reduzir-se à igualdade perante a lei, ou à exigência de que a lei fosse igual para todos.

<sup>67</sup> Fórmula essa também obscura, dando lugar a diversas interpretações, notadamente pela historicidade de que se reveste, como assinala Bobbio (1997, p. 26).

Ainda que a consagração da igualdade formal tenha sido de sobrelevada importância no constitucionalismo como forma de sobrepujar o arbítrio de uma ordem estamental, a sua persistência até o século XX veio a dar ensejo a um direito positivo inodoro, incolor, insípido, alheio à realidade, o que permeou também o plano teórico, com a formação de dogmatismos e de mitos cuja superação até a atualidade se entremostra dificultosa.

Garantida por uma concepção material de lei destituída de caráter axiológico, pois limitada a atribuir à lei as características de generalidade e abstração, pelas quais haveria um tratamento igual para todos, seja para impor gravames, seja para beneficiar, a igualdade formal será de extrema importância para o desenvolvimento da liberdade econômica, notadamente por repercutir na liberdade contratual, demitindo-se ou não aceitando qualquer encargo relativamente aos problemas sociais ou à desigualdade material.

Desse modo, a lei se revestia de uma insensibilidade à realidade e o direito igual para todos tornou-se uma exigência da neutralidade do Estado Liberal, que deveria deixar que tais relações entre homens, entendidos como indivíduos dotados de discernimento racional, buscando a satisfação do seu auto-interesse, fossem regidas pelas leis do mercado, tanto no que se refere ao comércio, como no que respeita ao trabalho, orientadas pela oferta e pela demanda, que dirigiam a mão invisível do mercado, como assinala John Locke (1998, p. 438), no excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

[...] a liberdade do homem e a liberdade de agir conforme sua própria vontade baseiam-se no fato de ser ele possuidor de razão, que é capaz de instruí-lo sobre a lei pela qual ele se deverá governar e de fazer com que saiba até que ponto pode dar-se à liberdade de sua própria vontade.<sup>68</sup>

Segundo Carlos Cabo de Martín (2000, p. 47) a generalidade da lei “[...] es aquella cualidad de la ley en virtud de la cual sus destinatarios están genéricamente determinados, y las conductas a las que se aplica, abstractamente consideradas”. A generalidade concerne aos sujeitos a que se dirige, enquanto a abstração, exigência da generalidade, atém-se à descrição das situações fáticas que são o suposto para a aplicação.

A partir de tais pressupostos, firmava-se a absoluta liberdade no plano contratual sob o pressuposto de que, dotados de igual razão e buscando a satisfação dos seus interesses, não deveria haver qualquer interferência no plano da estipulação dos contratos, deixados à livre e igual vontade das partes.

---

<sup>68</sup> Destaques no original.

Perez-Luño (2005, p. 19-20), analisando o princípio da igualdade formal, que remete à igualdade perante a lei, sustenta que ele resulta da confluência da tradição jusnaturalista democrática, por ser a lei concebida como expressão da vontade geral, que a reivindicava de forma associada à liberdade.

Voltando-se contra uma instituição arbitrária e desigual de estamentos<sup>69</sup>, e forte na concepção de mercado como detentor da capacidade de auto-regulação, a aptidão libertária e emancipatória da lei com caráter geral ignorava a necessidade de contenção não apenas do poder político, mas também do poder econômico, tanto nas relações firmadas entre o capital e o trabalho, quanto nas relações estabelecidas no âmbito do livre mercado e da livre concorrência, como salienta Cabo de Martín (2000, p. 53) ao sustentar que a generalidade da lei é própria do Estado de Direito Liberal e tem como pressuposto a existência de uma determinada ordem sócio-econômica, porque remete ao mercado de livre concorrência, assegurando as condições de competição em igualdade. Igualdade essa que é apenas jurídica, como fica claro com a transição do capitalismo concorrencial para o capitalismo monopolista.

Nesse sentido, o desejado governo das leis e não dos homens não vai, propriamente, dedicar-se aos problemas humano-existenciais no auge do liberalismo econômico, de modo que a lei, efetivamente, não irá governar os homens, ao menos no âmbito da ordem econômica e das relações sociais, pelo que se poderia conceber, em verdade, que, ao invés do governo dos homens ou das leis, haveria o governo do poder econômico, notadamente a partir do capitalismo monopolista.

Cumprido salientar, entretanto, para a devida compreensão da igualdade prevista na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que, ao impor a generalidade da lei, não interdita que a lei discrimine, pois as normas nada mais fazem do que discriminar situações, atribuindo-lhes regimes jurídicos distintos, como lapidarmente assertou Bandeira de Mello (1999, p. 12); interdita que a lei erija situações impertinentes ou irrelevantes, segundo a situação em questão, para instituir um regime jurídico distinto.

Não obstante isso, mesmo a partir de tal compreensão, a igualdade referida à igualdade perante a lei, segundo a concepção desenvolvida no curso do liberalismo político e econômico, não toma como situações habilitantes ao tratamento diferenciado as condições materiais de existência e as eventuais situações de sujeição ou de desigualdade fática que

---

<sup>69</sup> Bobbio (1997, p. 27) também assinala que o objetivo principal da igualdade perante a lei é o Estado de estamentos, em que “[...] os cidadãos são divididos em categorias jurídicas diversas e distintas, dispostas em rígida ordem hierárquica, onde os superiores têm privilégios que os inferiores não têm, e, ao contrário, estes últimos têm ônus dos quais aqueles são isentos”.

possam existir, pois tais desigualdades são concebidas como pertinentes à ordem natural, como sustentado pelos fisiocratas; ademais, governando-se os homens pela reta razão no âmbito da liberdade, e sendo todos igualmente livres, não haveria qualquer fundamento habilitante a uma discriminação.

Essa concepção de igualdade, todavia, distancia-se da adotada por Rousseau (2001, p. 62-63) que entende não ser possível a existência da liberdade sem igualdade, da mesma forma que não é possível a igualdade sem liberdade, rechaçando a igualdade formal, como se depreende do trecho abaixo transcrito, *in verbis*:

[...] a respeito da igualdade, não se deve entender por essa palavra que os graus de poder e riqueza sejam absolutamente os mesmos, mas sim que, quanto ao poder, ela esteja acima de qualquer violência e nunca se exerça senão em virtude da classe e das leis, e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja assaz opulento para poder comprar o outro, e nenhum assaz pobre para ser obrigado a vender-se. O que supõe, da parte dos grandes, moderação de bens e de crédito, e, da parte dos pequenos, moderação de avareza e cobiça. Essa igualdade, dizem, é uma quimera especulativa que não pode existir na praça. Mas, se o abuso é inevitável, segue-se que não se deva pelo menos regulamentá-lo? É exatamente porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade que a força da legislação deve sempre propender a mantê-la.

Evidencia-se, pelo excerto colacionado, a preocupação de Rousseau com as condições materiais de existência e com a necessidade de contenção do poder dos mais ricos sobre os mais pobres, como a sujeição que em face dessa desigualdade tende a ocorrer. E, por não ter acolhido essa doutrina de Rousseau quanto à igualdade, deu-se justamente a opressão da classe trabalhadora, que só dispunha da energia pessoal para incorporar ao processo produtivo do capitalismo, destituída dos demais bens de produção.

A força da legislação não se manifestou senão a partir do constitucionalismo social, força essa proveniente da incorporação aos textos constitucionais dos direitos sociais e das normas programáticas diretivas da ação política do Estado, o que não logrou, inicialmente, que fossem concebidos os seus intentos ainda como quimera.

Justamente contra tal tendência que se soergue o dirigismo e que, nas condições do contexto brasileiro, deve ser preservado e atualizado, resgatando-se a força da legislação sobre a desigualdade propiciada pelo poder econômico, como será oportunamente abordado.

Cumpre observar, com Perez-Luño (2005, p. 22-36), que o princípio da igualdade formal não ficou limitado a exigir a generalidade e a abstração da lei, sendo progressivamente dirigidas outras imposições para que a lei estivesse adequada ao aludido princípio, como as

exigências de equiparação, de diferenciação, e de regularidade do procedimento.

Além disso, Perez-Luño (2005, p. 36-37) sustenta, com acerto, a necessidade de compreender a interação entre a igualdade formal e a material, o que estava muito distante do constitucionalismo moderno francês por contrariar a orientação liberal do Estado de Direito. Para o constitucionalista espanhol, a devida atenção à igualdade formal, quanto às exigências de generalidade, de equiparação, de diferenciação e de regularidade de procedimento, impõe a consideração sobre as condições reais e de fato a que se refere determinada norma, levando à realização de opções axiológicas que são mais próprias da igualdade material.

Desse modo, afirma a existência de uma dimensão omnicompreensiva da igualdade, a que subjaz uma concepção geral da igualdade que conduz à integração entre as tensões que respeitam à igualdade formal e à igualdade material.

Disso se constata que, em verdade, a igualdade consagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão teria, por si, a condição de justificar a intervenção do Estado no sentido de reduzir as desigualdades fáticas pela compensação jurídica ou pela instituição de leis protetivas a setores hipossuficientes; entretanto, não fora da forma de positivação da igualdade de que dependeria o desenvolvimento dessa potencialidade da noção de igualdade, mas da ideologia liberal prevalecente, tanto no âmbito político, como no âmbito econômico, além da concepção individualista e racionalista do homem, conducente à abstração das condições reais de existência, como já referido.

Apenas para fincar a amplitude significativa que pode caber ao direito de igualdade, cabe referir à experiência constitucional norte-americana. Em 1857, no conhecido caso Dred Scott, a Suprema Corte reconheceu o direito de propriedade sobre a pessoa dos escravos; após o advento da Décima Terceira Emenda, em 1865, abolindo a escravatura, a Suprema Corte continuou admitindo o tratamento segregacionista entre negros e brancos até que, em 1954, decidiu pela inconstitucionalidade da existência de escolas separadas para crianças negras e brancas.

Essa circunstância demonstra que a previsão do direito de igualdade, seja igualdade de todos, seja igualdade perante a lei, ficava restringida pela filosofia liberal e pelo liberalismo econômico, concebendo-se que as desigualdades sociais faziam parte da natureza da sociedade civil e, notadamente, do mercado, como será destacado.

Não obstante isso, recorda Comparato (2003, p. 133) que além das servidões feudais, extintas imediatamente e já contrárias ao quanto prescrito pela Declaração de 1789, em 1791 foi reconhecida a emancipação dos judeus e abolidos os privilégios religiosos, seguindo-se, no ano seguinte, a proibição do comércio de escravos para as colônias, o que

também é percebido por Israel (2005, p. 96) no sentido de que a igualdade prevista na Declaração não impede que haja diferenciações entre os indivíduos, como já salientado por Perez-Luño ao mencionar a exigência da diferenciação.

Entende Israel que não se impõe uma igualdade absoluta de fato, abstraídas todas e quaisquer condições reais, até porque igualdade dessa forma não seria conforme a natureza e a razão. O problema, como já assinalado, é que as distintas condições sociais e a desigualdade material, como também a propiciada pelo poder econômico, não poderiam ser reputada como relevantes para ensejar um tratamento distinto, pois chocava-se com o liberalismo político e com o liberalismo econômico.

Além das liberdades e da igualdade, a Declaração também alberga a propriedade, outro dos direitos naturais que vai compor o quadro institucional necessário para a afirmação e a consolidação do sistema econômico capitalista. No caso, a propriedade é absolutamente imprescindível, pois nada mais fazem a livre iniciativa e a livre concorrência senão viabilizar a atuação dos agentes econômicos em função da propriedade dos bens de produção e da titularidade do capital, e tendo em vista a produção, repartição, circulação e aquisição dos bens destinados ao consumo.

Prevista no art. 2º, a propriedade é tratada também pelo art. 17, que lhe confere a condição de ser um direito inviolável e sagrado, vedando qualquer forma de expropriação, salvo quando haja a devida caracterização da necessidade pública e, como não poderia deixar de ser, na forma da lei, com o pagamento da prévia e justa indenização.

A propriedade extrai sua fundamentação tanto do jusnaturalismo racionalista, como dos liberalismos político e econômico, além da contribuição já referida dos fisiocratas, embora limitados à propriedade fundiária.

Kant (1993, p. 151) sustenta a propriedade como um direito natural e como um postulado da razão. John Locke (1998, p. 405-429) busca refutar qualquer oposição à propriedade privada que pudesse advir da razão natural ou de razões religiosas, considerando que, inicialmente, a propriedade deriva do trabalho, como extensão da sua própria pessoa, pois “O trabalho do seu corpo e a obra de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza proveu e deixou, mistura-a ele com o seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade”<sup>70</sup>. Esse princípio da aquisição da propriedade pelo trabalho vale também para a propriedade

---

<sup>70</sup> Destaques no original.



fundiária. Sustenta, ainda, que a apropriação das terras não pode causar mal algum a quem quer que seja, pois sempre sobrariam terras para quem quisesse nelas depositar o seu trabalho.

Assim, para Locke (1998, p. 415), é a própria “[...] condição da vida humana, que requer trabalho e materiais com os quais trabalhar, introduz necessariamente a *propriedade particular*”, fundando-a, conseqüentemente, na natureza da existência humana.

Locke (1998, p. 417) assere que o princípio que justifica a propriedade privada, de que “[...] cada homem deve ter tanto quanto possa usar”, sem que houvesse prejuízo para ninguém, continuaria a vigor se “[...] a *invenção do dinheiro* e o acordo tácito dos homens no sentido de lhe acordar um valor não houvesse introduzido (por consenso) posses maiores e um direito a estas”<sup>71</sup>, explicitando detalhadamente como se deu esse processo.

Desse modo, através do dinheiro o homem tende a acumular o capital e a riqueza, pois os bens passam a ter um valor distinto daquele que seria proporcional à imediata satisfação de suas necessidades, gerando o comércio do excedente para a obtenção de dinheiro; a despeito disso, Locke (1998, p. 426) se insurge não contra a extensão das propriedades, mas contra o perecimento delas sem que lhes tenha sido dada utilidade.

Nesse passo, cabe distinguir a propriedade dos bens de produção daquela relativa aos bens de consumo. Ambas são abrangidas pela propriedade genericamente prevista pelos arts. 2º e 17, na medida em que a liberdade econômica era um direito individual; contudo, enquanto a propriedade privada dos bens de consumo não traz maiores repercussões para a estruturação institucional da ordem econômica, a propriedade privada dos bens de produção só pode ser relacionada à ordem econômica e ao mercado.

E respeitante à liberdade econômica e à propriedade privada dos bens de produção é que Adam Smith (2003, 350-351) trata do capital, concebido por ele como a parte que excede os bens adquiridos para satisfação das necessidades de consumo e, como tal, deve ser aplicada em algo para propiciar ao seu proprietário o devido rendimento.

A propriedade apresenta-se, então, da mesma forma que as liberdades e a igualdade, como direito natural e inviolável, sempre na forma da lei, compondo, no que se refere à atividade econômica, o substrato jurídico-institucional, juntamente com a livre concorrência e a livre iniciativa, provenientes da liberdade – tanto positiva, quanto negativa, ou da liberdade de ação em geral –, para o sistema econômico capitalista e para a economia de mercado, em que este expresse a sua capacidade (ou incapacidade) de auto-regulação,

---

<sup>71</sup> Todos os destaques provêm do original.

seguindo o curso orientado pela mão invisível.

O relevo da propriedade para a institucionalização do sistema econômico capitalista é, contudo, mitigado por Eros Grau (2003, p. 54) ao afirmar que a propriedade privada dos bens de produção não consubstancia a essência do capitalismo, que consiste no intercâmbio entre o valor da do trabalho e os bens socialmente produzidos, movidos os trabalhadores pela necessidade de adquiri-los para subsistência; daí, para Eros Grau, a propriedade seria apenas a consequência desse mecanismo de intercâmbio.

Malgrado a arguta observação, afigura-se que há uma diferença apenas de acento, pois a coletivização da produção e do trabalho, ao que parece, exige a vedação da apropriação privada dos bens de produção, do que se poderia deduzir o caráter substancial da propriedade privada.

Cabe ressaltar, ainda, que a importância e o caráter inviolável da propriedade não se reduz ao sentido que possui no âmbito da atividade econômica, sendo assegurada também pela sua expressão enquanto direito individual na medida em que, sendo extensão da personalidade, é a condição que liberta o homem das constringências externas.

A propriedade individual necessita ser protegida e garantida pelo Estado porque apenas com base nela o homem terá acesso as condições de desenvolver a sua esfera íntima e exercer plenamente as liberdades que lhe são reconhecidas como direito natural. Tanto assim que Locke (1998, p. 497) assenta na conservação da propriedade o fundamento para a transição do estado de natureza para a sociedade civil.

Se se atribui ao Estado Liberal a promoção da segurança interna e externa, aquela vai se voltar substancialmente para a proteção em face de toda e qualquer ação ou gravame que possa incidir ou colocar em risco a livre fruição da propriedade individual, pois desse modo se garante ao indivíduo a liberdade tanto na sua esfera de realização pessoal, quanto a sua liberdade política. Daí a severidade da legislação penal relativa aos crimes contra o patrimônio e a estabilidade das relações que norteiam a aquisição e a transmissão da propriedade pela disciplina das obrigações, dos contratos, dos direitos reais e da sucessão pelo Código Civil.

Nesse sentido, Robert Castel (2005, p. 20-21) sustenta que a consagração da propriedade na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão não foi nem algo fortuito e nem se limitou à concepção de propriedade reduzida ao privilégio da propriedade burguesa, pois “[...] no início da modernidade a propriedade toma um sentido antropológico profundo, porque ela aparece [...] como o alicerce a partir do qual o indivíduo que se livrou da proteção-sujeição tradicional pode encontrar as condições de sua independência.” E Castel confirma tal

ilação mediante a constatação histórica de que a propriedade privada foi defendida pela mais vasta linhagem de ideologias que permearam a Revolução Francesa, tanto por Rousseau, Robespierre, Saint-Just e os *sans-collutes*, quanto pelos mais conservadores. Variava apenas o sentido e a forma como a propriedade deveria ser regulada, mas era comumente defendida.

Como consequência do caráter inviolável da propriedade, seja para a atividade enquanto referida aos bens de produção, seja no âmbito individual, como condição de libertação e proteção contra os riscos que acometiam o indivíduo no estado da natureza, a propriedade também é resguardada diante da atividade tributária do Estado, que, na forma do art. 13 da Declaração francesa, deve se pautar pela igualdade na distribuição das exações, aniquilando qualquer privilégio clerical ou nobiliárquico, próprios da superada sociedade estamental.

Os demais direitos constantes da Declaração, de ordem civil, são a segurança individual e o direito de resistência. O direito à segurança, além de previsto no art. 4º, está relacionado com os arts. 7º, 8º e 9º, que, por sua vez, também respeitam à liberdade, pois regulam o *jus puniendi* do Estado, tanto no âmbito material, com a exigência de lei prévia tipificando o crime, como na seara processual, com a garantia da presunção de inocência.

De fora parte tais direitos individuais, relacionados ao âmbito estritamente individual do homem, a Declaração também previu o direito de resistência, mostrando a influência de John Locke, e se dedicou aos direitos políticos, ainda que a positivação viesse atrelada ao sufrágio restrito pela adoção do voto censitário.

Enquanto o art. 3º previa a soberania nacional, o art. 6º tratava do direito de participação política, ou a liberdade política, expressando o direito de todos os cidadãos de participar, diretamente ou pelos seus representantes, da formação da lei, resultante da vontade geral. Verifica-se que havia menção ao sistema representativo, embora aberta a possibilidade de meios atinentes à democracia direta pela forma participativa; contudo, a Constituição francesa de 1791 concebeu a si própria como decorrência da representação da nação soberana, representação essa exercida pelo rei e pelo legislativo, cujos membros seriam eleitos pelo povo.

Só que o voto era reservado, na forma do Título III, seção II, art. 2º, apenas àqueles que, atendidos os demais requisitos, fossem homens que tivessem prestado uma contribuição direta correspondente, no mínimo, a três jornadas de trabalho, comprovado por recibo, desde que não fosse criado doméstico. Entretanto, para ser nomeado eleitor pelas assembleias primárias, o art. 7º exigia requisitos de riqueza e posses muito mais expressivos.

Desse modo, enquanto os direitos individuais civis tivessem ampla e universal

consagração, concernente ao gênero humano, com exceção das mulheres, que não alcançaram formalmente a igualdade de gênero de maneira ampla senão no século XX, os direitos políticos, apesar de consagrados e, assim, de integrarem os direitos fundamentais de primeira dimensão, só viriam a ser realmente assegurados a todos com o sufrágio universal, institucionalizando-se a democracia republicana em seu devido sentido.

Israel (2005, p. 97-98) identifica como direitos do cidadão os de participar da formação da lei, contribuindo para a vontade geral, como o de consentir com a cobrança dos impostos, que também resguarda o direito de propriedade. Outrossim, “[...] os fundamentos da própria liberdade que são a democracia (que pode ser representativa) e a lei, a soberania nacional e o respeito da legalidade e da igualdade, remetem a aspectos mais especificamente políticos que pressupõem a participação do cidadão”, estando o poder político a serviço da liberdade e sendo o legislador a sua principal garantia.

Cumpre, ainda com Israel (2005, p. 99-101), destacar os direitos que foram ignorados ou excluídos da Declaração francesa, como o direito de petição e a liberdade de reunião, previstos pela Constituição de 1791, e, também, o antecedente do direito à assistência social e do direito à educação.

Outrossim, como já afirmado, a constituição econômica não era senão implícita, bastando a consagração das liberdades e da propriedade privada, além da igualdade perante a lei; todavia, fazia-se mister uma disciplina infraconstitucional, do que proveio a afirmação por decreto da liberdade de indústria e comércio.

Quanto aos direitos excluídos, Israel se refere à liberdade de associação e à liberdade de ensino, o que se justifica pela ruptura com o *Ancien Régime*. A liberdade de associação foi proscrita diante da necessidade de extinção das corporações de ofício, obstáculo à livre iniciativa e à livre concorrência. Ademais, a exclusão é explicada pela concepção individualista e pela compreensão da laicidade como tolerância.

Evidentemente que não entra no âmbito das considerações de direitos excluídos ou ignorados os direitos sociais, pois não contavam àquela época, com um substrato material e ideológico que sustentasse sequer a sua existência, quanto mais a sua positivação, o que só viria a ocorrer pela necessidade de superação do Estado Liberal, consolidando-se nos albores do século XX.

Peter Häberle (1998, p. 50-53), malgrado ressaltar a relevância da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, observa o que faltou à Declaração, como também o que dela constava, mas que não logrou, ainda, afirmação real e efetiva.

Dentre as omissões também se refere à liberdade social e corporativa, deixando de

abrigar os direitos sociais, como também as liberdades culturais, artísticas e científicas, só mais tarde descobertas.

Expostas as notas principais relativas aos direitos individuais, civis e políticos, consagrados pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, faz-se mister adentrar nas características que, no constitucionalismo moderno, eram atribuídas a tais direitos; cabe ressaltar, contudo, que a Declaração não se limitava à consagração dos direitos individuais, pois exprimia o cerne do constitucionalismo moderno ao afirmar, também, a soberania popular, o governo das leis e a separação de poderes (MARTÍNEZ, 1999, p. 152).

A análise do constitucionalismo moderno, dos direitos individuais que nele vieram a lume, e das suas características, é imprescindível para que se percorra o trajeto da expansão do direito constitucional, voltando-se não apenas contra o poder político, mas também contra o poder econômico, e transferindo a função de garantia da ordem constitucional e dos direitos fundamentais do legislador para o juiz, exigindo a devida compreensão da mudança de papéis havida na relação entre constituição e lei.

Para tanto, deve-se anteriormente aferir as características dos aludidos direitos para, daí, verificar como o constitucionalismo moderno formou e conformou o Estado de Direito, tanto no âmbito jurídico-institucional, quanto no âmbito da política econômica, ou de sua ausência.

### 3.1.2.5 Características dos direitos individuais

A importância do estudo das características originariamente atribuídas aos direitos individuais, ou aos direitos fundamentais de primeira dimensão, justifica-se ainda mais por terem aderido de tal forma aos mesmos que persistem até a atualidade, sendo estendidas para os direitos fundamentais como um todo, sem a devida crítica atualizadora.

A primeira nota típica que ressaí dos direitos individuais é a condição de serem direitos naturais, anteriores ao Estado e superiores às leis positivas, que deveriam observá-los e regulá-los da maneira adequada para a sua proteção e garantia.

Fundando-se no jusnaturalismo racionalista e no contratualismo, a qualidade de direitos naturais se evidencia pelo teor dos preâmbulos das constituições e declarações de

direitos do período, sempre fazendo menção ao caráter meramente declarativo de tais direitos, e não constitutivo.

Provindo do homem ainda enquanto ser no estado da natureza, não poderia o Estado voltar-se contra esses direitos, até porque estava fundado na necessidade de que tivessem os indivíduos maior segurança e proteção na sua conservação e obtenção, o que não se fazia possível no estado da natureza.

Dessa forma, justificava-se a contenção do exercício do poder político que, tendo de garantir os direitos superiores, decorrentes da razão humana, estaria adstrito a não interferir quando não fosse premente para assegurá-los.

Peces-Barba Martinez (1999, p. 26) ressalta que conceber os direitos individuais como direitos naturais implicava uma concepção racionalista e abstrata que era insensível à historicidade e às condições existenciais nas quais deveriam ser exercidos.

Atualmente, a concepção dos direitos fundamentais como um todo, inclusive dos individuais, como direitos naturais, segundo o pensamento do constitucionalismo moderno, encontra-se superada, embora não se lhe tenha sucedido com êxito uma visão qualquer reducionista de cunho positivista.

Com efeito, o caráter de direito natural tem sido substituído pela atribuição da interação entre Moral e Direito, conferindo-se aos direitos fundamentais a noção de direitos morais, representando a convergência entre os dois sistemas normativos.

Nesse sentido, ainda que em virtude de distintas razões, tanto Alexy (2007, p. 46-47), como Dworkin (1999a, p. 276-277) concebem os direitos fundamentais como direitos morais, embora haja uma variedade significativa sobre o que significa serem direitos morais, como salienta Martinez (1999, p. 50). De qualquer sorte, o elemento comum concerne a não reduzir os direitos fundamentais apenas àqueles positivados, não dependendo de qualquer ato potestativo do Estado para que sejam reconhecidos como tal e garantidos pela jurisdição constitucional.

Em razão da fundamentação no jusnaturalismo racionalista, que reputa os direitos individuais como inatos ao homem, tem-se como consequência que se revestem da qualidade de universais.

Como já aludido, os direitos individuais consagrados eram destinados e referidos ao gênero humano, descobertos pela razão e intrínsecos à natureza humana, pelo que acompanham o homem sempre e a todo momento, em qualquer lugar, sendo refratários a qualquer perspectiva história ou contextual, matizada pelas variações culturais.

Ademais, a abstração da forma como eram enunciados, até porque atinentes ao

indivíduo concebido de forma autônoma, sem consideração a quaisquer manifestações ou relações sociais, também auxiliava a entendê-los como direitos universais, desde sempre existentes e para todo o sempre existentes. Essa é a característica que gerou a adesão majoritária quanto à originalidade da Declaração francesa quando cotejada com a americana que, a despeito de prever os mesmos direitos, o fazia de forma contextualizada e diante dos desafios e anseios dos ex-colonos.

A abstração se destaca, inclusive, pela preocupação limitada apenas à enunciação, sem previsão ou referência ao conteúdo material de quaisquer dos direitos, ou referência aos seus limites e, menos ainda, a eventuais garantias, o que, conforme percebe Morange (2004, p. 11) permitiu distinguir a concepção anglo-saxônica da francesa, aqueles mais pragmáticos e concretos, esses mais especulativos e abstratos.

Dessa forma, infere-se a existência de uma mútua implicação entre a caracterização como direitos naturais e os caracteres de direitos abstratos e universais, embora não haja uma relação necessária, pois a experiência americana os reconhece como naturais, mas lhes confere perspectiva mais concreta e contextual.

Não obstante isso, da enunciação abstrata, em que, além da mera previsão, explicita-se apenas que o exercício de um direito só pode ir até onde não prejudique o gozo dos mesmos direitos por outrem, constata-se uma outra nota típica dos direitos individuais, segundo o pensamento do constitucionalismo moderno, consistente na sua dependência do legislador, derivando do que se poderia denominar contemporaneamente como baixa densidade normativa<sup>72</sup>.

Como são abstratos, há um alto grau de indeterminação e, assim, perdem ou sequer lhes é reconhecido caráter normativo por si mesmos, enquanto direitos individuais consagrados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, como também nas constituições e demais declarações de direito durante o constitucionalismo moderno.

Essa indeterminação exigiria que o legislador disciplinasse os direitos fundamentais para que pudessem ser aplicados, conferindo-lhes valor normativo, dando ensejo à doutrina da regulamentação das liberdades, sem a qual não produziriam efeitos jurídicos (CANOTILHO, s.d., p. 1178).

A necessidade de *interpositio legislatoris* como condição para a aplicação dos direitos individuais foi desenvolvida amplamente na doutrina francesa devido ao caráter

---

<sup>72</sup> Sobre a noção de densidade normativa e abertura vertical, as explicações de Canotilho (s.d, p. 1181).

altamente filosófico e dogmático das declarações de direitos, além do otimismo e da crença na bondade do legislador. Isso se confirma, como será adiante analisado, pela recorrente referência à lei na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Nessa esteira é o entendimento de Maurice Hauriou (2003, p. 106-107) de que as declarações de direitos não fazem mais do que expressar o princípio de cada direito, exigindo a disciplina pela lei a fim de especificar os limites e as condições de aplicação, sendo impensável e inconcebível que tal mediação fosse realizada pelo juiz em sede de concretização.

Hauriou afirma ainda ser corrente a concepção de que a lei regulamentadora é mais importante do que a Declaração de direitos, pois “[...] un derecho individual que no posea su correspondiente ley orgánica no puede ejercitarse de una manera lícita, por más que el principio esté inscrito en un declaración de derechos”; além disso, para que um direito individual seja reconhecido como tal, pode ser positivado pela legislação, dispensando a previsão nas declarações de direitos.

Apesar disso, Hauriou (2003, p. 107-108) defende o valor jurídico das declarações de direitos, sustentando a sua relevância tanto por importarem num ato de fé e crença no indivíduo, tendo uma utilidade moral, como por expressarem um compromisso do Estado de editar as leis necessárias para a aplicação do direito, ainda que não haja sanção em caso de inércia<sup>73</sup>.

No mesmo sentido, Esmein (2001, p. 562-563) considera que a garantia dos direitos individuais fica substancialmente prejudicada por duas razões, quais sejam: a) de não ser suficiente para o exercício de um direito a circunstância de estarem garantidos pela Constituição, sendo necessário que observem dois limites, que são a ordem pública e o respeito ao igual direito de outrem, o que supõe uma regulamentação a cargo do legislador; b) enquanto não sobrevier a regulamentação, o direito não poderia ser exercido, de forma que “[...] il reste là comme une simple promesse<sup>74</sup>.”

Por conseguinte, evidencia-se que o legislador detinha a ampla e livre disposição dos direitos fundamentais, podendo torná-los absolutamente inócuos apenas pela inércia, ou defraudá-los e descaracterizá-los, o que se soma à concepção de lei como expressão da vontade geral, naturalmente boa e insusceptível de voltar-se contra a própria nação, além da

---

<sup>73</sup> A partir dessa premissa de que há um dever de legislar, Dirley da Cunha Júnior (2004) afirma a existência de um direito fundamental à legislação em face das omissões normativas, passível de garantia jurisdicional, como será adiante abordado.

<sup>74</sup> Em tradução livre, “[...] fica lá (na Constituição) como uma simples promessa”.



restrita interpretação conferida à teoria da separação de poderes, compondo o quadro da supremacia do parlamento ou do legicentrismo, frustrando a aptidão libertária e emancipatória dos direitos individuais.

Embora essa característica da dependência do legislador, motivada pela baixa densidade normativa dos direitos individuais, resguardada pela censura do acesso direto às constituições pelos juízes, já tenha sido francamente superada, a análise da sua origem é deveras esclarecedora para uma compreensão crítica relativamente à afirmação dessa característica quanto aos direitos sociais<sup>75</sup>. Pode-se afirmar, com efeito, que na doutrina da regulamentação das liberdades e na aludida dependência estão as questões antecedentes à propugnada falta de caráter jurídico das normas programáticas.

De qualquer sorte, a dependência da lei se enquadra num âmbito mais amplo de supremacia do legislador em que a lei é entendida como garantia e não como expressão do poder do Estado, ocasionando a redução do Estado de Direito ao Estado legal na medida em que a lei se torna expressão de todo o direito.

Outra nota típica dos direitos individuais sustentada pelo constitucionalismo moderno é o caráter absoluto, que deriva da inviolabilidade e do caráter praticamente sagrado de que se revestiam. Serem absolutos não significava, todavia, que poderiam ser exercidos ao livre talante do indivíduo, o que só seria possível no estado da natureza. Em verdade remete à relação de precedência e prioridade dos direitos individuais em face de todo e qualquer outro interesse que não possuísse o mesmo *status* de direito individual, sendo bem caracterizada por Hauriou (2003, p. 101) ao asserir que “Habiendo reconocido que son derechos naturales, inviolables y sagrados, se encuentra, por lo mismo, en la imposibilidad de violarlos; y esta declaración, aceptada por la nación, liga y limita la soberania del Estado.”

Da mesma forma Duffar e Robert (1999, p. 51) esclarecem que por serem tidos por absolutos, não significa que sejam ilimitados, mas são absolutos quando remetidos aos fins em relação aos quais devem ser exercidos, como também na esfera reservada para o livre exercício de tais direitos, em que prevalece o livre alvedrio da vontade de seu titular.

Em verdade, a noção de direitos absolutos no sentido preconizado pelo constitucionalismo moderno – que, aliás, portava caráter meramente filosófico e dogmático em razão da ausência de garantias que resguardassem a prevalência dos direitos individuais – também restou superada pelo constitucionalismo contemporâneo, em que a abertura semântica

---

<sup>75</sup> No que já ficam abrangidos os direitos econômicos e culturais.

dá ensejo ao reconhecimento da relatividade dos direitos fundamentais, configurando-se como mandados de otimização, como sustentado por Robert Alexy (2007, p. 67-69).

Finalmente, ainda no que respeita às características, os direitos fundamentais de primeira dimensão, notadamente os individuais, eram tidos como direitos negativos, ou direitos à abstenção, sendo o seu conteúdo material definido por um dever de não atuação e não intervenção do Estado, tendo em vista que o constitucionalismo moderno, como já acentuado, foi erigido contra o Estado, tido por inimigo dos direitos naturais e sagrados do homem, fazendo-se mister, conseqüentemente, reduzir a sua atuação, impondo-lhe o respeito a tais direitos.

Giuseppe de Vergottini (2004, p. 228) assinala que a oposição ao Absolutismo impunha o estabelecimento de proteção ao indivíduo contra interferências indevidas do poder público, do que se extraiu a definição dos direitos e liberdades como obrigação jurídica de abstenção. Da mesma forma é o registro de Ingo Sarlet (2006, p. 56) e Paulo Bonavides (1997, p. 517-518) que enquadram esses direitos no *status negativos*, segundo a classificação de Jellinek, sendo direitos de oposição ou resistência perante o Estado.

O dever de abstenção que vai caracterizar a postura do Estado em face do indivíduo deriva, então, do conteúdo jurídico dos direitos individuais, que iria, mais tarde, afastar, por si só, a doutrina da regulamentação das liberdades, passando a ser compreendidos como direitos dotados de valor jurídico em si mesmo e auto-aplicabilidade, dispensando a *interpositio legislatoris*, malgrado o caráter filosófico de que estão impregnados.

Dessarte, o Estado Liberal é de intervenção mínima no mercado e na ordem econômica em geral porque as liberdades econômicas exigem que se abstenha de nele intervir, devendo atuar os agentes econômicos conforme a reta razão na busca do seu auto-interesse, guiados pelas leis naturais da demanda e da oferta.

Em termos mais atuais, a concepção então prevalecente defendia que dos direitos de liberdade adviria uma eficácia negativa, interdizendo a ação estatal sobre os bens jurídicos objeto de tutela e sobre o livre arbítrio do titular do direito, que poderia exercê-lo como melhor lhe aprouvesse, pelo seu caráter absoluto.

Essa compreensão das liberdades como direitos fundamentais negativos, impositivos de um *non facere* dirigido ao Estado, não se afigura mais compatível com uma teoria da constituição dirigente que seja constitucionalmente adequada, tendo por pressuposição uma visão reducionista e limitada do texto e da norma constitucional, sendo manifestamente incompatível com os postulados inaugurados pelo neoconstitucionalismo principialista, de caráter pós-positivista.

Verifica-se, então, que o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a ele oponíveis, não tanto pelo conteúdo em si das declarações e das constituições, mas mediante a lei, em vista da posição sobranceira que ocupava o legislador no pensamento constitucional moderno.

Analisadas as doutrinas, ideologias e concepções pertinentes ao ideário do constitucionalismo moderno e apreciado o processo de positivação, nas declarações de direitos, das liberdades públicas, da igualdade formal, da propriedade, do direito à segurança e do direito à resistência, integrantes dos direitos fundamentais de primeira dimensão, além dos direitos políticos, cumpre perscrutar a repercussão que encetaram na compostura político-institucional do Estado; ou seja, se o constitucionalismo traz consigno o valor potencialmente libertário e emancipatório do Estado de Direito, torna-se premente identificar quais os traços que lhe são típicos no período do constitucionalismo moderno, seja quanto ao seu perfil jurídico-institucional, seja no que respeita ao substrato econômico-institucional.

O Estado de Direito no constitucionalismo moderno era um Estado legal ou legislativo, restringido a mera legalidade, em que havia a supremacia do parlamento, que detinha a livre disposição dos direitos fundamentais; igualmente, o Estado de Direito era também um Estado Liberal, destituído de quaisquer preocupações reais e concretas de caráter existencial, notadamente quanto aos problemas advindos da desigualdade social, portando usualmente uma feição absenteísta ao fundamento de que *laissez-faire, laissez-passer* que a mão invisível regula naturalmente o mercado. E, mais do que constatar, urge que sejam identificados os efeitos de tais estruturações do Estado de Direito em relação ao caráter jurídico, imperativo e normativo das constituições a fim de que, conhecidos, como também as suas causas, possam ser devidamente esgrimidos pelo dirigismo constitucional, ensejando a máxima efetividade dos preceitos programáticos e das direções constitucionalmente vinculantes.

Dessa forma, procede-se de logo à análise da estrutura institucional do Estado Liberal, propiciando afirmação e consolidação do sistema econômico capitalista, cabendo explicitar a consistência da constituição econômica que lhe está implícita (Grau, 2004, p. 70-72), com as decorrências na ausência de intervenção do Estado sobre a ordem econômica.

A partir de então, segue-se para a apreciação da estrutura jurídico-institucional do Estado, muito afeita ao seu perfil liberal, fundada no dogma do legislador racional, na concepção da lei como garantia dos direitos e, mais ainda, numa visão deturpada do poder judiciário.

Por essa via pretende-se demonstrar que o Estado de Direito, sendo Estado legal e

Estado Liberal, tornou o advento do dirigismo constitucional imperativo, tanto nos Estados europeus com um passado próximo de autoritarismo e desrespeito pelos direitos fundamentais, que produziam a erosão da consciência constitucional, como nos países de capitalismo periférico, principalmente o Brasil, que é o objeto e o cerne do presente estudo.

### 3.1.3 O Estado de Direito e o Estado legal

Uma das noções mais caras ao constitucionalismo e que integra o seu núcleo duro, como um dos seus corações, é a de Estado de Direito. A história do desenvolvimento do constitucionalismo, dos seus êxitos e das suas crises, da sua dimensão libertária e projetiva, e das frustrações sofridas, acompanha as mesmas vicissitudes por que passa o Estado de Direito, havendo uma imbricação ineludível entre ambos, principalmente após ter sido rechaçada a possibilidade de se conceber qualquer Estado como Estado de Direito, como já exposto.

Pietro Costa e Danilo Zolo (2006, p. 11-12) reconhecem que a expressão Estado de Direito traz consigo uma longa história e possui grande complexidade semântica, tornando mais complexo o desafio que lança à reflexão jurídica atinente aos elementos que lhe dão, ou que devem lhe dar, compostura, o que já havia sido anteriormente observado por Pablo Lucas Verdú (2007, p. 2-3), para quem a fórmula Estado de Direito possui um prestigioso passado histórico; todavia, persiste sempre desafiada em sua capacidade de, respaldada no constitucionalismo, promover a contenção ao exercício do poder, levando continuamente à reflexão sobre o seu futuro<sup>76</sup>.

As suas origens mais distantes remontam a Aristóteles (2002, p. 150), como acentuado, ao sustentar a relativa primazia do governo das leis como indicativo do melhor governo, o Estado de Direito, desde o seu surgimento com o constitucionalismo moderno, logrou rápida consagração e expansão, ao menos teórica e institucional, embora diste ainda da realização da sua dimensão projetiva sobre a realidade concreta.

Com efeito, em seu derredor formou-se um consenso de que representa um ideal

---

<sup>76</sup> Mais detalhadamente, sobre os antecedentes do Estado de Direito até a sua afirmação no constitucionalismo liberal, as considerações de Pablo Lucar Verdú (2007, p. 2-6).

de instituição de um bom governo, arregimentando as mais variadas concepções e tendências ideológicas<sup>77</sup>.

Pablo Lucas Verdú (2007, p. 1-2) registra toda a fascinação que o Estado de Direito exerce sobre os juristas, malgrado apresente sérias dificuldades e as mais intrincadas questões em torno da pretensão de assujeitar todo o âmbito estatal às normas jurídicas.

Não obstante isso, o consenso quanto à idéia ou ao valor que representa é proporcional ao dissenso acerca dos elementos que lhe são intrínsecos; ou seja, embora se deseje o Estado de Direito, pouca concordância há sobre o que é, ou sobre o que deve ser, o Estado de Direito.

Desse modo, consenso e dissenso se estabelecem sobre o Estado de Direito; todavia, como não se sabe ao certo sobre o que se consente, ou se há grandes divergências, desentendimentos ou indicações de ambigüidades sobre o objeto do consenso, em verdade, consente-se sobre muito pouco ou quase nada.

Essa problemática é deveras importante para que se possa compreender o porquê de não mais se entender que o Estado de Direito, nos quadrantes histórico-culturais do constitucionalismo atual, deve se reduzir a um Estado legal, como outrora, ou transformar-se num um Estado contratual, em que prevaleça a *lex mercatoria*, como sustentado por algumas posturas teóricas intituladas de pós-modernas, não podendo ser depreciado pelas condições que advêm dos sustentados paradigmas da pós-modernidade.

E, para tanto, urge averiguar o surgimento do Estado de Direito, ainda que, inicialmente, remetesse apenas a uma concepção redutora do direito limitado à lei, afirmada como expressão racional de uma considerada representação, de fato, soberana da nação, de fato, governada. Além disso, cumpre diferenciar o Estado de Direito do *rule of law*, malgrado haja uma tendencial convergência dos dois modelos.

Como observa Danilo Zolo (2006, p. 7), é comum receber uma série de adjetivações, dentre as quais as de Estado legal e Estado Liberal, tornando mais dificultosa a reflexão sobre a sua devida compreensão, identificando (ZOLO, 2006, p. 11) que a sua historicidade comporta quatro modelos teóricos: o *rule of law* inglês, e sua variação americana, responsável por agregar o *judicial review of legislation*, como também o *Rechtsstaat* tedesco e o *État de Droit* francês<sup>78</sup>.

Dentre eles, pode-se distinguir o *rule of law* inglês e integrar a experiência

---

<sup>77</sup> Michel Troper (2001b, p. 267), diante disso, suspeita das diversas utilizações em que a expressão é empregada.

<sup>78</sup> Sobre as quatro experiências, a abordagem de Danilo Zolo (2006, p. 11-30).

americana à alemã, dando origem ao Estado de Direito enquanto Estado Constitucional, merecedor de uma atualização na fórmula do Estado Democrático de Direito, superando as aludidas experiências, como também o modelo francês, em que havia proeminência do legislador.

Até chegar-se ao Estado Democrático de Direito cabe, ao ensejo da análise do constitucionalismo moderno, e para os fins de investigar refletida e criticamente as relações muito próprias entre a Constituição e a lei pertinentes ao Estado de Direito Liberal – donde se origina a concepção que muito tempo grassou quanto à ineficácia das normas programáticas e das direções constitucionalmente estabelecidas –, a apreciação da compostura institucional e das concepções erigidas em torno do Estado de Direito no constitucionalismo moderno.

Se o dirigismo constitucional propõe e tende a afirmar uma distinta, mais garantista e emancipatória, concepção de Estado de Direito, que seja, também, constitucional e dirigentemente adequada ao texto e ao contexto brasileiros, não se pode descurar de suas manifestações precedentes, relativas à memória do constitucionalismo, com o desiderato de projetar um seu futuro adequado, notadamente diante do resgate contemporâneo da idéia de Estado de Direito, a partir do pós-guerra, como recorda Danilo Zolo (2006, p. 3), tornando-o capaz de resistir aos desafios que lhe são opostos.

Assim, para que se persiga o caminho conducente à noção de Estado de Direito como Estado Democrático de Direito, ao qual se agrega o Estado Social, impositivo pelo dirigismo constitucional, cabe situar os problemas relativos ao dissenso e ao consenso que ele encerra, desde as suas origens, como também adentrar na sua configuração primeva, havida no constitucionalismo moderno.

### 3.1.3.1 Uma noção de consenso e de dissenso: o Estado de Direito do constitucionalismo moderno

O Estado de Direito atrai consenso e dissenso. Consenso sobre a sua importância e valor, ou, talvez e ao invés, consenso sobre a sua utilidade, numa perspectiva pragmática, enquanto forma de legitimação. Dissenso quanto ao que significa e aos elementos que lhe dão ou que devem lhe dar compostura institucional, a partir, naturalmente, da consagração constitucional.

Certamente, o consenso pode decorrer de dois fatores distintos: ou a noção a que ele se refere exprime um valor substancial, tido por imprescindível para a convivência comunitária, ou deriva da necessidade de atrair aos respectivos programas, projetos de governo e ideologias a sua força legitimadora e o seu prestígio, como observado por Perez-Luño (2001, p. 240-241).

Consoante Michel Troper (2001b, p. 267), são favoráveis ao Estado de Direito tanto os liberais mais conservadores, como também o eram os antigos comunistas do leste europeu (e o são, quanto àqueles que ainda persistem), desejosos de conciliá-lo com o marxismo-leninismo, enquanto Pablo Lucas Verdú (2007, p. 6-8) aponta que tanto os teóricos do facismo, como os nacional-socialistas buscavam se apropriar da expressão. Da mesma forma, Carl Schmitt (2007, p. 15) salienta que os seus defensores costumam invocar para si o Estado de Direito a fim de denegrir os seus opositores como inimigos do Estado de Direito.

Tamanho êxito da noção, demonstrado pela capacidade de gerar consenso sobre si, exige uma reflexão ainda mais apurada, posto que, dentre as noções que sobre ela se estabelecem, vai-se encontrar muitas variações; outrossim, como tem sido utilizada por todos e em tudo (TROPER, 2001b, p. 267), conduz a que seja comumente utilizada com diferentes matizes.

E tantos matizes diluem aquilo sobre o que se formava a coesão consensual, pois se estabelece em derredor de distintas características e noções, com amplas variações, como se verifica pelo Estado de Direito formal, o Estado de Direito material, o Estado legal e, até mesmo, o *rule of law*, trazendo, para o seio do consenso, o dissenso sobre a sua significação e os elementos e características que lhe dão compostura.

A origem da expressão Estado de Direito se deve ao direito público alemão, que cunhou o termo *Rechtsstaat*, sendo usualmente atribuída a Robert von Mohl por utilizá-la em título de um livro de 1829, entendendo-a como manifestação de uma forma peculiar de Estado. Pablo Lucas Verdú (2007, p. 9-10) e Vidal Neto (1979, p. 158) engrossam as fileiras dos que assinalam a sua inserção no ambiente e na cultura jurídica por Robert von Mohl, que tinha por desiderato aludir ao Estado Liberal e seus princípios. Böckenförd (2000, p. 18-19), após asserir que Estado de Direito é uma construção lingüística alemã, sem qualquer correlato em outros idiomas, diferenciando-se do *rule of law* e não havendo termo francês com a mesma denotação, expõe que o seu advento provém da teoria liberal do Estado, fundada numa concepção racional do direito, sendo utilizada por Robert von Mohl em 1829, embora admita aparições anteriores, sendo a primeira em 1813.

Daí se depreende que, como vários temas no âmbito do constitucionalismo,

também a procedência do Estado de Direito é objeto de polêmica, do que se antevê a complexidade e riqueza que lhe são pertinentes, pois, em verdade, Perez-Luño (2001, p. 219), de forma consistente, assenta a proveniência da expressão em Carl Welcker, adotada em um livro editado em 1813, como já referido por Böckenförd que, a despeito disso, confere o mérito a Robert von Mohl por ter adentrado mais na sua caracterização.

A própria origem da fórmula do Estado de Direito, ou mesmo a afirmação do *rule of law*, a despeito de figurarem na memória da experiência constitucional como noções e formas institucionais distintas<sup>79</sup>, remete à existência de um sentido e de uma significação específicas que infirmam as ilações de Hans Kelsen e de Carl Schmitt no sentido de associar o Estado ao direito.

Para Carl Schmitt (1996, p. 141), em sentido geral, todo o Estado seria Estado de Direito, bastando que, para tanto, observe o direito vigente e respeite os direitos subjetivos que dele derivem, encerrando uma concepção que busca legitimar o *status quo* e eternizá-lo institucionalmente.

Também em sentido similar é o entendimento de Hans Kelsen (2000, p. 321) compreendendo o Estado como “[...] uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito Internacional e que é, globalmente ou de um modo geral eficaz”, reputando inconcebível um Estado não subordinado ao direito (2000, p. 346).

Na concepção de Kelsen o Estado é o detentor do monopólio da produção do direito, não existindo direito para além e para aquém do Estado, pelo que todo o Estado seria Estado de Direito, independentemente do que venha a estabelecer esse direito.

Ora, a prevalecer tais concepções a noção de Estado de Direito seria absolutamente estéril e até iria contrariar o sentido garantista e libertário que permeou o constitucionalismo moderno, pois expressa o domínio do Estado sobre o direito a partir da identificação umbilical entre ambos.

Em verdade, essas concepções muito mais negam do que afirmam o Estado de Direito como uma conquista cultural e emancipatória, progressivamente construída, do constitucionalismo, o que justifica sobretudo a crítica de Elías Díaz (1998, p. 43) ao

---

<sup>79</sup> Não obstante isso, tem progressivamente se aproximado, havendo quem hodiernamente sustente uma imbricação tão intensa entre as características de ambos que chegaria a haver uma convergência, como será adiante explicitado. Outrossim, a questão do enquadramento do constitucionalismo americano no *rule of law*, típico dos sistemas consuetudinário-constitucionais, é discutível sob a ótica da existência de uma Constituição rígida, assegurada pelo controle de constitucionalidade, embora Danilo Zolo (2006, p. 11-12) prefira manter o seu enquadramento no *rule of law*, com nota específica do *judicial review of legislation*..



considerar que nem todo Estado é Estado de Direito; ou seja, não basta ser Estado para que se adeque à concepção de Estado de Direito, sendo imprescindível destacar suas notas típicas.

E a força significativa do Estado de Direito, proveniente das revoluções que sustentaram e consolidaram a constituição e as declarações de direito como marco essencial no âmbito dos movimentos necessários à contenção ao exercício arbitrário do poder político, não poderia deixar de incidir sobre Kelsen e Carl Schmitt que, paralelamente à identificação entre Estado e direito, e premidos pela perplexidade que ela conduziria, reconheceram, também, um sentido específico para o Estado de Direito.

Assim, tanto Schmitt quanto Kelsen exprimem uma outra concepção de Estado de Direito, mais específica, concernente à sua compostura no quadro do constitucionalismo moderno. O Estado de Direito seria aquele que detém as características conferidas pelas constituições liberais do período.

Para Schmitt (1996, p. 141-142) a noção liberal de Estado de Direito se compõe a partir de uma série de contraposição, opondo-se ao Estado Absolutista e ao Estado de Polícia, mas também, para ele, iria se opor ao Estado de Bem-Estar Social.

Kelsen (2000, p. 246), por sua vez, admitindo que a sustentação da identidade entre Estado e direito, cotejada com a expressão Estado de Direito, importaria em considerá-la como um pleonasma, reconhece, então, que deve guardar uma especial referência a um tipo de Estado. Os elementos característicos desse Estado de Direito, então, seriam a democracia, a segurança jurídica, a subordinação do executivo e do judiciário à legalidade, como também a responsabilidade dos governantes, a independência dos tribunais e o respeito às liberdades

O Estado de Direito é a forma de manifestação institucional do Estado intrínseca ao constitucionalismo, tendo por desiderato tanto promover a domesticação do exercício do poder político, opondo-se ao Absolutismo, como também a proteção da pessoa humana. Daí não se justifica eximir o Estado de Direito qualquer significação garantista, assimilando simplesmente o Estado ao direito.

E essa domesticação do exercício do poder se dá através do direito, impondo limites, instituindo a separação de poderes, e consagrando as contenções derivadas dos direitos fundamentais, inicialmente restritos aos direitos individuais e aos direitos políticos.

O processo de contenção do poder pelo direito também caracteriza o *rule of law*, mesmo na sua conformação originária, como bem salienta Dicey (1973, p. 188-189) ao apontar que a supremacia do *rule of law* como característica do constitucionalismo inglês abrange sob uma única expressão três concepções distintas.

Primeiramente, *rule of law* se opõe a todo sistema de governo baseado no amplo e

arbitrário exercício dos poderes que impõem obrigações por uma autoridade pessoal. Desse modo, (DICEY, 1973, p. 193) “no man is above the law<sup>80</sup>”. Em segundo lugar, *rule of law* remete ao acesso de todo e qualquer homem à jurisdição dos tribunais, constituindo-se a noção de unidade da jurisdição, a que se submetem todos os poderes. Finalmente (DICEY, 1973, p. 195-197) expressa o terceiro sentido, que remete ao caráter da construção jurisprudencial da *English Constitution* na medida em que os princípios que a compõem resultam do reconhecimento pelos tribunais.

Ainda que tivesse originariamente dois sentidos muito peculiares, relativos à unidade da jurisdição e ao *judge-made law*, derivado do direito consuetudinário, há um tronco comum, uma mesma carga genética, entre o Estado de Direito e o *rule of law*, que vai permear o desenvolvimento do Estado de Direito e sua imbricação com o *rule of law* até a contemporaneidade, iluminando e norteando o futuro de ambos, pois corresponde a uma necessidade atávica do ser humano ambientado comunitariamente.

A experiência comunitária, da vida associativa em comunidade, como sói ocorrer com as comunidades políticas que se auto-instituem em Estado, denota a necessidade de segurança, pois, como salienta Zygmunt Bauman (2003, p. 09), na comunidade é possível encontrar “[...] tudo aquilo de que sentimos falta e de que precisamos para viver seguros e confiantes.” A segurança, no constitucionalismo liberal, só poderia advir da limitação ao exercício arbitrário do poder que marcou o *Ancien Régime*. Essa limitação, por sua vez, residiria no direito.

A nota típica e mais relevante para caracterizar o Estado de Direito é, portanto, a de que se constitui, tanto quanto o *rule of law*<sup>81</sup>, num regime jurídico-institucional pelo qual se dá a sujeição do poder político ao direito. O direito contém o poder, embora seja, ele próprio, expressão do poder. Ora, se Lord Acton (2003, p. 29) acertou ao argumente

---

<sup>80</sup> Em tradução livre, “nenhum homem está acima do direito”.

<sup>81</sup> As diferenças entre o Estado de Direito e o *rule of law*, originariamente, são bem variadas, com a oposição entre os modelos jurídicos em que se inserem, explicando o porquê do *judge-made law* de um lado, e a proeminência do legislador do outro, embora também exista na Inglaterra a supremacia do parlamento, mas em virtude de motivos completamente distintos, sendo o parlamento a instância de luta contra o poder real. No *rule of law* há o reconhecimento do pluralismo de fontes e a compreensão do processo como momento de construção do direito voltado ao caso; já no Estado de Direito se sustenta a primazia da lei, que do caso se distancia. O desenvolvimento da noção de *rule of law* e, no que é comum, quanto à limitação do exercício do poder, desde a Antiguidade, é procedida por Tamanaha (2004). De outra parte, a síntese das diferenças entre ambas as noções é dada por Zagrebelsky (2002, p. 24-26), também abordadas por Menaut (2003, p. 41-59). O avanço do constitucionalismo e as contribuições hauridas do neoconstitucionalismo e da reflexão conduzida pela hermenêutica filosófica, além da metódica estruturante de Friedrich Müller (1996), são responsáveis pela reabilitação do fático perante o normativo, reduzindo a oposição entre os dois modelos quanto a aspectos outrora substanciais, como admitem Menaut (2003, p. 61-62) e Zagrebelsky (2002, p. 27).

salientar que “O poder tende a corromper e o poder absoluto corrompe absolutamente”, é preciso que governantes e governados estejam subordinados ao direito.

O Estado de Direito deixa o absolutismo da vontade humana no exercício do poder e torna-se apto a instituir outro absolutismo: o absoluto predomínio do direito em face do arbítrio, ou, nas palavras de Dicey (1973, p. 202) “[...] the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power<sup>82</sup>”, domínio esse que deveria residir nas constituições, o que, entretanto, só veio a ocorrer posteriormente, como será devidamente exposto.

A juridicização para a contenção ao exercício do poder, juridicização essa proveniente dos textos constitucionais, é que marca a institucionalização do Estado de Direito, almejando a realização do antigo desiderato de assujeitar o poder político ao direito, sucedendo o governo dos homens pelo governo das leis.

Esse traço do Estado de Direito, pertinente à eliminação do arbítrio no âmbito da atividade estatal, representa o seu grande valor no entendimento de Zagrebelsky (2002, p. 21), ao que agraga a inversão da direção nas relações entre o poder e o direito. Não mais o poder expressa arbitrariamente o direito, mas o direito condiciona o poder.

O elemento comum a qualquer noção razoavelmente adequada de Estado de Direito remete para a instituição de um governo das leis, compreendido como governo limitado e legitimado pelo direito, em superação ao governo dos homens, como já desenvolvido por Aristóteles (2002, p. 150) ao preconizar que à lei cabe instituir o melhor governo, substituindo o governo dos homens, orientado pelas paixões.

Como aponta Tamanaha (2004, p. 122), “[...] law is reason, man is passion; law is non-discretionary, man is arbitrary will, law is objective, man is subjective”<sup>83</sup>, tendo como inspiração a instituição do governo das leis na necessidade de proteção diante da fraqueza humana, marcada pela paixão, pelo preconceito, pelo erro e pela ignorância.

O problema é que o próprio Aristóteles adverte não ser suficiente a instituição de um governo das leis para assegurar o melhor governo, havendo dois problemas que devem ser enfrentados, mas cuja dificuldade supera a própria exigência de legalidade.

O primeiro consiste na percepção de que pouco ou de nada adiantaria um governo das leis se elas forem más leis, na medida em que “[...] se a própria lei for ditada pelo espírito

---

<sup>82</sup> Em tradução livre, “[...] a absoluta supremacia ou predominância do direito em oposição à influência do poder arbitrário.”

<sup>83</sup> Em tradução livre, “[...] o direito é razão, o homem é paixão; o direito não é discricionário, o homem manifesta uma vontade arbitrária; o direito é objetivo, mas o homem é subjetivo.”

da oligarquia ou de democracia”, pouco servirá o governo das leis, sofrendo dos mesmos inconvenientes que são próprios a um arbitrário governo dos homens.

Disso se depreende que constituir e fundar um Estado de Direito, quando do seu advento, não significaria instituir qualquer direito que incidisse sobre o poder, devendo o direito portar algumas condições suficientes à contenção do poder político e proteção dos direitos, apto a promover um bom governo.

Ademais, Aristóteles ainda atenta para que um Estado governado por boas pessoas tenderia a ter boas leis, enquanto em situação contrária instituiria um governo de más leis, ou leis injustas, a que denomina ponerocracia.

O outro problema se refere à difícil relação travada entre as leis e os casos particulares. A pluralidade de situações efetivamente existentes denota a impossibilidade da fórmula genérica e abstrata da lei tratá-las de forma adequada, de maneira que Aristóteles (2002, p. 156) traz à reflexão a consideração de que não se pode instituir um governo perfeito se há o limite de governar conforme o texto da lei. Embora a lei não tenha paixões, a justiça do caso concreto seria melhor promovida pelos homens do que a partir da lei em si mesma.

Esses problemas, acerca da possibilidade de que as próprias leis que assujeitam o poder político sejam injustas e da dificuldade de promoção da justiça do caso concreto, importam na constante indagação quanto ao que seja mais vantajoso: se um governo de homens, desde que virtuosos, ou um governo das leis, desde que excelentes, conduzindo, igualmente, à questão oposta, quanto ao pior governo, se por um homem tirânico, ou se por leis tirânicas.

A opção do constitucionalismo moderno, e dos que o sucederam, consistiu inequivocamente por admitir a concepção de ser melhor o governo das leis, notadamente pelo fundamento oriundo do jusnaturalismo racionalista de que a lei é expressão da vontade geral e, como tal, exprime excelência, sendo a vontade geral possuidora de uma racionalidade intrínseca. Com o ocaso do jusnaturalismo e o advento do juspositivismo, converte-se no dogma do legislador racional; contudo, tal opção não define a questão, pois não se pode olvidar que um governo de leis tirânicas traria uma ordem tão ou mais opressora do que a tirania de um déspota, em especial diante da inconsistência da justificação derivada das qualidades do legislador.

Com efeito, pode-se enxergar a questão sobre as duas mencionadas óticas, tanto a do melhor governo, quanto a do governo que seria menos susceptível de encetar arbitrariedades.

Essa questão deve se traduzir na preocupação que deve permear, com a instituição

do governo das leis pelo advento do Estado de Direito, não apenas os aspectos formais que lhe sejam pertinentes, mas, principalmente, aspectos contedústicos ou materiais que sirvam como parâmetros normativos para o advento das leis, no que consiste, justamente, a função da constituição como referencial paramétrico para a atuação legiferante. No mesmo sentido, Bobbio (2000c, p. 171-172) observa que a função igualitária da lei só pode aludir ao conteúdo, e não às características formais que devam portar.

Logo, malgrado não tenha havido o devido destaque e a necessária compreensão, na medida em que o constitucionalismo funda o Estado de Direito, assegurando os direitos individuais e a contenção ao exercício do poder, acaba por ensejar um governo conforme o direito e condicionado pelo direito, cuja feição libertária, emancipatória e garantista, ou tirânica e arbitrária, só pode ser firmada ao se perscrutar a materialidade das constituições e o preenchimento substancial do Estado de Direito.

Desse modo, tanto o problema das más leis, ou injustas, como aquele que resulta da intrincada relação entre a abstração e generalidade que portam as leis com a singularidade do caso concreto – o dilema entre a justiça abstrata e a justiça do caso singular – dirige-se não a questionar a pertinência do governo das leis, mas a ajuizar sobre o conteúdo das leis sob as quais se institui um determinado governo, o que perpassa, necessariamente, pela concepção que se tem sobre a função legislativa, inserindo-a no contexto mais amplo das funções do Estado que, no liberalismo do constitucionalismo moderno, eram muito limitadas.

Não obstante isso, não se pode, por força do constitucionalismo, desde o moderno até o hodierno, opor de forma reciprocamente excludente o governo dos homens, como expressão do arbítrio e da irracionalidade, ao governo das leis.

Embora existisse no primeiro constitucionalismo a percepção de que o direito era dotado de uma racionalidade intrínseca levando a uma aplicação quase mecânica da lei mediante o recurso à subsunção, impõe-se desnudar a circunstância de que o direito, ou o governo das leis, ou, ainda, o império do direito (*rule of law*) não elimina a interação do homem em sua realização.

Nem a constituição ou direito como um todo, e muito menos as leis, mais especificamente, dispensam a concorrência do homem para lhe dar aplicação e conferir-lhe efetividade, pelo que, em verdade, o governo das leis em que haja a sujeição e a domesticação do poder político pelo direito também é um governo dos homens.

Considerando isso, Michel Troper (2001, p. 273) destaca que a desejada submissão a um direito superior não deixa de ser necessariamente também um governo dos homens e não apenas das leis, sendo preciso descobrir, interpretar e aplicar as leis, o que não pode ser

desempenhado senão por homens, encerrando usualmente um julgamento de valor. Em razão disso, constata que regimes autoritários não costumam renegar a fórmula do Estado de Direito, concluindo que, tal como propugnado, o Estado de Direito é impossível, inclusive quando o direito superior que limite o poder seja proveniente do direito natural. Para Troper (2001, p. 275), portanto, haveria apenas o Estado de Direito em que o poder atua mediante o direito, não estando por ele propriamente limitado.

De outra parte, Brian Tamanaha (2004, p. 123) reputa imprescindível a percepção que sempre seguiu o *rule of law* – mas também pertinente quanto ao Estado de Direito – de que o direito não é auto-interpretável ou aplicável, não se podendo descurar da dimensão humana não apenas na criação do direito mediante a edição de textos normativos, mas também em sua criação através do processo de interpretação e aplicação, o que foi obnubilado pela inserção de uma concepção mecanicista da atividade desempenhada pelos juízes.

Entendendo-se que aos juízes bastava proceder à subsunção do caso ao texto, atividade mecânica e orientada por um rigoroso procedimento interpretativo conforme os métodos então desenvolvidos, haveria a descoberta da *mens legis* ou da *mens legislatoris*, portadora, em qualquer sentido, de uma intrínseca racionalidade; todavia, como será salientado, da mesma forma que não há legislador racional, as leis também não são suficientes em si mesmas para aplicação automática, independentemente das colorações e peculiaridades de cada caso concreto.

Em verdade, o governo das leis não é, senão, o governo dos homens pelo direito, mediante o direito e com o direito e, ao assim ocorrer, também subordinado ao direito. Bobbio (2000c, p. 170-171) bem expressa as matizes do Estado de Direito, entendido como governo das leis, ao caracterizá-lo a partir do exercício do poder político *sub lege*, mas também *per legis*, sujeitando-se às leis existentes, como também atuando através do direito. Não obstante isso, afigura-se insuficiente.

Muito mais significativo parece ser conceber o Estado de Direito, consoante assinalado, como governo dos homens pelo direito, mediante o direito e com o direito. Governo dos homens pelo direito constitucional por nele residirem as condições de acesso e exercício do poder; mediante o direito constitucional por caber-lhe estabelecer as competências e as atribuições e tarefas para o Estado, com a previsão da divisão de funções; com o direito constitucional porque almeja a realização dos direitos fundamentais. Como tal, o governo das leis é o governo da constituição, conducente ao Estado de Direito que subordina o poder político.

Tal concepção não deve redundar, contudo, no governo de juízes, como receado

por Brian Tamanaha (2004, p. 124), remetendo, também, à averiguação dos elementos materiais do Estado de Direito, como à necessidade do desenvolvimento de uma dimensão crítica e reflexiva da ciência do direito constitucional, do que se estava muito distante nos albores do constitucionalismo moderno.

A despeito do risco do governo dos juízes, o próprio Tamanaha (2004, p. 126) admite ser imprescindível e muito mais seguro a contenção do poder pelo direito, ainda que esse possa ser desvirtuado, do que se deixar o governo e o poder ao bel-prazer dos governantes.

O receio de um governo de juízes já era anteriormente assinalado por Maurice Hauriou (2003, p. 312-315), embora referido ao modelo judicialista típico do *rule of law* norte-americano, equiparando a função jurídica à política dos membros da Suprema Corte, em face do que contesta que esse seja um modelo integralmente adequado ao que pretende considerar como Estado de Direito.

De qualquer sorte, essas questões decorrentes da problemática do governo das leis se revelam sobremodo relevantes, mas não se pode senão sustentar os elementos e características quanto ao que deva ser o Estado de Direito, no pleno exercício da função crítico-reflexiva da ciência do direito constitucional, e a tanto se procederá quando da análise da significação, conforme o dirigismo constitucional brasileiro, de acordo com o texto e o contexto, do Estado de Direito manifestado como Estado Democrático de Direito.

Subsiste outra questão, muito mais tormentosa e grave, que desafiou e desafia o Estado de Direito desde o seu alvor. Além de se saber se é mais preferível um governo das leis ou um governo dos homens – embora possa haver certo intercâmbio, como sugere Bobbio (2000c, p. 168) –, e em que medida o é, o constitucionalismo trouxe consigo um problema recorrente no governo das leis, que é justamente a ausência das leis, ou seja, a ausência do governo pela inexistência das leis que sejam tidas por necessárias e imprescindíveis.

Se o Estado de Direito busca promover o governo das leis, com a contenção do arbítrio pela domesticação do poder pelas peias constitucionalmente fundadas, e são tidas como necessárias leis sobre determinadas matérias, a inexistência delas pela inércia do legislador conduz o Estado de Direito a se demitir do seu encargo quanto àquela matéria, transmutando o Estado de Direito em Estado de não-Direito, no sentido de não haver o direito que deveria existir e, conseqüentemente, prejudicando tanto o viés de limitação do poder, quanto a proteção dos direitos individuais.

Se a existência de leis arbitrárias conduz à tirania das leis, ou, nas democracias, à

tiranía da maioria, a ausência de leis imperativas e necessárias debilita o Estado de Direito, acarretando a impotência, deliberada ou não, consentida ou não, do governo, que passa a se diluir por ceder, por exemplo, a regulação de determinadas matérias para outros âmbitos ou instituições. Nessa linha, no âmbito do constitucionalismo moderno, a ausência do Estado de Direito quanto à ordem econômica induz a concebê-la como submetida a um governo da *lex mercatoria*. O mercado governava a si próprio. Nem os homens e nem a constituição, mas as leis naturais do mercado, o que logo se mostraria inviável.

Assim, vislumbra-se a existência de três graves problemas pertinentes ao governo das leis, que são o risco de leis injustas e arbitrárias, como da ausência das leis, e a necessidade de adequação da justiça proveniente da generalidade e abstração das leis ao caso concreto, sendo questões que vão acompanhar e amargar o sabor libertário e emancipatório do Estado de Direito.

A sua superação exige tanto a busca por um referencial conteudístico que substancialize a noção do Estado de Direito, preenchendo-o axiologicamente, como uma teoria da constituição adequada ao texto e contexto, o que se viabiliza pelo dirigismo reforçado pelo neoconstitucionalismo, capaz de mitigar os riscos de um voluntarismo e de um relativismo na interpretação e aplicação da Constituição.

Registre-se, todavia, que no âmbito do constitucionalismo moderno, essas três questões que levavam à indagação da pertinência do império do direito, promovido pelo Estado de Direito, não se encontravam devidamente problematizadas, malgrado Aristóteles já houvesse se debruçado sobre uma delas, como salientado.

E isso porque havia uma crença na razão jurídica que implicava numa concepção idealista do direito, fundamentando o fetichismo pela regra jurídica, pois, como salienta Jacques Chevallier (2003, p. 61), o Estado de Direito trazia consigo a confiança absoluta no direito e nas virtudes da dogmática jurídica no desempenho das funções que lhe eram assinaladas, repousando “[...] *sur le fétichisme de la règle*: la norme juridique tend à être prise pour la réalité même, capable de faire advenir ce qu’elle énonce.”<sup>84</sup> Esse fetichismo e a crença nesse idealismo, que marcarão o pensamento jurídico, compondo o seu quadro paradigmático até o século XX, é próprio do discurso da modernidade, fundado na filosofia do sujeito de ordem metafísica, sendo reforçado com o positivismo jurídico, obnubilando a necessária conversão da razão jurídica em hermenêutica.

---

<sup>84</sup> Em livre tradução, “[...] sobre o *feticismo da regra*: a norma jurídica tende a ser tomada como a própria realidade, capaz de fazer ocorrer o que ela enuncia.”



Desse modo, os três problemas pertinentes ao governo das leis, nota típica do Estado de Direito e que, como tal, são a ele imediatamente reconduzidos, importam na avaliação da atividade legislativa quanto ao seu conteúdo e quanto ao seu exercício, ou seja, quais os critérios e os referenciais concernentes à legitimidade não apenas formal, mas também material das leis, como, também, à necessidade de se evitar a inexistência da lei quando ela seja reputada material e formalmente necessária, o que ocorria com os direitos individuais no início do constitucionalismo moderno pela proeminência da doutrina da regulamentação das liberdades, como já abordado.

Como a constituição vai consubstanciar o parâmetro para a atividade legislativa, tem-se que a primeira questão leva ao controle de constitucionalidade do conteúdo das leis, enquanto a segunda conduz forçosamente ao intrincado dilema da omissão legislativa inconstitucional quando se esteja diante de um dever de legislar; a terceira, por sua vez, remete ao caráter da ciência do direito constitucional como meta-garantia, já salientado anteriormente.

Entretanto, o desenvolvimento dos problemas aludidos só pode ser procedido adiante, ao ensejo da estruturação das condições e características de uma teoria da constituição constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiro, em que se percebe a necessária modificação das relações entre constituição e lei, além de se impor uma concepção material de Estado de Direito.

O Estado de Direito, como noção pautada pela historicidade existencial, como um vir-a-ser progressivo, sempre aberta para as potencialidades que lhe são impostas quando o texto constitucional vem à fala, não pode ficar limitado e nem ser confundido com os paradigmas que caracterizam o Estado de Direito Liberal, não se justificando a tendência assinalada por Pablo Lucas Verdú (2007, p. 8) de assemelhar o Estado de Direito com os princípios do Estado Liberal, pois nele não se esgota, conforme Elías Daz (1998, p. 41).

O próprio Verdú reconhece e exalta a dimensão cultural do Estado de Direito (2007, p. 6), posto a serviço da realização das aspirações e valores comunitários, da mesma forma que Böckenförd (2000, p. 17-18), para quem o Estado de Direito dá ensejo a diferenciações que redundam em várias formas de consagração institucional, não apenas por aspectos acidentais, mas por elementos estruturais. E tal se dá porque não se trata de um conceito fechado e objetivo, permanecendo aberto e interagindo com o fluxo cambiante das concepções de Estado e de Constituição, sendo passível de várias concreções no curso da histórica, sem que se converta numa fórmula vazia.

Dentre as categorias abrangentes dos tipos do Estado de Direito, pode-se

vislumbrar a que o delimita como uma fórmula meramente procedimental ou processual, sem qualquer conteúdo material que lhe seja típico, consubstanciando o Estado de Direito formal; em contrapartida, há, igualmente, a categoria do Estado de Direito material, que o associa com determinados valores e objetivos que demarcam a significação substantiva dessa fórmula, dando-lhe sentido e função.

E é justamente nessa querela acerca de qual o sentido e significação do Estado de Direito, se orientado a um conceito formal, ou material, ou, ainda, técnico-instrumental, que reside o mais intenso dissenso. Esse dissenso, como já assinalado, traz o risco de diluir a potencialidade do consenso firmado em torno da sua aptidão, decorrente da compostura e da conformação constitucional, para assujeitar o poder político ao direito.

A concepção formal do Estado de Direito assinala apenas a sujeição à legalidade e aos processos e procedimentos constitucional e legalmente exigidos para o exercício do poder, não atrelando nenhuma referência ou parâmetro material condicionante do seu exercício. Utiliza-se, ainda, de técnicas formais para o controle de poder, como a separação de poderes e o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, além de abranger algumas garantias processuais.

O Estado de Direito material, diversamente, incorpora à dimensão processual e formal, impositivas do respeito à legalidade, notadamente quanto à Administração Pública, e às garantias processuais existentes, uma imprescindível dimensão material, pois o seu sentido é substantivado e substancializado, ou seja, é axiologicamente preenchido e finalisticamente integrado e dirigido.

E essa dimensão material decorre de outra característica que se afigura relevante para a noção de Estado de Direito, embora sobre ela não haja consenso, mas muito dissenso, que se erige sobre a sua pertinência como elemento característico, seja sobre como se dá a sua integração ao Estado de Direito.

Com efeito, se há consenso sobre a sujeição do poder político ao direito, que se destina a viabilizar a sua contenção pela juridicização, não se pode esmaecer a perspectiva de que tais limites que sejam juridicamente instituídos visam não a outra finalidade senão à promoção e realização dos direitos fundamentais. Dessa forma, ao que se afigura, os direitos fundamentais são co-naturais e essenciais a qualquer concepção de Estado de Direito, embora seja muito variável a percepção de quais sejam esses direitos e que, historicamente, sejam progressivamente ampliados.

Outrossim, outro traço essencial que se afigura para o Estado de Direito consiste nos próprios objetivos e finalidades em torno dos quais se erigiu o próprio Estado que,

juridicizado constitucionalmente, transita para a noção de Estado de Direito. Desse modo, todo o Estado encerra uma finalidade que justifica a coesão comunitária mediante uma cosmovisão compartilhada pela comunidade, expressão da solidariedade social.

Daí se depreende que um Estado de Direito tem necessariamente uma direção a seguir para a consecução dos objetivos comunitários que o animam, estejam eles implícitos ou explícitos no pacto fundador constituinte do Estado de Direito.

Essa compreensão de Estado de Direito, agregando-se à limitação jurídica do exercício do poder, ao governo do direito, pelo direito e com o direito mediante a ação e interação humanas, volta-se para o próprio homem e, conseqüentemente, é preñhe de conteúdo material, denotando a impertinência de prevalência da noção meramente formal de Estado de Direito, ainda que seja em sua feição de garantia e não técnico-formal.

Nesse sentido, muito pertinentes as considerações de Jorge Reis Novais (1987, p. 16) que merecem transcrição abaixo, *in verbis*:

Podem variar as técnicas formais de vinculação e limitação do Estado; poder haver ‘muito’ ou ‘pouco’ Estado; as formas de organização do poder político e os sistemas de governo não serão necessariamente idênticos, mas só haverá Estado de Direito quando no cerne das preocupações do Estado e dos seus fins figurar a protecção e garantia dos direitos fundamentais, verdadeiro ponto de partida e de chegada do conceito.

Ora, assiste integral razão ao entendimento de Jorge Reis Novais, posto que, embora se acentue constantemente, tanto no *rule of law*, como no Estado de Direito, a contenção do arbítrio estatal, essa contenção não consubstancia um fim em si mesmo, mas apenas e tão somente a imprescindível domesticação do poder político em função da preservação e garantia dos direitos fundamentais, a despeito de quais sejam eles.

A perda tanto da perspectiva teleológica, como co-existencial entre Estado de Direito e direitos fundamentais é um dos fatores que conduziu ao advento do Estado de Direito formal, esmaecendo a sua dimensão emancipatória e libertária, tornando-o apenas instrumental, e extirpando-lhe um dos corações do constitucionalismo, que era composto pelos direitos fundamentais.

Como, nos albores do Estado de Direito, o outro coração ainda não se havia formado devidamente, consubstanciado na democracia, em virtude da institucionalização do sufrágio restrito e censitário, pode-se concluir que a sua concepção formal renegava o próprio Estado de Direito, concebendo-o de maneira desalmada e sem corações.

Não obstante isso, as formas concretas de Estado de Direito que se estabeleceram a

partir do constitucionalismo moderno até a contemporaneidade se sucederam na adoção de uma ou de outra das categorias, formal ou material, de Estado de Direito.

Como já incidentalmente indicado ao se analisar os direitos individuais, e consoante será ressaltado ao proceder à imbricação com o caráter liberal do Estado, a compostura do Estado de Direito conferida pelo constitucionalismo moderno era substancialmente material, posto que, além do respeito à legalidade e ao império do direito – ainda que referido à Administração Pública –, voltava-se à finalidade de propiciar a autonomia individual para assegurar a autodeterminação e pautava-se pelo respeito e pela garantia dos direitos declarados, de liberdade, propriedade, igualdade e políticos, dentre outros.

Em corroboração ao que se vem de asseverar, as esclarecedoras observações de Perez-Luño (2001, p. 220), abaixo transcritas, *in verbis*:

El Estado de Derecho nació, por tanto, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar diversas garantías formales, proclamadas por una Constitución que consagrara la división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de garantías materiales, ya que el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Essa unidade entre o aspecto formal e o aspecto material do caráter garantista e emancipatório do Estado de Direito no constitucionalismo liberal, que consubstancia o seu sentido material, é reconhecida expressamente por Böckenförd (2000, p. 21-22), para quem, em seu nascedouro, o Estado teria como característica principal a função de garantir as liberdades e a propriedade, donde provém a legitimidade de sua existência, tendo por finalidade “[...] promover el interés común de los individuos, y que esto es lo que constituye precisamente su carácter de ‘comunidade’ (res publica).” Embora entenda que essa compostura inicial não pode ensejar o enquadramento do Estado de Direito Liberal quer como formal, quer como material, por integrar a ambas as dimensões, resulta evidente que mais se aproxima de um Estado de Direito material<sup>85</sup>.

O sentido material do Estado de Direito, em sua manifestação primeva, importa no reconhecimento do império da lei, mais especificamente traduzido no princípio da legalidade

---

<sup>85</sup> Apenas para que não parem dúvidas, ao se tratar de Estado de Direito material se está incorporando, além da dimensão formal a material. Aquela sempre compõe o Estado de Direito, a não ser naqueles Estados em que ele se apresenta apenas semanticamente previsto, funcionando mais como uma técnica de ação do que, propriamente, como meio de contenção, ainda que por garantias formais, do exercício do poder, como se dá em Estados autoritários e ditatoriais.

da Administração, tida a lei como expressão da vontade geral exteriorizada pelo parlamento, eleito pelas vias democráticas – a despeito do sufrágio restrito –, na afirmação do princípio da separação de poderes, no controle dos atos administrativos, na garantia e proteção de liberdades e demais direitos individuais e políticos, e na preservação da autonomia e da segurança civil dos indivíduos.

A despeito disso, a progressão do Estado de Direito trouxe consigo uma involução, pois o amadurecimento do constitucionalismo atrelado ao desenvolvimento do capitalismo e do individualismo possessivo, associado ao recrudescimento do legalismo ou do legicentrismo propiciado pela superação do jusnaturalismo pelo positivismo, promoveram o seu trânsito para um Estado de Direito formal, que se consolidará até o constitucionalismo de Weimar.

Ora, ao se perceber que o legislador detinha a livre disposição dos direitos fundamentais e ao se identificar a progressiva superação do direito natural pelo direito positivo, diante da crise sofrida pelo primeiro e o soerguimento do dogma do legislador racional, tanto os direitos fundamentais como os objetivos existenciais do Estado, enquanto expressão comunitária, passaram a ser reconduzidos à lei.

Embora o Estado de Direito do constitucionalismo moderno fosse um Estado em que o direito se reduzia à lei, enquanto esteve inspirado pelo ideário liberal e pela fundamentação jusnaturalista de caráter racional, portava o sentido material adrede aduzido; era um Estado legal, mas a lei tinha no plano político alguns referenciais, além do que, pela concepção vigente, a lei era necessariamente expressão da justiça, da razão e da bondade. Apesar disso, serão justamente essas características da lei que vão reforçar a transição para o positivismo jurídico.

A transição de um Estado de Direito materialmente fundado para o Estado de Direito meramente formal é retratada por Böckenförd (2000, p. 29-30) ao expor a mudança conceptual que marca a noção de Estado de Direito, afastando-se das teorias do Estado e da política constitucional para ser um conceito dogmático de Direito do Estado, conduzindo a sua redução significativa ao aspecto meramente formal, eliminando qualquer elemento teleológico.

Para o constitucionalista tedesco, com o advento do positivismo o império da lei, enquanto garantia das liberdades, sobrevive, circunscrevendo-se à legalidade da Administração que, juntamente com o controle judicial dos atos administrativos, compõem o núcleo específico do Estado de Direito. Legalidade e controle jurisdicional integram, conseqüentemente, o conceito de Estado de Direito formal, operando-se uma depreciação dos elementos materiais.

Num primeiro momento, o sentido formal do Estado de Direito vai preservar um caráter de proteção e limites ao poder, não se constituindo numa fórmula vazia, deslocando-se, todavia, o acento dos direitos e liberdades para os processos e garantias formais, como salienta Böckenförd.

Progressivamente, o Estado de Direito formal vai, também ele, transitar, com a consolidação do positivismo e dos seus dogmas, para uma perspectiva técnico-formalista, como assinala Hermann Heller (2006, p. 122), notadamente porque “el ideal de justicia había perdido para el legislador su validez y quedaba degradingado a la condición de mera máxima de administración formal que, sin atención al contenido justo o injusto de la ley”, impunha a aplicabilidade ao caso concreto. Desse modo, o acento passa a residir “[...] en la calculabilidad y seguridad burguesa de la ley.”

Também Perez-Luño (2001, p. 221-222) retrata a influência do positivismo jurídico na conformação da idéia formal de Estado de Direito, em que o Estado deixa de ser limitado pela razão e passa a ser limitado pelo direito positivo, autolimitando-se.

Destaca que a associação entre o formalismo positivista e o liberalismo, ensejou a eliminação das referências conteudísticas oriundas do direito natural, seguindo um progressivo esvaziamento do Estado de Direito pelo desenvolvimento promovido por Otto Mayer, Thoma, Gerber, Laband e Jellinek, tendo como ápice a reflexão de Hans Kelsen.

A redução da noção de Estado de Direito à mera legalidade, com a primazia do parlamento, marca todo o período histórico do constitucionalismo moderno, avançando pelo Estado Social até o pós-guerra, quando se opera uma ‘viragem’ paradigmática pela percepção da necessidade de re-substancialização do direito e rejeição do esquema positivista-formalista que então predominava.

O Estado sofre um processo de despolitização, distanciando-se dos valores e objetivos comunitários e constituindo-se num instrumento neutro e opaco, necessário à preservação do *status quo*, exigido para que o *laissez-faire* prosseguisse institucionalizado. Assim, “El Estado liberal de Derecho funciona como un Estado al servicio de la burguesía”, deixando o mercado ao poder econômico e enredando a liberdade e a igualdade por um aspecto meramente formal.

E a passagem do Estado de Direito Liberal em sentido material para o formal, potencializado com o tecnicismo que o degradou, conduziu Brian Tamanaha (2004, p. 119) a ressaltar que a noção de legalidade formal própria a determinadas concepções do *rule of law*, marcada pela generalidade, abstração, igualdade na aplicação e certeza, são propícias à facilitação das transações comerciais em razão da predição e certeza que agregam aos agentes

econômicos, capacitando-os a calcular os custos e benefícios das operações desenvolvidas.

Assim, o liberalismo, que primeiro se valeu para a afirmação do capitalismo, passa a rejeitar o próprio sentido material de Estado de Direito, dirigindo-se notadamente contra a afirmação democrática dos interesses do povo, para o que se extremou cada vez mais os fins e objetivos comunitários e os direitos fundamentais do Estado de Direito, reconduzindo-os à lei, não mais concebida como técnica de proteção, mas como forma de habilitação para a ação do Estado.

Dessa maneira, a progressiva opacidade do conteúdo material do Estado de Direito, originariamente existente em sua primeira conformação liberal, acentua apenas os reflexos negativos oriundos da redução de Estado de Direito à mera legalidade da Administração, com o desenvolvimento da concepção que se tinha sobre a lei e sobre o legislador, exigindo uma reativação e uma re-substancialização da noção de Estado de Direito, notadamente pelos excessos e arbítrios que se valeram do formalismo jurídico no período das guerras.

Tornou-se necessária, principalmente com o término da Segunda Guerra, a percepção de que “[...] l’État de droit n’est pas ‘l’État de n’importe quel droit’, mais d’un droit sous-tendu par un ensemble de valeurs et de principes”<sup>86</sup>

Essa concepção técnico-formal do Estado de Direito, em que se degradou até mesmo a concepção formal-garantista – que remetia às garantias processuais e procedimentais –, tornando-o uma técnica de exercício do poder político, persistiria até o Estado Social, embora em sua vigência ainda persistisse, praticamente, a redução do Direito à mera legalidade, com a dependência dos direitos fundamentais da *interpositio legislatoris*.

A despeito do dissenso em derredor de qual das categorias melhor expressa a noção de Estado de Direito e do trânsito histórico do Estado de Direito material ao formal e, desse, à concepção técnico-instrumental, também de caráter formal, sucedida pela exigência de reabilitação da materialidade da sua noção, cumpre, ainda, assinalar outro consenso que se estabelece em derredor do Estado de Direito.

Além de ser consensual que o Estado de Direito promove a contenção jurídica do exercício do poder – com o largo e intenso dissenso sobre como tal limitação se dá, se por via de uma concepção formal ou material, sendo ou não suficiente o governo das leis – também é consensual que o Estado de Direito, ao ser constituído e conformado constitucionalmente,

---

<sup>86</sup> Em tradução livre, e sendo os destaques do original, “[...] o Estado de direito não é o Estado de qualquer direito, mas de um direito subtendido por um conjunto de valores e princípios.”

promove a racionalização do exercício do poder político.

A racionalização do exercício do poder se relaciona desde a fundamentação da soberania no poder constituinte, com a sua titularidade conferida à nação ou ao povo, pois promove a sua despersonalização e justificação tendo em vista razões de legitimidade, e não qualquer motivação sobrenatural ou metafísica. Ademais, há a transferência do seu exercício de uma única vontade, do soberano-príncipe, para os órgãos legislativos.

Da mesma forma que o Estado de Direito oriundo do constitucionalismo sofre uma progressiva projeção que amplia e aprofunda suas características que lhe dão ou devem lhe dar compostura constitucional e institucional, verifica-se que também o processo de racionalização do exercício do poder se dá continuamente, em razão do que Mirkin-Guetzévich (1931, p. 2) observa que se trata de uma das tendências que marcam o direito moderno, fundamental no curso da sua evolução.

Nascida com o Estado de Direito, a racionalização do poder político remonta suas bases a Kant (1993, p. 152) na medida em que firma o governo sob as leis do direito, pois como “[...] leis a priori, são necessárias, isto é derivam espontaneamente em geral (e não por via de disposição legislativa) da noção do direito exterior, a forma da cidade é de uma cidade geral, isto é, de uma Idéia, como deve ser segundo os princípios do direito puro.” Coerentemente com o racionalismo da época, a que também emprestou fundamentos, Kant (1993, p. 161) exalta a racionalidade do legislador e, conseqüentemente, das leis e do direito, chegando a asseverar que “Não há, contra o poder legislativo, soberano da cidade, nenhuma resistência legítima da parte do povo; porque um Estado jurídico somente é possível pela submissão da vontade universal legislativa”.

Kant (1994, p. 73) funda o pacto social numa idéia da razão absoluta, de que provém o Estado, concebendo o legislador como necessário para proteger o próprio estado jurídico dos seus inimigos exteriores, como também compreende González Vicen (2005, -. 72-73).

Para Perez-Luño o Estado de Direito é, na concepção kantiana, o Estado da razão, embora repute a onipotência do legislador – que será adiante explicitada na oportunidade da caracterização do Estado legal – oriunda da construção kantiana como um sofisma formalista.

Böckenförd (2000, p. 19) por sua vez, salienta que na concepção inaugural, o Estado de Direito era tido como um novo tipo de Estado, apresentando-se como Estado em que o direito era racionalmente produzido e fundado, ou seja, em que o Estado promove os princípios da reta razão para propiciar a vida em comum, como sustentados pela teoria do direito racional.



Dessa forma, opera-se a transição para o Estado em que o poder e o direito eram arbitrários para um Estado em que ambos vão transitar para um fundamentação e uma caracterização racional, seja por força do racionalismo derivado da Ilustração, seja, ainda, pelos mecanismos institucionais que retiram o exercício do poder de qualquer vontade individual e passam a fundá-lo em instituições, mesmo que não se possa afastar a possibilidade do exercício arbitrário do poder político por tais instituições, como o legislativo, rechaçando o dogma de racionalidade que lhe concerne.

A racionalidade própria ao Estado de Direito é aquela que se funda na própria regra de direito, segundo a concepção de Max Weber<sup>87</sup> (2005, p. 57-58), identificando a legitimidade racional como proveniente da legalidade, a par do carisma e da tradição, resultante da “[...] da crença na validade de um estatuto legal e de uma ‘competência positiva’, fundada em regras racionalmente estabelecidas ou, em outros termos, a autoridade fundada na obediência, que reconhece obrigações conformes ao estatuto estabelecido”.

Essa característica é decorrente do Estado de Direito e remete a uma racionalização do poder justamente pela sua fundamentação e pelo condicionamento jurídico, ensejando observância e a obediência.

Não obstante isso, essa racionalidade é meramente formal, ao que Martin Kriele (1980, p. 37-38) indica a sua insuficiência, assentando a necessidade de uma racionalidade que sustente a legitimidade material, entendida por Weber (2004, p. 52-53), no que respeita à economia, como portadora de extrema vagueza, referindo-a a exigências éticas, políticas, hedonistas, utilitaristas e outras quaisquer.

Ora, uma das funções do dirigismo constitucional é justamente assentar o Estado numa legitimidade materialmente fundada pelos objetivos que lhe são assinalados e pelos

---

<sup>87</sup> Weber sustenta, além do poder de dominação pela legalidade, a existência de outros dois fundamentos para justificar a legitimidade da coação ou da violência. O primeiro é o poder tradicional, marcado pela autoridade do passado imemorial, dos costumes e do hábito, daquilo que há tempo se sucede, tornando-se enraizado nos homens. O segundo é o poder carismático, que se baseia nas habilidades e capacidades extraordinárias de um determinado indivíduo (que denomina carisma), decorrendo da “[...] devoção e confiança estritamente pessoais depositadas em alguém que se singulariza por qualidades prodigiosas, por heroísmo ou por outras qualidades exemplares que dele fazer o chefe”, exemplificando-o, dentre outros, pelo grande demagogo, pelo soberano escolhido por plebiscito, dentre outros. Registra, ainda, que, faticamente, encontram-se variadas razões que condicionam a obediência, relacionadas ora ao medo de sanções, ora à esperança de prêmios, mas os fundamentos de legitimidade da obediência envolvem a remissão às três formas antes aludidas, ainda que, na prática, não existam tipos puros. Como é próprio ao método sociológico de Weber, a caracterização dos três fundamentos para o exercício legítimo da violência consubstanciam tipos ideais, reconhecendo que faticamente, encontram-se variadas razões que condicionam a obediência, relacionadas ora ao medo de sanções, ora à esperança de prêmios, mas os fundamentos de legitimidade da obediência envolvem a remissão às três formas antes aludidas, ainda que, na prática, não existam tipos puros.

deveres variados que lhe resultam para conferir efetividade aos direitos fundamentais, tornando legítimo, nessas condições, o exercício do poder político pela ação pública juridicizada; todavia, como já assinalado, corresponde a um desenvolvimento próprio da racionalização do poder político que se inicia com a configuração primeira do Estado de Direito no constitucionalismo moderno e se concretiza, tanto em sentido formal, quanto em sentido material, no constitucionalismo dirigente, instituidor do Estado Democrático de Direito, a despeito de estarem ambos sob pressão proveniente tanto dos paradigmas da pós-modernidade que corroem os seus pilares fundamentais, como da globalização neoliberal, do que se depreende a relevância da sua análise para uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiros.

Dessarte, firmados os consensos e os dissensos, cumpre acentuar a necessidade de enveredar sobre uma característica específica do Estado de Direito do constitucionalismo moderno, consubstanciada naquela que leva a uma concepção redutora do direito enquanto lei. O Estado de Direito Liberal é um Estado legal, sendo pertinente a recíproca.

Para a devida compreensão desse processo, e das relações entre legislador e constituição, com a exaltação das qualidades sobrenaturais do legislador e a afirmação da supremacia do parlamento, ou do legalismo, importa adentrar especificamente nos fundamentos que lhe dão ensejo.

### 3.1.3.2 O Estado de Direito no constitucionalismo sem a constituição: o legalismo e a supremacia do parlamento

O Estado de Direito no constitucionalismo moderno, malgrado animado por um sentido material ao comportar como referenciais conteudísticos os direitos fundamentais, no caso, os civis e políticos, acaba se traduzindo, em verdade, num Estado de Direito meramente formal, tanto que perfilhou esse caminho até o advento de uma concepção técnico-formal, como aduzido.

E tal se deu porque o sentido material do Estado de Direito era absolutamente esvaziado de significação por força da concepção erigida em derredor do poder legislativo, atribuindo-se ao legislador qualidades praticamente sobre-humanas e, nessas condições, quase sobrenaturais, a despeito de serem derivadas do racionalismo vigente desde o Iluminismo e

justificadas pela concepção rousseauiana sobre a lei como vontade geral e pela fundamentação kantiana.

Como já adiantado, os próprios direitos fundamentais de primeira dimensão, em razão dos quais se erige o constitucionalismo, fundando o Estado de Direito, ficam subordinados à *interpositio legislatoris*, passando o legislador a gozar da ampla disposição dos direitos fundamentais no pleno e ilimitado exercício de sua discricionariedade política.

A primazia da lei correspondia, inequivocamente, a uma necessidade política e a uma exigência para a afirmação do capitalismo, posto que, provindo do parlamento, e sendo esse, em virtude do caráter restrito dos processos democráticos, dominado pela burguesia, a lei, supostamente expressão de uma *volonté générale*, seria, antes, decorrência dos interesses burgueses afirmados soberanamente na representação da nação, o que confirma Acosta Sánchez (1998, p. 148) ao salientar que a burguesia não tinha necessidade de buscar qualquer outro direito que não o que residisse na mera legalidade, expressão da manifestação do parlamento, por ela composto.

Outrossim, atribuía-se um sentido intrinsecamente racional e justo à lei em função das aludidas características da generalidade e da abstração, exigências tanto da igualdade formal quanto da segurança jurídica, necessárias para rechaçar qualquer discriminação pertinente à distribuição de ônus e encargos sociais, como também para remover obstáculos ao livre mercado, propiciando, como adrede assinalado, a previsibilidade e a calculabilidade muito caros à ordem econômica capitalista.

Desse modo, o Estado de Direito reduzia-se à mera legalidade, cuja primazia assujeitava tanto a Administração Pública quanto o juiz. Mais ainda, como não detinha limitações, poderia até desequilibrar a estrutura funcional derivada da repartição de funções caso o legislador interviesse ao disciplinar questões atinentes a decisões judiciais ou adentrasse no próprio âmbito administrativo, como percebido por Carlos Cabo de Martín (2000, p. 33).

Cabe, entretanto, atentar para a advertência de Manuel Segura Ortega (1998, p. 31-32) de que a racionalidade legislativa pode remeter a várias noções distintas, ora se concebendo que o legislador racional é real, ora que se constitui numa ficção, ora reputando que a racionalidade é da própria legislação.

Enquanto limitado à legalidade, em que a lei portava as características da generalidade e da abstração, e o legislador exprimia a reta razão e a justa bondade, o Estado de Direito não era de Direito, mas preponderantemente legal e, como tal, consubstanciava, também, um Estado de não-Direito, seja pela ausência de normatividade própria das

constituições, seja pela dependência do desenvolvimento legislativo das suas disposições, renegando-lhe o *status* jurídico e rejeitando que o direito supremo decorrente do império da constituição fosse, realmente direito. Problema que se acorrentou ao constitucionalismo e demarca várias das reflexões hodiernas respeitantes à efetividade das direções e dos programas constitucionais.

Também no *rule of law* inglês se pode identificar a supremacia do parlamento em detrimento da constituição, que era composta por documentos e leis constitucionais e costumes sobre matéria constitucionais; todavia, por ser um sistema consuetudinário, não se pode deixar de admitir que a supremacia do parlamento é contrabalançada pelo caráter judicialista do direito, não sendo a lei a fonte precípua do direito.

Diante disso, o foco da questão, que comete ao Estado de Direito a feição de mera legalidade, consiste no constitucionalismo continental, notadamente o francês, cuja universalidade foi responsável pela exportação da primazia do parlamento e da supremacia da lei, em detrimento da ordem constitucional, não se podendo olvidar o constitucionalismo norte-americano, que não consolidou o controle de constitucionalidade senão muito depois de 1803.

Com efeito, como salienta Córdoba (2005, p. 100-101), para a exata compreensão da significação da supremacia da lei se faz imprescindível adentrar não somente na análise das características da lei, mas também nas qualidades do legislador. Para a autora, tais qualidades tiveram três fundamentos distintos e de certo modo sucessivos, sendo o primeiro o racionalismo da Ilustração, sucedido pela fórmula da vontade geral e, finalmente, pela síntese kantiana da vontade geral com a razão que funda o Estado de Direito, a serviço do Estado Liberal.

Pode-se identificar, portanto, que as exigências de generalidade e abstração da lei decorrem do que se entendia como conceito formal de lei, fundado tanto na liberdade como na igualdade perante a lei, como já indicado; mas apenas essas características não conduziam a se conceber a lei bastante em si mesma para repressão do exercício arbitrário do poder.

De certa forma, o ideário da época conduzia a uma distinção nada peculiar na atualidade, pois a representação do poder legislativo diante do executivo e do judiciário permite a compreensão de que o legislador era exterior ao próprio Estado, enquanto expressão da nação soberana, que a ele deveria estrita sujeição.

A Revolução Francesa foi erigida contra o poder absoluto que residia na pessoa do rei, ao qual ficou relegado o poder executivo, dirigindo-se, igualmente, contra os juízes, por serem membros da nobreza, responsáveis por interditar algumas modificações reformistas

intentadas à guisa do despotismo esclarecido. De outra parte, a nação se manifestava pelos seus representantes em assembléia, de que resultada a lei, que submetia os demais poderes arbitrários, mas jamais à própria assembléia, sendo filosófica e logicamente inconcebível que o órgão parlamentar se voltasse contra ele próprio através de leis arbitrárias. Assim, figura como se o legislador estivesse acima do Estado, posto que o Estado absolutista mais se assemelhava às funções exercidas pelo executivo e pelo judiciário, que tinham de ser contidos.

Daí se depreende o porquê da lei ser entendida como mecanismo de proteção e tutela de direitos, como também as razões pelas quais se cunhou a doutrina da regulamentação das liberdades, com os direitos fundamentais dependentes da atuação legislativa. Essa dependência, na época, era entendida como garantia. E realmente o era, pois assegurava a propriedade, as liberdades e a igualdade que fossem favoráveis ao livre e pleno desenvolvimento do sistema capitalista pelo respectivo modo-de-produção.

Pode-se, com efeito, identificar que a supremacia da lei sobre a constituição, destituída de caráter jurídico, reduzida a mero documento político, sina essa de que também participou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão até 1982<sup>88</sup>, permeou a história do constitucionalismo moderno, começando a ser rechaçada no período entreguerras e sendo superada a partir do pós-guerra.

Até então assiste razão a Acosta Sánchez (1998, p. 171) quando, de maneira muito precisa, averba a existência em toda a Europa, expandido-se para as demais partes do mundo conhecido, de um constitucionalismo sem constituição<sup>89</sup>, abaixo definido, *in verbis*:

En definitiva, estamos ante la expresión más rigurosa de lo que venimos denominando *constitucionalismo sin Constitución*: Constitución que es norma, Ley suprema, indisponible para el legislador; constitucionalismo que

---

<sup>88</sup> Laquière (2006, p. 366) registra que em 16 de janeiro de 1982 o Conselho Constitucional francês proferiu decisão em que expressamente reconheceu o valor jurídico da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, vinculando e impondo-se sobre todos os órgãos do Estado em razão de sua natureza eminentemente constitucional. Dois séculos de luta pelo Estado de Direito, para a superação do Estado legal, foram necessários para que o país da liberdade, igualdade e fraternidade lhes conferisse a condição de valores supremos comunitários, condição habilitante a merecer a sede constitucional, que passou a portar valor jurídico. Disso se percebe o quão árdua é a luta pela efetividade dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais em Estados como o Brasil, em que a tradição não tão duradoura é de caráter mais intensamente autoritária e de exclusão e marginalização, denotando que as agruras daqui são superiores às de alhures.

<sup>89</sup> Como já mencionado, também nos Estados Unidos, malgrado surgido o controle no caso *Marbury vs. Madison*, não se pode afirmar peremptoriamente a consolidação do *judicial review*, tardando mais de cinquenta anos para a Suprema Corte novamente viesse a exercer a sua competência de fiscalizar a constitucionalidade das leis, assistindo razão a Acosta Sánchez (1998, p. 115-118) também nesse particular, embora disso não resulta a mitigação da relevância do precedente firmado pela Corte de Marshall, como aponta Valdès (2006, p. 184-185), bem como a política judicial adotada a partir de então.

consiste en unas más o menos parciales y efectivas limitaciones de los poderes del Estado.

.....  
 [...] el concepto específico de Constitución y el genérico de constitucionalismo expresan dos ideas fuerzas distintas que propugnan hechos diversos: respectivamente, la limitación concreta del legislador para proteger la voluntad del pueblo expresada en una Ley primera, y la limitación general del poder político para proteger la sociedad y al ciudadano. Lo característico de la segunda idea-fuerza, sobre todo hasta el siglo XX y en Europa, es que no reclama la primera, no pasa necesariamente por ella: es una limitación del poder político que no exige la concreta y efectiva limitación jurisdiccional del poder legislativo.

Ora, ainda que muito expressiva e impactante a asserção de que havia constitucionalismo sem constituição, infere-se que, em verdade, o que Acosta Sánchez pretende exprimir é que, malgrado o êxito do constitucionalismo enquanto movimento de limitação ao exercício do poder, sujeitando o executivo e o legislativo à legalidade e contendo o âmbito de atuação do Estado, pela restrição derivada do liberalismo, assinalando-lhe objetivos e fins muito específicos e reduzidos, como adiante explicitado, não havia o traço típico e ineliminável das constituições contemporâneas, qual seja, a sua supremacia sobre o legislativo.

Com efeito, a referência ao constitucionalismo sem constituição assemelha-se à inversão da lapidar sentença referida por Werner Käge (2005, p. 194) de que “dime su opinión con respecto a la jurisdicción constitucional y te diré que concepto tienes de la Constitución. Por supuesto, este proverbio vale también en sentido inverso”. Como não havia o reconhecimento da jurisdição constitucional, seja pela exaltação da legitimidade e da racionalidade do legislador, seja pela desconfiança nutrida contra os juízes (MALBERG, 2001, p. 669), seja pela prevalência da restrita visão de Montesquieu sobre o poder judiciário, também não havia constituição em sentido normativo, a par de sofrerem restrições tanto o executivo quanto o próprio judiciário, não tanto derivadas da constituição, mas da atividade do legislador.

Sem a domesticação do poder político exercido pelo legislativo, não existiria constituição em sentido técnico-específico, ficando destituída da supremacia normativa e de um órgão que seja o seu guardião. Nesse contexto é que Ferdinand Lassalle (1998, p. 23-25), após reconhecer a diferenciação entre constituição e lei, conferindo àquela o caráter de lei fundamental e concebendo-a como força ativa que faz com que as leis e instituições sejam justamente como são, percebe que se a constituição não correspondesse aos fatores reais de poder, traduzir-se-ia numa mera folha de papel (LASSALLE, 1998, p. 47).

Adentrando mais detidamente nos fundamentos do Estado legal, ou do legalismo, pode-se indicar primeiramente o racionalismo jusnaturalista proveniente da época das Luzes, como também a doutrina de Rousseau atinente à lei como expressão da vontade geral e, ainda, a concepção kantiana, que aprofundou ainda mais a racionalidade entendida como qualidade intrínseca do legislador. Não se adere ao entendimento, no particular, de Gema Marcilla Córdoba (2005, p. 100) que identifica uma sucessão entre esses três fundamentos.

No torvelinho do ideário que compunha o constitucionalismo moderno, esses três fundamentos compunham o amálgama que dava sustentação ao legislador, cuja lei que dele emanava portava a justiça, bondade e racionalidade intrínsecas. Assim, como dito, o legislador era antes um garante do que uma ameaça aos direitos fundamentais, além do que não era admitida qualquer possibilidade de que viesse a exercer arbitrariamente o poder, malgrado, na prática, o poder legislativo ficasse nas mãos da burguesia, pelo rechaço ao princípio democrático radical, tanto pela previsão do sufrágio restrito como pela rejeição da radicalidade da democracia direta de Rousseau.

Não bastavam, todavia, esses fundamentos, sendo relevante a desconfiança para com os juízes e a prevalência da concepção de Montesquieu sobre a função judicial, além da institucionalização, na França, da consulta legislativa em caso de dúvida na interpretação das leis pelo juiz e do referendo legislativo.

Com efeito, Rousseau (2001, p. 47-48) entende a lei como expressão da vontade geral, sendo sempre reta e justa, pois “[...] ninguém é injusto para consigo mesmo, nem como se é livre e ao mesmo tempo submetido às leis.” Não obstante isso, a despeito de reputar que a vontade geral não pode errar, reafirmando a sua retidão, demonstra preocupação com a possibilidade do povo ser enganado e a vontade geral desvirtuada. Certamente é contra esse risco que Rousseau rejeita a adoção de qualquer representação entre o povo e a lei (ROUSSEAU, 2001, p. 113-116).

Adotando a concepção de que a lei é expressão da vontade geral e, conseqüentemente, sempre justa e reta, o constitucionalismo francês veio a explicitar toda a deferência para com o legislador logo em seu início, pela contínua referência ao legislador e à lei que se verifica na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, notadamente em seu art. 6º.

O aludido dispositivo explicitamente menciona que a lei é expressão da vontade geral, prevendo a participação de todos os cidadãos em sua formação e que deveria ser igual para todos; apesar disso, nem todos detinham os direitos políticos, como se depreende do sufrágio restrito que permeou o constitucionalismo até o século XX, ficando limitada à

burguesia qualquer participação, direta ou indireta, na composição do poder legislativo, o que explica a asserção acima explicitada de que não lhe era interessante lutar contra o legalismo; ao contrário, o Estado legal resultava dos interesses da burguesia de conferir aos direitos naturais o regime e a disciplina que não prejudicassem plenamente o mercado e o capitalismo.

Essa participação política ativa almejada prevista na Declaração e sustentada por Rousseau não se afirmou, também e principalmente, em virtude da adoção do sistema representativo preconizado pelo Abade de Sieyès (2001, p. 52-53), tido pelo genebrino como absolutamente incompatível com a radical democracia que deveria existir. Os revolucionários franceses só adotaram parte da teoria de Rousseau, justamente aquela que acentuava a legitimação da legalidade, substituindo-se a fundamentação do poder anteriormente fincada em razões metafísicas ou religiosas por uma justificação positivista, dando ensejo à aludida racionalidade pela legalidade, adrede referida, segundo a concepção de Max Weber.

Certamente, Rousseau<sup>90</sup>, se vivo estivesse à época, seria um dos mais fervorosos críticos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão por renegar uma parte substancial da sua filosofia política, sem a qual não subsiste a vontade geral, como salienta com percuciência Roberto Blanco Valdés (2006, p. 247-248), ao sustentar que o aludido desvirtuamento consistiu numa traição ao genebrino para trazer a sua fundamentação ao serviço de interesses do liberalismo, encerrando um grave paradoxo em virtude da eliminação da radicalidade da democracia direta, substituída pela adoção do sistema representativo e, ainda, estruturado com base em sufrágio restrito pelo critério censitário.

Por essa via, restou firmada, como adrede exposto, a representação soberana da nação (BONAVIDES, 1997, p. 131-135), que se limitava à burguesia, detentora de riqueza e posses habilitantes ao exercício dos direitos políticos, ou, de outra forma (VALDÉS, 2006, p. 257-258), ensejando o trânsito da soberania nacional à soberania parlamentar, ou, o que dá no mesmo, burguesa, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

El parlamento era doblemente soberano: lo era, en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida en que configuraba, frente a ellas, al pueblo con su poder derivado de la voluntad general; y lo era, también, con absoluta realidad, frente al propio cuerpo de los ciudadanos.

Maurizio Fioravanti (2000, p. 67-68), após apontar os fluxos e refluxos do movimento revolucionário entre a soberania do legislador e a soberania do poder constituinte,

---

<sup>90</sup> Falecido em 02 de julho de 1778.



destaca que a democracia representativa tende a incorporar a soberania nacional ou popular ao legislador.

Da mesma forma, verifica-se que à lei cabe definir os limites da liberdade, como também dos demais direitos tidos por naturais, consoante previsto pelo art. 4º, vindo o art. 5º a consagrar o princípio da legalidade, mediante o qual só pela lei se podem impor obrigações ou proibições. Logo, todos os direitos naturais, como já assentado, estavam dependentes do legislador, que era o seu garante e que deveria discipliná-los no sentido de resguardá-los do arbítrio judicial e da Administração Pública, o que é corroborado por Fioravanti (2000, p. 58) ao reputar a lei não apenas como limite ao exercício dos direitos, mas também como garantia de que não sofrerão os indivíduos nenhuma intervenção que dela não resulte.

A defesa mais intransigente da racionalidade legislativa foi promovida por Kant (1993, p. 152) que já concebia o Estado de Direito como um Estado da razão. Para Kant o poder legislativo seria sempre bom e justo, pois não seria possível que alguém deliberadamente buscasse decretar a injustiça para si mesmo, o que aconteceria com o advento de uma lei injusta, tanto por provir de todos, como por se aplicar a todos pela sua generalidade.

Desse modo, a vontade do legislador, para Kant (1993, p. 156) era irrepreensível e, contrariamente à Locke, não investia sequer o indivíduo no direito de resistência (KANT, 1993, p. 160-161), defendendo como princípio da razão prática a circunstância de que “[...] é preciso obedecer a ao poder legislativo atual, não importa qual sua origem”, não sendo possível qualquer resistência porque lhe restava apenas a submissão à “[...] vontade universal legislativa”. Como salienta Córdoba (2005, p. 108) “la ley ha de ser, pues, necesariamente justa y, en consecuencia, de ella nace un deber de obediencia incondicionado y absoluto”.

A associação entre a lei como expressão da vontade geral e o racionalismo kantiano –, que vai compor o quadro para o trânsito do jusnaturalismo ao positivismo jurídico, consubstanciando o dogma do legislador racional – confere à lei “[...] una firmeza granítica, pues dicha voluntad general no será sólo la máxima expresión del poder supremo, sino también la garantía de su justicia y corrección.”<sup>91</sup> A despeito de toda a aura de racionalidade que circunscreve o legislador enquanto garante, também funda a legitimidade da lei, ainda que em sentido formal e reduzida à mera legalidade; todavia, com o aprofundamento do legalismo, o próprio Estado de Direito vai sofrendo uma opacidade em seu sentido material,

---

<sup>91</sup> A força granítica da supremacia do legislador prevalecerá sobre a força normativa de matiz comunitário assegurada potencialmente pela rigidez constitucional.

tornando-se meramente estrutural.

O legislador era, então, onipotente, onisciente, bom, justo, verdadeiro, correto e honesto, além de exprimir os legítimos interesses da nação, e não do povo, constituindo-se em seu representante devidamente investido pelo exercício do sufrágio restrito; com tantos atributos, além de desnecessário, seria um despautério instituir-se qualquer forma de controle ou de censura em face de tal poder, tão racional e legítimo.

O apuramento desse processo, com a redução da lei ao caráter meramente formal, a que se atém, conseqüentemente, o Estado de Direito, então Estado legal, com a legalidade enfeixando a legitimidade, consubstancia, como admitido por Cabo de Martín (2000, p. 33-34) um absolutismo legislativo em que só há espaço para obediência e sujeição à opressão do legislador, sendo insuficientes os meios institucionais de proteção existentes, como a repartição de funções, concluindo que “[...] la legalidade se convierte en puro formalismo encubridor y legalizador de ilegitimidades y, en definitiva, se produce una desjuridicización del Estado.”

É nesse contexto que se agrega à filosofia política de Rousseau, respaldando a vontade geral legitimadora do legislador, manifestada, todavia, pelo sistema representativo desenvolvido por Sieyès e reforçada pelas qualidades também destacadas e aprofundadas por Kant, que a concepção de Montesquieu sobre o poder judiciário vem a soterrar qualquer intenção de se proceder pelo judiciário à fiscalização da compatibilidade das leis com a Constituição.

Além de ser um poder nulo, expressou Montesquieu (2000, p. 175) que os juízes da nação eram apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, à moda de seres inanimados, autômatos, incapazes de moderar a sua força ou seu rigor. E dessa nota de Montesquieu decorrem, juntamente com os sobreditos fundamentos, dois institutos no constitucionalismo francês que vão denotar a absoluta incapacidade e impossibilidade dos juízes interpretarem as leis. A função judicial seria, então, uma especificação da função executiva, só que voltada às liberdades civis.

Ainda que indiretamente, a lei prevalecia sobre a constituição, eis que, além de não haver qualquer mecanismo de controle jurisdicional de constitucionalidade, seja pelo judiciário, seja por outro órgão distinto e politicamente independente, como o Tribunal Constitucional, tal como concebido por Hans Kelsen, não poderiam sequer os juízes interpretar a Constituição e as leis, mister atribuído ao próprio legislativo, que dava primazia às leis, conforme a sua livre deliberação política, sendo ignorada a peremptória asserção de Aristóteles (2002, p. 149), cujos ecos se impõem até a contemporaneidade, de que “As leis

devem ajustar-se à Constituição, e não a Constituição às leis.”

Um dos críticos do Estado legal foi Carré de Malberg (2001, p. 643) ao rejeitar que a lei seja expressão da vontade do legislador e que, como tal, a ele ficaria relacionada e (MALBERG, 2001, p. 652) reputar exagerada e equivocada as qualidades atribuídas à legislação, mostrando as suas deficiências pela existência de lacunas, que despertam a capacidade criativa do juiz ao supri-las, posto ser vedado o *non liquet*. Não obstante isso, Malberg (2001, p. 668-669) reconhece a persistência da concepção de que apenas o legislador cria o direito, sendo a lei sua única fonte, encontrando sua razão na crença da onipotência da lei diante de sua capacidade de predição e regulação.

Essa supremacia do legislador se traduziu institucionalmente em dois institutos que exprimiam a primazia do poder legislativo na interpretação das leis. Além do advento da Corte de Cassação, foi criada a consulta ou *référé législatif*.

A Corte de Cassação foi instituída para exercer o controle sobre as decisões judiciais, anulando as que transbordassem da estrita observância da legalidade, entendendo-se que ao juiz sequer era dado interpretar a lei. Daí a conhecida previsão normativa do Código de Napoleão de que quando a lei fosse clara, não se poderia interpretá-la. De outra forma, quando não fosse clara, o juiz deveria remeter a questão ao legislativo através do *référé législatif*, ou consulta ao legislativo.

Desse modo, ao invés da institucionalização do controle de constitucionalidade pela via jurisdicional, a França instituiu o controle da aplicação judicial das leis, encargo cometido à Corte de Cassação, justamente para assegurar que não haverá arbítrio judicial pelo distanciamento das decisões com relação ao que prescreve o legislador, malgrado Montesquieu tenha indicado que a função judicial era praticamente nula, reduzindo-se o juiz à boca da lei.

Segundo Carré de Malberg (2001, p. 662) a Corte de Cassação fora instituída em função “[...] del interés constitucional de la subordinación de los tribunales al cuerpo legislativo y a la ley, antes que por un interés judicial; la misión propia de este tribunal era la de reprimir mediante anulación las lesiones directas a la ley.”

Já a consulta legislativa comportava duas modalidades: a facultativa e a obrigatória. A primeira importava na remessa ao legislativo de qualquer dúvida atinente à interpretação da lei. Assim, se a lei não fosse reputada como clara o bastante para ensejar sua aplicação sem interpretação, a questão deveria ser remetida ao legislativo. Apesar desse recurso ter sido pouco utilizado, como aponta Carré de Malberg (2001, p. 661), a consulta obrigatória, que consistia na remessa ao legislativo de questão atinente à interpretação de lei

pela Corte de Cassação que já houvesse ensejado por mais de duas vezes a cassação de decisões, sobrevivendo uma terceira decisão contrária ao entendimento da Corte de Cassação. Nesse caso, não poderia anular a decisão, sujeitando a questão ao legislativo.

Blanco Valdès (2006, p. 264) salienta que, em derredor da controvérsia doutrinária, o regime de consultas legislativas apenas impedia que o judiciário interpretasse as leis pela via regulamentar, conferindo-lhe caráter geral, e não quanto ao caso concreto, admitindo que, em quaisquer dos casos, ficava patente que o legislador se imiscuía no âmbito da função judicial.

Verifica-se que a racionalidade conferida ao legislador interdizia até mesmo que se procedesse à interpretação das leis, cingindo-se o judiciário a apenas aplicá-las, admitindo a separação entre interpretação e aplicação, absolutamente inconsistente. Se o juiz não poderia nem interpretar a lei, quanto mais criar o direito, do que se depreende o rechaço de qualquer postura ativista dos juízes.

Não obstante isso, tais instituições são provenientes do auge do rigor revolucionário, pois o próprio Malberg (2001, p. 665-666) ressalta a sobrevivência de abrandamentos e ab-rogações quanto a ditas instituições, desaparecendo as consultas e explanando a evolução da Corte de Cassação, que se tornou independente do legislativo e soberana em seus pronunciamentos, não se limitando a anular, mas também decidindo os casos. Alude, ainda, ao reconhecimento de um poder de criação do direito pelos juízes, a teor do art. 4º do Código de Napoleão, que vedava o *non liquet*, exigindo fosse prestada a jurisdição ainda que em caso de lacuna.

Persistia, entretanto, a primazia do legislador, ainda dotado dos aludidos atributos, até que se reconhecesse efetiva supremacia da constituição, repercutindo na sua condição de parametricidade para a validade das demais normas jurídicas, conferindo-lhe preponderância hierárquica e a garantia, para além do valor do jurídico, da sua imperatividade pelo desenvolvimento do controle de constitucionalidade, que tardou a surgir.

Ademais, havia, ainda, nas Constituições francesas<sup>92</sup>, a expressa proibição de que se procedesse ao afastamento da lei por qualquer via que fosse, inclusive pela via judicial, o que se coaduna com a concepção erigida em derredor do legislador e da lei, tornando arbitrária qualquer conduta tomada contra a lei – como sustentado por Kant – e sendo mesmo desnecessária.

---

<sup>92</sup> Tanto na de 1791, como no projeto de 1793 e na Constituição do ano III.

Com efeito, como aponta Fioravanti (2000, p. 71), a questão atinente ao possível arbítrio legislativo não estava no marco das reflexões pertinentes ao ideário do constitucionalismo moderno, ressalvada a experiência americana. Por isso, ao se ter que os direitos naturais declarados ficariam na dependência do legislador, não encerrava tal ilação qualquer ofensa ou contrariedade a tais direitos, posto significar que, em verdade, estavam sob a sua garantia, dado o projeto iluminista, rousseauiano e kantiano de um legislador racional e legítimo, preponderante sobre o judiciário, segundo a pena de Montesquieu, e cuja vontade soberana se manifestava pela representação parlamentar, segundo Sieyès, constituída pelo sufrágio restrito pelo critério censitário.

Ao contrário do modelo inglês e com o que se consolidou mais tarde nos Estados Unidos, a garantia dos direitos não estava no poder judiciário, mas no legislativo. Essa primazia do legislativo perdurou, não obstante, até o século XX, salvo nos sistemas consuetudinários, com a específica experiência americana que, ainda assim, não vicejou plenamente senão a partir do final do século XIX e início do século XX.

Nessa linha, faz-se mister colacionar a síntese de Fioravanti (2000, p. 73) acerca da virtuosidade do legislador, segundo o pensamento preponderante no constitucionalismo moderno, *in verbis*:

[...] el legislador *no puede lesionar* los derechos individuales porque es *necesariamente* justo; y es tal porque encarna en sí la voluntad general del pueblo o nación. Se explica así que la Declaración de derechos agote el sistema de garantías en el envío obligado a la ley. De esta manera se vuelve a una situación que se piensa *necesariamente no arbitraria, necesariamente justa*. El problema principal ya no es limitar el arbitrio del legislador, como en el modelo británico, sino afirmar su autoridad *como dominio de la voluntad general sobre el espíritu de facción*. Cuanto más fuerte es el legislador mejor refleja la voluntad general y, en consecuencia, más seguras están las libertades y derechos.

Ademais, Blanco Valdès (2006, p. 277-278) observa que, apesar de haver a percepção, notadamente a partir de 1793, da possibilidade de leis contrariarem a Constituição, tal problema não estava no marco das preocupações e das reflexões da época, sendo mesmo uma questão anacrônica.

Quão equivocados estavam os arautos da liberdade, igualdade e fraternidade, posto que, dentre todos os poderes, o legislador, por ser o mais forte dos poderes, talvez tenha se mostrado também muito arbitrário, ainda que nem sempre pela sua atuação, mas constante pela sua omissão, principalmente no marco do constitucionalismo que sucedeu ao moderno. Pode-se, inclusive, parafrasear Lord Acton para considerar que, além do poder absoluto

corromper absolutamente, o maior poder tende a ser mais corrompido, exigindo o aperfeiçoamento de sistemas e técnicas de controle, em proteção aos direitos fundamentais e à ordem constitucional, sem o que não seria possível levar o constitucionalismo, sem constituição, a sério.

Em corroboração ao maior risco de arbítrio legislativo, Bobbio (1996, p. 38-39) justifica ser o legislativo mais perigoso do que o judiciário, pois sempre atua em caráter geral, enquanto o juiz se volta para o caso concreto.

Com o desenvolvimento do constitucionalismo e o ocaso do jusnaturalismo, o traço de racionalidade que ele portava, transferido para o legislador, fundamentou o advento do positivismo jurídico, eliminando considerações políticas e axiológicas do fenômeno jurídico e limitando o direito àquele que é resultado da positivação pelos meios e processos habilitados pelo próprio direito para tanto.

Bobbio (1996, p. 119-120) asseve que o momento crucial para o surgimento do positivismo foi a monopolização do direito pela produção legislativa, de que se extraíram as demais conseqüências que viriam a compor o positivismo jurídico, enquanto Pablo Lucas Verdú (2007, p. 80-81) explicita as condições que propiciaram a transição do jusnaturalismo para o positivismo jurídico, pois “[...] o liberalismo foi se afastando de suas bases iusnaturalistas”, ensejando a passagem do Estado de Direito material para o formal, em que “O único fim do Estado é defender a legalidade, entendendo-se por legalidade as normas criadas pelos órgãos competentes do Estado, que seguem, para sua elaboração, os procedimentos previstos pela Constituição. De acordo com isso, não pode existir lei injusta”.

Luigi Ferrajoli (2006b, p. 421-422), ao tratar dos elementos que compõem o quadro do Estado legal, sustenta que o advento da monopolização da produção do direito importou numa ruptura paradigmática, pois substituiu o critério de validação das normas pela autoridade de sua fonte, de que provém a cogência do princípio da legalidade, tida a lei como fonte exclusiva do direito e, nessa condição, os códigos são concebidos como capazes de encerrarem em si todo o direito.

Ademais, (FERRAJOLI, 2006b, p. 423-424) o direito se caracteriza pela positivação, operando-se uma sobreposição entre existência e validade, o que se justifica pela eliminação de qualquer referencial material ou axiológico que condicione, para além da regular produção da norma, a sua validade. A jurisdição, por sua vez, torna-se absolutamente vinculada e adstrita à lei, entendida como uma atividade meramente cognitiva.

Tais reflexões indicam a insuficiência do Estado legal para fazer face às necessidades constitucionalizadas de limitação e contenção ao arbítrio, ainda que se reputasse

ser o legislador o garante, e não uma ameaça aos direitos fundamentais. Essa visão otimista e mítica do legislador em muito prejudicou a afirmação do paradigma constitucional sobre a legalidade, atrasando a consagração efetiva da supremacia constitucional.

Dessarte, as relações entre constituição e lei, poder constituinte e poder legislativo constituído, durante o constitucionalismo moderno, seja na vigência do jusnaturalismo racionalista, seja pelo advento do positivismo, foi largamente favorável ao legislador, que assujeitava os cidadãos, a Administração e o Judiciário, e não estava sujeito à constituição. Ademais, as formas institucionais relativas à separação de poderes e à periodicidade das eleições não eram eficientes na proteção ao arbítrio legislativo.

Evidencia-se, pois, que durante todo o longo período do constitucionalismo moderno, enveredando e adentrado no constitucionalismo social, como será abordado, o legislador era o dono e senhor do poder político, dirigindo-o livremente, seja a favor, seja contra os direitos fundamentais, o que, a toda vista, descaracteriza a noção impositivamente material de Estado de Direito, posto ter de abrigar não apenas a legalidade, mas também a prevalência da própria ordem constitucional, sustentada, inclusive, por notáveis constitucionalistas franceses, como Maurice Hauriou (2003, p. 341) e Leon Duguit (2005, p. 419-495), referindo-se à Constituição de 1875, que teria institucionalizado o controle de constitucionalidade em França.

Por conseguinte, constata-se a diferenciação entre o Estado de Direito e o Estado legal, tendo-se por aquele já a consolidação do que se caracteriza como Estado constitucional, em que há a supremacia das normas constitucionais. No Estado de Direito há uma diferenciação hierárquica que eleva a constituição ao ponto sobranceiro do sistema jurídico, a que devem se reconduzir todas as normas para haurir validade, inclusive as que sejam provenientes da lei, resultando de uma distinção fundamental entre poder constituinte e poderes constituídos, entre democracia em seu momento mais intenso e representação do povo. A diferenciação entre constituição e lei não há no Estado legal.

Também no Estado de Direito é imprescindível que exista o controle de constitucionalidade, absolutamente incompatível com o Estado legal, do que deriva a força jurídica e a natureza normativa dos direitos fundamentais, em relação aos quais não detém mais o legislador a livre disposição, estando estritamente vinculados, inicialmente, em sentido negativo apenas.

A exposição detida dessa diferenciação é formulada por Carré de Malberg (2001, p. 449-454), que sustenta ser o Estado legal mais restritivo da atuação da Administração Pública, estritamente vinculada à legalidade, mesmo quanto a atos que não sejam ablativos de

direitos ou que não se relacionem com cidadãos. De outra parte, o Estado de Direito garante os direitos fundamentais não apenas em face da Administração Pública, mas também contra o legislador, franqueando-se aos cidadãos lesados o direito a postular a tutela jurisdicional.

O Estado de Direito, enquanto reduzido a Estado legal, em que se impõe a supremacia do parlamento, com a progressiva perda da sua materialidade, renega a sua própria substância, como também os valores que nortearam o seu advento, quedando-se distante do desempenho do mister para o qual foi cunhado pelo constitucionalismo.

O legalismo e a supremacia do parlamento consubstanciam, pois, um dos problemas fulcrais do pensamento constitucional desde a época moderna, exigindo uma contínua reflexão a fim de superar todos os desafios que giram ao redor de uma devida e regular relação entre a Constituição e o legislativo, com as dificuldades provenientes da legitimação formal derivada da expansão do sufrágio, tornando mais intensa e viva a democracia.

De um lado, o arbítrio legislativo ao editar leis contrárias à Constituição, ao manter-se inerte em descumprimento aos comandos constitucionais e, mais ainda, ao não seguir os programas e as direções constitucionais quando do desenvolvimento das políticas públicas, em quaisquer de suas etapas. De outro, o risco de que eventual controle sobre o legislador se torne excessivo e, apesar de ser naturalmente contra-majoritário, encerre um desequilíbrio institucional entre os poderes, cerceando demasiadamente a discricionariedade legislativa, já convertida em liberdade de conformação, traduzindo-se tal risco num eventual governo de juízes.

Além dessa problemática relação, que remonta suas origens às concepções atinentes ao poder legislativo e ao poder judiciário, com a exaltação da figura e das qualidades do legislador, sem cuja atuação de nada valeriam os direitos fundamentais no constitucionalismo moderno, há uma maior complexidade na sua reflexão hodierna, a despeito das conquistas já realizadas quanto à sujeição do legislativo à constituição e ao surgimento de vias de controle, em virtude das condições complexas que permeiam a sociedade atual e dos enfraquecimentos que o discurso constitucional sobre a política sofre diante dos paradigmas da pós-modernidade.

E o problema se torna ainda mais grave e complexo num contexto sócio-cultural como o brasileiro, em que o projeto de emancipação social exige que seja reestruturada a relação entre os poderes no sentido de todos implementarem ao máximo possível os programas constitucionais, no que lhes competir.

Constata-se, pois, que desde o constitucionalismo moderno já se percebia o



problema que viria a aticar a reflexão quanto a adequada promoção e proteção dos direitos fundamentais em face, especificamente, do legislador, principalmente em razão de tais direitos possuírem uma eficácia positiva exigente de ações estatais que devem, em boa medida, estar legalmente amparadas ou habilitadas.

É a legitimidade material da ação, da omissão e do desenvolvimento das políticas públicas pelo legislador que está em questão quanto ao desenvolvimento do caráter programático dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais, remetendo a uma inversão da fórmula legalista do Estado de Direito circunscrito à lei para um Estado de Direito que se revele como Democrático, não apenas em sentido político, mas em sentido social, incumbindo-se da promoção da inclusão e da emancipação social, a que o legislador deve se encontrar absolutamente adstrito, sem prejuízo da liberdade de conformação, notadamente para a qualificação de interesses públicos diversos no âmbito do constitucionalmente possível.

A despeito disso, o quadro político-institucional do constitucionalismo moderno tratou de institucionalizar não apenas um Estado legal, mas também um Estado Liberal, havendo uma recíproca pressuposição e alimentação, donde provêm os desafios lançados à constitucionalização e à direção da política no âmbito da reconstrução ou da refundação do Estado Social brasileiro, impondo-se tanto uma direção projetiva, como também uma trincheira<sup>93</sup> de proteção quanto às políticas e aos postulados que rememorem o liberalismo e reabilitem o desvirtuamento da mão-invisível, que nunca se viu porque jamais existiu.

### **3.1.4 O Estado de Direito Liberal e a constituição econômica**

A postura do Estado perante a atividade econômica vem a caracterizar o quão mais ou menos intervencionista e diretiva é a sua atuação no âmbito do sistema econômico por ele institucionalizado; assim, remete à questão atinente a como se dará institucionalmente a relação entre Estado e economia, ou entre política e economia. Na medida em que a política

---

<sup>93</sup> No mesmo sentido de entrenchamento introduzido na doutrina constitucional brasileira por Walber de Moura Agra (2007, p. 23-41), só que o autor se atém mais diretamente aos direitos fundamentais, também abrigada no presente estudo, mas ampliada porque referida diretamente ao Estado Social.

seja mais ou menos juridicizada<sup>94</sup>, envolve a relação entre direito e economia, norma constitucional com sua imperatividade e o mercado, com a refração que lhe é própria aos meios externos de regulação e direção da atividade econômica.

Ademais, a questão atinente às relações entre Estado e economia remete para um problema ainda mais fulcral, consistente nos fins e objetivos do Estado e, em razão deles, das tarefas que lhe devem ser atribuídas.

Em se tratando do Estado de Direito surgido com o constitucionalismo moderno, com a consagração dos direitos individuais e a igualdade formal, quando se tem a crença na existência de uma mão invisível que governa as relações travadas no mercado, cuja racionalidade deriva da própria capacidade e razão dos agentes econômicos, há uma natural refração pela ordem econômica do ser<sup>95</sup> quanto a qualquer regulação que provenha do Estado, estabelecendo-se como bem fincados os limites da ação estatal<sup>96</sup>.

Segundo a concepção prevalecente, o Estado se opõe à sociedade civil, havendo a fixação de âmbitos excludentes de ação, cabendo ao Poder Público atribuições reduzidas e de caráter específico e, excepcionalmente, atuações tópicas sobre a atividade econômica e no mercado.

Mesmo quando a intervenção e a direção planejadas sejam mínimas, essa atuação rarefeita do Estado na atividade econômica não induz à conclusão de sua neutralidade, mas da opção e adesão por uma ideologia pela qual a economia encerra uma racionalidade própria, capaz de, através do mercado, regular a ação dos agentes econômicos de forma eficiente, interdizendo qualquer influência exterior e, qual tal, heterônoma, que apenas romperia com o equilíbrio dos mecanismos de auto-regulação, desvirtuando os caminhos para os quais a ‘mão invisível’ conduziria.

Essa ideologia remete ao liberalismo, tanto no plano político quanto, no que se

---

<sup>94</sup> Como é o caso das constituições dirigentes, em que há uma intensa juridicização da política e, por via de consequência, da política econômica.

<sup>95</sup> Utiliza-se, aqui, a expressão ordem econômica como referida ao mundo do ser, destacando, de logo, a ambigüidade que encerra. Eros Roberto Grau (2003, p. 57-58) sustenta a importância da distinção e identificação dos sentidos de ordem econômica, ora significando a ordem econômica do ser, ora a ordem econômica do dever-ser, invocando a doutrina de Vital Moreira, que atribui três sentido à ordem econômica, sendo a) modo de ser de um sistema econômico, conceito de fato, ou b) conjunto de normas que regulam os agentes econômicos, e c) parcela da ordem jurídica. Também reconhecendo a ambigüidade do termo, mas adstrito ao seu sentido normativo, relativo ao mundo do dever ser Manoel Jorge e Silva Neto (2001, p. 134-135). Impõe-se salientar que ao referir à ordem econômica nos sentidos do ser e do dever ser não se está propugnando a adoção dessa concepção positivista que distancia a ser do dever ser, o que não se conforma com as premissas do neoconstitucionalismo pós-positivista, em que o ser integra o dever-ser, ou seja, em que o elemento fático e contextual não é apenas considerado quando da aplicação, integrando a compreensão e interpretação do texto como um momento unitário, consoante já exposto.

<sup>96</sup> Como desenvolvido por Humboldt (s.d.) em reflexão clássica sobre o tema.

refere à postura do Estado diante da economia, no âmbito econômico, reforçando as limitações à ação pública decorrentes das imposições oriundas dos direitos individuais, exigentes de prestações negativas do Estado.

Identifica-se, portanto, a institucionalização de um Estado que não almeja a intervenção sistemática na ordem econômica, abstando-se da formulação de políticas econômicas que deveriam resultar de um planejamento voltado ao direcionamento da economia para o atendimento de determinadas finalidades.

A institucionalização se restringe a garantir a economia de livre mercado, na qual se dê a livre concorrência, compondo o quadro político-institucional do Estado Liberal, diferenciado e oposto à sociedade civil.

E tal quadro era exigido e pressuposto para que houvesse a institucionalização de um determinado sistema econômico, expressão da constituição econômica constante, ainda que implicitamente, das constituições e declarações de direitos do constitucionalismo moderno.

O Estado Liberal propiciou a incorporação e exaltação dos princípios basilares que eram necessários para a institucionalização do sistema econômico capitalista, consistentes na liberdade econômica, na livre concorrência e na propriedade privada dos bens de produção.

Firmou-se um sistema econômico cujo agente regulador era fundamentalmente o próprio mercado, entendido como possuidor de uma ordem econômica natural, conforme ressaltado pelos fisiocratas, em que os agentes estavam naturalmente organizados e ordenados segundo as leis naturais da oferta e da demanda, orientados à satisfação do seu auto-interesse, e cujas ações eram potencializadas tendo em vista a necessidade de acumulação de capital e obtenção de lucro no ambiente de livre concorrência.

Os fundamentos do liberalismo econômico já foram devidamente retratados, como também as liberdades e o direito de propriedade, cabendo, nesse passo, relacioná-los com a afirmação do capitalismo e a estruturação do mercado enquanto instância de auto-regulação da economia, compondo o perfil do Estado Liberal.

Para tanto, faz-se mister desnudar o sentido da constituição econômica pressuposta, que subjaz às constituições e declarações de direito do período, a fim de contrapô-la, adiante, com a constituição econômica explícita, que marcou a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Em seqüência, procede-se à verificação dos fins e objetivos do Estado para o liberalismo, numa mútua imbricação entre liberalismo político e econômico, para, então, adentrar na explicitação do sistema econômico capitalista em sua interação com o Estado

Liberal, que se desenvolveu em capitalismo concorrencial, capitalismo monopolista e capitalismo monopolista de Estado, segundo a classificação das suas etapas adotada, dentre outros, por Avelãs Nunes (2007).

Diante disso, passa-se à análise da constituição econômica, com o exame das questões indicadas, a fim de assentar a sua existência também no constitucionalismo liberal, embora só viesse a se afirmar explicitamente com o constitucionalismo social.

#### 3.1.4.1 A Constituição econômica do Estado de Direito Liberal

A noção de constituição econômica é mais uma daquelas que desafiam a reflexão diante da ambigüidade da expressão, que se torna ainda mais complexa por se relacionar com a intrincada relação entre o mercado e o Estado.

Constituição econômica pode exprimir uma concepção naturalística acerca do mercado e da atividade econômica, utilizando-se a expressão ‘constituição’ sem qualquer denotação jurídica, como pode, justamente a partir dessa denotação jurídica, remeter ao documento jurídico fundamental, expressivo dos valores e sentidos comunitários. Nesse último sentido, entremostra a inflexão da norma jurídica, e da norma jurídica fundamental, sobre a atividade econômica e o mercado.

O reconhecimento de uma constituição econômica, ainda que em sentido jurídico-normativo, não é suficiente, por si só, para constatar a existência de uma ingerência da ordem jurídico-constitucional sobre a atuação dos agentes econômicos no âmbito do mercado no sentido de dirigi-la para determinados objetivos, tendo-se de atentar para a forma como esteja efetivamente consagrada no texto constitucional e qual a compostura dos seus elementos integrantes.

Também não é suficiente a mera previsão textual de determinados objetivos que indiquem a direção da atividade econômica desenvolvida no mercado, sendo imprescindível uma compreensão adequada ao contexto social e econômico, pautada pela reflexão hermenêutica em que sobrevenha a historicidade constitutiva e produtiva do sentido da constituição econômica.

Sabino Cassese (2006, p. 3-4) identifica que o termo constituição econômica deriva de uma construção do direito público alemão após a primeira guerra mundial<sup>97</sup>, comportando três sentidos distintos.

O primeiro remete às normas constitucionais em sentido formal, expressamente constantes de uma constituição rígida, que disciplinam as relações econômicas. Evidentemente, em tal sentido, não se estaria abrangendo aquelas de natureza microeconômica, mas a disciplina das relações econômicas no sentido da política econômica, ou da estruturação das relações econômicas no sentido macroeconômico.

O segundo sentido é mais amplo e entende a constituição econômica como instituto que não se atém necessariamente à constituição formal, entendimento esse atribuído a Dicey, que pondera, ainda, a interação das normas constitucionais e legais com a opinião pública.

O terceiro sentido conduz a uma abertura da noção de constituição econômica que, além de estar referida às normas constitucionais e à legislação pertinente às relações econômicas, integraria a práxis aplicativa, tornando a noção de constituição econômica mais aberta e entrelaçada com a concepção de direito vivo, advindo não apenas do texto, mas do contexto aplicativo, numa mútua implicação referencial

André Ramos Tavares (2003, p. 74-75) atribui à constituição econômica um sentido preciso, consistente na “[...] conformação consciente e sistemática da ordem econômica por uma decisão política”, sintetizada pela idéia de política econômica, o que veio a ocorrer no período entreguerras, com a frustração na capacidade auto-regulatória do mercado.

Não obstante isso, após reconhecer a complexidade de uma definição de constituição econômica (2003, p. 75-80), adota o conceito de constituição econômica formal, consistente nas normas formalmente constitucionais de conteúdo pertinente às relações econômicas.

Para Natalino Irti (2003, p. 13-14) haveria duas técnicas quanto ao estabelecimento das relações entre Estado e economia. Uma seria a previsão de princípios gerais, não necessariamente no texto constitucional; a outra, seria elevar a disciplina dessas relações ao nível da constituição econômica, que pode exprimir dois sentidos.

A constituição econômica ora revela-se como síntese descritiva das forças, poderes

---

<sup>97</sup> Cassese, contudo, retrata o aparecimento mais recente da expressão, que já houvera sido utilizada anteriormente, ainda de forma muito imprecisa, como anota André Ramos Tavares (2003, p. 71-73).

e sujeitos que atuam no âmbito econômico num período de tempo determinado, operando uma função histórico-política por remeter ao que seria uma ordem econômica do ser; ora expressa uma síntese normativa dos princípios e regras determinados por uma constituição, possuindo um forte conteúdo normativo apto a vincular o legislador ordinário e a consubstanciar um referencial hermenêutico e de integração.

No segundo sentido, normativo, a constituição econômica é uma expressão formada, segundo Irti, indevidamente pela mescla do critério jurídico com o critério material ou conteudístico, referindo-se à qualidade da norma que dispõe sobre a matéria econômica. Essa composição do termo poderia dar o ensejo ao equivocado entendimento de que haveria núcleos materiais autônomos na constituição, prejudicando a sua unidade.

Como bem observa Irti (2003, p. 15-16), tal separação poderia, ainda, dar razão a Carl Schmitt (1998, p. 162) quando observa que os métodos tradicionais do século XIX encetaram a separação entre Estado e sociedade, política e economia, em razão do que esclarece que a constituição econômica é a própria constituição do Estado, não justificando a negação da sua origem política. Assim, destaca a unidade complexa e interna da constituição, em que as normas de conteúdo econômico se integram com as demais na compostura constitucional. E vai ser justamente essa percepção de unidade complexa e tensa entre o jurídico, o político e o econômico que marcará a transição do Estado Liberal para o Estado Social, superando a distinção típica do liberalismo e que embasa uma postura absenteísta do Estado.

Eros Roberto Grau (2004, 71-72), por sua vez, considera que a constituição econômica não se limita às previsões constantes do texto constitucional, entendendo existir uma constituição econômica material e uma constituição econômica formal. Ressalta que, considere-se a constituição econômica como responsável pela institucionalização de uma determinada ordem econômica (do ser), ou que se a configure por colher princípios e regras ordenadoras da atividade econômica, a ausência de tais preceitos ou disposições, em quaisquer dos dois sentidos, não ilide a existência de uma constituição econômica implícita, correspondendo a um não-Direito ou a uma constituição econômica natural.

Com efeito, Grau (2004, p. 63-64) sustenta que a constituição econômica, como expressão da ordem jurídica, promove a institucionalização de uma ordem econômica, o que se constata nas constituições do liberalismo, já que o direito é constitutivo do modo de produção, cuja reprodução não se opera senão pela forma jurídica da institucionalização promovida pelo direito através da interação com os outros âmbitos componentes do todo complexo.

Antes mesmo do surgimento das constituições modernas era possível, portanto, constatar a existência de normas que institucionalizavam determinado modo de produção, ou seja, asseguravam a persistência ou manutenção da ordem econômica do ser pelo resguardo dos elementos que lhe davam compostura.

Evidencia-se, de qualquer sorte, que a constituição econômica deve ser integrada e compreendida no âmbito da unidade da constituição, como também que não exaure o sentido da disciplina da ordem econômica, impondo a sua orientação normativamente vinculante ao legislador ordinário.

Não obstante isso, essas dimensões de superação da separação entre Estado e sociedade, política e economia, não serão próprias ao período subsequente ao surgimento das constituições modernas.

No âmbito do constitucionalismo liberal e do Estado de Direito Liberal não havia uma constituição econômica expressa, abstendo-se de regular e dirigir as relações travadas no sistema econômico, o que é próprio às constituições econômicas de feição dirigente por força das normas programáticas que lhe são comuns, que só surgiriam mais tarde.

A constituição econômica existente é implícita, por cingir-se a institucionalizar normativamente o sistema econômico capitalista através da regulação da não regulação, sem pretensões de dirigir o sentido da atividade econômica ou de qualquer forma imprimir-lhe um sentido; ou seja, a consagração das liberdades econômicas, da igualdade formal e da propriedade privada propicia a institucionalização jurídica do sistema econômico capitalista, dando contornos jurídicos ao mercado, instituição concebida como meramente natural; todavia, sem a previsão de tais direitos o mercado não subsistiria enquanto instância de auto-regulação orientada pelo princípio da livre concorrência.

Assim, “*La ‘constitución económica’ del Estado liberal es, en gran medida, la constitución del autogobierno del mercado y de la primacía de la economía*”<sup>98</sup>, como registra Antonio Cantaro (1997, p. 153), ou seja, institucionaliza as condições para afirmação e consolidação dos direitos e princípios jurídicos que promovem a institucionalização do capitalismo, com a economia de livre mercado.

Ademais, depreende-se das constituições e declarações de direito do período que, a par de ser possível sustentar um certo caráter projetivo, nota típica dos direitos fundamentais desde a sua origem, como adrede mencionado, não havia qualquer sorte de disposições que

---

<sup>98</sup> Destaques no original.

previssem os objetivos e as finalidades da ação pública, salvo as que se referiam à conservação dos direitos individuais, como abordado quanto à Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão.

Gilberto Bercovici (2005, p. 32) corrobora o que se vem de afirmar ao sustentar que no liberalismo prevalecia a concepção de que havia uma ordem econômica natural que dispensa qualquer influência jurídica ou política, não precisando de tutela constitucional; contudo, “A Constituição econômica existia para sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade.”

No mesmo sentido, António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques (2004, p.33-34) salientam que a relativa ausência de normas de conteúdo econômico nas constituições liberais não importou em ausência de constituição econômica, pois havia disposições com incidência direta ou indireta sobre a ordem econômica, como as liberdades e a propriedade privada; ademais, reflete uma concepção de Estado que não se volta a intervir na economia, bastando-se na aceitação e na garantia, como princípios regulatórios da atividade econômica, da propriedade privada, da livre concorrência e da liberdade contratual.

As deficiências da capacidade de auto-regulação do mercado segundo o princípio regulativo da livre concorrência vão conduzir a que o Estado tenha uma postura ativa e, deixando de lado o absentismo, passe a intervir sobre a ordem econômica de variadas formas, o que se dá com a constitucionalização explícita da ordem econômica mediante normas que vão vincular o poder público no sentido de promover uma direção planejada da atividade econômica para a realização de determinados objetivos que sejam constitucionalmente relevantes, marcando a transição para o Estado Social.

Faz-se mister aprofundar, ainda que dentro das limitações e da pertinência ao presente estudo, a questão atinente aos fins e limites da ação do Estado, muito própria ao Estado de Direito Liberal e previa à devida compreensão do sistema capitalista e da transição para o Estado Social.

#### 3.1.4.2 Os objetivos do Estado de Direito Liberal



A questão atinente aos objetivos do Estado é tema recorrente no âmbito da filosofia política e da teoria geral do Estado, embora não lhe seja conferido o justo lugar que lhe deveria caber, contra o que se insurge Hermann Heller (1998, p. 257) ao salientar que a reflexão sobre os fins do Estado constitui o tema fundamental da teoria geral do Estado.

Com efeito, é cediço que os elementos constitutivos do Estado costumam ser o povo, o território e a existência de um governo soberano. Na medida em que um povo detém a autoridade de impor uma única ordem jurídica pela qual institucionaliza o exercício do poder político e o monopólio da violência legítima sobre um determinado território, está-se diante do Estado.

Embora Georges Burdeau (2005, p. 14) considere que a essência do Estado consiste numa idéia, reconhece ser prosaico asseverar que sem território, população e autoridade não haveria Estado.

Também Kelsen (1995, p. 207) menciona a doutrina tradicional que concebe como elementos constitutivos do Estado o território, o povo, e o poder soberano, a despeito de, adaptando tais elementos em conformidade com as premissas da sua teoria pura, repute que o território seja o âmbito espacial de validade da ordem jurídica nacional e o povo, por sua vez, o seu âmbito pessoal de validade.

Uma das análises mais dedicadas a eliminar quaisquer traços teleológicos da caracterização do Estado é a promovida por Max Weber (2005, p. 55-56) ao rejeitar que o Estado possa se definir por seus fins. A negativa de Weber se fundamenta na impossibilidade da existência de fins que sejam típicos e exclusivos do Estado, diante da variedade e da contingência daqueles de que o Estado já se incumbiu. De outro lado, também não identifica funções ou atribuições que sejam exclusivas do Estado ou dos grupamentos que o antecederam.

Nesse sentido, Weber entende que o Estado não se caracteriza pelas suas finalidades, quer pela contingência e variedade dos fins, quer pela ausência de exclusividade, passando a ressaltar como nota típica não os objetivos do Estado, mas o meio de que se serve para a atuação, consistente na coação física.

Weber (2005, p. 62) compreende o Estado moderno, também na feição liberal, como “[...] agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima”, violência essa que se constitui em instrumento de domínio. O objetivo do Estado seria, então, obter os meios para a sua ação, o que encerra um certo paradoxo. Já que as finalidades são

contingentes e ao Estado nunca competiu nenhum objetivo em caráter de exclusividade, deve se dedicar apenas a monopolizar a violência legítima, que é o seu meio de ação; o problema é para quê seria esse meio de ação. Se para a violência legítima, então se está numa circularidade próxima à tautologia.

Assim, não se adere ao sentido comum teórico quanto à exclusão dos objetivos quanto aos elementos constitutivos do Estado. Quais sejam esses objetivos e finalidades é uma questão variável no tempo e no espaço, por serem expressões da vivência e da experiência existencial de um povo, materializando os seus anseios e expectativas, a representação que tem de si e do futuro. Isso não contra-indica uma conclusão elementar: de que toda a associação humana, enquanto agrupamento, só existe em razão de um ou mais fins que propiciaram a coesão e a unidade, sendo o elemento de ligação e união entre os membros, no caso, da comunidade política.

Enquanto expressão cultural, os objetivos são variáveis, mas não deixam de ser, sejam lá quais forem, o elemento de ligame social, de que provém a solidariedade inerente a qualquer comunidade política. Em corroboração ao que se vem de afirmar, Thomas Fleiner-Gerster (2006, p. 580) indica a variação dos objetivos o Estado em razão da estrutura da divisão de trabalho e do grau de interdependência social, modificando-se de acordo com a evolução da sociedade.

Também Heller (1998, p. 257-259) tem como evidente a impossibilidade de se definir com precisão os fins do Estado, pois a sua identificação deriva das condições sociais existentes na medida em que são resultantes da situação natural e cultural de um povo.

E tais objetivos e fins, desde o Estado de Direito Liberal, inicialmente com menos intensidade, têm sido objeto de previsão constitucional, eis que se a constituição é o documento fundacional da existência do Estado, nada mais natural do que explicitar e determinar em derredor de que se dá tal fundação.

Naturalmente, como já se depreende, essas considerações são de sobrelevada relevância para o tema em estudo, posto que o dirigismo constitucional tem um dos seus traços típicos mais destacados o caráter de imposição de objetivos e finalidades ao Estado, que não deixavam de estar pressupostos nas constituições liberais.

De qualquer sorte, no estágio atual do constitucionalismo, não apenas brasileiro, mas em geral, pode-se invocar como objetivo comum a todos os Estados que se filiem ao modelo republicano de um Estado Democrático de Direito a proteção, promoção e satisfação dos direitos fundamentais, não se podendo jamais olvidar que “[...] o Estado, em última instância, está a serviço dos homens” (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 580).

E por estar a serviço dos homens deve-se voltar ao atendimento das necessidades que são tuteladas através dos direitos fundamentais, da mesma forma que a democracia deve ser compreendida em sentido material a fim de propiciar um governo que também esteja a serviço do povo.

Firmada, então, a posição acerca do caráter constitutivo dos objetivos do Estado, faz-se mister apreender as concepções que se estabeleceram sobre a questão no âmbito do Estado de Direito Liberal.

Para tanto, deve-se ter a perspectiva de que, independentemente de que tipo ou modelo de institucional de Estado se esteja tratando, se do Estado de Direito Liberal, ou do Estado de Direito Social, ou, ainda do Estado Democrático de Direito, a questão atinente à averiguação dos seus objetivos, tidos como objetivos comunitários, é deveras complexa, como bem ressalta Humboldt (s.d, p. 11)<sup>99</sup>.

A complexidade da empreitada exige mais atenção e esmero, não se podendo demitir-se desse mister, até porque o objeto do presente estudo consiste, justamente, na defesa da viabilidade e efetividade dos programas constitucionais dirigentes das políticas públicas e das ações estatais para os objetivos fundamentais do Estado, que exprimem objetivos comunitários, responsáveis pelo ligame social e pela solidariedade social, de que provêm os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Outrossim, a complexidade é maior porque a cada modelo político-institucional de Estado há outros fins que se agregam ou que substituem outros, pois há uma relação de implicação mútua.

No âmbito do Estado Liberal a delimitação dos seus objetivos é sustentada por John Locke (1998, p. 495) ao asseverar que o fim maior e principal de qualquer associação política é a conservação da propriedade. Locke (1998, p. 499-500) reputa que todas as funções do Estado não podem estar dirigidas a “[...] outro *fim* a não ser a *paz*, a *segurança* e o *bem público do povo*”, objetivos que se erigem em derredor da conservação e proteção da propriedade mediante medidas que a resguardem dos inconvenientes oriundos do estado da natureza.

Humboldt (s.d, p. 13-17) reflete sobre os fins do Estado e a ele vincula as

---

<sup>99</sup> Com efeito, para Humboldt “Quando se comparam entre si as Constituições dos Estados mais notáveis e se comparam com as opiniões dos filósofos e políticos mais acreditados, causa espanto, e talvez não sem razão, verificar que se trata de um modo tão completo e que se resolve de um modo tão pouco preciso um problema que parece digno, não obstante, de chamar a atenção: o problema dos fins para os quais deve dirigir-se a instituição do Estado no seu conjunto e dos limites a fixar na sua acção.”

limitações da ação estatal, explicitando que os meios de consecução desses fins não são mais a espada e a força, mas as luzes e a cultura que os impõem forçosamente; não obstante isso, percebe a dificuldade de, observando a história das constituições políticas, constatar qual seja o âmbito de ação do Estado. O tal âmbito, que conforma os seus limites de ação, é variável conforme se lhe atribua a proteção da liberdade ou, também, a promoção do bem estar físico e moral dos cidadãos, aferindo a existência de uma relação de tensão entre esses dois objetivos na medida em que a liberdade da vida privada aumenta quando diminui a liberdade da vida pública.

Em razão do relevo que confere à liberdade, e por achar que a atuação do Estado para a promoção do bem estar físico e moral dos cidadãos acaba corrompendo os hábitos e gerando uma relação de dependência e acomodação, adere à proteção da liberdade como fim último da ação do Estado, apesar de reconhecer o entendimento doutrinário que sustenta a posição contrária, sendo-lhes preferível a ação para promoção do bem-estar, ainda que com o risco de abuso na restrição das liberdades para a realização de tal desiderato.

Concebe Humboldt (s.d., p. 19) que o verdadeiro fim do homem, prescrito pela razão imutável, “[...] é a mais elevada e proporcionada formação possível das suas forças como um todo. E para esta formação, a condição primordial e inescusável é a liberdade”, além da pluralidade de possibilidades, a que chama de variedade de situações. Diante disso, infere da razão a exigência da mais plena liberdade para o homem, como se depreende do excerto abaixo, *in verbis*:

*[...] a verdadeira razão não pode desejar para o homem nenhum outro estado senão aquele em que não somente cada indivíduo goze da mais completa liberdade para desenvolver-se por si mesmo e em sua própria individualidade, mas no que, além disso, a natureza física não receba da mão do homem mais forma que a que queira imprimir-lhe livre e voluntariamente cada indivíduo, na medida das suas necessidades e inclinações, restringida apenas pelos limites da sua força e do seu direito.<sup>100</sup>*

Humboldt (s.d, p. 26-27) considera que a atuação do Estado para o bem-estar positivo da nação acarretaria conseqüências negativas, consistentes na redução das possibilidades e da pluralidade por conferir uma uniformidade à sociedade, pois “[...] quanto mais o Estado intervém, maior será a semelhança, não só dos meios com que actua, mas também de tudo o que é realizado”, e na debilidade das forças da nação pela redução da

---

<sup>100</sup> Destaques no original.

autonomia que as faz desenvolver.

Assim, explicitando o cerne da concepção liberal, contraria (HUMBOLDT, s.d., p. 29) a direção do Estado sobre a sociedade, por ensejar a dependência e a perda da autonomia individual, ocasionando, ainda, a debilidade da solidariedade, travando o impulso da ajuda mútua.

Daí se verifica o traço marcante no Estado de Direito Liberal consubstanciado na separação entre sociedade civil e Estado. Com efeito, a solidariedade, se existente, só poderia provir da própria sociedade civil, e não do Estado, entendido como elemento estranho às relações entre os membros da comunidade. Não havia a percepção ou a compreensão do Estado como expressão da dimensão comunitária de associação para promoção de determinados fins de ordem política, viáveis apenas segundo a institucionalização do poder político.

Os próprios direitos fundamentais, especialmente os sociais, exprimem a solidariedade social e os vínculos comunitários que enseja a formação comunitária em busca da segurança; no Estado de Direito Liberal, contudo, a solidariedade deveria ficar a cargo da benemerência e do altruísmo, que, certamente, não são lá muito consentâneos com a busca pelo auto-interesse propugnada pela razão liberal individualista.

Ademais, (HUMBOLDT, s.d., p. 38) a encampação da promoção do bem-estar positivo exige a multiplicação de instituições e o concurso de muitas pessoas, dando ensejo a uma nova profissão relacionada à gestão dos assuntos do Estado – antevendo, pois, a expansão da burocracia que ocorreria com o Estado Social – estabelecendo uma proporção consistente em que “[...] o número de funcionários e o volume dos arquivos aumente sem cessar de decênio em decênio, à medida que diminui a liberdade dos súbditos.”

Em razão de tantos inconvenientes e efeitos nocivos, Humboldt (s.d., p. 42) expressa o sentido dos objetivos da ação do Estado tipicamente de ordem liberal, na asserção de que “[...] o Estado se abstenha totalmente de velar pelo bem-estar positivo dos cidadãos e se limite estritamente a velar pela sua segurança entre eles próprios e frente aos inimigos do exterior, não restringindo a sua liberdade com vista a nenhum outro fim último.”

Logo, pelas contundentes reflexões de Humboldt, que apenas denota o espírito da época liberal, tem-se que as finalidades do Estado de Direito Liberal cingiam-se à promover o respeito e a conservação dos direitos individuais, notadamente da propriedade, ensejando a previsibilidade e a calculabilidade das relações sociais, muito caras ao capitalismo liberal que se instituíra, como corrobora Hermann Heller (2006, p. 118) ao salientar que uma das funções do Estado de Direito no liberalismo era propiciar segurança jurídica consubstanciada em

liberdade de tráfego nas relações econômicas.

O Estado de Direito Liberal teria objetivos sempre externos à sociedade civil e ao mercado, não lhe cabendo neles intervir, notadamente no mercado, mas apenas garantir as condições externas para que os agentes econômicos se desenvolvessem amplamente segundo suas próprias forças e os princípios regulativos que lhe são inerentes. Ao Estado caberia a segurança contra fatores externos, mantendo a unidade e a soberania da nação, como também diante de fatores internos de desagregação, resguardando a propriedade e as liberdades pela proteção da esfera privada mediante o poder polícia e a ordem pública.

Assim, segurança externa e interna, preservação da ordem pública e da esfera privada dos cidadãos e segurança jurídica propiciadora da calculabilidade e da previsibilidade são os fins do Estado de Direito Liberal, ainda que possam haver outros mais específicos, mas que são a um deles reconduzidos.

A tanto adere Böckenförd (2000, p. 21-22), para quem o Estado de Direito Liberal tem como característica fundamental a função de garantir as liberdades e a propriedade, legitimando a sua existência e tendo por finalidade “[...] promover el interés común de los individuos, y que esto es lo que constituye precisamente su carácter de ‘comunidad’ (res publica).”

Cabe, nesse ínterim, trazer à colação o entendimento do aludido constitucionalista tedesco, abaixo transcrito, *in verbis*:

En lugar de una orientación según bienes suprapersonales aparece la autorrealización de la subjetividad individual como sentido propio del orden público estatal. Y en la medida en que los supuestos que el Estado ha de crear para que sea posible esta autorrealización se concretan en la garantía de la libertad y la propiedad (y no por ejemplo en la igualdad social), el ordenamiento del Estado de Derecho se constituye como burgués, esto es, como referido a la adquisición y la posesión.

Registre-se que, em seu início, o Estado de Direito Liberal abrigava a conjunção de uma dimensão material e de uma dimensão formal, pois havia garantias formais e processuais tendo em vista a realização das finalidades relativas às liberdades e à propriedade; o problema proveniente da insensibilidade do Estado à realidade e aos desvios da auto-regulação do mercado, decorrentes do poder econômico, é agravado substancialmente quando se transita para uma noção de Estado de Direito meramente formal, no auge da vigência do capitalismo liberal. Essa preocupação é assinalada por Böckenförd (2000, p. 25) ao observar que a separação do elemento finalístico da compostura institucional do Estado o tornou

apolítico, propiciando ainda mais intensamente a expansão do poder econômico no ambiente de livre mercado.

A despeito das limitações da atuação do Estado, usualmente não interveniente sobre a atividade econômica, não se afigura pertinente qualquer concepção que o tenha excluído completamente da ordem econômica, pois nem mesmo o Estado Liberal foi completamente abstencionista, dedicando-se a proceder a uma intervenção tópica e subsidiária.

Nesse sentido, Eros Grau (2004, p. 16-17) adverte que o entendimento de que havia a atribuição ao Estado, até o advento do intervencionismo, apenas das funções de segurança e produção do direito deve ser mitigada em seu rigor, pois o Estado sempre interveio ou atuou sobre o domínio econômico, “Apenas, no entanto, agora o faz sob e a partir de renovadas motivações e mediante a dinamização de instrumentos mais efetivos, o que confere substância a essas políticas”, de modo que, mesmo durante o liberalismo, procedia à intervenção quando a tanto demandado. Essa percepção também é comum a André Ramos Tavares (2003, p. 48-49) para quem todo o Estado foi e é, em alguma medida, interventor.

De forma mais minuciosa e crítica, Juan Ramón Capella (2002, p. 126-127) indica caberem ao Estado moderno, ou ao Estado de Direito Liberal, três funções primordiais, que seriam: a atuação subsidiária dos agentes econômicos privados para viabilizar as condições gerais da atividade produtiva no que não fosse assegurado pela esfera privada, a repressão das ameaças ao modo de produção capitalista oriundas das classes excluídas da apropriação dos bens de produção e a promoção da integração dessas classes pelo consentimento ao sistema.

Com efeito, vislumbra-se que a ordenação do direito civil sobre a propriedade, do direito comercial com o acento na mercadoria e na empresa, a forte repressão penal quanto aos crimes contra o patrimônio, dentre outras medidas normativas, bem caracterizam a proteção aos princípios e direitos basilares do capitalismo liberal. O surgimento de toda uma repressão quanto à vadiagem, surgida com a Questão Social, denota a função de proteção ao sistema econômico e à manutenção do *status quo* no que respeita às relações sociais. Avelãs Nunes (2007, p. 180), nesse contexto, acrescenta que o Estado legislava sobre as relações de trabalho para ampliar a jornada, proibir os sindicatos de operários e fixar o salário mínimo.

A ampliação do âmbito de intervenção do Estado, associada à modificação de suas funções e finalidades, transitando de uma intervenção meramente tópica a uma intervenção sistemática voltada para a direção da atividade econômica, ocorre progressivamente, permeando o desenvolvimento do capitalismo liberal.

Expostos os objetivos do Estado de Direito Liberal, faz-se mister, ainda que se

atendo ao objeto do presente estudo e na medida em que guarde com ele relação, adentrar na forma de institucionalização do sistema econômico capitalista e de seu desenvolvimento, pois serão as suas próprias estruturas que exigirão a intervenção sistemática do Estado e, mais tarde, a transição para o Estado Social mediante o advento do constitucionalismo social, que encontra a sua forma mais desenvolvida no constitucionalismo dirigente<sup>101</sup>.

### 3.1.4.3 A institucionalização do sistema econômico capitalista

O capitalismo se constitui num sistema econômico fundado na existência da propriedade privada dos bens de produção<sup>102</sup> e na instituição de uma economia de livre mercado, que se dá pela garantia das liberdades, notadamente da liberdade econômica e da livre concorrência.

Ao ser passível de aquisição individual, os agentes econômicos que detêm capital dedicam-se ao desempenho de determinadas atividades econômicas, voltando-se à produção de bens e serviços que vão circular até chegar ao mercado, quando são disponibilizados para o consumo; como nem todos têm acesso ao capital, não tendo condições de angariar bens de produção, há os que apenas dispõem da sua energia pessoal para integrar ao processo produtivo, que são os trabalhadores. O agente econômico capitalista objetiva aumentar ao máximo possível a sua margem de lucro, reduzindo os custos de produção, maximizando-a ao que seja viável e, com o consumo dos bens e serviços por ele produzidos, satisfazendo o seu auto-interesse.

Esse processo, sucintamente enunciado, consubstancia uma progressiva acumulação de capital através do lucro, de que se origina a concentração de renda e a formação do poder econômico por determinados agentes.

Evidenciam-se, nesse âmbito, as etapas de produção, circulação, repartição e consumo como momentos do ciclo econômico, durante as quais se dão distintas atuações dos agentes econômicos numa economia de livre mercado.

Para que fosse possível o desempenho da atividade econômica não bastaria,

---

<sup>101</sup> Caso se prefira distingui-los e não entender que constitucionalismo social é o germe do dirigismo constitucional, ou que esse já estava latente, em sentido potencial, naquele.

<sup>102</sup> A despeito da já aludida advertência de Eros Grau (2003, p. 54).



contudo, apenas a propriedade privada dos bens de produção, exigindo o estabelecimento de vínculos jurídicos – imprescindíveis à segurança do agente econômico e propiciando-lhe previsibilidade e calculabilidade – entre o detentor de capital e o trabalhador, entre os que interagem nas distintas etapas do ciclo econômico e, ainda, entre o comerciante e o consumidor.

Em consonância com os fundamentos do liberalismo político e, principalmente, do liberalismo econômico, firmada a separação entre Estado e sociedade, concebeu-se que a necessária instância de regulação das relações travadas na ordem econômica não poderia ser o Estado, mas o mercado, entendido como ambiente natural no qual se firmariam as relações entre os vários componentes do processo econômico de forma racional, e que tal racionalidade só poderia advir da mais ampla livre iniciativa, tendo como princípio regulador a livre concorrência.

Assim, o liberalismo que fundamentou a ideologia subjacente às constituições e declarações de direito do período sustentava a necessidade de reconhecimento de determinados direitos tidos como fundamentais para a instituição do sistema econômico capitalista, como, e principalmente, a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade privada dos bens de produção.

As liberdades remeteriam para uma regulação realizada no âmbito do próprio mercado, pelas forças naturais dos agentes econômicos, guiados pela mão invisível do mercado em direção à satisfação do auto-interesse, consubstanciando no lucro e na acumulação de capital, premidos pela lei da oferta e da demanda e pela existência da competição.

Seria justamente a livre concorrência o princípio de regulação das relações travadas pelo agente econômico capitalista, interferindo na produção e no mecanismo de preços e distribuição dos produtos e serviços.

A livre iniciativa permitia aos que detivessem capital explorassem a atividade econômica que desejassem, sem qualquer condicionamento do Estado, organizando-se autonomamente, sujeitando-se apenas às leis do livre mercado. Assim, investia o seu capital como bem entendesse, integrando-se ao mercado quando, então, passava a se submeter à competição com outros agentes econômicos que, eventualmente, desempenhassem a mesma atividade produtiva, também almejando o lucro e a acumulação de capital, seja para revertê-lo na atividade produtiva, seja para melhoria da sua condição pessoal.

A livre concorrência, por sua vez, entendida como princípio de regulação do mercado, era vista como mecanismo regulador dos preços, do valor dos salários e da

eficiência do mercado. Dos preços porque a competição acirrada impunha a diminuição para tornar os produtos e serviços competitivos; do valor dos salários porque a necessidade de competitividade refletida na redução dos preços não seria arcada pela margem de lucro, mas pela diminuição dos custos de produção, repercutindo inicialmente nos salários e no aumento de tempo de trabalho. Outrossim, como não havia a capacidade de integração de toda a mão-de-obra, havia também um mercado de mão-de-obra formado pelos desempregados, conhecido como exército de reserva, pressionando o valor dos salários para baixo, justamente pela ampla oferta de trabalho; a eficiência do mercado em razão da compreensão de que o agente econômico que não conseguisse se firmar num ambiente de competição deveria dele ser extirpado pela sua ineficiência, prejudicando a regularidade e o equilíbrio do mercado. A inspiração no modelo darwiniano da evolução natural é evidente<sup>103</sup>. Daí advém a disciplina inicial das falências, muito duras justamente ao entendimento de que a empresa que quebra deve ser afastada da atividade produtiva, limpando o mercado de agentes ineficientes.

A economia de livre mercado propiciaria o aumento da riqueza, com a otimização da eficiência e a exclusão daqueles que não tivessem capacidade para competir e manter-se no mercado. Da mesma forma, ensejaria sempre uma acessibilidade aos produtos, pois a competição tornaria os preços sempre mais baixos, e estimularia a melhoria e a potencialização da produção, sendo, conseqüentemente, um princípio de regulação do mercado, juntamente com as leis da oferta e da demanda.

As liberdades e a propriedade privada dos bens de produção, como direitos individuais, estavam subordinados à *interpositio legislatoris*, consoante aludido. Com o sufrágio restrito, a burguesia compunha o parlamento e, conseqüentemente, regulava, ou não, tais direitos ao seu bel-prazer e interesse. Como a lei era expressão da vontade geral e essa era, na verdade, expressão dos interesses burgueses, não apenas o Estado de Direito seria liberal, mas a própria lei seria liberal-burguesa. Do governo do arbítrio dos homens, transitava-se para o governo das leis que, no âmbito econômico, demitiam-se desse encargo, deixando também às leis, mas só que às do mercado, a regulação das relações econômicas travadas no capitalismo.

Em corroboração ao que se vem de afirmar, cumpre colacionar a doutrina de Daniel Sarmiento (2004, p. 382), abaixo transcrita, *in verbis*:

---

<sup>103</sup> Notadamente, segundo a concepção otimista de Karl Popper (2006a, p. 26-27) sobre a aplicação da teoria da evolução a outros sistemas sociais, como o econômico.

Interessante notar que a consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vitais para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à nobreza. Estas medidas criavam o arcabouço institucional indispensável para o florescimento do regime capitalista, pois asseguravam a segurança e a previsibilidade tão indispensáveis para as relações econômicas.

O mercado, então, era integrado por leis naturais, como sustentado pelos fisiocratas e defendido pelo liberalismo econômico, que conformava de forma necessária e eficiente as relações econômicas, dando-lhe uma ordem e sentidos próprios, donde provém a noção de ordem econômica do ser, bem esclarecida por Eros Roberto Grau (2004, p. 60), comportando um caráter misterioso que lhe granjeia fascínio, entendendo que, enquanto referida ao mundo do ser, como conceito de fato, expressa uma realidade já suficientemente organizada e normatizada por si própria, dispensando qualquer determinação heterônoma, pois “[...] é antecipadamente descrita (na síntese que a expressão encerra) como adequadamente ‘ordenada’, isto é, normatizada e, portanto, regulada”.

Todavia, para que o mercado não sofresse qualquer desequilíbrio quanto à capacidade de auto-regulação, na condição de sistema natural, era imprescindível que houvesse determinados pressupostos, que poderiam ser sintetizados na atomização da produção e do consumo, com uma pluralidade de agentes econômicos dedicados às várias atividades, vários em cada setor de produção ou da atividade econômica, homogeneização dos bens e serviços disponibilizados, como também uma gama de consumidores bem variegada, além da igualdade de condições de competição.

Essa primeira etapa do capitalismo consubstancia o capitalismo concorrencial que, segundo Avelãs Nunes (2007, p. 178) costuma designar a realidade econômica dos países que sofreram a revolução industrial a partir de fins século XVIII.

Atendidos os aludidos pressupostos, Avelãs Nunes destaca que o preço dos produtos e serviços era formado no mercado, sendo o consumidor o detentor do poder econômico, pois para ele, de acordo com a sua demanda e as suas necessidades era estabelecida a produção e a regulação das relações para com os trabalhadores e, reciprocamente, entre os concorrentes. A economia funcionaria por si só, sem qualquer recurso ou interferência por parte da política, de modo que (NUNES, 2007, p. 180) “[...] o estado não devia intervir na economia, a idéia de que *o direito (o estado) parava à porta das fábricas.*”

Dessarte, na etapa do capitalismo concorrencial o Estado Liberal atuava apenas

tópica e subsidiariamente, exercendo as atividades indispensáveis à preservação e desenvolvimento da atividade produtiva e que não fossem atrativas à iniciativa privada ou que não conseguisse arcar com os investimentos e o capital necessários. Além disso, como salienta Avelãs Nunes (2007, p. 181), cabia-lhe atuar esporadicamente diante de algum risco mais grave ao sistema.

Essa configuração do Estado Liberal, nos albores do capitalismo, consubstanciou o que André Ramos Tavares denomina como Estado Liberal mínimo (2003, p. 49), que se associou a um momento em que o principal meio de ação do Estado deixa de ser a violência e passa a ser o direito, que, inclusive, condiciona e legítima a violência, como observa Dieter Freiburghaus (1991, p. 53-54), pois “[...] toutes les actions étatiques doivent se fonder sur le droit”.<sup>104</sup>

Dentre as atividades necessárias, mas, muitas vezes, não atrativas, estavam os serviços públicos que, além de serem imprescindíveis para a comunidade, também o eram para o capitalismo, porque (GRAU, 2004, p. 21) “Em outros termos, não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica, no campo dos serviços públicos”, destacando-se o desenvolvimento de todo um sistema de transporte de cargas por via férrea ou marítima, bem como o controle da higiene sanitária dos produtos fabricados.

Não obstante isso, os mencionados pressupostos para a afirmação devida e equilibrada da concorrência como princípio de regulação do mercado, e a sua natural ordenação através das leis naturais da oferta e da demanda mediante a ação racional dos agentes econômicos voltados ao auto-interesse, revelaram-se materialmente inatingíveis, além de passíveis de desvirtuamento.

Com efeito, o modelo de auto-regulação do mercado só seria eficiente em condições ideais de competitividade, o que não era possível de se efetivar, além do que, mesmo como idéia reguladora, ficava difícil de ser aproximadamente atingida em virtude do desequilíbrio que o mercado passou a apresentar quando do surgimento de um fator absolutamente ignorado pelo liberalismo, qual seja, o poder econômico.

O capitalismo, em verdade, encerra vícios que conduziriam à erosão dos seus próprios fundamentos, pois a estrutura de auto-regulação do mercado e a tendência à formação de monopólios e oligopólios, num ambiente de livre iniciativa e livre concorrência

---

<sup>104</sup> Em tradução livre, “[...] em que todas as ações estatais devem se fundar pelo direito.”

sem uma intervenção sistemática do Estado, levava à concentração de capital e à formação do poder econômico, de modo que aquele que detivesse poder econômico passava a adquirir seus concorrentes menores, ou a adotar práticas para eliminar a concorrência, com o fim de dominar o mercado e aumentar os lucros arbitrariamente.

Eros Grau (2004, p. 17-18) ressalta que o poder econômico não era objeto de preocupação do modelo clássico de mercado e, conseqüentemente, da sua auto-regulação, sendo não apenas recusada a sua existência, mas também ignorada, facilitando o controle dos mercados pelos detentores do poder econômico, cientes de sua capacidade de dominação.

Assim, o capitalismo passou a revelar o seu caráter autodestrutivo, pois a intensa liberdade que fundou a sua consolidação estava negando os seus princípios basilares, além de demonstrar a incapacidade do mercado de prover a auto-regulação diante das manifestações de poder econômico. O surgimento do poder econômico transfere o centro de determinação das ações dos agentes econômicos em geral para aqueles agentes que detêm poder econômico, tornando-se a direção do mercado orientada pela acumulação de capital. Ultrapassa-se o consumidor e se passa a focar na produção. A atividade produtiva terá a função adicional de criar a demanda.

Essa concentração de capital ficou ainda mais facilitada com o surgimento das sociedades, em substituição às empresas individuais, pois a sua estruturação jurídica permitia um aporte muito maior de capital, de todo necessário para o desempenho das novas atividades econômicas encetadas a partir da Revolução Industrial, exigentes de grandes inversões.

Os fatores que influenciaram o processo de formação de oligopólios e monopólios são bem destacados por Avelãs Nunes (2007, p. 183-184), identificando que a concentração de capital decorreu diretamente da concorrência estabelecida entre agentes que não detinham as mesmas condições de competição. A busca por novos meios de produção e pela diminuição dos custos acabava retirando do mercado, ou deixando em posição muito frágil, as pequenas empresas, que quebravam ou eram adquiridas por outras de maior poder econômico, sendo tidas por ineficientes, de modo que “As leis próprias do modo de produção capitalista conduzem à concentração de capital”.

Outro fator declinado (NUNES, p. 184-187) foi o progresso técnico derivado da segunda revolução industrial possibilitando o desenvolvimento das indústrias voltadas à siderurgia, à produção de veículos, de aparelhos elétricos, combustíveis, dentre outras, ensejando o alargamento do mercado pela diminuição das distâncias temporais e espaciais e pelo aprimoramento dos meios de comunicação, além da já mencionada necessidade de grandes investimentos.

Outrossim, as crises cíclicas levaram muitas empresas a desaparecer, estimulando a concentração de capital, o que se associava com a influência exercida pelo capital bancário, hoje melhor denominado de capital financeiro, aprisionando as pequenas empresas na concessão de créditos com juros impagáveis e, concomitantemente, constituindo importantes conglomerados pela união da atividade bancária à industrial e comercial, permitindo “[...] a concentração e centralização dos meios financeiros indispensáveis à definição e execução da estratégia imperialista do capitalismo.”

Diante disso, fez-se premente que o Estado viesse a intervir para preservar o próprio mercado e os fundamentos do capitalismo, mitigando as liberdades de livre iniciativa em defesa da própria concorrência, vindo a lume a legislação antitruste para corrigir os efeitos deletérios da auto-regulação do mercado em face do poder econômico.

Essa etapa do capitalismo, ainda na vigência do Estado de Direito Liberal, inaugura o que André Ramos Tavares (2003, p. 53-55) denomina de Estado interventor, percebendo com percuciência que há uma intervenção sistemática, mas voltada apenas ao próprio mercado, distinguindo-se daquela que a sucedeu, qualificada pela preocupação com a Questão Social, que originou, mediante o constitucionalismo social, o Estado Social.

A intervenção do Estado pelo desenvolvimento de uma legislação para proteção da concorrência, reprimindo os abusos do poder econômico, não atentou para outro problema substancial do capitalismo, que se revelou na Questão Social, para a qual o Estado de Direito, enquanto Estado Liberal, não estava preparado e não tinha a capacidade de enfrentar, revelando “[...] *a face sombria do Estado de direito*. Ele deixa ‘ao Deus dará’ a condição daqueles que não têm os meios de assegurar a existência pela propriedade.”

O adentrar na insuficiência e no caráter excludente do capitalismo, motivo principal da marginalização social e da exploração do poder econômico sobre o homem, conduz à percepção de que não apenas o Estado era o Leviatã e o inimigo do homem e dos seus direitos, situação mais agravada em face do legalismo imperante no Estado de Direito Liberal.

Devidamente explicitadas as condições de afirmação e consolidação, componentes do Estado de Direito enquanto Estado Liberal, torna-se premente investigar mais detidamente os elementos e as condições que levaram à instauração do constitucionalismo social e, conseqüentemente, da transição do Estado de Direito Liberal para o Estado Social, com a análise da discussão atinente à compatibilidade ou não de ambos os modelos.

O denominado Estado interventor já se integra à etapa do capitalismo denominada como capitalismo avançado ou capitalismo monopolista de Estado, que persiste e se

aprofunda a partir do Estado Social, quando “[...] despiu o manto que procurava apresentá-lo como instituição que nada tinha a ver com a economia e com os negócios dos homens e invadiu às claras a esfera económica”, o que Avelãs Nunes (2007, p. 196) caracteriza como sendo o Estado econômico. A partir da intervenção sistemática destinada a corrigir as falhas do mercado e a preservar o capitalismo, inclusive com a transformação operada quanto ao desenvolvimento do Estado Social, tem-se a institucionalização do capitalismo organizado.

Insta destacar que a análise do constitucionalismo moderno objetivou explicitar que, desde o seu advento, não houve uma devida limitação ao exercício do poder, pois tanto o poder legislativo e o poder econômico encontravam-se livres das devidas peias e, mais do que isso, encontravam no Estado de Direito Liberal o ambiente propício para se desenvolverem.

Tais constatações, entretanto, não ilidem a relevância do constitucionalismo moderno e o marco que representou, denotando, em verdade, a sua insuficiência, como também ocorreu com o constitucionalismo social nas bases em que foi inicialmente instaurado.

A transição da doutrina da regulamentação das liberdades para a doutrina desenvolvida em derredor das normas de direitos sociais com caráter programático ocasionou uma cisão dos direitos fundamentais e da ordem constitucional quanto a sua imperatividade, deixando ao livre talante do legislador a construção do projeto emancipatório e de libertação consubstanciado no Estado Social, ao qual o Brasil nunca chegou e que já se pretende que de lá retorne.

A doutrina da regulamentação das liberdades, embora superada, deixa o seu legado para os direitos sociais, que passam a ser concebidos como direitos que exigem uma realização progressiva mediante leis.

Passar-se-á à apreciação da Questão Social e do Estado Social para, então, adentrar na compreensão do constitucionalismo dirigente por uma reformulação da concepção de normas constitucionais, viabilizada e potencializada pelo neoconstitucionalismo.

Antes porém, cabe apenas uma referência a como o Brasil recebeu e se filiou ao constitucionalismo moderno, naturalmente com o atraso e as inconsistências próprias de uma ex-colônia que, no primeiro quartel do século XIX, pretendia se afirmar.

### **3.1.5 O constitucionalismo moderno brasileiro**

O constitucionalismo brasileiro, ainda que tardiamente, insere-se no ideário do constitucionalismo moderno com o advento a Constituição Imperial de 1824, adotando preponderantemente o modelo francês.

A Constituição de 1824 era partidária do liberalismo político e econômico, enunciando em seu art. 179 os direitos civis e políticos, componentes da primeira dimensão de direitos fundamentais, à semelhança dos demais textos constitucionais da época, sendo encabeçado o dispositivo pela liberdade, segurança individual e propriedade, não havendo grandes diferenças no elenco de direitos.

Não obstante isso, desde então havia, dentre o rol de direitos fundamentais, normas que impunham imposições ao legislador, uma de natureza normativa, consistente na previsão de instituição dos Códigos Civil e Criminal pelo inciso XVIII, e outra, que é uma imposição concreta, consubstanciada na prescrição das condições das cadeias públicas.

Por sua vez, o inciso XXIV é muito pródigo na consagração da livre iniciativa, enquanto o XXV proscree as corporações de ofício, associando-se ambos com o inciso XXII, que assegura de amplamente a propriedade privada, restando implícito apenas a livre concorrência.

O legislador contava com a mesma aura de respeitabilidade, sendo intrinsecamente bom e justo, a despeito de haver a previsão do poder moderador. Pimenta Bueno (2002, p. 92), partilhando das preocupações de Locke e de Montesquieu, assinala que a concentração dos poderes políticos em uma mesma pessoa, ao invés da divisão, comum nas sociedades mais antigas, ocasiona que eles fiquem “[...] entregues ao impulso, e porventura desvarios de uma só vontade, por isso mesmo que em tal caso ela é ilimitada, absoluta e competente [...]; a sociedade em todas as suas relações pende do arbítrio.”

O poder moderador foi previsto pela Constituição Imperial em seu art. 98<sup>105</sup>, sendo as suas atribuições e prerrogativas delineadas pelo art. 101, cabendo-lhe, dentre outras, as competências de nomear os senadores, sancionar decretos e resoluções da Assembléia Geral (que era a denominação do Poder Legislativo, já bicameral), dissolver a Câmara dos Deputados, quando exigido para a salvação do Estado, suspender os magistrados, aprovar e suspender interinamente as resoluções dos conselhos provinciais, perdoar e moderar as penas.

---

<sup>105</sup> Art. 98. O poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos.



Diante disso, verifica-se que o poder moderador se sobrepõe ao legislativo, podendo dissolver a Câmara dos Deputados, e ao Judiciário, por ser-lhe cabível suspender os magistrados.

Pimenta Bueno (2002, p. 281) exalta a adoção do poder moderador, que só pode ser atribuído às pessoas que gozem das qualidades do imperador, destacando ser quem tem a força para reprimir paixões, com a capacidade de evitar os perigos públicos, como também as ditaduras e revoluções.

Como peculiaridades encontram-se a limitada liberdade religiosa e a filiação do Brasil à Igreja Católica Apostólica Romana, que deveria ser respeitada e nutrida pelo Imperador, além do caráter semi-rígido, contraposto às constituições do período. O art. 178 previa como sendo materialmente constitucional as disposições atinentes às competências dos poderes públicos e aos direitos individuais e políticos, podendo as disposições que versem sobre outra matéria ser regularmente alteradas pela via legislativa ordinária.

De fora parte isso, cessam aí as semelhanças entre o Brasil e os Estados europeus e os Estados Unidos, posto que o contexto político, social e econômico brasileiro era substancialmente distinto, tendo sofrido uma colonização de exploração e fundando a sua atividade econômica na produção agrária, ora do açúcar, ora do café, associada a uma pecuária em rincões isolados e algumas outras culturas esparsas, voltadas ao mercado externo.

Fundando-se, inicialmente, em mão-de-obra escrava, não existia mercado interno devidamente apto a mobilizar a atividade econômica, prevalecendo somente a cultura de subsistência; com a abolição da escravatura, já as margens da República, sobreveio um desafio para a superação dessa crise quanto ao modo de produção, adotando-se a mão-de-obra estrangeira, formada por colonos, principalmente italianos. De qualquer sorte, também aqui se confirma a lição de Karl Marx (2008, p. 82) de que, na sociedade burguesa, “[...] os que trabalham não ganham e os que ganham não trabalham.”

Aliás, como registra Eric Hobsbawm (2007b, p. 203), não restaria nenhuma economia baseada em mão-de-obra escrava após 1890, nem mesmo Cuba ou Brasil, pois além de estarem isolados fisicamente pela proibição do tráfico negreiro, também o estavam moralmente, sendo reputada a escravidão pelo liberalismo burguês com prática ineficiente e moralmente indesejável.

Como a produção se baseava em um único produto e se destinava ao mercado externo, a economia brasileira era muito frágil, susceptível de sérios abalos diante de qualquer tropeço dos Estados importadores. A economia brasileira destinava-se apenas a fornecer matéria prima para exportação, adquirindo por importação a grande maioria dos produtos

manufaturados, seja pela ainda recente abertura dos portos, seja pela ausência de capacidade de inversão. A Revolução Industrial longe estava do Brasil, como também nem se visualizava ao longe os traços característicos daquele mercado preconizado por Adam Smith.

Celso Furtado (2003, p. 43-44), analisando o processo de independência do Brasil, observa que a independência exigiu um grande esforço diplomático e demorou a se consolidar economicamente pela persistência dos privilégios angariados pela Inglaterra, em parte decorrente das necessidades de reconhecimento da independência de Portugal e, ao mesmo tempo, importando em cessão de parcela de sua soberania.

A primeira metade do século XIX se constituiu como uma etapa de transição, com a consolidação da integridade territorial e busca pela independência política diante das dificuldades econômicas ocasionadas pelos privilégios ingleses, criando dificuldades de ação do governo e insurreições internas. Com o desenvolvimento da economia cafeeira e o aprofundamento das relações com os Estados Unidos, que o torna o maior mercado importador, ocorre uma progressiva independência da Inglaterra, fundada num sentimento de solidariedade continental, não sendo estendidos os privilégios após 1842, quando cessa a vigência do acordo anterior, resistindo às pressões inglesas. Entretanto, a economia encontrava-se com estruturas arcaicas e ainda fundadas na mão-de-obra escrava, com atraso do processo de industrialização; apenas com as tensões da economia cafeeira é que seria possível o advento dos elementos de um sistema econômico autônomo, concluindo-se a etapa colonial da economia brasileira.

Constata-se que o contexto político, social e econômico brasileiro longe estava de fazer ressonância ao ideário do constitucionalismo moderno, a despeito de, inequivocamente, ter esse ideário sustentado filosoficamente e politicamente a independência. Apesar disso, numa estrutura de produção arcaica, em que sequer havia as condições para desenvolvimento da atividade produtiva voltada para um mercado interno, incipiente e frágil, de pouca relevância a adesão ao liberalismo econômico, além do liberalismo político ficar restrito ao texto constitucional, pelos constantes abusos imperiais no exercício do poder moderador.

E diante disso é que se situa a pena de Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 160-161) acerca de importação acrítica de um sistema complexo e acabado de preceitos, sem a devida preocupação com a redução ao contexto nacional, nem mesmo quanto à sua pertinência e adequação, demonstrando a impossibilidade de aderência do liberalismo à prática política brasileira, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se

naturalizou entre nós. Só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incômoda, confirmando nosso instintivo horror às hierarquias e permitindo tratar com familiaridade os governantes. A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semi-feudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos.

Logo, infere-se que, buscando a sua independência, o Brasil aderiu a um ideário que não era necessariamente o seu porque não fora gestado para as peculiaridades e idiosincrasias do seu ambiente político, social e econômico, manifestamente atrasado, incompleto e contraditório, com relação à implementação do liberalismo na Europa. Outrossim, não consubstanciou um movimento oriundo das bases para promover a limitação ao exercício do poder político, nem mesmo uma insurgência popular contra os vínculos coloniais a Portugal. Postas as condições para a independência, não poderia, entretanto, deixar de se instituir uma nova ordem constitucional, a primeira do Estado recém-independente, impondo-se a adoção do modelo constitucional.

O Império brasileiro, caracterizado por uma monarquia constitucional frouxa quanto às limitações ao exercício do poder político pelo Imperador – em cujo governo, *verbi gratia*, houve a aposentadoria forçada de Ministros do Supremo Tribunal Federal, apesar das garantias da magistratura, tornando-o mais próximo de um despotismo esclarecido –, não persistiria, vindo a ruir praticamente em concomitância com a Abolição da Escravatura.

Assim, em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, elaborada com uma grande influência da experiência norte-americana sobre Ruy Barbosa, responsável pela compostura do texto constitucional.

Em geral, malgrado a transição de Estado Unitário para Federal e da Monarquia parlamentar para a República presidencialista, não houve uma grande alteração das bases sociais e econômicas, ainda muito distantes dos problemas e dificuldades enfrentados pelos países europeus e que exigiram o advento do constitucionalismo; de qualquer sorte, há um dado marcante e do maior relevo que repercute, senão tanto na economia, ao menos no âmbito social, concernente à abolição da escravatura e ao surgimento de um exército de reserva, integrando por potenciais assalariados de baixíssima instrução, viabilizando apenas o trabalho mais rudimentar possível, a par de inexistir muitas opções de trabalho quanto a outras atividades que exigissem melhor formação.

Mantendo-se nos trabalhos que desempenhavam, em parte, sujeitavam-se às mesmas condições, ou até piores em se cotejando com a situação anterior de escravidão. Os que não mantinham os vínculos com o trabalho exercido enquanto escravos estavam praticamente alijados do mercado, cabendo-lhes transitar para uma situação à margem da sociedade. Daí as distinções traçadas por Engels (2008, p. 106-107) entre a situação do proletário e do escravo. O escravo seria propriedade individual, tendo a sua existência, por mais miserável que fosse, assegurada pelo seu dono, não se sujeitando às flutuações oriundas da concorrência, sendo considerado um objeto. Já o proletário era propriedade da classe burguesa, pois a ela pertencia a mercadoria do seu trabalho, necessário para a sua subsistência e, como tal, subordinada às leis da concorrência, embora fosse reconhecida formalmente a sua personalidade e a sua condição de membro da sociedade civil. O escravo se volta contra a sua apropriação pessoal, enquanto o proletário se insurge contra a propriedade privada.

Nesse contexto, há tempos se vivenciava a crise do liberalismo na Europa, ultrapassados, por exemplo, o movimento de 1848 em França, como também as primeiras leis que se dedicavam ao tema da pobreza e do pauperismo, questões que também começavam a assolar o Brasil, só que não em virtude da grande exploração motivada pelo poder econômico proveniente da acumulação de riqueza resultante do processo produtivo maximizado durante a segunda revolução industrial.

Celso Furtado (2003, p. 157-160) bem analisa esse momento histórico brasileiro, destacando que a renda obtida pelo trabalhador assalariado destina-se quase totalmente aos bens de consumo, convertendo-se em renda para comerciantes e pequenos produtores, enquanto os grandes proprietários reservam uma parcela para acumulação do capital. Os pequenos comerciantes transformam uma parte da renda em gastos de consumo, concluindo que a massa de salários pagos no setor exportador constitui-se no núcleo de uma economia de mercado interno, podendo crescer, com a existência de outros fatores, até mais do que o mercado externo.

Da mesma forma que antes, o liberalismo, os direitos fundamentais, e as formas em geral de contenção ao exercício do poder estavam longe de se institucionalizarem no Brasil, encontrando diversos entraves não-institucionais, mas reais, como a política do café-com-leite, o voto de cabresto, o coronelismo, e a incipiente industrialização, dentre outros fatores, além de uma frágil atuação do Estado no âmbito econômico e dos serviços públicos. Ora, um liberalismo erigido contra um Estado que, apesar de arbitrário, sequer conseguiria colocar peias no processo econômico.

Em corroboração que se vem de afirmar, Raymundo Faoro (2001, p. 567) destaca

que a modernidade do brasileiro no século XIX e início do século XX significava ser liberal, concebendo a existência de uma ordem natural predeterminada e o afastamento do Estado da esfera particular. Registra que o liberalismo político permitiu o viçar do liberalismo econômico, “[...] com a valorização da livre concorrência, da oferta e da procura, das trocas internacionais sem impedimentos artificiais e protecionistas”, ensejando a prosperidade do produtor agrícola e do exportador, dois dos setores mais frágeis da economia, pois sujeitos às intempéries do mercado externo.

A despeito disso, ainda para Faoro (2001, p. 575), a década de 1881-1890, pré-republicana, abrigou a primeira manifestação industrial do país, referencial para a atividade manufatureira, embora se enfraquecesse mais adiante.

Nos contornos do presente estudo, não cabe adentrar no cerne da estrutura política, econômica e social brasileiras, mas apenas situar como se encontrava política e institucionalmente o Brasil, aderindo ao liberalismo e, conseqüentemente, à primazia do legislativo, embora surgisse em 1891 o controle de constitucionalidade pela via difusa, adotando Ruy Barbosa o *judicial review of legislation* do constitucionalismo americano.

O êxito parcial que o constitucionalismo liberal promoveu nos Estados europeus foi muito menos intenso do que nas plagas brasileiras, seja quanto ao crescimento econômico, seja quanto à expansão das liberdades, ainda que formais, com a implementação de técnicas de contenção ao exercício do poder, notadamente da Administração Pública e dos juízes. Não obstante isso, podia-se notar o surgimento da Questão Social pela exploração do trabalho existentes, com a estruturação excludente e marginalizante do incipiente processo produtivo, causando a pauperização do trabalhador no cerne das relações de produção.

Com efeito, a escravidão, a marginalização social, o desequilíbrio na atividade econômica, a concentração de poder e de riqueza, os grandes latifúndios, uma certa estrutura nobiliárquica de favores e concessão, e a falta da percepção entre o público e o privado conduziram a uma defasagem muito maior no Brasil entre o texto constitucional e o contexto de sua aplicação.

A categoria dos não-proprietários era intensa quase tanto quanto os não-assalariados, os laços sociais estavam frouxos e o poder político ainda se encontrava totalmente capturado pelos interesses econômicos, distanciando-se muito das condições de realização dos direitos fundamentais, em especial se partisse do pressuposto da ausência de ação estatal.

Disso se depreende que a luta do constitucionalismo pelo Estado de Direito e pelos direitos pelo Estado e em face do Estado, e, ainda, pelos estados de direitos é muito mais

árdua do que em outros países, notadamente os de capitalismo avançado. O Estado de Direito, materialmente fundado, constitui, concomitantemente, uma projeção das expectativas e anseios sociais, portadores do vínculo de solidariedade social, como também um projeto de construção conjunta da cidadania inclusiva que, como tal, há de ser desenvolvido pela reflexão acerca da normatividade da Constituição e dos direitos fundamentais.

Historicamente, as Constituições brasileiras são efetivas e constantemente invocadas quando se trata de suscitar questões atinentes ao poder, e corriqueiramente olvidadas no que respeita às liberdades e aos direitos fundamentais em geral.

A efetividade da Constituição quanto aos direitos fundamentais, à democracia, aos objetivos do Estado, à materialização e concretização dos valores que devem nortear a atividade econômica, outrora implícitos, hoje explícitos, conduzem a duas reflexões de maior relevo.

A primeira consiste na percepção de que o texto constitucional não pode tudo, da mesma forma que as idéias não conseguem mudar o mundo; todavia, o texto constitucional, como projeção de valores comunitários pertinentes aos vínculos de solidariedade social, pode algo, e esse algo é a direção para o futuro. Essa direção, como já indicado, estava subjacente até mesmo nos direitos individuais constantes da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e, como tal, é um elemento intrínseco do constitucionalismo enquanto fundador de pactos originários de comunidades políticas, que se associam em derredor de determinadas finalidades. Embora não possa tudo, não sendo suficiente, afigura-se como necessário e imprescindível para a transformação da realidade social.

Não ao fetichismo do texto e das normas, mas sim à potencialização da efetividade, em especial em Estados como o brasileiro, cuja construção político-democrática é usualmente assenhoreada pelo poder de grupos sectários ou pelo poder econômico, como se depreende pela história do constitucionalismo brasileiro.

O flagrante hiato entre texto e contexto, muito mais grave no Brasil do que em outros Estados, remete ao aprofundamento da Questão Social, agravada continuamente, mesmo durante o Estado Social, em razão do imobilismo da reflexão e do culto a paradigmas superados.

De qualquer sorte, objetivou-se demonstrar os fundamentos do constitucionalismo moderno, o seu relativo êxito, a institucionalização das condições e dos pressupostos jurídicos para a afirmação do sistema econômico capitalista numa ordem econômica do ser, com a implantação da economia de livre mercado, chegando-se a um Estado de Direito, tanto legal quanto Liberal. E por ser legal e liberal, onde havia o arbítrio legislativo e a desigualdade,

revelou suas insuficiências, tanto pelo caminho da formação de oligopólios e monopólios, erodindo os pilares do capitalismo e denotando o seu caráter autodestrutivo, quanto expondo a trágica Questão Social.

Nesse quadro, empreendeu-se uma breve contextualização brasileira, demonstrando o quão insuficiente e o quão inconsistente fora o constitucionalismo liberal brasileiro, em que nem o liberal e o legal estavam devidamente institucionalizados.

Essas reflexões são imprescindíveis para que, rememorando o passado, seja possível vivenciar o presente com a capacidade projetiva de futuro, sempre reconstruído, antecipado e reflexivo, demonstrando a questão central que desafia o constitucionalismo relativamente à efetividade dos direitos fundamentais, quais sejam: as relações firmadas com o legislador e com o mercado.

Desse modo, resta patente que as intrincadas relações entre constituição e legislador e constituição e mercado foram responsáveis pelo déficit de normatividade e pela não-afirmação da supremacia da constituição, muito mais trágicos em terras brasileiras.

O dirigismo, assim, justifica-se prontamente como postura teórica susceptível de afirmar as condições para a efetividade dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais, cultural e existencialmente construídos numa vivência comunitária que resista à crítica pós-moderna das metanarrativas e sustente a reinserção do Estado Social como dimensão do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, contudo, torna-se ainda premente voltar à memória para completar o circuito do constitucionalismo até o dirigismo, cabendo analisar os fundamentos, a necessidade, a implementação e a defasagem do Estado Social, com os seus êxitos e as frustrações, o que se passa a proceder, sem, evidentemente, o intento de traduzir todas as questões, das mais intrincadas, que o circundam.

### 3.2 O ESTADO DE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

A luta do constitucionalismo contra o exercício arbitrário do poder é progressiva e contínua, ora com retrocessos indesejados e forçados, ora com vitórias pontuais, mas importantes, que passam a sofrer riscos se os seus resultados não forem continuamente entrincheirados e blindados.

Se o Estado de Direito no constitucionalismo moderno, enquanto legal e liberal, voltou-se para a contenção ao exercício do poder da administração e do judiciário, tornou-se premente a necessidade de estender tais limites também ao legislador. E não só ao Estado no exercício do poder político, sobrevindo, da mesma forma, a limitação do exercício abusivo do poder econômico, seja para a preservação do próprio sistema, seja para a superação da Questão Social.

E essa nova luta se estabelece sem que tenha sido integralmente vencida a batalha anterior, agregando-se as dificuldades e tornando ainda mais complexos os desafios postos ao constitucionalismo diante da sua pretensão de erigir um Estado de Direito que seja constitucionalmente adequado ao contexto político, social e econômico.

Destaca-se a passagem de Pablo Lucas Verdú (2007, p. 137) reconhecendo que a institucionalização do Estado de Direito foi e é uma conquista, ao que adere Elías Díaz (1998, p. 110), referindo-se especificamente ao Estado de Direito Social como uma conquista histórica.

O Estado de Direito, progressivamente ampliado em sua significação material, e proveniente do constitucionalismo moderno, transitando pelo constitucionalismo social até o dirigente, diante das condições do texto e do contexto brasileiro, exprime uma potencial conquista em todas as formas e por todas as vias que assumiu, assume e assumirá, embora não com o êxito integral desejado, mas com o êxito possível, dentro do que era e do que é real e necessário<sup>106</sup>.

Essa luta do constitucionalismo, entretanto, antes de chegar à contemporaneidade, passou pela afirmação do paradigma de socialidade pelo qual se pretendeu conter o poder arbitrário do mercado, o poder econômico.

Inicialmente persistiu a problemática exclusão do legislador quanto a quaisquer limitações, não ocupando o foco das preocupações e reflexões constitucionais, obstaculizando a efetiva construção do Estado Social, a sua transição do texto para a realidade, que ficaria ao livre talante do poder legislativo.

Disso se depreende que o constitucionalismo social, responsável pela transformação do Estado de Direito Liberal em Estado de Direito Social, continuou com a penhorada crença na racionalidade, bondade e legitimidade do legislador, apresentando-se,

---

<sup>106</sup> Como será abordado, o dirigismo constitucional exige a associação dos programas e das direções normativamente vinculantes com o pensamento possibilidades, do real e do necessário, desenvolvido por Peter Häberle (2002, p. 78-79), notadamente no que respeita à inflexão da dimensão programática dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais sobre as políticas públicas.



também, como Estado legal; todavia, essa legalidade, pelas próprias características do Estado Social, teve de ser transferida, também ao poder executivo, descortinando outra série de problemas que antes não se puseram.

O Estado de Direito Social será, também, um Estado legal, só que não apenas do parlamento, mas também do executivo, tornando os direitos fundamentais ainda mais dependentes do legislador, esteja ele legitimado democraticamente, esteja ele legitimado finalisticamente. No primeiro caso, tem-se o parlamento; no segundo, o executivo. A supremacia do legislativo cede em face da hipertrofia do poder executivo.

A luta preconizada, no entanto, contrariamente do que ocorrido no constitucionalismo liberal, não se eleva contra o Estado, mas, como asseverado por García-Pelayo (1996, p. 85), efetiva-se mediante o Estado, por um Estado que esteja capacitado a exercer as suas funções interventivas, a desenvolver políticas públicas e a prestar serviços públicos que possibilitem a redistribuição da riqueza e a justiça social.

Os fundamentos de legitimidade do Estado estavam fortemente firmados nos princípios da igualdade e da solidariedade, exprimindo o ligame social em que se funda a socialidade ínsita ao Estado de Direito do constitucionalismo social, erigido diante da gravidade da Questão Social, marcada pela miséria e pelo pauperismo excludente causado pelo capitalismo industrial monopolista.

Embora não se dirija contra o Estado, mas vise a atuar através do Estado, o Estado de Direito Social terá a sua eficácia condicionada, dentre outros fatores, pela contínua dependência do legislador quanto aos novos direitos que, incorporados às constituições, integram uma nova dimensão de direitos fundamentais: os direitos sociais.

Naqueles Estados em que o processo democrático foi suficiente para impelir à efetiva institucionalização das promessas de emancipação social decorrentes da promoção dos direitos sociais, a questão atinente à *interpositio legislatoris* não foi tão sentida como condição para a realização de tais direitos; em outros, notadamente nos que têm uma democracia incipiente e um povo ainda não integrando aos espaços público-decisórios, foi um dos principais obstáculos, desafiando a reflexão constitucional e exigindo a transição do Estado de Direito Social para outro paradigma, que se afirmasse consistentemente a supremacia da constituição. A constitucionalização e a direção da política seriam notas típicas desse novo paradigma, dando origem ao Estado Democrático de Direito dirigentemente conformado e informado.

Por conseguinte, a aludida luta contra o exercício arbitrário do poder, seja do poder econômico, seja do poder político pelo legislador, encontra o seu ponto fulcral,

hodiernamente, no dirigismo constitucional, no que respeita ao texto e ao contexto constitucionais brasileiros, encerrando as quatro dimensões temporais aludidas por François Ost (2005, p. 18).

O constitucionalismo e as constituições brasileiras, liberais, sociais e dirigentes, encerram memória, perdão, promessa e questionamento, dimensões temporais que se reconduzem à radical reflexão acerca das condições e possibilidades do dirigismo constitucional, necessárias à reafirmação do Estado Social como dimensão do Estado Democrático de Direito.

Assim, a memória e o perdão induzem a um reavivar do constitucionalismo social e do Estado Social, como das promessas subjacentes aos direitos sociais, exigindo voltar o foco do presente estudo para os seus fundamentos e para a problemática pertinente à Questão Social.

### **3.2.1 A Questão Social e o constitucionalismo social instituidor do Estado Social**

O sistema econômico capitalista institucionalizado na ordem econômica do ser mediante a afirmação jurídica das liberdades, da igualdade formal, da propriedade privada e da segurança, valeu-se do mercado como instância de regulação das relações entre os agentes econômicos.

No constitucionalismo moderno, de matiz liberal, operou-se, então, um forçoso tratamento jurídico igual para todos, ao fundamento de que todos os homens, enquanto indivíduos dotados de razão e discernimento, devem governar e determinar a si próprios; contudo, esse princípio de autodeterminação dos indivíduos no âmbito da sociedade, associado ao da auto-regulação do mercado, conduzida pela mão invisível, mostraram-se falhos, olvidando a tendência natural do capitalismo para a concentração de capital e, conseqüentemente, formação de oligopólios e monopólios que possuíam poder econômico.

Com o poder econômico, tais agentes passam a ter a capacidade de determinar os preços e os mecanismos de distribuição dos produtos, inviabilizando o ingresso no mercado de outros agentes que objetivassem explorar a mesma atividade em estágio de concorrência. Não havia o seu pressuposto necessário, qual seja, a disputa igualitária.

Da mesma forma, no âmbito das relações sociais, o constitucionalismo moderno

erigiu um sistema de proteção voltado para aqueles que detinham a propriedade; através da propriedade seria possível prover a si próprio e a sua família, superando os riscos pertinentes tanto à segurança civil, como à segurança social, pois “Os indivíduos proprietários podem proteger-se por si mesmos, mobilizando seus próprios recursos, e podem fazê-lo no quadro legal de um Estado que protege esta propriedade”, do que Castel (2005, p. 22) identifica uma segurança garantida. Daí a afirmação de Karl Marx e Engels (2008, p. 82) de que a propriedade burguesa já não existia para nove décimos da sociedade e de que “[...] ela existe precisamente porque não existe para esses nove décimos.” A propriedade privada dos bens de produção tinha como condição necessária a impossibilidade de acesso da imensa maioria dos membros da sociedade a toda e qualquer propriedade.

Com efeito, a propriedade não era um direito passível de aquisição e fruição por todos os indivíduos, igualmente, seja aquela caracterizada como propriedade individual, pela qual se busca o consumo para a satisfação das necessidades básicas e vitais, de caráter existencial, como também a propriedade dos bens de produção, conformando o capital que era detido apenas por alguns membros da sociedade, que o utilizava no desempenho da atividade econômica por ele escolhida.

Ora, a ausência de capital conduzia à situação premente de obter as condições para aquisição dos bens de consumo necessários à subsistência própria e da família mediante a integração ao processo de trabalho também por quem não detinha capital, ofertando o único bem que possuíam e que, diversamente, não o possuía suficientemente o agente detentor de capital, qual seja: a energia pessoal convertida em trabalho. O trabalho era uma mercadoria cujo preço, o salário, correspondia ao mínimo necessário para sua subsistência. Esse mínimo variava de acordo com as leis da concorrência e com o êxito ou não do comércio (ENGELS, 2008, p. 105).

A relação do trabalhador com o capitalista, como se constata, é premida pela necessidade da contratação, de modo que não goza da igual capacidade de deliberação para firmar o conteúdo das cláusulas contratuais, o que, para a época, era irrelevante.

Constrangido o trabalhador pelos riscos sociais<sup>107</sup>, premido pela insegurança social, sujeito às intempéries que decorrem da vida em sociedade, sociedade essa constituída em oposição ao Estado e fora da sua capacidade de intervenção sistemática, encontrando-se na angustiante perplexidade de não ter a capacidade de dominar o seu futuro, como

---

<sup>107</sup> Para Castel (2005, p. 27), risco social é todo o evento que pode prejudicar a capacidade do indivíduo de prover por si próprio a sua independência social.

preconizado pelos arautos do racionalismo, outra alternativa não restaria senão sujeitar-se a quaisquer condições para a obtenção de qualquer remuneração que seja, a título de salário.

Assim surgiu a divisão social de classes, dando origem ao que o socialismo denominou de proletariado, caracterizado por Engels (2008, p. 105) como “A classe dos que não possuem absolutamente nada, que são obrigados a vender aos burgueses seu trabalho, para receber em troca os meios de subsistência necessários à sua manutenção”.

Se a propriedade era um direito fundamental, não figurando apenas como relevante no âmbito da ordem econômica, consistia justamente na sua condição de ser o substrato pelo qual se poderia angariar a segurança social e programar o futuro; todavia, o constitucionalismo moderno foi insensível, enquanto expressão dos ideais burgueses, àquilo que seria a condição dos não-proprietários. Como salienta Castel (2005, p. 28), tal questão não compôs o quadro de reflexão do constitucionalismo moderno e muito menos do ideário que deu ensejo à conformação da ideologia da modernidade.

Tanto a situação de insegurança dos não-proprietários à margem do mercado de trabalho, que não detêm capital e nem bens individuais suficientes à manutenção, precisando do salário para o provimento de suas necessidades, como a dos trabalhadores assalariados remete à pobreza e à exclusão social.

Nesse contexto, é importante perceber que o individualismo preconizava uma auto-representação da coletividade como sociedade, em que a relação entre os seus membros, dotados de autonomia e racionalidade, era governada pelo princípio da competição, diversamente do que se daria se a auto-representação ou a auto-instituição se referisse a uma auto-compreensão como comunidade.

A sociedade liberal, individualista e proveniente de uma cisão com relação ao Estado, era responsável por uma frouxidão nos vínculos sociais, não guardando a noção de solidariedade e de fraternidade, promovendo uma insensibilidade coletiva aos problemas coletivos de caráter individual, como os decorrentes da estruturação e conformação do capitalismo de livre mercado. Não havia a percepção do senso de responsabilidade, quer coletiva, quer individual, sendo os problemas sociais, inicialmente e, no máximo, remetidos para a beneficência social a cargo de algumas instituições privadas. De qualquer sorte, não competia ao mercado e muito menos ao Estado prover sobre a pobreza ou a exclusão social que dela advinha.

Nessa esteira, Jacques Commaile (1997, p. 16-17) salienta que o tratamento da Questão Social, numa primeira fase, era conduzida à margem do Estado, diante da preponderância e da preservação do jogo espontâneo do mercado, da liberdade de trocas e da

iniciativa social. O problema não era político, mas da sociedade e por ela deveria ser tratado, dando ensejo à criação de instituições filantrópicas para assegurar a ressocialização das classes trabalhadoras diante da preocupação com as suas condições materiais de existência. Para Commaille, consistia num modo de conceber “[...] ‘une politique sociale sans Etat’<sup>108</sup>. Apesar disso, as instituições filantrópicas não se fundavam numa outra visão de mundo ou numa distinta concepção atinente às forças sociais, mas atuavam buscando evitar a degradação de costumes e a insurreição que poderia advir das condições existenciais precárias, como pontua Ernst Bloch (2006, p. 442-445), que traça a sua linha até o momento em que a atenuação da miséria foi tomada pelo nazismo como necessidade de limpeza social.

Os trabalhadores, sujeitando-se às condições de trabalho mais detrimetosas e inadequadas possíveis, e submetidos ao risco de perda do emprego em virtude do exército de reserva que se formava pelos desempregados, passavam a sofrer com a insegurança social e, mesmo percebendo o salário, eram vitimados por uma progressiva precanização do trabalho, na medida em que a revolução industrial e a competição exigiam aumento de produção com menores custos.

Assim, a pobreza, a miséria, em síntese, o pauperismo, gerado pelas condições precárias de subsistência para quem não detinha propriedade e, assim, sujeitava-se a ser assalariado, como também, e mais gravemente, para quem não conseguia sequer o trabalho para que pudesse receber o salário, compunha o trágico quadro que se convencionou denominar como a Questão Social, trazendo a insegurança social e a marginalização.

Como observa Commaille (1997, p. 13), a Questão Social surge em França no início do século XIX, em que o processo de industrialização, ao transformar as estruturas sociais oriundas da sociedade rural, também provoca um empobrecimento de uma parte da população, deixando sem qualquer proteção vários indivíduos, quer no âmbito da esfera do trabalho, quer na vida social, quer na esfera familiar.

E a auto-representação como sociedade, naquela concepção exposta, torna ainda mais aguda a problemática, porque transmite um sentido de irresponsabilidade social que dissocia o ligame e afrouxa a percepção comunitária. Não há comunidade, há sociedade, pelo que cabe colacionar a síntese exposta por Robert Castel (2005, p. 31-32), como segue abaixo, *in verbis*:

A insegurança social faz desta vida um combate pela sobrevivência dia após

---

<sup>108</sup> Em tradução livre, “[...] ‘uma política social sem Estado’”.

dia, cuja saída é cada vez mais incerta. Poderíamos falar de *desassociação social* (o contrário da coesão social) para dar um nome a este tipo de situação, como a dos proletários do século XIX, condenados a uma precariedade permanente por falta de ter o mínimo controle sobre o que lhes acontece.

.....  
O Estado de direito deixa inalterável a condição social de uma maioria de trabalhadores atravessada por uma insegurança social permanente.

Não compunha o quadro de problemas contra o qual se erigiu o Estado de Direito Liberal a promoção da segurança social ou a disciplina do estatuto jurídico dos não-proprietários, sendo questão que passou ao largo das reflexões que o notaram, pautadas pelos interesses relativos à institucionalização do capitalismo e ao culto da racionalidade econômica do mercado, que não conseguia operar com o poder econômico e com a pauperização da grande massa da população pela precarização das condições de trabalho e pela ausência de postos de trabalho suficientes, levando à pobreza e à miséria excludentes.

Eric Hobsbawm (2007b, p. 304) destaca haver um sentimento que permeava a Europa na época, consistente na convicção de que os trabalhadores deveriam ser pobres porque sempre o foram, como também por integrarem uma classe social inferior. Não obstante isso, seriam devidas aos trabalhadores em boa parte dos Estados capitalista da época alimentação boa e decente, habitação modesta e lotada, e saúde. “Esperava-se que o progresso capitalista viesse por fim levar os trabalhadores para perto desse ideal, e infelizmente (embora isso não fosse inconveniente para manter os salários baixos) muitos ainda estavam abaixo desse nível”, do que se sustentava ser indesejável e perigoso aumentar os salários para além desse limite.

Observe-se que, antes mesmo da institucionalização do capitalismo, Montesquieu (2000, p. 345) identificou a existência de dois tipos de pobres. Aqueles cujo rigor do governo os empobreceu, sendo incapazes de virtudes por serem naturalmente servis, e outros, por mero acaso da vida, tendo a possibilidade de crescerem por si próprios.

Bem expressivo do agravamento da Questão Social é a descrição de Ernst Bloch (2006, p. 439-440) da situação dos trabalhadores, notadamente a partir do avanço da industrialização, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Depois do escravo, do servo da gleba, do oficial artesão engolido aos poucos, apareceu o proletário. Se até então a situação da classe trabalhadora era miserável, ela agora se tornou infernal. O proletariado por volta de 1800 começou no nível do condenado das galés. Com frequência, já se forçavam ao trabalho crianças de quatro anos de idade, nos escuros túneis de mineração ou nas fábricas de algodão, quentes, úmidas, fétidas. A idade normal para comear a trabalhar era o oitavo ou nono ano de vida. A jornada de trabalho

para crianças durava até de seis a dez horas. Do décimo terceiro ao décimo oitavo ano de vida subia para doze horas. Para que seus patrões auferissem lucros, mulheres e homens acima de dezoito anos ficavam de pé diante da máquina das cinco da manhã até as oito da noite, e com frequência mais tempo. As mulheres amamentavam os filhos enquanto operavam a máquina. Não havia pausas para alimentação. O mísero salário de qualquer modo era consumido em grande parcela pelo alugel. O capital se opunha a qualquer mudança desse inferno, mais conservador do que jamais fora um senhor feudal. O lucro permanece implacável.

Talvez poucas sejam as descrições mais significativas das condições sociais durante o capitalismo liberal, na época da revolução industrial, do que as procedidas por Émile Zola, ao destacar uma situação familiar de resistência oriunda dos primeiros movimentos paredistas, em que “Não havia fogo na cozinha, e a vela que a iluminava se apagou de repente. O carvão tinha acabado, assim como o querosene para o lampião; num frio tão forte que cortava a pele, tiveram que ir se deitar no escuro. As crianças choravam.”

A Questão Social demonstrava, então, a errônea em que incidira Adam Smith ao considerar que a busca pelo auto-interesse individual conduziria ao bem-estar social. O poder econômico não se adequa a fórmulas de redistribuição da riqueza socialmente produzida, tendendo apenas à acumulação de capital e à concentração de riqueza e renda. Premente se revelou a busca pelo Estado, outrora afastado e rechaçado do mercado, como também o foi ante a sociedade. O liberalismo político e o liberalismo econômico encontravam-se sob pressão.

Nesse sentido, Böckenförd (2000, p. 34) atenta para a incapacidade e as insuficiências do Estado de Direito Liberal quanto às exigências advindas da Questão Social, consoante excerto abaixo, *in verbis*:

La tríada formada por al igualdad jurídica, la libertad civil (de adquisición) y la garantía de la propiedad adquirida, el núcleo de las garantías del Estado de Derecho, no solo supuso la emancipación respecto de los vínculos feudal-estamentales y corporativos, sino que abrió también para los fines de lucro y – como consecuencia de la supresión de los límites jurídicos estamentales – para la desigualdad natural de los individuos de la vía de un desarrollo pleno solo limitado por la libertad igual de otro.

A Questão Social, como se depreende, não se caracteriza por um conjunto de problemas sociais que são coetâneos e próprios de determinadas épocas. Em verdade, revela-se como uma decorrência estrutural do sistema econômico capitalista, fundando na economia de livre mercado, dirigida pelo poder econômico, governado pelo lucro e pela acumulação de capital. Trata-se de um problema relativo às próprias estruturas das relações sociais, derivadas

da adoção do sistema econômico capitalista, exprimindo ainda uma auto-representação da coletividade como sociedade, em que os vínculos sociais são frouxos e efêmeros, governados os indivíduos pelos intentos egoísticos próprios do individualismo.

Jacques Commaille (1997, p. 13-14) observa que a Questão Social não qualifica simplesmente uma situação de grave pobreza em que se encontre expressiva parte da população; apresenta-se como uma forma de designação dos efeitos do funcionamento econômico específico sobre a maneira pela qual os indivíduos se encontram perturbados ou ameaçados quanto ao modo de inserção no trabalho e à capacidade de produzir e obter as condições materiais de que necessitam. Ora, como grande parte da população é não-proprietária, necessitam do trabalho e do salário para prover a sua subsistência. Só que a precariedade do trabalho e a insuficiência de trabalho, intrínsecas ao capitalismo liberal, tanto no concorrencial, mas principalmente no monopolista, levam a uma deficiência na obtenção dessas condições materiais de existência. Assim, “[...] elle désigne également les conséquences de l’ensemble d’un process où en n’offrant pas la possibilité du travail, ou en ne le proposant que dans des conditions d’extrême précarité”<sup>109</sup>, não se relacionando apenas com as prestações materiais necessárias à vida, mas às condições de sua participação na vida social e política da sociedade.

Para Marx e Engels (2008, p. 72-73), os operários nada mais eram para o modo de produção do que mais uma mercadoria, dependente da concorrência e das flutuações do mercado. Com o desenvolvimento da técnica e da tecnologia, transforma-se o trabalho num mero acessório da máquina, acarretando uma monotonia e uma simplificação que causavam a diminuição do salário, limitando-se progressivamente a prover apenas o necessário para a subsistência, de modo que “[...] à medida que aumenta o tédio do trabalho, diminui o salário.” O operário era submetido a uma condição de servidão à burguesia, ao Estado burguês e às máquinas, sendo progressivamente escravizado, caracterizando um despotismo que é “[...] tão mais mesquinho, odioso e exasperador quanto mais abertamente proclama ser o lucro seu último objetivo.”

Ressaltam, ainda, que o operário estava submetido à burguesia não apenas no seu trabalho, mas a toda a sua volta, como se constata desde o momento em que o salário é recebido, diante das exigências de pagar pela residência, pela alimentação e pela satisfação de outras necessidades.

---

<sup>109</sup> Em tradução livre, “[...] designa igualmente as conseqüências de um processo em que não se oferecem possibilidades de trabalho ou em que se dá em condições de extrema precariedade.”



Nesse sentido, Commaille (1997, p. 16) sustenta que a Questão Social apresenta uma tripla conjunção de fatores, pois corresponde a) à existência de problemas sociais aos quais cada vez está mais exposta uma determinada população, designando, igualmente, b) a ameaça da extensão desses problemas a cada vez mais pessoas e, ainda, c) o risco de questionamento de situações de privilégio existentes impelir a uma exploração social.

A Questão Social, além de ter ensejado inicialmente a instituição de entidades de filantropia, passou a ter parte dos seus problemas encarados também pelo Estado, só que, num primeiro momento, mediante o seu aparelho repressor, para assegurar a estabilidade da propriedade. O direito penal, então, assumiu para si a disciplina de alguns efeitos da Questão Social, criminalizando, por exemplo, a vadiagem, e colocando sob a marca repressora e seletiva do *jus puniendi*, no mais das vezes, aqueles que não tiveram acesso ao trabalho e que adandonaram os seus lares, perambulando pelas ruas. Nem mesmo a liberdade de deambulação, que era a única que ainda podiam exercer, estava-lhes assegurada.

Apesar de todo esse processo, a situação comum dos trabalhadores gerou uma identidade que lhes conferia unidade, enquanto classe voltada para a melhoria das condições de trabalho e pelo acesso ao trabalho, como também encerrou o surgimento de doutrinas, concepções e idéias que se erguiam contra o estágio de degradação humana existente e progressiva.

Com o reforço do movimento proletário, com a realização das greves, com o advento do marxismo, do socialismo utópico e da doutrina social da Igreja e vários outros movimentos e tendências ideológicas<sup>110</sup>, ao capitalismo liberal numa economia de livre mercado, que deu ensejo à Questão Social, não restaria muito mais tempo.

As relações sociais tornavam-se ainda mais tensas, tentando as classes desfavorecidas lutar pela modificação das estruturas econômicas, originando diversos conflitos que exprimiam a eletricidade social havida em derredor da Questão Social pela atuação dos sindicatos e dos partidos que passavam a representar os interesses da classe trabalhadora.

Associava-se ao questionamento das estruturas das relações do capitalismo liberal

---

<sup>110</sup> Marx e Engels (2008, p. 88-97) trazem a lume as várias tendências doutrinárias que eram sustentadas em questionamento ao capitalismo liberal, usualmente voltadas para reformá-lo ao invés de suprimi-lo, abrangendo o socialismo feudal, o socialismo pequeno-burguês, o socialismo alemão, o socialismo conservador ou burguês e o socialismo e o comunismo crítico-utópicos. Da forma semelhante, Nestor Pedro Sagüés (2001, p. 39-45) aponta como fundamentos ideológicos ao surgimento do constitucionalismo social o socialismo utópico, o marxismo, outras tendências socialistas, o anarquismo, a doutrina social da Igreja, e o que ele denomina de solidarismo e de corporativismo,

a progressiva expansão do sufrágio, como aponta Hermann Heller (2006, p. 121), pelo que a democracia política era tendencialmente conducente à democracia social.

A extensão aos trabalhadores do direito ao voto possibilitou a abertura de vias institucionais de canalização dos seus interesses e das suas necessidades mais prementes, além dos anseios e expectativas de readequação ou modificação do sistema econômico, iniciando-se a caminhada para exigir-se que o Estado saísse da passividade e se voltasse a dirigir a atividade econômica, intervindo sobre a ordem econômica, que, ao contrário do que sustentado, não possui uma ordenação natural e racional dos fatores que a compõem.

Da mesma forma que o Estado de Direito tentou domesticar o arbítrio no exercício do poder político, humanizando-o pelo governo das leis pelos homens, impunha-se que o Estado se dedicasse a tentar domesticar o mercado, humanizando o capitalismo, como asserta Commaille (1997, p. 19), ou destruindo-o, como asseveravam Marx e Engels (2008, p. 86-87). Conforme expõe Heller (2006, p. 121), “El débil económicamente intenta por medio de la legislación trabar al económicamente más fuerte, obligando a mayores prestaciones sociales y hasta desalojado de su propiedad”, dando azo a que a invocação do princípio democrático levasse a uma democracia social.

Por conseguinte, trilhavam-se os fundamentos para que o o Estado de Direito transitasse do Estado Liberal para o Estado Social, com o advento explícito de uma disciplina constitucional sobre a ordem econômica, associada à consagração de direitos sociais, econômicos e culturais<sup>111</sup>, e a percepção de que a Questão Social não era apenas um problema limitado à esfera econômica, mas também um problema político e, sendo política, deveria sofrer a intervenção do Estado para instituir um sistema de proteção social compensatório e promover a redistribuição da riqueza produzida.

Para tanto, era premente a modificação do sentido da auto-representação da coletividade, tornando-se imperiosa uma auto-compreensão não mais como sociedade, em que os indivíduos se relacionam conforme o princípio da competição, mas como uma comunidade, em que há uma responsabilidade compartilhada pela instituição da proteção dos seus membros, em prol da melhoria das condições materiais gerais e da consecução das finalidades comunitariamente definidas.

A auto-compreensão como comunidade, por sua vez, remete à institucionalização do princípio da solidariedade, que se dirige contrariamente ao afrouxamento dos laços sociais,

---

<sup>111</sup> Doravante inclusos na referência aos direitos sociais apenas.

objetivando uma nova estruturação dos vínculos sociais em que o ligame conduza à fundação constitucional do Estado Social<sup>112</sup>.

Pode-se invocar a Rudolf Smend (1985, p. 93) que, destacando a função de integração material decorrente da consagração constitucional de conteúdos substantivos, explicita que a sua existência pressupõe a comunidade e que se volta ao reforço dos vínculos entre os seus membros, intensificando, enriquecendo e fundamentando o sentido comunitário.

A Questão Social exigiu a passagem da preponderante auto-representação como sociedade para a da comunidade, da competição para a solidariedade, do mercado para a política, do *laissez-faire* da *lex mercatoria*, para as constituições, das abstenções para as prestações, da liberdade de uns para a segurança de todos, ou seja, da liberdade individual para a segurança social.

A liberdade individual, contudo, não era sequer detida senão por poucos, os que se enquadravam dentre os proprietários, justamente pela ausência de condições materiais do seu exercício, pelo que, mesmo em se admitindo com Bauman (2003, p. 11) que “Não seremos seres humanos sem segurança ou sem liberdade; mas não podemos ter as duas ao mesmo tempo e ambas na quantidade que quisermos”, a grande maioria da população, em fins do século XIX e início do século XX, não contava quer com a liberdade, quer com a segurança.

Não obstante isso, remete para a necessidade de um equilíbrio na intervenção do Estado Social, cujos excessos podem criar uma homogeneização social arbitrária e degradante.

Com efeito, o surgimento da noção de solidariedade como princípio jurídico e a sua constitucionalização não são coetâneos ao advento do constitucionalismo moderno, sendo um “[...] principio constitucional definitorio y fundante de este constitucionalismo del Estado social”, como sustenta José Casalta Nabais (2007, p. 145).

Corresponderia, então, ao momento de efetivação constitucional do terceiro termo do lema revolucionário francês – *liberté, égalité e fraternité* –, diferenciando-se da noção que José Casalta Nabais identifica como sendo a solidariedade dos antigos, em que expressava a virtude indispensável das relações de grupo, tornando-se um princípio de organização jurídica e política.

---

<sup>112</sup> Segundo Pablo Lucas Verdú (2007, p. 75), a expressão Estado Social foi adotada por Hermann Heller (2006, p. 123) em 1929 em estudo em que analisava a relação entre Estado de Direito e Ditadura, sustentando que o Estado Social não importava na instituição do facismo ou de qualquer poder autoritário. A sugestão teria vindo do deputado social-democrata Carlo Schmid. Já Abendroth (1986, p. 15) considera que a fórmula do Estado democrático e social se originou na insurreição de Paris, em 1848.

León Duguit (2005, p. 7-9) observa que o homem está ligado aos outros por um vínculo de solidariedade ou interdependência social, que resulta das necessidades comuns existentes, cuja satisfação só pode ser assegurada pela vivência comunitária, como das necessidades diferentes que possuem, conduzindo à troca de serviços propiciada pelo desenvolvimento e emprego das habilidades. Haveria, então, a solidariedade por semelhança e a solidariedade pela divisão do trabalho, respectivamente. Em razão disso, sustenta que “[...] la solidaridad es el verdadero fundamento del derecho.” O direito, em si mesmo, seria fundado na solidariedade.

Embora não se possa admitir a correção integral do entendimento de Duguit, notadamente pela infirmação proveniente das constituições liberais, constata-se que a fundamentação do Estado de Direito Social se realiza precipuamente no princípio da solidariedade, cujo espectro de irradiação eficaz se estende sobre todo o texto constitucional, principalmente a partir da constituição econômica, doravante explícita nos textos constitucionais, como mais uma expressão de um consenso compartilhado sobre as responsabilidades do Estado, compreendido como resultante da existência comunitária.

Em corroboração ao que se vem de afirmar, Cabo de Martín (2006, p. 45) considera que o constitucionalismo social consubstancia um constitucionalismo estruturalmente solidário, em que “[...] la Solidariedad aparece como un principio constitucional definitorio y fundante de este constitucionalismo del Estado social.”

Logo, diante da Questão Social, impunha-se o restabelecimento da coesão social mediante o esforço comunitário decorrente da solidariedade que, enquanto resultante da auto-compreensão da coletividade como comunidade, migrou para os textos constitucionais, dando fundamentação ético-constitucional ao Estado Social. Em face do pauperismo, da exclusão e da marginalização, surge como resposta o pacto comunitário que atribui ao Estado tarefas quanto à ordem econômica, destinadas a compensar as deficiências do capitalismo liberal, ou mesmo a transformar substancialmente o sistema econômico vigente.

Essa força legitimadora do Estado Social proveniente do princípio da solidariedade é robustecida pelo amalgama composto pela interação com os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia material, além de ser potencializada, nos Estados que o adotam, pelo princípio republicano.

A consagração desses princípios, explicitamente ou implicitamente nas constituições que, a partir do primeiro quartel do século XX, originam o Estado de Direito Social, denota a sua missão de, reforçando o ligame social, e em razão dele, promover as condições materiais de existência digna, afastando as causas de marginalização excludente e

de pobreza degradante pela via das políticas públicas e da ação do Estado. Na medida em que o Estado nada mais é do que a forma político-institucional de representação da comunidade, entendido como *res publica*, a ação pública e as políticas públicas devem ser dirigidas constitucionalmente.

A interação entre a solidariedade e a dignidade no âmbito do constitucionalismo é bem destacada pela dimensão positiva que resulta deste princípio, como destacado por Ernst Benda (2001, p. 126), ao apontar a existência de deveres do Estado quanto à garantia das condições materiais de existência, em especial pelo reconhecimento de que “[...] se afirma hoy generalmente una obligación el Estado a la procura de un mínimo existencial”, reconhecendo a quem se encontre em situação de necessidade existencial um direito público subjetivo de assistência.

No mesmo sentido é a doutrina de Ingo Sarlet (2001, p. 108-109) de que a dignidade impõe ao Estado a meta permanente de proteção, promoção e realização concreta de uma vida digna, com o dever de remover os obstáculos que lhe sejam contrários. E tal se dá, justamente, por força do compromisso comunitário que sustenta a necessidade de proteção social e que conforma o Estado Social.

Enquanto a solidariedade funda os valores comunitários componentes do compromisso de compartilhamento de um sistema de proteção contra as intempéries que assolam os indivíduos, substituindo o princípio da competição, próprio às sociedades, a dignidade exprime a síntese desses valores; ou seja, enquanto a solidariedade porta uma feição mais estrutural, dirigente e dirigida, a dignidade é síntese desses valores, a que se reconduzem os direitos fundamentais.

Assim, e por sua vez, a dignidade remete, numa relação de mútua implicação, à solidariedade, que, conseqüentemente, sustenta, também, os direitos fundamentais e o Estado Social, cujo núcleo essencial consiste nos deveres de satisfazer, proteger, garantir e promover as condições materiais vitais mínimas, sem prejuízo de que o caráter programático imponha uma maximização progressiva e processual no sentido de ensejar um máximo existencial.

Benda (2001, p. 525) expressamente reconhece que “[...] a fin de que está garantizada la propia dignidad, todo ciudadano deberá disponer de unos recursos materiales mínimos”.

Tanto a solidariedade como a dignidade estão relacionadas com a igualdade material, além de informarem conteudística e axiologicamente o princípio republicano, pois nada mais impositivo do que a *res publica* se voltar ao que sustenta o ligame e a interdependência social, fortalecendo os vínculos associativos, projetados no Estado Social.

Outrossim, o princípio da solidariedade, em associação com os demais princípios aludidos, detém um caráter tanto dirigente quanto dirigido, pela mútua imbricação entre princípios constitucionais e direitos fundamentais, impositivos da intervenção do Estado, refletindo-se nos direitos fundamentais e nos objetivos constitucionais.

A própria referência ao social, incluído na conformação do Estado de Direito Social, remete, segundo Ernst Benda (2001, p. 524) ao repúdio de concepções egoísticas de um individualismo exacerbado e abstrato, exigindo a consciência da responsabilidade para com a generalidade, de modo que “Con el término *social* los intereses individuales o de grupo son referidos al bien de la generalidad”.<sup>113</sup>

Nesse contexto, a relação da solidariedade com os direitos fundamentais é ressaltada com felicidade por Gregório Peces-Barba Martínez (1999, p. 280), em excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

A diferencia de los demas valores que fundamenam directamente derechos, la solidariedad fundamenta indirectamente derechos, es decir, lo hace por el intermedio de deberes. De una reflexión desde comportamientos solidarios se deduce la existencia de deberes positivos que corresponden directamente a los poderes publicos o que éste atribuye a terceros, personas físicas o jurídicas. Estos deberes positivos tienen como correlativos a derechos que podemos, así, fundar en el principio de solidariedad.

Adiante, prossegue Peces-Barba Martínez (1999, p. 282), salientando que a compreensão adequada do princípio da solidariedade impõe uma série de deveres positivos ao Estado no sentido da remoção dos obstáculos e da promoção das condições de acesso e realização dos direitos fundamentais.

O princípio da solidariedade não se reduz à inspiração apenas e tão-somente dos direitos fundamentais de terceira dimensão, os coletivos e os difusos, possuindo um conteúdo jurídico que embasa a noção de comprometimento comunitário apenas pelo fato natural de pertencimento à determinada comunidade, impositivo do vínculo jurídico de partilhar e participar de fins e interesses de todos sem o desejo de contraprestação ou benefício específico em caráter de retribuição ou contraprestação.

A solidariedade é relacional e conduz a um vínculo de pertencimento (2005, p. 14-15), remetendo a um comprometimento não egoístico para com o outro que, por sua vez, reflete-se no comprometimento para consigo próprio.

---

<sup>113</sup> Destaque no original.

A solidariedade é compromisso comunitário e promoção conjunta de um objetivo, do que se depreende o seu caráter dirigente e, também dirigido, sendo princípio comum ao constitucionalismo dirigente e, no caso do Brasil, expressamente consagrado pelo art. 3º.

A solidariedade é dirigida por só legitimar a existência de políticas e de ações estatais que sejam sustentados comunitariamente quando se voltem substancialmente para a dignidade da pessoa humana, expressão dos interesses e valores compartilhados pela comunidade. Dworkin (2006, p. 96-97) defende que os membros da comunidade “[...] assume these political obligations only if and so long as the community’s government respects their human dignity.<sup>114</sup>” Se não há respeito à dignidade, não existe qualquer dever ou obrigação para com o governo. Um Estado que se pretenda legítimo deve tratar a todos que estejam sobre o seu domínio com igual respeito. Esse igual respeito à dignidade leva à inferência, com Paulo Otero (2007, p. 32-33) de que “[...] é a dignidade da pessoa humana viva e concreta e os direitos fundamentais dela decorrentes que justificam o Estado e a Constituição”, subordinando “[...] o poder, a sociedade, a economia e a cultura aos valores da pessoa humana”

E isso porque, como restou empiricamente comprovado de forma drástica e trágica com a Questão Social, não existe uma ordem social dada e, como já percebido por Eros Grau (2004, p. 60), não há, igualmente, uma ordem econômica dada, cuja atuação dos agentes econômicos naturalmente voltada para o auto-interesse baste para a promoção do bem-estar social. Cabo de Martín (2006, p. 46), fazendo coro com Eros Grau e corroborando o que se vem de assertar, ressalta que se as sociedades forem deixadas ao movimento do seu livre dinamismo natural, não se produziria ordem, senão desordem, pois tem como componente básico o caráter conflitual, e não a harmonia. A produção dessa harmonia depende do Estado Social, necessário para integrar o conflito, consoante sua expressão constitucional.

A integração diante da conflituosidade própria da dinâmica social, no que concerne à ordem econômica, relaciona-se com o capital e o trabalho e se dá mediante o Estado Social abrigado pelas constituições, concebidas formalmente como esquemas de articulação social propiciadores não apenas de integração política, mas também econômica e social. No constitucionalismo pátrio essa característica é patente tanto por força do art. 4º, inciso IV, como pelo art. 170, em que estão consagrados conjuntamente o capital e o trabalho, ora como princípios republicanos fundamentais, ora como fundamentos da ordem econômica.

---

<sup>114</sup> Em tradução livre, “[...] assumem essas obrigações políticas apenas se e pelo tempo em que o governo respeitar a dignidade humana deles.”

Numa perspectiva política, Dworkin (2006, p. 99) aponta que o Estado “[...] simply cannot leave its citizens alone, that since anything it does affects what people have, it must take into account that consequences of whatever it does.”<sup>115</sup>

Disso se verifica que o constitucionalismo social instituidor do Estado Social como expressão do consenso tácito proveniente<sup>116</sup> de uma comunidade acerca da responsabilidade pela promoção de determinado estado pertinente à superação da Questão Social e à integração entre capital e trabalho encerra um caráter utópico, que o habilita não apenas a uma crítica do *status quo*, mas a promover a transformação das estruturas sociais subjacentes, projetando as utopias na crítica do *status quo*, como ocorrido anteriormente durante o jusnaturalismo.

Nessa linha, cabe colacionar o esclarecedor entendimento de Manuel García-Pelayo (1996, p. 18), abaixo transcrito, *in verbis*:

[...] el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendermos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos. No hemos de ver las medidas de tal adaptación como algo totalmente nuevo, sino más bien como un cambio cualitativo de tendencias surgidas en el siglo XIX y comienzos para regular, en aquel entonces, aspectos parciales de la sociedad, regulación que sufre en nuestro tiempo un proceso de generalización, integración y sistematización.

Além da função de articulação e integração social pela potencial redução da conflituosidade, o Estado Social é um dos fatores que representam a tendência que se intensifica no início do século XX de racionalização do poder, tida por Mirkin-Guetzévitch (1931, p. 88-89) como uma “[...] tendance progressive fondamentale du droit constitutionnel moderne”<sup>117</sup>. O constitucionalismo social advém de um contexto político, social e econômico em que a Questão Social, a experiência da crise oriunda do primeiro pós-guerra, e a ameaça ao capitalismo decorrente da Revolução Russa exigem a modificação do paradigma constitucional até então vigente, destinando-se a viabilizar a incorporação dos direitos sociais, com a repercussão na composição do Estado e na racionalização do poder político..

---

<sup>115</sup> Em tradução livre, “[...] simplesmente não pode deixar os seus cidadãos sozinhos, desde que qualquer atuação estatal interfere no que o povo tem, devendo levar em conta as suas conseqüências.”

<sup>116</sup> Não admite Dworkin (2006, p. 96) qualquer consenso tácito, embora a legitimidade política voltada para o igual respeito quanto à dignidade de cada pessoa, defendida por ele, envolva a assunção comunitária de objetivos e de direitos fundamentais que correspondem ao que seja exigido preponderantemente para o igual respeito à dignidade.

<sup>117</sup> Em tradução livre, “[...] tendência progressiva fundamental do direito constitucional moderno.”



A racionalização que marca o Estado de Direito Social também é sobremaneira destacada por Cabo de Martín (2006, p. 47-49), figurando como pressuposto epistemológico e metodológico e, conseqüentemente, demonstrando a incompatibilidade entre a constituição e o Estado Social nos regimes que encerrem a irracionalidade, como o facismo e as ditaduras em geral. Esse racionalismo que promove a racionalização poder não consiste numa superação do racionalismo da Ilustração, não comportando um mero caráter descritivo e explicativo, mas compreensivo, a que se agrega uma potencialidade transformadora, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

El constitucionalismo del Estado social ya no es sólo una apuesta por la capacidad comprensiva de la razón y por su capacidad de organizar un esquema racional canalizador de lo existente, sino que añade este elemento nuevo y se configura, por tanto, como un constitucionalismo (potencialmente) transformador. A través de él, el Estado social puede realizar aquella función de ‘producir’ el orden mediante la posibilidad de actuar sobre los dos elementos básicos del conflicto a que antes se había referencia. En este sentido, el constitucionalismo se vincula también a una corriente tan fértil del pensamiento europeo racionalista como es el pensamiento utópico.

Assim, compreende-se o caráter utópico que marca as constituições do período e que anima o dirigismo constitucional, como será explicitado, não sendo susceptível de críticas por laivos de irracionalidade, pois se funda numa dimensão existencial e hermenêutica que subjaz à devida compreensão da razão prática.

Já Ernst Bloch (2002, p. 248), refletindo sobre o jusnaturalismo e a dignidade, aproxima ambos ao salientar que o direito natural visa primeiramente à dignidade, aos direitos humanos e às garantias jurídicas de segurança e liberdade, insurgindo-se contra a miséria humana e, como tal, incorporando a utopia. A partir do constitucionalismo social e, principalmente, com o dirigismo, as utopias, enquanto projeção de um futuro decorrente da auto-compreensão comunitária de determinada coletividade, passam-se a substituir ao direito natural, outrora invocado como instância crítica da realidade subjacente.

A racionalização da solidariedade, enquanto fundamento não apenas dos direitos sociais, mas dos direitos fundamentais em geral, posto representarem a explicitação do consenso tácito comunitário acerca do que seja reputado relevante para viabilizar a proteção social e o desenvolvimento individual – não se estendendo até propugnar a absorção do individual pelo comunitário – é pormenorizadamente analisada por Peces Barba Martínez (1999, p. 275-276), concluindo que a finalidade da solidariedade é, enquanto fundamento dos direitos fundamentais – e, conseqüentemente, do Estado Social e ainda, contemporaneamente, do Estado Democrático de Direito – é possibilitar a autonomia, a independência e a liberdade

moral das pessoas.

Logo, como será adiante demonstrado, não se pode vislumbrar nenhuma oposição ou incompatibilidade entre o Estado de Direito e o Estado Social, tendo-se por Estado de Direito a noção materialmente vinculada e teleologicamente orientada pela proteção, garantia, promoção e satisfação dos direitos fundamentais, no que se insere, evidentemente, a existência de condições materiais de existência. Recorde-se, todavia, que na primeira etapa de desenvolvimento do Estado Social persistiu a redução do Estado de Direito ao Estado legal, com o agravante de que a função legislativa passou a ser intensamente exercida pelo poder executivo.

Do quanto exposto, infere-se que às constituições oriundas do constitucionalismo social corresponde a função de programação da ação do Estado e de direção da política, tendo em vista a satisfação dos direitos fundamentais, especialmente dos sociais, como também dos objetivos fundacionais do Estado Social, pelo que tais textos são plasmados por normas programáticas cuja compreensão do seu caráter normativo foi o fio condutor das questões atinentes à efetividade dos direitos e à relação entre constituição e legislador, a partir das quais se desenvolve o dirigismo constitucional.

Essa mudança paradigmática não foi exclusivamente constitucional, repercutindo no sistema jurídico como um todo, agregando-se às normas caracterizadas como programas condicionais aquelas entendidas como programas finalísticos, que são as normas programáticas propriamente ditas por se voltarem a promoção de um estado de coisas ainda não existente na realidade.

Explicitadas as condições históricas e os fundamentos que justificaram a transição do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social, faz-se mister que seja explicitado o surgimento efetivo do constitucionalismo social, com os seus antecedentes.

Não tenderá a ser uma exposição exaustiva, em virtude dos limites do presente estudo, cabendo a análise do que seja pertinente a referenciar a memória do dirigismo para potencializar a capacidade de realização das promessas dirigidas ao futuro a partir da experiência vivencial do presente.

## **AQUI HUMBERTO**

### **3.2.2 Surgimento e desenvolvimento do constitucionalismo social**

O Estado de Direito Social teve alguns antecedentes que denotam a existência de uma preocupação com a condição social do homem antes mesmo do advento de sua institucionalização formal com o constitucionalismo social.

Originariamente, as constituições fixavam os direitos que seriam consagrados e tidos como fundamentais, inicialmente limitando-se aos de primeira dimensão, ou seja, aos direitos individuais e políticos, expressão da liberdade individual e da liberdade política, embora essa última só viesse a se consolidar com o sufrágio universal no século XX.

Nesse contexto, o Estado de Direito Social surge a partir do momento em que há a previsão pelos textos constitucionais de uma estruturação da ação pública e das políticas públicas sobre a ordem econômica, a fim de promover a intervenção estatal para dirigir a atividade econômica para os objetivos constitucionalmente consagrados, como também para a satisfação das condições existências mínimas, relacionadas aos direitos sociais.

Mais amplamente, voltava-se às condições de realização dos direitos fundamentais em geral, sejam ou não de caráter social, encerrem ou não deveres de natureza programática; ou seja, o Estado Social almeja a contenção do arbítrio oriundo do poder econômico, colocando-lhe peias jurídicas e dirigindo a ação e as políticas públicas necessárias à garantia de condições materiais mínimas de existência digna, diante da constatação empiricamente comprovada pela História recente da incapacidade do mercado para prover a ordem econômica de igualdade, redução da pobreza e da marginalização, problemas esses cuja etiologia remonta à Questão Social.

Desse modo, antes mesmo das constituições passarem a adotar essa caracterização social, exprimindo a feição dirigente e dirigida da solidariedade social, voltada para a promoção da dignidade e para os objetivos explícitos ou implícitos de inclusão e emancipação social, abrigando explicitamente uma constituição econômica, houve previsões em textos constitucionais de direitos sociais, como os relativos à educação e à assistência social.

Faz-se mister, pois, expor os antecedentes do Estado de Direito Social, que podem ser reconduzidos à experiência inglesa e ao constitucionalismo francês.

### 3.2.2.1 Antecedentes históricos do constitucionalismo instituidor do Estado Social

As primeiras referências aos direitos sociais, como não poderia deixar de ser, orientam para a Inglaterra, com a repercussão que a Questão Social ensejou, ocorrendo mais

cedo do que na Europa continental em virtude do prematuro desenvolvimento inglês, dando azo à edição da *Poor Law*.

Conforme aponta T. H. Marshall (1992, p. 14), a fonte dos direitos sociais residia inicialmente na condição de membro de uma comunidade, sendo posteriormente suplementada e progressivamente substituída pela *Poor Law* e por um sistema de regulação dos salários. Esse sistema, todavia, logo decaiu no século XVIII, tanto pela ascendente industrialização, como também pelo advento dos direitos individuais, que rejeitavam qualquer medida de intervenção do Estado.

Salienta, ainda, que a *The Elizabethan Poor Law*, datada de 1601, e com as posteriores modificações que lhe sucederam, não pretendia instituir um programa de transformação da ordem social, mas a preservá-la com as mínimas alterações possíveis. Não obstante isso, a *Poor Law* proveniente do Ato de 1834 importou numa retração das prestações asseguradas, renunciando a toda reivindicação de interferência no sistema salarial, como nas forças próprias do livre mercado, cingindo-se a assegurar as condições existenciais daqueles que apresentassem alguma incapacidade para a atividade laboral, como idade avançada ou doença.

A *Poor Law* só veio a ser revisada em 1905, dando ensejo a um relatório que sugeria a instituição de um Programa Geral de Seguridade Social, inspirando a sua instituição pelo *National Insurance Act*, em 1911, que, segundo Gómez de Pedro (2002, p. 257), corresponde à pré-história do Estado de Bem Estar inglês, prevendo uma combinação de um seguro estatal e de um seguro voluntário contra o desemprego mediante um sistema contributivo, cobrindo os riscos sociais relativos à doença, incapacidade e maternidade, estabelecendo as bases para o que viria a constituir os Planos Beveridge de reforma social.

Desse modo, dentro da peculiar historicidade do constitucionalismo inglês, já havia um sistema prévio de proteção aos pobres, que foi paulatinamente retraído quando da afirmação do capitalismo e com o surto da revolução industrial, ante a crença nas capacidades do livre mercado. Marshall (1992, p. 15-16) ressalta a relevância conferida ao direito à educação, seguindo-se, posteriormente, a reabilitação pelos desenvolvimentos da proteção social, já mais num sentido comunitário e de solidariedade, no início do século XX.

Com a afirmação do constitucionalismo moderno, a França deu expressões a intentos relacionados à contenção do poder econômico diante de uma desconfiança quanto a capacidade de auto-regulação e a de promoção do bem-estar do mercado.

Como afirmado por Mirkin-Guetzévitch (1931, p. 84-85), o constitucionalismo moderno francês engendrou uma discussão acerca das doutrinas individualistas e solidaristas

atinentes aos direitos fundamentais que eram previstos pelos textos constitucionais do período, encampando não apenas aos direitos tidos como negativos, concernentes às liberdades e aos demais direitos individuais e políticos, mas alguns direitos cuja satisfação era associada a prestações materiais do Estado, consistentes nos direitos à assistência e à instrução pública, que é o direito à educação.

O constitucionalismo francês expressou a preocupação social logo em seu albor, quando previu na Constituição de 1791 – a primeira Constituição positivada da França –, no Título relativo às Disposições Fundamentais Garantias pela Constituição, os direitos à assistência aos desamparados e à instrução pública. A questão atinente à natureza normativa ou não da Declaração de Direitos na Constituição francesa segue a mesma tendência anteriormente havida quanto à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, pois, como já assinalado, prevalecia a dependência dos direitos fundamentais quanto à disciplina infraconstitucional para que pudessem ser exercidas as situações subjetivas que deles decorressem<sup>118</sup>. De qualquer sorte, pode-se inferir o início da encampação de direitos relativos às condições materiais e existenciais do homem, para além da suas liberdades.

A Constituição de 1791 não teve longevidade, marcada que foi pela vigência breve em virtude de acontecimentos próprios à conturbação social que permeava a França, notadamente a guerra externa e a queda da monarquia, dando ensejo a que a Assembléia Legislativa instaurada convocasse nova Assembléia Constituinte (COMPARATO, 2003, p. 149-150).

A eleição para a composição desse Assembléia foi marcada pela ampla participação popular, sendo afastada a restrição do sufrágio pela rejeição do voto censitário, havendo discussões acirradas, quando já instalado o órgão constituinte, acerca do conteúdo das disposições entre direitos fundamentais, com um dissenso entre girondinos e jacobinos. Aqueles preferindo a proteção dos direitos individuais, acentuaram a necessidade da preservação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão; os últimos, ao contrário, destacavam a imperiosa incorporação de alguns direitos sociais, conforme projeto de Robespierre, sendo as divergências bem explicitadas por Fabio Konder Comparato (2003, p. 150). Em conseqüência, como sói ocorrer nas situações em que há amplo dissenso, procedeu-se a uma redação mais de compromisso e de retórica.

---

<sup>118</sup> Registre-se a previsão retórica constante do texto constitucional de que não poderia o poder legislativo editar leis contrárias à Constituição, disposição essa que não mais faria parte dos demais textos constitucionas em virtude da já aludida primazia do legislador sobre a própria Constituição.

Malgrado a querela estabelecida, persistiram os direitos sociais à assistência e à instrução pública, integrados à Declaração de Direitos da Constituição francesa de 1793, de modo que não houve qualquer inovação ou avanço quanto à consagração de direitos sociais (COMPARATO, 2003, p. 151).

A Constituição de 1793 foi ainda mais breve do que a anterior, pois sequer chegou a viger em razão dos acontecimentos que permearam a sua elaboração e que resultaram na instituição da República do Terror, que só se encerrou com o golpe e a execução de Robespierre, seguindo-se, após um curto período de estabilização, a exteriorização da insatisfação popular pela insurreição ocorrida em Paris em 21 de março de 1795, liderada pelos *sans-culottes*. A nova Constituição, de 1795, teve um conteúdo nitidamente oposto ao povo, excluindo do seu texto aqueles direitos sociais outrora abrigados; continha, ademais, uma inusitada declaração de deveres, merecedora de críticas das mais variadas, como salienta Fabio Konder Comparato (2003, p. 153).

Também em França adveio a Constituição de 1848, proveniente de uma grande revolta popular havida em Paris, a partir de 23 de fevereiro de 1848, motivada pelos excessos capitalistas do soberano, seguindo-se a convocação de uma Assembléia Constituinte, em que as discussões foram novamente acirradas, havendo grande resistência à integração de direitos sociais, consistindo o foco do dissenso no reconhecimento de um direito ao trabalho. As divergências levaram, mais uma vez, a adoção de um texto de compromisso, de conteúdo nitidamente ambíguo, cujas liberdades formalmente reconhecidas continuavam na dependência da disciplina legislativa, como assevera Comparato (2003, p. 165-166).

A despeito disso, Joaquín Varela Suanzes (1998a, p. 29) reconhece que a Constituição francesa de 1848 traçou o primeiro esboço do que viria a ser, mais tarde, o Estado Social, o que também é ressaltado por Comparato (2003, p. 166). Essa feição social decorria do art. 13, que dispunha sobre o fomento e desenvolvimento do trabalho e da educação primária gratuita e a profissionalização, com a igualdade de direitos entre patrões e empregados, além da previsão da assistência social aos menores abandonados, aos doentes e aos idosos desamparados pela família que não tenham condições de prover ao próprio sustento.

Por conseguinte, no âmbito do constitucionalismo francês do século XIX, o referencial quanto à consagração de direitos sociais consistiu justamente na Constituição de 1848, notadamente por reconhecer a proteção ao trabalho, como salienta Mirkine-Guetzevitch (1931, p. 85). Entretanto, o relevo que essa Constituição representou ficou limitado ao seu caráter simbólico para Ayala (1997, p. 341), na medida em que, também, teve uma vigência

efêmera. A Constituição de 1852 retira do seu texto qualquer referência aos direitos sociais, que só retornam após a instauração do Estado Social, no preâmbulo da Constituição de 1948, como recorda Favoreu (2002, p. 35-36).

Esse percurso acima delineado, em que os primeiros direitos sociais começam a ser reconhecidos, sem importar numa sistemática direção do Estado por ações e políticas públicas sobre a ordem econômica, pode ser concebida como representativo dos antecedentes do Estado Social, que se inaugura, efetivamente, no primeiro quartel do século XX.

Registre-se, ainda, com Encarnación Carmona Cuenca (2000, p. 39-43) que no século XIX, a par da inserção constitucional de determinados direitos sociais, houve uma produção legislativa infraconstitucional pertinente à ordem econômica e social, com a regulação de sistemas de proteção social, como se deu na Inglaterra, conforme exposto, e na Alemanha de Bismarck.

No período entreguerras é que se pode identificar o surgimento do Estado Social, ou do Estado de Direito Social, a partir da explícita previsão de uma constituição econômica nos textos constitucionais ou, em se preferindo, de uma expressa constitucionalização da ordem econômica no sentido de impor ao Estado a intervenção sobre o domínio econômico, outrora exclusivo da iniciativa privada, atribuindo-lhe tarefas relativas à consecução de finalidades comunitárias e à garantia dos direitos fundamentais em geral, em estrita decorrência dos princípios da solidariedade, da dignidade e da isonomia material e, ainda, quando pertinente, do republicano.

O marco inicial do constitucionalismo social é a Constituição mexicana de 1917, de Queretaro, sucedendo-lhe a Constituição alemã de Weimar, de 1919, que, não obstante não ter a precedência, foi a mais significativa do período em razão das discussões em derredor dela estabelecidas, como em virtude da discrepância do seu conteúdo social para a prática institucional agravada com uma progressiva hipertrofia do executivo que resultou na instituição do regime ditatorial e autoritário que só se findou após a Segunda Guerra Mundial; se a Constituição de Weimar teve alguma responsabilidade nisso, afigura-se certo que não; todavia, pesa sobre ela a pecha de não ter sido capaz de resistir aos laivos de arbitrariedade, falhando no mister de conter o exercício abusivo do poder.

A despeito disso, mesmo essa pecha aparenta-se como injustificada, dado que, como salientado, o Estado de Direito Social sofreu um progressivo esvaziamento material, tornando-se um conceito puramente técnico, o que não pode ser imputado ao texto constitucional, senão à própria doutrina, aos poderes públicos e a deficiência da práxis constitucional.

Paralelamente, com a crise sofrida pelos Estados Unidos motivada pela sobreprodução ainda proveniente do desenvolvimento econômico durante o primeiro conflito bélico, cujo ápice foi a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, também lá houve a necessidade de modificação nas relações entre Estado e mercado, tornando-se imperativa a sua intervenção, delineada por Franklin Delano Roosevelt, com base no keynesianismo, e que consistiu no New Deal instituidor do *Welfare State*, igualmente sujeito a uma série de resistências.

Após a Segunda Guerra Mundial é que o paradigma do constitucionalismo social se estende, até pelo agravamento e extensão na mesma medida da Questão Social, manifestando-se na Itália pela Constituição de 1947, na Alemanha através da Lei Fundamental de Bonn, de 1949 e, nesse interregno, dentre outros, também no Brasil em 1946; todavia, houve a sua intensificação principalmente no ambiente latino com as Constituições portuguesa de 1976, espanhola de 1978 e brasileira de 1988, todas elas originárias de movimentos de resistência a ditaduras instituídas há longos anos e que, consentemente, eram depositárias da renovação comunitária dos vínculos sociais e dos valores e interesses que, mesmo plurais, eram compartilhados pelos seus nacionais.

Daí se depreende que, da mesma forma que a Lei Fundamental de Bonn, ao consagrar, numa Alemanha destruída e cindida pela guerra, a instituição de um Estado Democrático e Social parecia ser utópica e meramente programática, sem qualquer normatividade, figurando como “[...] exortación a un estadio digno de ser perseguido con esfuerzo, pero por demás lejano” (BENDA, 2001, p. 521), a Constituição brasileira de 1988, malgrado ainda tenha muitas disposições normativas distantes da realização, pode ter a sua normatividade desenvolvida e convertida em eficácia e realidade.

Como muitos dos problemas atinentes à crise do Estado Social e ao déficit de normatividade proveniente das normas programáticas se reconduzem às próprias origens do constitucionalismo social, impõe-se uma mais detida análise sobre as constituições que integram o que se pode denominar de primeiro ciclo do constitucionalismo social, correspondente ao período entreguerras, abrangendo a Constituição mexicana de 1917, a alemã de 1919 e a experiência americana originária do *New Deal* a partir da grande depressão americana havida em 1929.

Com a Segunda Guerra Mundial, o caráter projetivo de futuro das constituições, derivados das normas programáticas, ficou obstaculizado até o seu final, quando foi retomado pelas aludidas Constituições italiana, alemã de Bonn, e, mais tarde e no que respeita ao presente estudo, a portuguesa, a espanhola e a brasileira, formando o segundo ciclo do



constitucionalismo social.

### 3.2.2.2 Primeiro ciclo do constitucionalismo social: o período entreguerras

Há de se reconhecer com Ayala (1997, p. 342) que o pouco destaque dado à primeira expressão do constitucionalismo social certamente tem uma boa dose de eurocentrismo, pois a Constituição mexicana de 1917 não mereceu as deferências dadas à Constituição de Weimar de 1919.

O texto constitucional tedesco ensejou mais acerbos discussões que, por exigirem uma mais apurada reflexão sobre os problemas que lhe foram postos e que dele derivaram, trouxe uma maior contribuição para a construção e o desenvolvimento teórico e da práxis do Estado de Direito Social. Assim, por motivos de justiça, a precedência e o destaque devidos devem ser conferidos, também, à Constituição mexicana, exaltando-se a de Weimar não apenas por seguir o caminho já inicialmente trilhado, mas principalmente pelas questões que foram enfrentadas na sua sustentação teórica.

Ayala compreende o advento do constitucionalismo social mexicano como conseqüência da Revolução ocorrida, propiciando a implementação de mudanças profundas que não ficariam somente no plano diretivo institucional dos órgãos políticos, abrangendo também a estrutura fundamental do Estado conformada pelo texto constitucional, caracterizando um momento de ruptura com a ordem político-institucional anterior.

A análise do texto constitucional de 1917 demonstra a preocupação havida com a questão agrária e com a propriedade, tornando-se impositivo o atendimento de sua função social, notadamente pela consistência do campesinato quanto às reivindicações formuladas.

Com cento e trinta e seis artigos, a Constituição mexicana dedica um título específico à disciplina do trabalho, prevendo, em seu Título Primeiro, vários direitos relativos à disciplina do trabalho e da propriedade, notadamente a rural, no rol dos direitos individuais.

Consagra as liberdades e as garantias individuais, prevê o direito à educação, com a gratuidade do ensino primário, assegurando a justa remuneração do trabalho e a liberdade de consentimento do trabalhador. O art. 27 expõe as limitações que sofrem a propriedade, com a possibilidade de que a lei determine o interesse público que deve ser atendido em sua utilização, além de admitir o fracionamento de latifúndios, desenvolvimento das pequenas

propriedades rurais e o fomento da agricultura, sem prejuízos aos elementos naturais. Instituiu uma série de requisitos que condicionam a aquisição de terras e águas.

Já no título relativo ao trabalho, são pormenorizadamente previstos os direitos dos trabalhadores, com a fixação da jornada de oito horas, sendo de sete se for trabalho noturno, com o pagamento das horas extraordinariamente prestadas, proibindo o trabalho para menores de doze anos. Reconhece o repouso semanal remunerado, a licença maternidade, o salário mínimo regionalizado, destinado a atender várias necessidades existenciais do trabalhador, como também a proteção ao salário mínimo, insusceptível de penhora, proibindo a criação nos locais de trabalho de comércio de bebidas ou de jogos de azar. Resguarda o direito de greve e submete os conflitos entre capital e trabalho, nas relações intersubjetivas, a uma Junta de Conciliação e Arbitragem, como também o direito a exigir o cumprimento do contrato ou a obter indenização em caso de despedida imotivada. Arrola determinadas previsões que seriam nulas se integrantes de contrato de trabalho.

Daí se depreende a preocupação com a propriedade e com o trabalhador, ou seja, com o capital e com o trabalho, instituindo direitos de caráter social para conter o poder econômico que explore a ambos desmesuradamente.

Como observa Ayala (1997, p. 348-349), não era comum uma enumeração tão extensa de direitos, mesmo em se cotejando com as liberdades, não se limitando a Constituição a deferir ao legislador a disciplina dos mesmos, posto que ela própria previa a regulação específica quanto a algumas matérias e direitos, como se verificou quanto à jornada de trabalho. Destaca, ainda com razão, “la radicalidad y la exhaustividad, mucho más acusada que el constitucionalismo europeo de entreguerras [...] con que el constituyente de Querétaro acomete la regulación de las materias que aborda”, dando ensejo a um peculiar constitucionalismo social agrário.

Os méritos da Constituição mexicana são patentes, impondo a intervenção do Estado sobre a ordem econômica nas tensas relações de proteção ao trabalho e da funcionalização da propriedade, não confiando acentuadamente no legislador pelo fato de disciplinar e regular, ela própria, vários dos direitos que especifica. Ademais, a despeito de previstos vários direitos sociais, não se há uma profusão de normas que fixem objetivos e finalidades que devem ser promovidas pelo Estado, a não ser alguns aspectos pontuais, como o salário mínimo, cujo dispositivo o atrela ao atendimento de várias necessidades básicas, indicando o seu caráter programático.

A apreciação dos dispositivos da Constituição mexicana permite inferir o início de uma inversão na relação até então existente entre Constituição e legislador, sendo nutrida uma

desconfiança que, certamente, deriva da sua filiação ao constitucionalismo americana, ante a existência de uma regulação própria quanto a determinados direitos sociais, sem que muitos deles dependem da *interpositio legislatoris*.

Dois anos após surgiria mais um expoente do primeiro ciclo do constitucionalismo social, a Constituição alemã de Weimar de 1919, que seria muito mais marcante para a instauração e conformação do Estado Social, prevendo uma sistemática disciplina da ordem econômica e identificando de maneira mais explícita e elaborada a constituição econômica. Não é injustificada a menção de Gilberto Bercovici (2004, p. 26) considerando-a como a mais célebre dentre as que partilharam da fundação e do desenvolvimento do Estado Social.

A Alemanha encontrava-se profundamente abalada pela derrota na Primeira Guerra Mundial<sup>119</sup>, a situação econômica e social era tomada por uma das mais profundas crises e grassava o desânimo, com o enfraquecimento dos laços sociais.

Não obstante isso, era necessário reerguer o Estado, refundar o pacto social, reestruturar o sistema econômico, e para tanto haveria grandes entreveros, tanto no plano político-ideológico, quanto no âmbito jurídico-constitucional. De um lado, as discussões e debates travados entre as várias tendências ideológicas representantes pelos partidos políticos, desde os liberais conservadores, que desejavam o restabelecimento do liberalismo e da economia de mercado, passando pelos sociais reformistas, que propugnavam a instituição de uma democracia social, até os adeptos de uma modificação do próprio sistema econômico; de outro, acirradas querelas doutrinárias, tanto precedentemente quanto posteriormente à edição do texto constitucional, notabilizando-se as posições de Carl Schmitt e de Hermann Heller, diametralmente opostas.

Encarnación Cuenca (2000, p. 43-44) registra que a influência da Constituição mexicana de 1917, juntamente com a Revolução Russa e o risco de expansão do movimento socialista, propugnando a substituição do sistema econômico capitalista, compeliram os constituintes europeus a amenizar os princípios do capitalismo liberal pela agregação de novos direitos, de conteúdo social, àqueles já existentes, pertinentes às liberdades.

Outro fator de notável relevância se deveu às exigências e reivindicações das

---

<sup>119</sup> Fabio Konder Comparato (2003, p. 185) destaca que a houve cerca de dois milhões de alemães mortos ou desaparecidos, além dos mutilados, o que conduziu o povo alemão a um momento de pessimismo e negativismo quanto ao futuro. Daí pode-se constatar que o texto constitucional, malgrado as ambigüidades e o distanciamento quanto à realidade, foi o depositário das esperanças e crenças comunitárias de reconstrução, função também própria às constituições, a semelhança da integração política.

camadas populares em razão do recrudescimento da Questão Social, certamente agravada com a derrota na Primeira Guerra Mundial. Essas reivindicações e exigências passaram progressivamente a se fazer ouvir e a ser canalizadas quando do fortalecimento dos sindicatos e dos partidos, sendo um importante fator a busca pelo exercício dos direitos políticos, recorrendo o povo aos próprios princípios do Estado de Direito que eram defendidos pela burguesia para invocar a extensão do sufrágio.

Desse modo, a compreensão pelo povo do sentido e do valor da democracia, juntamente com a unidade e a consciência de classe formada, expressa pelos movimentos proletários, pelos sindicatos e pelos partidos ligados à massa trabalhadora foram fundamentais para o advento do Estado Social, que não foi apenas uma concessão histórica e graciosa da burguesia.

Evidentemente, diante dos riscos de ruptura do sistema pela possível expansão do socialismo e, em virtude de capacidade de adaptação e transformação do capitalismo, muito mais fluido e flexível, muito melhor à burguesia admitir um reformismo de caráter social sobre a economia de livre mercado do que deixar os ânimos e os anseios exaltados de forma a se tornarem inconciliáveis com o sistema, arriscando-se ainda mais a sofrer uma revolução socialista. Isso, todavia, não autoriza em qualquer hipótese a que se conceba a existência do Estado Social, em especial na sua experiência alemã, como também na mexicana, como uma concessão do poder Estatal; ao contrário, foi mais uma vitória do constitucionalismo radicado na fundamental força de coesão de que provém a soberania popular; foi uma vitória do Estado de Direito material, uma vitória humanística e consagradora da solidariedade, da dignidade, da igualdade material, do sentimento republicano e da justiça social, valores compartilhados comunitariamente e, nessa condição, elementos de integração social.

A democracia seria um caminho fundamental para a consagração do Estado Social, não apenas na Alemanha, sendo depois renegada e só retornado para integrar o sentido material de Estado de Direito já quando da institucionalização do Estado Democrático de Direito.

A relevância da democracia para a transição do Estado de Direito Liberal para o Social, com a instituição de reformas socializantes ao sistema econômico capitalista, foi bem destacada por Hermann Heller (2006, p. 120-121), pois “Organizados autonomamente em partidos y sindicatos logra imponer en el poder legislativo del Estado su participación”, utilizando-se da própria concepção burguesa de que o legislador era expressão do próprio povo.

Equiparado jurídico-politicamente à burguesia, o proletariado poderia encetar as

reformas pretendidas pela via legal, não sendo mais possível alijá-la do processo político com base na restrição do sufrágio em função do grau de instrução e da existência de posses em função do amadurecimento da consciência contemporânea, pelo que “La burguesia comienza ya a desesperar del ideal del Estado de Derecho y a renegar de su propio universo cultural”.

No mesmo sentido, Gøsta Esping-Andersen (1999, p. 22) bem retrata a relevância da democracia para a reforma do capitalismo liberal, apta a promover a transição para o Estado de Direito Social, ou até mesmo a afetar mais profundamente os interesses burgueses, de modo que a democracia se torna o calcanhar de Aquiles do capitalismo. A industrialização emergente confere às massas proletárias a compreensão de que pela democracia se poderia reduzir os privilégios atrelados à propriedade, constituindo-se num risco para o mercado, como expõe abaixo, *in verbis*:

Les libéraux craignent a juste titre le suffrage universel, susceptible de politiser la lutte pour la répartition des richesses, de pervertir le marché et d'alimenter les inefficacités. De nombreux libéraux découvrent que la démocratie risque de détruire le marché.<sup>120</sup>

Assim, prevalecendo o acesso do proletariado ao poder político, devidamente representado no parlamento, haveria a tendência de instituição de uma democracia social, ou do modelo social democrata, direcionando o Estado Social à realização dos ideais de igualdade, justiça, liberdade e solidariedade, como acentua Esping-Andersen (1999, p. 24).

A relevância e a interação entre a democracia e o social, matizado pelo sentido republicano, foram ressaltada por Hugo Preuss (2000, p. 117), liberal de esquerda que foi o responsável por elaborar o projeto da Constituição alemã, pois nenhuma significação teria a democracia se não relacionada intimamente com o social, dando origem à democracia social.

Não obstante ocupar a função de elaborar o projeto da Constituição alemã e ser adepto da democracia social, Preuss pretendia que ela fosse politicamente neutra, em virtude da ausência de uma maioria partidária clara que à concepção e ideologia atinente à ordem econômica, se liberal, social ou socialista, pondendo até mesmo inviabilizar os trabalhos constituintes<sup>121</sup>; entretanto, como salienta Bercovici (2004, p. 28-29), a sua proposta não foi

---

<sup>120</sup> Em tradução livre, “Os liberais temem por justo motivo o sufrágio universal, suscetível de politizar a luta pela repartição das riquezas, de perverter o mercado e de alimentar as ineficácias. Vários liberais descobriram que a democracia traz o risco de destruir o mercado.”

<sup>121</sup> Fabio Konder Comparato (2003, p. 186-188) bem retrata os acontecimentos que precederam a edição da Constituição de Weimar, alguns com traços trágicos como o embate de que decorreu a execução de Rosa de Luxemburgo, líder esquerdista. De qualquer sorte, não houve uma ampla maioria socialista esperada, obtendo os

integralmente acolhida, cabendo a Friedrich Naumann a preparação e a relatoria da parte da Constituição relativa aos direitos fundamentais.

A Constituição alemã seria estruturada, então, em duas partes, sendo a primeira respeitante à disciplina orgânico-institucional do Estado, enquanto a segunda se voltava para os direitos fundamentais. Apesar da inserção de uma parte disciplinando os direitos fundamentais, não ficou clara a preponderância da concepção liberal ou da concepção social, encerrando uma ambigüidade até em vista da inexistência de uma ampla maioria parlamentar por uma das tendências, mesmo sendo Naumann partidário da democracia social.

Segundo Gustavo Gozzi (2003, 77-78), Naumann sustentava a transformação concernente ao aspecto político-constitucional do século XIX e a conseqüente teoria do Estado de Direito. Não obstante isso, dando seqüência às contribuições do constitucionalismo estruturou a parte dos direitos fundamentais tendo em vista três grupos de direitos, sendo um relativo aos direitos negativos, que tradicionalmente limitam a intervenção do Estado, outro, é o relativo aos direitos políticos e, finalmente, o que abriga os direitos sociais. E justamente são os direitos sociais o traço inovador e específico de Weimar, malgrado haja o dualismo por possuir fórmulas normativas tidas como típicas ao Estado e Direito Liberal.

Certamente que, para a época, a consagração de preceitos normativos e de princípios de diversa fundamentação ideológica não conseguia ser bem apreendida e compreendida pela doutrina, dado que não era comum a existência dessa característica que, então, era reputada como expressiva de atecnica, imperfeição ou paradoxo; ao invés, como hodiernamente se sabe e se sustenta, tal práxis do constituinte denota um reconhecimento do pluralismo e uma abertura do texto constitucional ao futuro, propiciando a integração de valores e interesses contrapostos a luz da evolução social e cultural mediante a compreensão e interpretação e aplicação.

Àquela época, todavia, só poderia gerar muito despreço por uma Constituição que já sofreria todos os tipos de resistência, política, ideológica e institucional, pois se propõe a modificar substancialmente o *status quo* mediante a intervenção planejada do Estado sobre a atividade econômica, embora preservando o sistema capitalista, buscando transformá-lo para substituir a auto-regulação do Estado pela hetero-regulação jurídico-normativa interventiva, almejando não apenas a produção da riqueza, mas uma melhor repartição e distribuição dessa riqueza, não se destinando apenas à satisfação do auto-interesse do detentor de capital.

Gustavo Gozzi (2003, p. 79-80) observa que o projeto de Naumann para os direitos fundamentais, no que respeita aos direitos sociais, limita-se à previsão de princípios gerais, como a necessidade de limitação da propriedade privada, o que levou às críticas de serem alguns dispositivos excessivamente genéricos e privados de conteúdo jurídico. A concepção de Naumann, mesmo com as críticas sofridas, foi conservada, embora fosse traduzida quando dos debates na respectiva Comissão numa fórmula jurídica, “[...] ponendole como *programma* per un fututo sviluppo legislativo<sup>122</sup>.” Novamente aí, no constitucionalismo social, o Estado de Direito que vem a ser instituída ficará em mãos do legislador, que terá também a ampla competência para desenvolver, não mais as liberdades – superada a doutrina da regulamentação das liberdades – mas, efetivamente, os direitos sociais, cuja eficácia jurídica restará dependente de atuação normativa futura, como será realçado adiante.

De qualquer forma, a segunda parte da Constituição de Weimar exprime a superação da visão individualista e da auto-representação coletiva como sociedade, substituindo-a pela perspectiva comunitária intrínseca a uma auto-compreensão como comunidade, em que não se afirma a separação do Estado, havendo antes uma relação de imbricação e pertencimento, sendo essa perspectiva um substrato inexorável para a devida potencialização do Estado de Direito Social. Mantinha-se, contudo, o capitalismo, só que socializado, sem instituir-se o socialismo, buscando a afirmação de uma democracia social avançada e de um capitalismo organizado.

Desse modo, a Constituição de 1919 resultou daquilo que se convencionou denominar como Coalização de Weimar, dada a prevalência política, ainda que limitada, do grupo político formado por social-democratas, progressistas e dos católicos de centro, como apontam Cuenca (2000, p. 44) e Gozzi (2003, p. 90-91), exprimindo a ocorrência de um compromisso político firmado entre as diferentes matizes ideológicas, inserindo no texto constitucional disposições típicas do liberalismo, como as liberdades, como direitos sociais e econômicas, da pretendida democracia social, e, ainda, algumas previsões de caráter socialista, não havendo, segundo a autora, uma sistematização adequada, dificultando sobretudo a interpretação.

Gozzi, por sua vez, salienta em que se expressou a coalização no texto constitucional, acentuando (GOZZI, 2003, p. 84) a construção de uma democracia material a partir da constituição social, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*

---

<sup>122</sup> Em tradução livre, “[...] colocando-a como um programa para futuro desenvolvimento legislativo.”

[...] la costituzione di Weimar pone dunque nei diritti fondamentali, e, precisamente, in quelli riguardanti la vita economica, i principi di una nuova costituzione sociale che dovranno alimentare la costruzione di una futura *democrazia sostanziale*, capace di integrare e di supplire ai limiti della sola democrazia politica. In questa sfida rivolta al futuro è consistito e consiste tuttora il fascino dell'esperimento politico di Weimar.<sup>123</sup>

Não obstante a institucionalização de direitos sociais no texto constitucional, a práxis foi contrária ao que se esperava, salientando Heller (2006, p. 122-123) que tal se deu em razão de um progressivo esvaziamento do sentido material do Estado de Direito, cada vez mais reduzido a um conceito técnico-formal e limitado à legalidade, como no que se refere à igualdade, pertinente ao momento de aplicação da lei, e não como impositiva de atuação não arbitrária do legislador. A retidão e a justiça perdiam espaço para a previsibilidade e calculabilidade. E no processo de esvaziamento da dimensão material do Estado de Direito, voltada e preenchida pelos direitos fundamentais, notadamente os sociais, teve importante papel o poder judiciário, cujos membros, em sua maioria integrantes da classe dominante, sustentavam a competência para exercer o controle de constitucionalidade do conteúdo das leis para com o conteúdo da Constituição e, a partir da limitada compreensão da igualdade, continham a transformação em Estado Social do Estado Liberal.

Heller, todavia, permanece nutrindo a convicção de que o ativismo judiciário conservador – similarmente ao que ocorreu nos Estados Unidos quando da inauguração do *New Deal* – “[...] con esta vigilancia judicial del poder legislativo, no se há alejado definitivamente la amenaza del Estado social de Derecho. Continua siendo una mera cuestión de tiempo que el poder legislativo popular pueda [...]” impor as reformas socializantes do capitalismo liberal, ou que possa designar outros juízes. Vê-se nesse exemplo a situação drástica, embora incomum, da jurisdição constitucional expressar os fatores reais de tornar e tornar os imperativos constitucionais e os direitos fundamentais uma ressonância no vácuo, ou, como já aludido alhures por Lassalle (1998, p. 37), uma folha de papel.

Não foi apenas do poder judiciário que provieram as resistências ao constitucionalismo social de Weimar, estando a democracia social continuamente sob pressão, eis que a burguesia passava a renegar o ideal de Estado de Direito, dando azo a afirmação da ditadura (HELLER, 2006, p. 121).

---

<sup>123</sup> Em tradução livre, “[...] a constituição de Weimar põe, então, nos direitos fundamentais, e, precisamente, naqueles que concernem à vida econômica, os princípios de uma nova constituição social, alimentando a construção de uma futura *democracia substancial*, capaz de integrar e de suprir os limites da democracia política. E nessa face voltada para o futuro consistiu e consiste todo o fascínio da experiência política de Weimar.”



Abendroth (1986, p. 18-19) observa que após 1920 toda a influência socialista sobre a República de Weimar foi se perdendo, prevalecendo a feição liberal, mesmo em discrepância com o texto constitucional que, malgrado a concebida ambigüidade, era fortemente de teor social. Mais ainda, destaca que o poder chega às mãos daqueles que vêm com bons olhos a ditadura, colocando em risco as conquistas obtidas com a luta pelo Estado de Direito.

Para conter os seus privilégios, oriundos do mercado, a burguesia não se fará de rogada em resistir contra qualquer tendência social pela crítica ao sufrágio universal, diluindo o sentido material de Estado de Direito e esvaecendo o conceito de legalidade, reduzida a uma forma de atuação do Estado pela administração.

Desse modo, Heller (2006, p. 134) observa que a burguesia lança críticas infundadas e mentirosas ao Estado de Direito, à democracia e ao parlamentarismo, renegando a sua própria historicidade e vivência constitucional, passando a dar sustentação à ditadura em nome de uma democracia sem sentido, contra o que se insurge o constitucionalista alemão com a percuciente percepção de que “Todos los dictadores [...] aseguran que ellos no han realizado o no quieren realizar otra cosa que la ‘auténtica’ democracia.”

E é nesse âmbito tenso que caminha para a opacidade do sentido emancipatório, libertário e paradigmático que provém da Constituição alemão de Weimar, instituidora do Estado Social, que se percebe a notável querela jurídica que marcou a evolução, ou a involução, institucional do constitucionalismo social de Weimar.

Àquela época, em derredor de 1920, Abendroth imputa à ciência jurídica a promoção do esvaziamento da fórmula do Estado de Direito e a frustração do Estado Social enquanto democracia social dirigida ao futuro, criticando a maioria da doutrina a Constituição alemã por duas de suas características fundamentais e que decorriam da ausência de ampla maioria política quando da sua promulgação, quais sejam: o caráter compromissório e a natureza programática, que estão umbilicamente associados na frustração da normatividade das disposições constitucionais.

Não que essas características possam, por si mesmas, frustrar a normatividade constitucional, mas a concepção que sobre elas se firmou exerceu esse papel, sendo um dos seus principais críticos Carl Schmitt.

É com o constitucionalismo social de Weimar que surge a noção de de normas programáticas, que iria marcar e ganhar relevo durante a instauração, consolidação e mesmo a crise do Estado Social, sendo questão recorrente ao se analisar a sua compostura jurídico-institucional. A garantia de realização dos direitos sociais e de construção do Estado Social

passa por uma apurada reflexão acerca da natureza jurídica e da potencialidade normativa das normas programáticas, originariamente mal entendidas na sua primeira manifestação.

Contrapostas ao modelo tradicional de enunciação de normas jurídicas e, mais ainda, às formulas de expressão dos direitos individuais e dos direitos políticos, as normas programáticas, relativas aos direitos sociais e aos objetivos e finalidades assinalados ao Estado, distanciava-se dos modelos de normatividade usualmente adotados, além de cometer boa parte da realização constitucional ao legislativo mediante a *interpositio legislatoris*. Novamente o legislador ocupa função fulcral quanto ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, só que agora no que respeita aos sociais.

O entendimento prevalecente na época, mesmo por parte dos juristas que buscavam restabelecer a feição social de Weimar na transição do capitalismo liberal para um capitalismo reformado e social, tinha por destituídas de caráter jurídico as normas programáticas, embora alguns apontassem uma importante função no âmbito do texto constitucional. Os que sustentavam o seu caráter jurídico, cometiam a sua realização ao legislador.

Como percebe Bercovici (2004, p. 28-29), houve uma certa evolução na juspublicística alemã de 1920 até 1930, posto que, se inicialmente era rejeitado o caráter jurídico das normas que dispunham sobre os direitos fundamentais, ao final ele será reconhecido, distinguindo-se as liberdades e os direitos sociais, pois esses importariam apenas em tarefas de concretização legislativa.

Analisando-se a segunda parte da Constituição alemã bem se percebe a existência de normas programáticas, como se verifica a partir do art. 151, que encabeça o título relativo à disciplina da vida econômica e, conseqüentemente, inaugura na história do constitucionalismo a explícita referência ao que se pode considerar como uma constituição econômica, inexistente na precedente experiência mexicana.

O próprio art. 151 impõe uma série de limitações, direcionando a ordem econômica (denominada como vida econômica) à promoção da justiça e da existência digna<sup>124</sup>. O art. 153 trata da disciplina da propriedade privada dos bens de produção, prevendo a desapropriação por utilidade pública e, mais ainda, a existência de deveres que dela provêm, ao consagrar que “A propriedade obriga. O seu uso há de constituir também um serviço para o bem comum.” Por sua vez, o art. 155 disciplina expõe a função social da propriedade

---

<sup>124</sup> À semelhança do vigente *caput* do art. 170 da Constituição brasileira, que funda os objetivos da ordem econômica na justiça social e na promoção da existência digna.

imobiliária, especialmente a rural. Já o art. 156 traz uma das mais controversas disposições de Weimar por constituir uma demasiada restrição à livre iniciativa ao prescrever a possibilidade de expropriação de empresas privadas para fins de socialização. Além disso, há também a previsão, mediante lei, da participação de patrões e empregados na gestão das empresas, podendo, ainda, regular a produção, elaboração, distribuição, consumo, preços, importação e exportação de bens.

Ora, tais disposições são responsáveis pela imposição ao Estado de, mediante lei, regular a atividade econômica, dirigindo-a para a realização dos fins comunitários e da promoção de condições mínimas de existência digna que decorram da devida exploração empresarial, indicado o que se poderia denominar de função social da propriedade e de função social da empresa. A livre iniciativa, assim, é contida e direcionada para, sem prejuízo do lucro e da acumulação de capital – por persistir como um sistema capitalista – promover, fins socialmente relevantes, aos quais todos estão vinculados, inclusive os agentes econômicos, por força da solidariedade.

O art. 157 estabelece a proteção especial ao trabalho, a ser disciplinada por lei, embora os arts. 158 a 160 já tragam alguns direitos para os trabalhadores; quanto à seguridade social, o art. 161 a delinea, visando a cobrir os riscos relativos à saúde e à capacidade para o trabalho, assegurando a proteção à maternidade e à idade avançada, além das vicissitudes da vida, exprimindo o caráter securatício do constitucionalismo social, forte na solidariedade marcada pela responsabilidade compartilhada para reprimir os efeitos de riscos resultantes da vida comunitária.

O art. 163 objetiva garantir o direito ao trabalho ou, em sua impossibilidade, às condições mínimas de subsistência, pois não sendo possível a oferta de situações adequadas de trabalho, garantir-se-lhe-á o necessário ao seu sustento, denotando a feição assistencial do Estado Social.

O art. 164 prevê a instituição de um sistema normativo e de medidas administrativas de proteção à classe média, constando do art. 165 a representação coletiva de empregados.

Diante disso, pode-se esboçar uma sistematização das normas da ordem econômica na Constituição alemã como sendo respeitantes aos direitos sociais, que são erigidos em virtudes das funções redistributiva, transformadora, assistencial e securatícia do Estado Social, a serem adiante detalhadas.

Tais dispositivos demarcam o âmbito da atuação estatal, dando clara natureza social à Constituição de Weimar, tido por contraditória com a disciplina das liberdades

individuais que inicia a parte segunda, relativa aos direitos fundamentais.

A análise dos enunciados normativos expostos, com os respectivos direitos que deles emanam, leva à constatação de que têm a sua eficácia jurídica condicionada ao advento da *interpositio legislatoris*, apresentando-se com relação ao legislador da mesma forma como outrora eram concebidas as liberdades fundamentais em França.

Como já assinalado, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão previa as liberdades e outros direitos individuais e políticos, cometendo à lei a sua disciplina e delimitação do seu exercício, o que era reputado imprescindível diante do caráter indeterminado e abstrato dos direitos consagrados, de acentuada natureza filosófica diante da influência do jusnaturalismo racionalista. Recorde-se que o princípio da legalidade consubstanciava uma das mais importantes garantias aos direitos fundamentais, pois não se concebia que o legislador fosse arbitrário, ao contrário do executivo e do judiciário.

Com a evolução institucional do constitucionalismo liberal, a doutrina da regulamentação das liberdades, dependentes e condicionadas ao desenvolvimento legislativo ulterior, foi sendo progressivamente superada, até por serem tidos como direitos negativos, impositivos de abstenções e omissões do Estado, apesar do legislador continuar tendo plena disposição e conformação sobre os direitos individuais. Assim, a despeito de não mais dependerem do legislador para portar eficácia, não o limitavam, sendo possível que a lei desse qualquer conformação a determinado direito.

Ao se chegar ao constitucionalismo social, contudo, resurge a doutrina da regulamentação e do condicionamento da eficácia dos novos direitos, direitos sociais, ao advento da *interpositio legislatoris*, ou seja, à superveniência de uma lei que regule as condições de sua incidência e a delimitação de seu âmbito de proteção.

Tal resurgimento pode decorrer de quatro fatores, distintos, mas interligados. O primeiro consiste, ainda, na posição ascendente que a lei e, conseqüentemente, a função legislativa possui, notadamente em face da administração pública, que se pode atuar diante de expressa previsão legal; o segundo deriva do ambiente político em que fora promulgado o texto de Weimar, não havendo, como já mencionado, ampla maioria partidária de quaisquer das tendências ideológicas subjacentes às discussões e debates na Assembléia, ensejando a adoção de cláusulas compromissórias, deferindo ao futuro a opção por um dos termos; outro fator consistia na absoluta impossibilidade da Constituição esgotar a disciplina de vários dos direitos sociais consagrados e das imposições cometidas ao Poder Público, especialmente porque, ao contrário do que concebido com relação às liberdades, os direitos sociais e as tarefas importam na exigência de prestações do Estado, de sua atuação, para o que é

imprescindível uma detida regulamentação, inviável em sede constitucional, por mais analíticos que sejam os seus textos, não podendo se converter em códigos; finalmente, derivava, ainda, de uma limitada compreensão acerca do que seja uma norma, como também da Constituição, que só poderia ser desenvolvida pela lei, tida ainda como garantia dos direitos fundamentais e, principalmente, dos direitos sociais.

Ademais, se entendia que o dispositivo era a própria norma e se dele não se vislumbra objetivamente as condições de sua incidência, não teria caráter jurídico, a despeito de integrar a Constituição.

Esses quatro fatores repercutem acentuadamente na caracterização da relação entre a Constituição e a função legislativa, com a ascendência destacada do legislador, detentor de primazia sobre os demais poderes. Logo, ao invés dos direitos fundamentais limitarem e dirigirem a atuação do Estado, nos termos da Constituição, no máximo limitavam a administração pública e o poder judiciário, nos termos da lei, se lei houvesse. Se não, inexistiria qualquer efeito; se a lei regulasse insuficientemente ou inadequadamente, não existiria qualquer invalidade, pois o legislador tinha a ampla e livre disponibilidade dos direitos fundamentais. Associado a esse problema, do condicionamento da eficácia dos direitos sociais e das normas impositivas de tarefas à lei, há o agravamento decorrente da progressiva assunção pelo poder executivo da função legislativa por ser o principal órgão do Estado responsável pelas medidas de intervenção sobre a ordem econômica.

O caráter compromissório e a ausência de natureza jurídica das normas de direitos sociais e das que impunha tarefas ao Estado eram dois dos vícios do texto constitucional alemão, sustentados pela doutrina que a ele fazia oposição, de que é expoente destacado Carl Schmitt. Por conseguinte, urge ressaltar que a concepção acerca da ausência de caráter jurídico-impositivo das normas programáticas é originária do direito constitucional alemão, pelo estranhamento ensejado diante das inovações da introduzidas e o imobilismo da reflexão jurídica. O problema da juridicidade das normas programáticas, até então concebidas como absolutamente condicionadas pelo legislador e tidas apenas como uma exortação ou conselho político *pro futuro*, vai ser o ponto de partida do desenvolvimento da teoria da constituição dirigente a partir da Constituição portuguesa de 1976, estimulando a profunda reflexão de José Joaquim Gomes Canotilho (1994).

Como a partir daí, com a Constituição mexicana e com a alemã, as normas programáticas vão se constituir numa constante nos textos constitucionais subseqüentes, e, principalmente, com toda a querela doutrinária travada em derredor delas e dos direitos sociais, não se pode buscar a efetividade das normas constitucionais e a construção do Estado

Social, com a realização ótima das tarefas que lhe são incumbidas, sem perfilhar a reflexão renovadora sobre o sentido jurídico-normativo dos direitos fundamentais e dos objetivos do Estado, pois encerram, no mais das vezes, uma projeção de uma situação de futuro.

Com efeito, como será destacado, apenas com o surgimento da Constituição italiana de 1947 e os estudos de Vezio Crisafulli (1952) é que se passou a sustentar a juridicidade das normas programática, independentemente do desenvolvimento legislativo ulterior, sendo capaz até mesmo de vincular o legislador; contudo, persistia não resolvida a problemática da inércia legislativa, que acomete de longas datas a potencialidade projetivamente vinculante da legislação futura e da promoção de um estado ou situação juridicamente exigida.

Adentrando nas críticas formuladas à Constituição de Weimar – de enorme relevo para o presente estudo por serem a origem de boa parte das resistências e das causas de frustração da força normativa da Constituição brasileira e do questionamento contínuo acerca da sua capacidade dirigente –, faz-se mister apreciar o entendimento de Carl Schmitt.

De acordo com sua concepção acerca da constituição, Carl Schmitt (1996, p. 46-48) sustenta o conceito político de constituição, distinguindo-a de leis constitucionais, ainda que compusessem o mesmo texto normativo.

Para Schmitt a constituição era tida como uma decisão do titular do poder constituinte, seja lá quem o for – povo ou monarca, por exemplo – de modo que não se confundia com meras leis constitucionais, que não esgotavam o seu sentido. Assim, “La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidade política.”

Quanto à Constituição de Weimar, a democracia, a república, a federação, o parlamentarismo são as opções objeto da decisão política fundamental expressa, além de “[...] la decisión a favor del *Estado burgués de Derecho* con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes.”

A partir daí, Schmitt (1996, p. 52-54) investe contra a natureza constitucional e o caráter jurídico das normas de conteúdo social projetivas do que deve ser a ordem econômica do ser, ou seja, insurge-se contra a parte segunda do texto constitucional em função das ambigüidades que encerra, por ter ocorrido o protraimento para o futuro de decisões que seriam também fundamentais, apesar de, antecipadamente, filiar o constitucionalismo tedesco daquela época ao Estado de Direito Liberal.

Entendendo que a Constituição alemã é uma constituição por conter decisões políticas fundamentais sobre a concreta forma de existência política do povo alemão,

obtempera que “en ciertas declaraciones y programas que fueron aceptados en el texto de la Constitución, se encuentran algunos compromisos y oscuridades que no contienen decisión alguna y en los que, por el contrario, los partidos de la coalición buscaron soslayar una decisión”.

Referindo-se especificamente à segunda parte, relativa aos direitos fundamentais, registra haver uma reunião de programas e prescrições dos mais variados conteúdos, com os princípios liberais e individualistas da propriedade privada, traços de programas socialistas e disposições próprias do Direito natural católico, mesclados em uma síntese confusa.

Essa característica da Constituição de Weimar, para Schmitt, expressou a ausência de uma decisão política fundamental, se adotaria o modelo de ordenação burguesa ou o socialista da sociedade. Essa ausência de decisão decorre da consagração de direitos típicos das duas ideológicas, sendo que, naquela época, pela recente história constitucional e pela incipiente construção teórica dos direitos fundamentais, seria incompreensível a agregação de direitos ligados a valores, ideologias e grupos contrapostos no âmbito da comunidade, não sendo reconhecido o pluralismo e o inelutável imperativo da constituição abrigó-lo para sustentar a opção de um determinado princípio, valor ou interesse de acordo com a evolução político-institucional comunitária, e sem deixar em aberto à questão, pelo caráter procedimental e dialógico que comporta.

Como tal não era possível, explica-se a existência de alguma perplexidade, não se afigurando, todavia, pertinente as proposta de esvaziamento do conteúdo jurídico do texto constitucional. Ademais, a intensidade das normas de conteúdo social tenderia a repercutir sobre os direitos individuais, socializando-os, o que fora peremptoriamente rechaçado por Schmitt que, mesmo com as alegadas incompatibilidades, obscuridades, e os paradoxos, manifestou-se pelo caráter liberal da Constituição, como se vislumbra do excerto abaixo, *in verbis*:

En realidad, sin embargo, se introdujeron en parte, y en parte se proclamaron como programas, sólo una serie de reformas sociales, mientras que no se extrajeron consecuencias *políticas* específicas de los principios del socialismo. La decisión fundamental recayó por completo a favor del Estado burgués de Derecho y de la Democracia constitucional.

Schmitt não concebeu a possibilidade da instituição de um outro regime, nem

liberal nem socialista<sup>125</sup>, mas de um capitalismo mitigado, humanizado, em que se pretendesse domesticar o poder econômico, em que haveria, na pena de Heller (2006, p. 133) um Estado de Direito “resuelto a sujetar a su império la economía.”

Por outro lado, ao não expressar a decisão política fundamental, Schmitt identifica a existência de verdadeiros compromissos, tidos por apócrifos por nada alterarem a conformação política do Estado, firmados entre partidos opostos e fundados na necessidade de solucionar as respectivas exigências. O compromisso, todavia, não seria de caráter material, definindo a questão de fundo sobre a qual grassa a desavença, mas meramente processual; ou seja, o compromisso consistia em deixar em aberto tais questões, sobre as quais não havia maioria política ampla.

Assim, Schmitt considera que tais compromissos só teriam o efeito de dilargar a resolução dessas questões, denominando-os como compromissos dilatatórios e insurgindo-se (SCHMITT, 1996, p. 54-57) contra a protração da decisão, entendendo não haver nenhuma razão para manter no texto constitucional tamanhos contrastes, embora reafirme em seguida que a substância da Constituição de Weimar, tanto política como juridicamente, pela adoção de uma decisão pelos princípios do Estado de Direito Liberal burguês, não se justificando a contraposição feita por Schmitt entre ele e a ditadura do proletariado.

Com efeito, não se firmou em Weimar a ditadura do proletariado, mas também não se sustentou qualquer restabelecimento dos princípios do capitalismo liberal – que não pode ser confundido com o advento de princípios e de direitos de primeira dimensão, pois o Estado Social se caracteriza justamente por esse amálgama entre as liberdades e os direitos sociais –, firmemente rechaçados pelo processo democrático diante da Questão Social a que estava submetido o povo. Em resistência ao Estado de Direito Social, delineado no texto constitucional, e em frustração da constituição econômica que o embasava, só restaria à burguesia duas opções: a) proceder a uma reforma político-institucional que concretizasse o modelo jurídico-constitucional do Estado Social, editando as leis necessárias a tanto, a fim de deflagrar a eficácia projetiva dos direitos sociais e das normas impositivas de tarefas e objetivos do Estado; ou b) resistir violentamente com o recurso à força, instituindo a ditadura, em nome do povo e pela democracia, conforme jargão ilusório usualmente repetido em tais

---

<sup>125</sup> Cujas opções foram rejeitadas por Schmitt (2006, p. 53) ao fundamento de que haveria necessidade de manutenção do *status quo* diante da rejeição das propostas socialistas pelos social-democratas. Longe estava para além daqueles dois modelos, o Estado de Direito Social, buscando a síntese de integração sócio-econômica de ambos e, conseqüentemente, reformar os vínculos sociais, superando o individualismo, mas não aniquilando-o por uma concepção coletivizante excessiva.



circunstâncias.

Verifica-se, pois, dois dos fatores que compuseram as condições para o advento a negação do caráter jurídico das normas programáticas, em sua primeira manifestação, consistentes na ausência de maioria política pelos social-democratas, exigindo a adoção de fórmulas compromissórias que, malgrado indiquem uma direção, deixam ao legislador a minudência dessa disciplina, e a exaltação da lei como fonte do direito.

Os outros dois fatores assinalados, consistentes na concepção limitada de norma jurídica, como a impossibilidade de esgotar a disciplina de determinado direito ou princípio em sede constitucional, são pressupostos derivados do estágio da ciência jurídica e dos paradigmas existentes, em que, *verbi gratia*, ainda não se concebia o direito como elemento de transformação social e promoção de fins valiosos comunitariamente, com a agregação às normas como juízo hipotético-condicionante daquelas que consubstanciam uma programação finalística, como será adiante explicitado.

Ainda que as críticas de Schmitt sejam excessivas e que, em verdade, o caráter compromissório em nada prejudique a força normativa da Constituição e a juridicidade de suas disposições diante do desenvolvimento e da devida compreensão hermenêutica do texto constitucional, tornou-se lugar comum que as normas programáticas não detinham natureza jurídica, sendo antes exortações políticas relativas a um programa para a futura legislação.

Nesse sentido, Encarnación Cuenca (2000, p. 47) aponta a existencia de normas atributivas de finalidades para o Estado que eram de difícil consecução, levando a que “[...] se lês negara todo carácter normativo, considerándolas meras normas programáticas sin ninguna fuerza jurídica de obligar. La Constitución fue, así, objeto de numeras críticas”, formuladas por professores, advogados, governantes e juízes ao ressaltar a distancia entre a literalidade do texto e a realidade constitucional, “[...] lo que contribuyó al vaciado de la norma fundamental”, expondo a contraposição firmada entre as liberdades e os direitos sociais.

Também Gustavo Gozzi (2003, p. 80) assinala que os direitos sociais, em sua maioria, foram explicitados como um programa para futuro desenvolvimento legislativo, de modo que, (GOZZI, 2003, p. 86) mesmo inseridos em sede constitucional, não portavam imeditada eficácia jurídica, constituindo-se como princípios programáticos, o que também é acentuado por Abendroth (1986, p. 19), que destaca o esvaziamento do conteúdo jurídico dos respectivos direitos.

Da mesma maneira, Ernst Forsthoff (1986, p. 76-77) registra a existência de normas programáticas como destituídas de caráter jurídico, referindo-se apenas ao legislador, sendo uma das razões pelas os intentos de associar pela Constituição de Weimar o Estado

Social com o Estado de Direito teriam sido um fracasso.

De forma acentuada, Bercovici (2004, p. 30-38) expõe a força que a concepção sobre constituírem normas programáticas apresentou na época de Weimar, estendendo-se desde Schmitt até um dos arautos do constitucionalismo social, que foi Hermann Heller (1998, p. 325) ao reconhecer que a Constituição de Weimar consagrava princípios de caráter ético que não poderiam ser aplicados diretamente pelo juiz, precisando de uma disciplina infraconstitucional. Embora não se refira na exemplificação às normas de direitos sociais, depreende-se ser esta também a sua concepção sobre elas, sustentando, entretanto, a importância de integrarem a Constituição, além de conferir-lhes alguma eficácia enquanto normas sociais de ordenação e critérios de interpretação.

Finalmente, até Ernst Benda (2001, p. 522) reconhece o caráter prejudicial que as normas programáticas possuíam no ambiente institucional de Weimar, pois era difícil inferir efeitos jurídicos concretos, constituindo-se, naquele momento, como meras declarações voltadas a ideais sem maior relevo, até por serem muitos deles irrealizáveis.

Por conseguinte, ao se refletir sobre o dirigismo constitucional e a potencial força normativa dos direitos sociais e dos objetivos e tarefas do Estado, com a aptidão de transição para a concreta realidade social, não se pode descurar da compreensão sobre elas firmada na Alemanha de Weimar e as críticas que lhes foram destinadas, muitas das quais usualmente reiteradas em plagas brasileiras, desde 1988 até a atualidade.

A luta do constitucionalismo pela efetividade da constitucionalização da política passa pela reabilitação da vinculatoriedade efetiva das direções e dos programas impostos abstrata ou concretamente ao Estado, cujos obstáculos firmados historicamente desde 1919 apenas se tornaram mais agudos, notadamente com a superação dos paradigmas da modernidade e o advento dos tidos como pós-modernos.

E a falta de uma adequada compreensão da potencialidade emancipatória, redistributiva, securatória e assistencial do Estado de Direito Social, enquanto expressão de valores comunitários respeitantes à integração material (Smend, 1985), pode levar, hodiernamente, a resultados tão desastrosos social e politicamente como os que se desenvolveram em Weimar, com a deflagração de uma grave crise econômica em 1930, de cujas causas não poderia ficar excluído o texto constitucional, depositário de todas as frustrações por não ter logrado a devida conversão em realidade; entretanto, o déficit entre o texto e a realidade, da mesma forma que em outros Estados que adotam tal modelo constitucional, e também no Brasil, é menos imputável ao próprio texto do que à práxis jurídica e à ciência jurídica que sobre ela se firmam.

A partir de 1930 a Alemanha sofreu uma crise econômica e social acentuada, dando ensejo à progressiva concentração de poder e ao aprofundamento do positivismo jurídico formalista, reduzindo-se o Estado de Direito Liberal a um mero sentido técnico, dando azo ao surgimento do regime que se manteve até fins da Segunda Guerra Mundial, cujas atrocidades discrepam profundamente do quanto constitucionalmente estabelecida e que defluía da solidariedade, da dignidade, da igualdade material e, finalmente, do próprio sentido republicano.

Não obstante isso, chamando à responsabilidade quem de direito, Hugo Preuss (2000, p. 126) desabafa contra a imputação da crise à Constituição de Weimar ao sustentar que o progressivo empobrecimento havido, inclusive da burguesia, não era resultante do texto de Weimar, nem pelo seu conteúdo social e sequer pelo socialismo. A causa da crise seria antes a orgia do capitalismo monopolista, notadamente pela sua oposição reacionária à democracia e à república, conforme sua natureza anti-democrática e anti social.

Assim, de forma trágica findava-se a mais expressiva experiência do constitucionalismo social no seu primeiro ciclo, que repercutiria sobre o seu desenvolvimento ulterior, após o término da Segunda Guerra Mundial.

Ainda situadas historicamente nesse período entreguerras pode-se identificar outros textos constitucionais, como o brasileiro de 1934, amplamente integrando com o sentido e as práticas de Weimar, embora lhe seja usualmente negado o caráter de conquista social por ter sido uma concessão do governo, o que é deveras discutível.

O constitucionalismo social brasileiro será objeto de abordagem oportuna, não se verificando, ainda no período entreguerras a manifestação de outra experiência social que mereça, nos contornos e limitações do presente estudo, maiores créditos, com a ressalva da experiência norte-americana ocorrida a partir da crise de 1929, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque e o advento de outro modelo de Estado Social, o *Welfare State*, sustentando pelo *New Deal* de Roosevelt e forte na doutrina keynesiana.

Esse colapso econômico do período entreguerras foi a primeira expressão do que, mais tarde, viria a caracterizar o processo de globalização econômica, pois demonstrou a efetiva existência de uma ordem econômica internacional, como da interação e interdependência dos mercados nacionais. Os mercados nacionais, até então orientados por uma política econômica protecionista, não conseguiram se resguardar do colapso econômico que permeou o final da década de 20 e o início dos anos 30 do século passado.

Sentido tanto na Alemanha de Weimar, como nos Estados Unidos e na Inglaterra, expandiu-se para outras fronteiras, atingindo os Estados capitalistas e também o Brasil, como

salienta Celso Furtado (2003, p. 194-202); todavia, não se restringiram aos Estados capitalistas, influenciando também os socialistas.

A relevância desse colapso e a sua representatividade para a conformação e os subseqüentes acontecimentos que marcaram *o breve século XX* são tão evidentes que, para caracterizá-los, Hobsbawm (1995, p. 90-91) afirma que não teria havido nem Hitler e muito menos Roosevelt, sendo bem expressiva a síntese da força da crise que se instalara, abaixo transcrita, *in verbis*:

[...] a Primeira Guerra Mundial foi seguida por um tipo de colapso verdadeiramente mundial, sentido pelo menos em todos os lugares em que homens e mulheres se envolviam ou faziam uso de transações impessoais de mercado. Na verdade, mesmo os orgulhosos EUA, longe de serem um porto seguro das convulsões de continentes menos afortunados, se tornaram o epicentro deste que foi o maior terremoto global medido na escala Richter dos historiadores econômicos – a Grande Depressão do entreguerras. Em suma: entre as guerras, a economia mundial capitalista pareceu desmoronar. Ninguém sabia exatamente como se poderia recuperá-la.

A situação econômica era efetivamente caótica, gerando uma desorientação ainda maior nas classes dirigentes, dentre os políticos, empresários e economistas do que nas massas. Ainda segundo Hobsbawm (1995, p. 98), o desemprego em massa e o colapso dos preços agrícolas atingiram profundamente o proletariado que, não obstante isso, prosseguia com a crença de que seriam tais problemas resolvidos com alguma solução política. E foi exatamente essa dificuldade de identificar alguma possível solução conforme o modelo da economia liberal de livre mercado que tornou dramática a situação política.

Diante de tão grave contexto, houve a eleição de para Presidente dos Estados Unidos de Franklin Delano Roosevelt que desenvolveu um plano para recuperação da economia americana em face da Grande Depressão, utilizando-se das contribuições do keynesianismo.

Em verdade, mais uma vez se evidenciava a crise do capitalismo pela inadequação ao modelo teórico da economia de mercado guiada por uma mão invisível, não se sujeitando a Grande Depressão às equações e construções teóricas até então desenvolvidas, em face do que Keynes (1992, p. 288) procede a uma crítica à teoria econômica clássica por se fundar em hipóteses que nunca ou quase nunca são satisfeitas, sendo, conseqüentemente, incapaz de resolver os problemas do mundo real.

Veja-se que tal percepção é patente, desde as origens do capitalismo liberal, ao construir uma concepção essencialmente racional e perfeita do mercado em condições de disputa igualitária e de regularidade do mecanismo de preços e salários, o que exigia uma

série de pré-condições que, ou não eram formulados, ou, se formulados, era de difícil consecução empírica, como, por exemplo, a existência de competição entre agentes econômicos em absoluta igualdade de condições, como já explicitado.

Diante disso e da constatação da incapacidade do mercado agregar os elementos e as ações necessárias à superação da crise econômica, invertendo o ciclo no sentido da depressão para a prosperidade, Keynes (1992, p. 289) sustenta ser imprescindível a ampliação das funções do Estado, sob a necessidade de adequar a propensão ao consumo com o estímulo ao investimento, sendo “[...] o único meio exequível de evitar a destruição total das instituições econômicas atuais e como condição de um bem-sucedido exercício da iniciativa individual”.

Ademais, Keynes (1992, p. 226) percebeu a existência de desemprego não apenas voluntário ou friccional<sup>126</sup>, mas também involuntário, caracterizado pela situação em que há mão-de-obra excedente que aceita trabalhar por salários inferiores e que, mesmo assim, não conseguem ser absorvidas no mercado.

Segundo Sustain (2004a, p. 18-19), a referência ao *New Deal* não tinha maiores pretensões, mas acabou sendo consagrada como expressão sintética do programa de reestruturação econômica promovida por Roosevelt. Sendo objetivada uma nova ordem destinada a promoção de determinadas finalidades aspiradas comunitariamente em razão da grave crise de que abatia sobre a economia.

Desse modo, haveria um *Second Bill of Rights*, como considerado por Roosevelt, agregando-se às primeiras dez emendas, que consagraram os direitos individuais, as liberdades públicas fundamentais, importando numa substancial modificação da compreensão americana firmada em derredor dos direitos.

Para tanto, Sustain aponta terem sido necessários dois fatores da maior relevância, sendo um de natureza conceitual e outro de caráter prático. O primeiro foi a verificação da imperfeição do modelo teórico do *laissez-faire*, com a compreensão de que o governo e a coerção não são contrárias à liberdade humana, mas necessárias para que ela se estabeleça. O segundo consistiu na Grande Depressão e na reação entabulada para superá-la.

Sinteticamente, o *New Deal* se fundava na compreensão de que, mesmo aquelas vozes insubordinadas em face da intervenção do Estado, dela dependiam substancialmente. Assim, o problema do *laissez-faire* não é ser injusto para os pobres, mas ser uma inadequada

---

<sup>126</sup> O desemprego friccional decorre, segundo Keynes (1992, p. 25) de obstáculos temporários e intermitentes quanto à ascensão do emprego.

descrição de qualquer sistema liberal, inclusive do livre mercado, eis que tanto o mercado quanto a riqueza dependem do governo. Disso se depreende a constatação já delineada e mais adiante indicada de que, de fato, o próprio mercado é uma instituição juridicamente conformada e tutelada, nada tendo a ver com instituições e leis naturais portadoras de uma racionalidade em condições objetivas absolutamente inexeqüíveis.

Essa segunda declaração de direitos<sup>127</sup> seria composta por direitos sociais, tidos como tão dependentes da ação do Estado como as liberdades, consoante ressalta Sunstein (2004a, p. 28-20), para quem “Even the ‘negative’ right to property requires government’s presence”<sup>128</sup>, como será adiante exposto.

Para ensejar a construção do *Welfare State* seria imprescindível, além de uma nova concepção acerca dos direitos, que demonstrasse a insuficiência do *common law* como sua fonte e que denotasse a necessidade tanto das liberdades como dos novos direitos sociais dependerem da ação estatal, uma reestruturação da relação entre o governo federal e os Estados, como também a inserção de vários atores no processo de intervenção do Estado, com a ampliação das suas funções.

Sunstein (2004b, p. 134) bem expõe os traços da repercussão fundamental do *New Deal* sob a estrutura político-institucional do Estado, convertendo-o num promotor de bem-estar social, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

O *New Deal* deu início a uma concepção distinta de direitos subjetivos, rejeitando as premissas do *status quo* e do *common law* para decidir o que ra ‘ação’ ou ‘inércia’ governamental; propôs uma concepção dramaticamente distinta do papel do presidente da República e um conjunto inédito de atores administrativos; e rejeitou as noções tradicionais do federalismo.

A despeito da necessidade de instituição do *New Deal*, com a superação do imobilismo governamental, proveniente não tanto de modificações textuais na Constituição americana, mas de novos direitos à moda de uma segunda declaração de direitos, houve a resistência por parte do capitalismo liberal, cujo ideário era muito prezado pelos *old nine men* da Suprema Corte, que rechaçou a validade das primeiras leis que exprimiam a nova política de intervenção do Estado.

---

<sup>127</sup> Referidos por Sunstein (2004b, p. 132-133) em menção à enunciação formulada na mensagem do Presidente Roosevelt ao Congresso americano, em que figurava, dentre outros, o direito ao trabalho e a uma remuneração adequada, o direito à proteção de concorrência desleal de monopólios, o direito à moradia digna, e os direitos à saúde e à assistência médica, além da proteção aos idosos e a uma boa educação.

<sup>128</sup> Em tradução livre, “Mesmo o direito negativo à propriedade demanda a presença estatal”.

Como também ocorreu na Alemanha, a Suprema Corte, formada por velhos juízes conservadores (que ficaram conhecidos como *nine old men*), ligados aos velhos ideais do capitalismo liberal, num ativismo conservador, interferindo nas políticas públicas para conter a expansão das funções do Estado, foi um dos mais firmes obstáculos ao *New Deal* e à instituição do *Welfare State*.

A Suprema Corte exaltava principalmente a liberdade contratual, que deveria ficar resguardada de qualquer intrusão governamental, como aponta Cass Sunstein (2004a, p. 29), exemplificando com a rejeição da lei que previa um salário mínimo ao fundamento por interferir na livre vontade dos contratantes.

Pablo Lucas Verdú (2007, p. 34-35) retrata esse momento de enfrentamento entre o executivo e o judiciário, que se findou a partir de 1937, com a renovação da Suprema Corte, quando “[...] o Tribunal dexia de interferir na legislação social e abandona o liberalismo econômico como doutrina constitucional.”

Essa modificação, contudo, só se fez possível em virtude da premente exigência de ampliação das funções de governo derivadas da Grande Depressão, pelo que, como outrora afirmado por Hobsbawm, sem ela não teria havido Hitler, mas igualmente não existiria Roosevelt.

A partir daí os Estados Unidos desenvolveram o seu aparato institucional, principalmente através de uma administração descentralizada através das agências reguladoras, dotadas de autonomia e atuação técnica necessárias para a regulação das atividades econômicas, modelo que, durante a sua evolução apresentou uma série de problemas institucionais, que persistem até a atualidade, como analisa Sunstein (2004b), não comportando o presente estudo maiores digressões, nesse momento, sobre o *Welfare State* americano.

De qualquer forma, Gómez de Pedro (2002, p. 292) ressalta que o *Welfare State* americano confere um protagonismo à iniciativa privada quanto à cobertura dos seguros sociais, ao contrário do ocorrido no Estado Social europeu.

Os Estados Unidos, assim, compõem o quadro do constitucionalismo social do período entreguerras, integrado pela Inglaterra, com a adoção dos Planos Beveridge<sup>129</sup>, fortemente centrados no reforço da seguridade social e na promoção do emprego, superando a política assistencialista e segmentaria oriunda das *Poor Law*.

---

<sup>129</sup> Para uma análise do *Welfare State* inglês, com a adoção dos Planos Beveridge, Gómez de Pedro (2003, p. 260-280).

Atente-se, também, para o fato de que o constitucionalismo social brasileiro, proveniente da Constituição de 1934, também sofreu com a Grande Depressão, como salienta Celso Furtado (2003, p. 194-202), encontrando a economia cafeeira muito frágil; entretanto, a recuperação da economia brasileira se iniciou em 1933 como consequência da política interna de fomento inconscientemente seguida, como decorrência da proteção dos estoques cafeeiros. O problema social, contudo, persistia grave, do que adveio a Constituição de 1934, marcadamente social.

Consoante Gilberto Bercovici (2005, p. 18-19) a Questão Social brasileira não surge em 1930, mas é nessa década que a proteção do trabalhador passa a se constituir numa política de Estado.

A Constituição de 1934 teve a sua origem marcada pelos dois movimentos revolucionários ocorridos em 1930 e 1932, sendo a primeira a abrigar, na história do constitucionalismo brasileiro, a explícita disciplina da ordem econômica, conjuntamente com a ordem social.

O Título III da Constituição previa a Declaração de Direitos, contendo os direitos políticos e os direitos e garantias individuais, sucedido pelo Título IV, que versava sobre a ordem econômica e social, dele constando tanto as normas que indicassem a direção política do exercício do poder, como as pertinentes aos direitos sociais, do que se depreende ser essa a parte da Constituição mais plasmada por normas programáticas.

O art. 115 em muito se assemelha à redação do atual art. 170, direcionando a ordem econômica para a promoção da justiça e para a satisfação das necessidades nacionais, de modo a ensejar a existência digna, do que se verifica uma programação constitucional de futuro, de caráter abstrato. O art. 116 permite o monopólio da União, na forma da lei, importando numa forma de socialização da empresa ou da indústria, intensa restrição à iniciativa privada. O art. 117 impunha à lei o fomento da economia popular e o art. 120 reconhece a existência de sindicatos e associações profissionais, embora se saiba que a disciplina legalmente instuída houvesse caracterizado uma intromissão excessiva do governo na conformação e estruturação dos sindicatos.

Já o art. 120 traz as maiores contribuições do Governo Vargas, pelas quais se notabilizou, algumas adremente previstas na legislação infraconstitucional, consistentes nos direitos dos trabalhadores, seguindo-se uma série de outras previsões normativas legitimando a intervenção do Estado e dirigindo-a para a promoção das finalidades indicadas à ordem econômica.

Uma análise mais detida da expressão institucional da Constituição de 1934 se fará



quando da apreciação do constitucionalismo social brasileiro, a fim de destacar o fio condutor que deságua no acolhimento do dirigismo constitucional desenvolvido em plagas portuguesas por José Joaquim Gomes Canotilho (1994) em razão do grave e intenso déficit de normatividade usualmente referidas às normas programáticas, que povoavam o texto de 1976, resultante de uma revolução que, como tal, nele depositou os anseios, as pretensões e as utopias comunitárias de um povo subjugado, similarmente ao ocorrido no Brasil, com o agravante de se constituir como um país subdesenvolvido, ou em desenvolvimento, cujas estruturas sociais capturam o Estado e são tradicionalmente propiciadoras da exclusão social e da concentração de riqueza.

Procedida a análise do constitucionalismo social entreguerras, com o merecido destaque às experiências mexicana, alemã e americana, e com a breve referência ao inglês, faz-se mister adentrar na experiência havida no pós-guerra.

Cumprido salientar que a apreciação do constitucionalismo social do pós-guerra ficará substancialmente limitada à Lei Fundamental alemã de Bonn, de 1949, posto que a partir dela, e daí em diante, já se estará transitando do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, o que leva ao encerramento da dimensão temporal retrospectiva do dirigismo constitucional por já se estar chegando ao momento da sua instituição.

O Estado Democrático de Direito, com algumas variações na fórmula de sua enunciação ou na composição da expressão que remete ao seu conteúdo material<sup>130</sup>, inicia-se com a Lei Fundamental, pela previsão do seu art. 20 e, com ele, têm-se o substrato jurídico necessário para o advento do neoconstitucionalismo, com o desenvolvimento da força normativa dos princípios constitucionais, a expansão e consolidação do controle de constitucionalidade e, mais ainda, com a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, o que perpassa a reflexão sobre a relação entre Constituição e a lei, revista e modificada com o aludido surgimento do guardião do império da Constituição.

### 3.2.2.3 Segundo ciclo do constitucionalismo social: o período do pós-guerra e a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito

---

<sup>130</sup> Na Lei Fundamental de Bonn é enunciado como Estado federal democrático e social em seu art. 20; na Constituição espanhola, como Estado social e democrático de Direito em seu art. 1º; na Constituição portuguesa, como Estado de Direito democrático, em seu art. 2º; na Constituição brasileira, o art. 1º funda a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito. Malgrado as distintas enunciações, a ordem de interação ou a omissão de alguns dos seus elementos não afetam a noção e o sentido substancial do Estado Democrático de Direito, enquanto Estado de Direito materialmente preenchido.

A Lei Fundamental de Bonn de 1949 foi editada num momento muito peculiar do Estado alemão, absolutamente esfacelado com a derrota na Segunda Guerra Mundial e cindido em dois.

Da experiência recente, os receios com qualquer fórmula institucional que deixasse em aberto a porta para o arbítrio e para as atrocidades cometidas em nome do povo pelo nazismo. A necessidade de re-substancialização do Estado de Direito, reduzido ao seu sentido meramente formal, com uma concepção técnica de legalidade, tornava-se, também, premente, notadamente pelos excessos resultantes da atribuição ao executivo de competência legislativa, ainda que em caráter excepcional, posto que se tornou a regra.

A ambigüidade do texto de 1919, a ampliação da atuação estatal, por força das exigências decorrentes dos direitos sociais e das normas impositivas de tarefas ao Estado e ao legislador, tidas como programáticas, mas sem feição jurídica, interferiram nitidamente na composição da Lei Fundamental de Bonn.

O movimento próprio do constitucionalismo alemão conduziu, então, para que os direitos sociais fossem excluídos do texto da Lei Fundamental, restando apenas a menção, inicialmente retórica, do Estado federal democrático e social, constante do seu art. 20, como do Estado de direito republicano, democrático e social. Pelas disposições aludidas, ao Estado Social seria agregado o federalismo e a democracia, componentes intrínsecos à conformação institucional da Alemanha do pós-guerra, além do princípio republicano.

Como salienta Ernst Benda (2001, p. 521), a sobredita fórmula do Estado federal democrático e social, especialmente pela referência ao social, despertou, logo quando de sua vigência, ou desconcerto ou desprezo, sendo reputada como um conceito em branco, destituído de substantividade.

No máximo, seria concebida como uma norma programática que, até então, detinha apenas valor político. A cláusula remissiva ao Estado Social era tida como apenas enunciativa de um programa, que mais se relacionava à ao legislador e à administração; contudo, como o próprio Benda observa, essa interpretação inicial da cláusula do Estado Social, enquanto amalgamada com a referência ao Estado democrático, foi há muito superada, conferindo-se-lhe o valor de “[...] un principio rector vinculante para los poderes públicos: es considerado como una prescripcion de fines del Estado”.

A mudança de concepção em derredor da norma instituidora do Estado de Social proveio da conjunção de dois fatores destacados por Benda (2001, p. 522), quais sejam, o

transcorrer do tempo e sua influência no sentido de uma norma constitucional<sup>131</sup>, como também a existência ou a ausência de consenso sobre o seu sentido.

Com a evolução institucional do constitucionalismo alemão, a cláusula do Estado Social revelou toda a sua potência, reforçada pela união com o Estado de Direito e pelo resguardo enquanto inserida dentre os dispositivos materialmente intangíveis.

Benda (2001, p. 523) admite ainda que a péssima experiência decorrente da profusão de normas programáticas na Constituição de Weimar ocasionou um certo ceticismo quanto à cláusula do Estado Social, reabilitando as críticas que fomentaram o aludido debate doutrinário desde Weimar.

Tais objeções à sustentação do caráter jurídico-normativo vinculante e materialmente significativo da cláusula do Estado Social foram firmes, residindo substancialmente nas oposições formuladas, dentre outros, por Forsthoff, retomando as críticas tecidas por Carl Schmitt à Constituição de Weimar. Hodiernamente, pode-se identificar a continuidade dessa resistência em Böckenförd, que ressalta os riscos da cláusula do Estado Social e a sua incompatibilidade com a noção materialmente fundada de Estado de Direito.

Forsthoff (1986, p. 77) observa que o Estado de Direito, durante todo o desenvolvimento institucional da Constituição de Weimar, mostrou uma patente resistência à introdução de conteúdos sociais, pois enunciados através de normas programáticas. Da mesma forma, os direitos sociais constantes do preâmbulo da Constituição francesa de 1946, que Forsthoff também reputava destituídos de valor jurídico.

Baseado numa distinção entre o direito constitucional e o direito administrativo, Forsthoff (1986, p. 79) considera ser a sede constitucional inadequada para o Estado Social, que deveria ficar a cargo do direito administrativo, apto, inclusive, pelas modificações sofridas, para a realização do Estado Social.

Outrossim, sustenta (FORSTHOFF, 1986, p. 80) que “El Estado de Derecho y El Estado Social son dos componentes concretos de nuestra vida política que se han desarrollado en dos planos diferentes de las formas jurídicas”, rechaçando qualquer fórmula simbiótica por não ser possível “[...] el Estado Social de Derecho con medio Estado social y medio Estado de derecho”, rejeitando qualquer solução de compromisso que escamoteie um ou outro termo da

---

<sup>131</sup> Daí ser imprescindível o distanciamento temporal como condição adequada para trazer determinado texto à fala e para que esteja apto a interpelar o interlocutor, quando da unidade entre compreensão, interpretação e aplicação.

relação; ao contrário, a abertura do o sentido estrito de Estado de Direito, com seus sistemas conceituais, suas formas e instituições, para aferir a compatibilidade com o Estado Social leva à conclusão pelo Estado de Direito, com base na própria Lei Fundamental, rementendo aos arts. 20 e 79.

Constatando Forsthoff (1986, p. 82-83) que o Estado de Direito surge com o capitalismo liberal, sustenta a possibilidade de sua subsistência presente, sem conexão com o ambiente e com os valores de que se originou, continuando os elementos que caracterizam o Estado de Direito, percebido com alto grau de formalização, consistentes na divisão de poderes, no primado da legalidade e no sentido e significado de lei, com a estrita vinculação da administração, além da garantia dos direitos fundamentais e a independência dos tribunais; Presentes esses elementos, tem-se um Estado de Direito, independentemente do sistema econômico existente.

Embora se possa concordar com Forsthoff no sentido do Estado de Direito não estar necessariamente atrelado ao ideal burguês que lhe institui, por apresentar um caráter histórico e, também cultural, há de se constatar que o sentido por ele atribuído é nitidamente reducionista, limitado ao aspecto formal, ignorando a necessidade de re-substancialização do Estado de Direito, preenchido pelos princípios e pelos direitos fundamentais, variáveis cultural e historicamente, mas ao que se integra necessariamente a realização das finalidades tidas como comunitariamente relevantes e a proteção, garantia, promoção e satisfação dos direitos fundamentais, sejam as liberdades, sejam os direitos sociais, sejam quaisquer outros.

Nesse sentido, faltou a Forsthoff a compreensão de que o Estado de Direito pode se converter em Estado Social, com o amálgama e a simbiose dos elementos próprios a cada um, ou seja, pela agregação da liberdade defendida pelo Estado de Direito, com a igualdade protegida e assegurada pelo Estado Social, num ambiente democrático, como sustenta José Ramón Cossio Díaz (1989, p. 35-37) do que se depreende a conversão para o Estado Democrático de Direito, como adiante será destacado. Ressalte-se, todavia, que, à diferença do entendimento exposto, tem-se como fundamento do Estado Social não apenas a igualdade, mas principalmente a solidariedade e a dignidade.

Cossio Díaz reconhece o relevo da dignidade na conformação dos elementos oriundos do Estado de Direito com os derivados do Estado Social, sendo o critério de correlação entre a liberdade e a igualdade, sendo “[...] el fin último a desarrollar, de ahí que los valores igualdad y libertad adquieran un carácter medial”, com o que se pode, também, concordar.

Faltando essa compreensão a Forsthoff (1986, p. 86-88), afirma que “El Estado de

Derecho y el Estado social son, por lo tanto, en el sentido intencional completamente diversos por no decir antagónicos”, tendo ambos suas próprias instituições e formas e noções, configuradas de modo essencialmente distinto. Dentre essas distinções, salienta a que é, dentro da sua concepção, fundamental, consistente na diferenciação entre as liberdades e os direitos de participação<sup>132</sup>, a seguir transcrita, *in verbis*:

A diferencia de las libertades, los derechos de participación carecen de un contenido constante, susceptible de regulamentación previa. Necesitan modulación y diferenciación puesto que sólo son razonables en el marco de lo oportuno, necesario y posible, según el caso concreto. La fijación de este patrón debe ser abandonada a la ley y a los actos administrativos que desarrollen ésta. Por esta razón derechos sociales [...] no se pueden captar en una norma abstracta, susceptible de aplicación

Ao assim proceder, Forsthoff (1986, p. 89) pretende conferir às garantias sociais provenientes da cláusula do Estado Social uma vinculação direta, e não relegá-las à mera enunciação programática de que apenas o legislador tomaria nota. Como já explicitado, também ele encampa a concepção de ausência de juridicidade das normas programáticas.

Interpretando especificamente o art. 28, Forsthoff (1986, p. 93) registra que a Lei Fundamental carece de conteúdo social específico e que o sentido do social deve ser remetido a outros âmbitos normativos, mas não para o texto constitucional.

Desse modo, a relação entre Estado de Direito e Estado Social se dá, segundo Forsthoff (1986, p. 100-101) no sentido da integração entre Constituição e legislação, não havendo uma fusão de ambos em sede constitucional, mas uma complementação entre Constituição, legislação e administração. Por conseguinte, (FORSTHOFF, 1986, p. 106) ambos se relacionam de forma complementar, sem que haja alguma tensão.

Como registra Perez-Luño (2001, p. 225), Schmitt, no que foi seguido por Forsthoff, vêem o Estado Social como programa de atuação para o legislador e para a administração, de modo que o caráter programático e a indeterminação impedem que seja passível de concretização em sede constitucional, associado ao Estado de Direito.

Ora, adentrando-se detidamente na análise de Forsthoff, a despeito de pautada por alguma razão, não se pode aderir a boa parte dos seus argumentos e muito menos às suas conclusões.

---

<sup>132</sup> Forsthoff (1986, p. 86) adota a participação com o mesmo sentido de direitos sociais, pois consistiria no suposto de um Estado que ajuda, reparte, redistribui e adjudica, que não abandona o indivíduo, mas o auxilia com subsídios.

Em verdade, sua oposição à existência de um Estado de Direito Social e, mais ainda, a um Estado Democrático de Direito, deriva de preconceitos jurídicos, ou de conceitos jurídicos pré-concebidos, que desvirtuam a potencialidade integrada e o caráter jurídico e vinculante do Estado Social. Logo, a concepção restrita, técnico-formalista de Estado de Direito, a diferenciação entre liberdade e participação, e a noção ainda carente de sentido acerca das normas programáticas o levam erroneamente a conceber a impossibilidade de harmonização e de conjugação do Estado de Direito com o Estado Social – olvidando-se, ainda, o princípio democrático, também abrigado em Bonn.

Böckenförd (2000, p. 35-36) adere integralmente às críticas formuladas por Forsthoff, salientando que apelo à intervenção social tem um caráter geral, acarretando a dificuldade de identificação de quais e em que medida os elementos sociais podem integrar o conceito de Estado de Direito constitucionalmente embasado sem a perda das suas outras matizes constitucionais, que também lhe são essenciais.

Böckenförd expõe a sua posição, chamando antes a atenção para a necessidade de identificar a prevalência dos componentes do Estado de Direito num Estado social de Direito, em que os objetivos de intervenção redistributiva deveriam se adequar aos limites, garantias e procedimentos próprios do Estado de Direito; ou, ao contrário, para a manutenção apenas pontual de algumas características do Estado de Direito, constituindo-se o Estado Social como princípio prevalecente e tornando até mesmo inadequada a expressão Estado social de Direito.

Diante dessas opções, Böckenförd (2000, p. 37) considera, então, que a Constituição já assegura a liberdade, não sendo propícia para buscar a solução das contradições sociais que permeiam a sociedade, deixando ao âmbito da legislação e da administração. Tais contradições são próprias da disciplina das relações entre capital e trabalho, cabendo ao Estado Social criar as condições fáticas necessárias do exercício das liberdades para todos, suprimindo a desigualdade social.

Assim, sustenta (BÖCKENFÖRD, 2000, p. 38) que da cláusula do Estado Social não se origina qualquer direito ou instituição que seja constitucionalmente vinculante sem que haja a prévia *interpositio legislatoris*, pois “El principio del Estado social necesita que su contenido sea precisado por el legislador y la Administración y, en esta tarea, ambos están sujetos a las garantías constitucionales”; não obstante isso, a sujeição do Estado Social ao Estado de Direito não o priva de eficácia, tornando vazia a cláusula do Estado social de Direito, como pretende corroborar pela atividade desempenhada na Alemanha pelo Poder Legislativo, desenvolvendo amplamente as matérias pertinentes aos direitos sociais, como pensões, saúde, assistência social, dentre outras.

Tece (BÖCKENFÖRD, 2000, p. 39-45), ainda, outras críticas à constitucionalização do Estado Social que, por concernirem mais com a constitucionalização da política e com a consagração de fins e objetivos expressivos de valores comunitários, serão devidamente rechaçadas quanto da sustentação do dirigismo constitucional brasileiro.

De qualquer sorte, também não se pode aderir ao posicionamento de Böckenförd, partilhando dos mesmos equívocos que Forsthoff.

A resistência a tais concepções serve, no âmbito do dirigismo constitucional brasileiro, para sustentar a necessidade da devida interação e compreensão das relações entre Estado de Direito e Estado Social, como para afirmar ser este uma dimensão essencial do Estado Democrático de Direito, embora não percebido por ambos os constitucionalistas em virtude dos já aludidos preconceitos jurídicos. Além disso, há uma noção limitada de Estado de Direito e a uma perspectiva inadequada dos direitos sociais, com uma compreensão indevida das normas programáticas.

Cumpre salientar, todavia, que Forsthoff, em outro estudo, aponta problemas de relevo que o Estado Social pode apresentar, devendo se atentar para que não se converta num instrumento de deturpação do processo político ao criar, por medidas assistencialistas, eleitores que, catequizados pelos benefícios auferidos, votem mais por interesse na preservação da sua condição pessoal do que atento aos debates programático-ideológicos.

Forsthoff (1986, p. 46-48) parte do pressuposto de que o Estado consubstancia sempre e em qualquer circunstância, seja ele democrático, seja ele de direito, um poder de dominação, independentemente da conformação constitucional que seja dada ao Estado. Diante disso, a integração ao Estado de uma função social gera conseqüências problemáticas. Com efeito, Forsthoff, para explicar os riscos oriundos do Estado Social, recorre à noção de espaço vital individual, contrapondo-o ao espaço vital efetivo. O primeiro é aquele sob o domínio do indivíduo, sem que tal situação deriva necessariamente do direito de propriedade; o segundo é aquele em que o indivíduo desenvolve a sua personalidade e sua esfera existencial. Daí, Forsthoff observa uma progressiva redução do espaço vital individual desde fins do século XIX, acarretando a ampliação do espaço vital efetivo pelo progresso da técnica. Tal processo é importante e repercute na configuração institucional do Estado Social.

Operou-se, então, uma renúncia ao espaço vital individual, notadamente em virtude das crises e das guerras, e, sem espaço vital sob o seu domínio, torna-se o indivíduo dependente de medidas organizativas e de abastecimento, pelo que “[...] no está protegido frente a las crisis, sino abandonado a la asistencia en las más diversas formas.” Encontra-se dependente do trabalho que lhe assegure um salário pelo qual possa obter o mínimo

existencial; se não tem trabalho, necessidade de auxílio para subsistir.

Essa situação de dependência só apareceu com toda a intensidade no século XX, sendo anteriormente obscurecida pelo funcionamento regular da economia de livre mercado, até a percepção do desemprego estrutural do capitalismo, auxiliado pelas entidades beneficentes e filantrópicas.

Com o término da Primeira Guerra, conforme aponta Forsthoff (1986, p. 49-51), houve o dismantelamento do capitalismo liberal pelo abalo sofrido nas economias dos Estados europeus, superando-se a separação entre Estado e sociedade, transferindo-se para aquele a adoção de medidas necessárias à garantia de subsistência dos indivíduos. Diante das necessidades e das demandas sociais, as prestações do Estado se ampliam notavelmente em virtude das conseqüências da guerra na Alemanha, transformando-o num Estado Social. Forsthoff destaca que o Estado Social não se confunde com o Estado Liberal e nem com o Estado autoritário, sendo um Estado de prestações e de redistribuição da riqueza.

Assim, o indivíduo deixa de ser responsável pela sua própria existência e torna-se dependente das prestações estatais, de modo que “[...] no solamente vive en el Estado, sino del Estado”, ocasionando na sua entrega às mãos do Estado que, reitera-se, é concebido por Forsthoff como poder de dominação.

Como tal, pode o Estado transformar a dependência do indivíduo num caminho para a servidão, num incremento do poder de dominação até um grau insuportável. A exploração pelo Estado das condições de dependência dos indivíduos para aumentar o seu poder de dominação descamba para o Estado total, sendo esse o caminho trilhado pelo Estado nazista; todavia, essa transição desconfigura o Estado Social, reafirmando que se ele transita para o Estado totalitário, deixa de ser social.

Há de se ter um equilíbrio para o Estado Social não se converta em instrumento de servidão e, conseqüentemente, enseje a sua exploração por aqueles que buscam o poder pelo poder, ou que vivem da política, como percebe Weber (2005, p. 63-64).

No que respeita à relação entre Estado de Direito e Estado Social, afigura-se questão deveras superada pela atenção às falhas e aos preconceitos em que incidem Forsthoff e Böckenförd, que não são reitadas por Abendroth (1986, p. 30-31), ao afirmar que a cláusula de união entre Estado de Direito e Estado Social desperta exigências concretas perante o poder público, sendo reforçada pela matiz democrática que lhe é conferida.

Também Perez-Luño (2001, p. 226-229) concebe a plena compatibilidade entre os dois, da mesma forma García-Pelayo (1996, p. 17) para quem, “[...] sólo el Estado social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura



facista y, por tanto, sólo el puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización”, em concordância com Hermann Sëller (2006).

Ademais, Benda (2001, p. 526) não apenas considera necessário, mas imprescindível a vinculação entre Estado de Direito e Estado Social, afirmando estar superada a defesa de uma incompatibilidade de ambos em sede constitucional, compartilhada por poucos – dentre os quais Böckenförd.

Nesse sentido, já se está fincando a afirmação do Estado Democrático de Direito, não apenas responsável pela simbiose entre o Estado de Direito Liberal e o Estado de Direito Social, mas pela agregação do imprescindível caráter democrático, entendido como abertura plural e discursiva, à comunidade, tendo em vista todos serem potencialmente os intérpretes e os atualizadores do sentido constitucional.

A junção desses três elementos, Estado de Direito Liberal, Estado de Direito Social e democracia, conduz ao aperfeiçoamento do conteúdo do sentido material de Estado de Direito.

A concepção que se vem a adotar é a de Estado de Direito como conceito genérico e dotado de historicidade, sendo o seu conteúdo e sua caracterização expressão cultural de determinada época, conformado pelas experiências comunitárias e valores compartilhados.

Como exposto, o Estado de Direito já foi Liberal e legal; também já foi Social e, como será destacado ainda, também legal; com o advento do Estado Democrático de Direito, que encerra, antes de tudo, a noção de Estado Constitucional, há uma mudança substancial, pois nele estão firmadas as condições para a afirmação, a consolidação e a resistência do dirigismo constitucional, como também do neoconstitucionalismo, como será destacado oportunamente.

Faz-se mister apontar, ainda, que a Constituição italiana de 1947 perfilhou a mesma tendência socializante da alemã, recuperando, graças à intensa reflexão estabelecida em derredor das normas programáticas, a força normativa da constituição com a defesa da juridicidade e da eficácia de tais normas por Vezio Crisafulli (1952), seguindo-se, no que importa ao presente estudo, as experiências do constitucionalismo social amadurecido de Portugal, em que se desenvolveu a teora da constituição dirigente (1994) a partir da Constituição de 1976, e Espanha, com o texto de 1978. Chega-se, então, ao texto brasileiro de 1988, de muitas similitudes com os precentes, mas com uma situação social de gravidade incomensurável quando cotejada com os Estados europeus, tornando premente o discurso pela efetividade das normas constitucionais.

Nesse passo, cabe o destaque para que as questões atinentes à crise do Estado

Social, por consubstanciarem, igualmente, uma crise do próprio dirigismo, serão abordada no momento próprio, ao ensejo da sustentação da Constituição dirigente brasileira.

Antes, porém, de adentrar no dirigismo, cumpre, ainda, expor a relevância da explícita constitucionalização da ordem econômica, pela qual se deu a institucionalização do Estado Social, com a verificação mais detida de sua consistência institucional e com a repercussão havida quanto aos direitos fundamentais, com o surgimento de uma segunda dimensão integradora de novos direitos, que são os sociais.

Após, insta atentar para como se firmara a relação entre Constituição e lei durante o constitucionalismo social, questão que não foi abordada diretamente no curso de sua evolução histórica.

### **3.2.3 A Constituição econômica no constitucionalismo social: os objetivos constitucionais e os direitos sociais como conteúdo do Estado de Direito Social**

A crise do capitalismo liberal, seja pelo seu caráter autodestrutivo, seja pelo advento da Questão Social, demonstrou a inconsistência da aptidão do mercado regular a si próprio. A teoria econômica clássica não previu o desvirtuamento e o desequilíbrio que havia na suposta racionalidade econômica em virtude da acumulação de capital conducente ao poder econômico. E como quem detém o poder dele a dele abusar, houve a sucessão de problemas deficiências do modelo liberal, já enunciadas.

Tais circunstâncias se refletiram no processo político eleitoral, com a expansão do sufrágio universal e com a existência de vias institucionais de manifestação das necessidades e interesses das classes desfavorecidas e dos trabalhadores, mediante os partidos políticos e os sindicatos, impuseram que o Estado viesse em defesa da pessoa humana, contra o poder econômico.

Da mesma forma que o constitucionalismo liberal se opunha ao poder político, o constitucionalismo social irá se opor ao poder econômico, tentando domesticar o mercado para dirigir a atividade econômica e a produção de riqueza para finalidades comunitárias tidas por relevantes na medida em que exprimem o ligame social.

Para tanto, tornar-se-ia inviável a persistência de uma constituição econômica meramente implícita, sendo inexorável a expressa previsão de uma disciplina jurídica indidente sobre o domínio econômico, sobre âmbito outrora exclusivamente reservado à

iniciativa privada e que, a partir de então, passa a admitir intervenções do poder público, a despeito de persistir como esfera da iniciativa privada.

Com efeito, conforme delineado, havia duas possibilidades distintas e que marcaram boa parte da história do século passado. Diante das pressões sofridas pelo Estado de Direito Liberal em face de sua fragilidade para lidar com o problema da Questão Social, ou se promoveria uma progressiva reforma das bases do capitalismo, transformando-o e adaptando-o às tendências socializantes, ou se chegaria ao ponto drástico de irrupção de uma revolução do proletariado, naqueles Estados em que houvesse maior coesão e consciência de classe, dando ensejo à substituição do sistema econômico pela institucionalização jurídica do socialismo.

Para a reforma e transformação do capitalismo, entretanto, não seria suficiente a afirmação constitucional dos princípios e dos direitos que lhe davam sustentação, pois não bastaria institucionalizar as condições e os pressupostos de livre funcionamento do mercado; seria premente não apenas fazer com que o mercado existisse, mas que a atividade econômica fosse direcionada para a realização de determinadas finalidades comunitárias, que deveriam ser de relevo constitucional, notadamente as relacionadas com a promoção de uma mínima condição existencial de vida digna, o que remetia à imposição de tarefas ao Estado, como também à sua vinculação à garantia, à proteção, à promoção e à satisfação dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais.

Assim, as constituições que do período entreguerras e que sucedem o pós-guerra, em sua maioria, passam a explicitamente regular a ordem econômica, instituindo normas tendencialmente aptas a dirigir a política econômica e a orientar a promoção de políticas sociais, demonstrando um caminho que seria trilhado futuramente pelo constitucionalismo, qual seja, a constitucionalização da política e, também, do mercado, o que só ocorreria, potencialmente, com o advento do dirigismo e com a inauguração do Estado Democrático de Direito, permanecendo sempre pressão do mercado, principalmente pelo progressivo debilitamento da política com o surgimento da globalização neoliberal.

A constitucionalização explícita da ordem econômica denotou, portanto, uma modificação da natureza do Estado, com a substituição do não-Direito que regia o mercado e assegurava a sua auto-regulação, embora sustentada pelo Estado de Direito Liberal, com as funções de repressão, legitimação e modernização que lhe era assinaladas, pelos objetivos constitucionais e pelos direitos sociais, muitos dos quais enunciados por normas programáticas.

Desse modo, pode-se reconhecer com Eros Grau (2004, p. 56-57) que “O que se

extrai da leitura despida de senso crítico, dos textos constitucionais, é a indicação de que o capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, *social*”, não se justificando a partir de então a defesa de tipos puros quanto aos sistemas econômicos capitalista e socialista, como aponta André Ramos Tavares (2003, p. 43-44) ao afirmar que não existem mais qualquer um desses sistemas econômicos em sua feição pura ou clássica, ocorrendo uma aproximação dos elementos próprios a cada um deles, institucionalizando-se sistemas mistos em que o capitalismo cede em face de postulados socialistas, mostrando um alto grau de adaptação.

Ora, com o constitucionalismo social não bastava consagrar os fundamentos do capitalismo liberal, posto que o direito constitucional assumia para si uma função que mais tarde seria denominada, dentre outras formas, como promocional, como se verifica da doutrina de Bobbio (2007, p. 13-14), que salientou a mudança das constituições dos Estados liberais, conducentes às funções do Estado como sendo de garantia e tutela, para as constituições dos Estados pós-liberais, como a italiana de 1947, que abrigam também a função promocional, apontando dispositivos desta constituição que confirmam a inferência.

O direito constitucional assume a função de promover a transformação social, impondo modificação da realidade como tarefa para os poderes públicos, e tanto mediante a previsão de uma constituição econômica.

Ao se referir a uma constitucionalização da ordem econômica, cumpre fincar que a constituição não apenas prevê os seus pilares e os seus fundamentos, deixando a sua conformação para a legislação infraconstitucional. Em qualquer seara a ocorrência de uma constitucionalização – quer da política, quer do mercado – significa numa situação em que a própria constituição institui um regramento material, principiológico ou não, portador de sentido e direção desde si mesmo, vinculando os demais poderes públicos, o que se tornou ainda mais patente com o neoconstitucionalismo, como será apontado.

Eros Roberto Grau (2004, p. 64-65) sustenta que, independentemente da característica de sempre acompanhar o direito uma forma específica de institucionalização do sistema econômico pertinente à ordem econômica do ser, a consagração constitucional de normas que versem sobre a ordem econômica induz à constatação de uma transformação marcante com relação à ordem econômica liberal, que não necessitava de uma explícita disciplina constitucional, como se verifica da colação abaixo, *in verbis*:

A ordem econômica do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto,

não obstante, acrescentava-se umas poucas outras disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da ordem econômica liberal.

A transformação que se opera em sede da ordem econômica constitucional, enquanto parcela da ordem jurídica, ocorre a partir do momento em que passa a juridicizar políticas públicas e a viabilizar os instrumentos de sua implementação, promovendo a melhoria e aperfeiçoamento da ordem econômica real, inclusive para preservá-la, o que anteriormente não acontecia, à vista da noção de auto-regulação que implicava a ordem econômica do ser, de modo que “O direito é afetado, então, por uma transformação, justamente em razão de instrumentar transformação da ordem econômica (mundo do ser).”

Como decorrência da institucionalização do Estado Social, com a constitucionalização da ordem econômica, e mediante o seu amadurecimento com o pós-guerra, Perez-Luño (2001, p. 226-228) sustenta os traços que devem caracterizá-lo, consistentes na a) afirmação da necessidade de coexistência entre o princípio democrático e os princípios sociais e o Estado de Direito; b) superação da distinção entre sociedade civil e Estado, conferindo-lhe a tarefa de intervir sobre o domínio econômico, com a responsabilidade de transformação da ordem econômica e social, contendo o poder econômico; c) superação da dimensão negativa dos direitos fundamentais, impositiva da abstenção do Estado, que passam a ser instrumentos jurídicos de controle da ação estatal, destituídos de caráter meramente programático (entenda-se como programático a ausência de caráter jurídico); d) pluralismo político; e) persistência das garantias jurídicas do Estado de Direito. Em verdade, em tais elementos já estão muito próximos de acarretar a conversão do Estado de Direito Social no que se concebe como Estado Democrático de Direito, por consubstanciar um Estado Constitucional que abriga a todas os caracteres elencados por Perez-Luño.

E, nesse contexto, o Estado passa a se utilizar, segundo Freiburghaus (1991, p. 54-55) do terceiro meio de ação estatal, consistente no dinheiro. Além da violência e do direito, também o dinheiro seria instrumento de ação do Estado pela via da intervenção na ordem econômica com o advento da constituição econômica, seja através de subvenções, seja através da tributação, seja, ainda, mediante políticas redistributivas.

Não obstante isso, antes mesmo de perquirir os meios de que se vale o Estado de Direito Social para atuar conforme a constituição econômica, impõe-se destacar, como incidentalmente exposto, que a sua estruturação remete à imposição e realização de fins e

objetivos comunitários, que são depositados na Constituição enquanto elemento de integração material, como ressaltado por Rudolf Smend (1985, p. 93-106).

### 3.2.3.1 Os objetivos do Estado de Direito Social

Com efeito, o direcionamento do Estado de Direito Social para determinados objetivos de caráter social consubstancia a essência mesma do conteúdo material do Estado de Direito que lhe é referido, agregando-os aos direitos fundamentais.

Como será adiante ressaltado, os objetivos e finalidades do Estado, constitucionalmente consagrados, são a representação jurídica do sentido da solidariedade social, ensejando a integração e o sentimento de pertença, de que provém a necessidade de superação da separação entre sociedade e Estado.

Nesse sentido, François-Xavier Merrien (2007, p. 12) destaca que Estado Social, *L'État-providence* e *Welfare State* são termos que remetem a noções distintas, sendo referidos às experiências sociais dos constitucionalismos alemão, francês e britânico e americano.

O Estado-providência francês assume toda a carga de arcar com os custos da vida comunitária, resguardando os membros da comunidade dos riscos sociais, não havendo capacidade de instituições intermediárias, como a família ou corpos profissionais, de assumir parte das cargas pelos aludidos riscos.

O Estado Social alemão já não guarda mais o sentido pejorativo de ser paternalista e burocrático, cabendo-lhe intervir para promover a finalidade de harmonizar as tensas relações entre capital e trabalho, preservando a unidade nacional e propiciando a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores; a solidariedade que permeia o Estado Social alemão é, então, restrita e de caráter profissional, não sendo geral ou universal, pressupondo a existência de corpos intermediários fortes, como sindicatos.

Já o *Welfare State*, ainda conforme Merrien (2007, p. 15-17) surgiu durante a Segunda Guerra Mundial, criado em 1943 por William Temple e sofrendo as influências de Keynes e Beveridge, sendo mais amplo do que os modelos anteriores, eis que não se restringe a atuar sobre os fatores que agravaram a Questão Social, consistente na proteção aos pobres e aos trabalhadores, cabendo-lhe assegurar o conjunto dos membros da comunidade dos riscos sociais em geral, pressupondo uma planificação estatal centralizada, de modo que “*Le Welfare State est un État-providence démocratique protecteur des droits*

*sociaux minimaux*. Il ne repose plus sur des arrangements ouvriers et patrons, mais sur une extension des services publics”.<sup>133</sup>

Malgrado essa referência pertinente, não se entremostra pertinente na atualidade a dita diferenciação, pois os modelos originários de Estado Social são variáveis de acordo com as necessidades comunitárias, embora seja possível se verificar uma mais intensa manifestação das preocupações e da ação estatal com a segurança social ou com o bem-estar em geral.

Gøsta Esping-Andersen (1999, p. 32-33), por sua vez, sustenta que o Estado Social deve possuir um sentido mais amplo do que o usualmente conferido, limitado à responsabilidade de promover as condições de um bem-estar mínimo para os cidadãos. Andersen observa a impertinência de relacionar o Estado Social com as despesas públicas, tendo-as como um elemento secundário na sua configuração institucional. Também não adere ao entendimento de que um Estado que deva ser qualificado como social teria que primar quantitativa e qualitativamente pelo conjunto das suas ações e políticas direcionadas para o bem-estar, afastando da noção de Estado Social aqueles que, seguindo as prioridades firmadas quando do capitalismo liberal, dedicam-se substancialmente à defesa, à lei e à ordem.

Em verdade, Esping-Andersen (1999, p. 35) observa que o Estado Social também não pode ficar restrito à identificação com os direitos sociais, importando avaliar as relações entre as atividades do Estado com o mercado e com a família, inserindo a capacidade de tornar o indivíduo independente do mercado para a sua subsistência, o que denomina como *démarchandisation*<sup>134</sup>.

Desse modo, identifica (ESPING-ANDERSEN, 1999, p. 41-43) a existência de três modelos de Estado Social, cabendo ao primeiro a assistência social fundada na avaliação das necessidades, com um sistema de transferências universais e de prestações securatícias modestas, minimizando os efeitos da dependência para com o mercado, limitando-se ao âmbito dos direitos sociais e instituindo uma estratificação social composta pela promoção de uma igualdade relativa, denominando-o de *L'État-providence liberal*, sendo o modelo adotado pelos Estados Unidos, Canadá e Austrália.

O segundo seria o Estado Social corporativo, em que a outorga dos direitos sociais

---

<sup>133</sup> Em tradução livre, “O *Welfare State* é um Estado-providência democrático protetor dos direitos sociais mínimos. Ele não repousa somente sobre as relações entre operários e patrões, mas sobre uma extensa prestação de serviços públicos”.

<sup>134</sup> Termo que, apesar de não haver equivalente no vernáculo, pode-se ser entendido como desmercantilização, significando (ESPING-ANDERSEN, 1999, p. 35) a capacidade do indivíduo poder conservar a sua subsistência independentemente do mercado, garantido pelas prestações sociais, tidas como um dever estatal.

jamais fora contestada, embora associados e distribuídos conforme classes ou *status*.

O terceiro modelo de Estado Social é o de ocorrência mais limitada, recebendo a denominação como social-democrata, sendo sua nota típica a extensão da desmercantilização das condições existenciais e da universalidade às novas classes médias. O relevo desse modelo consiste em que “[...] encourage une égalité des plus hauts standards et non une égalité des besoins minimaux”<sup>135</sup>. Desse modo, é um Estado que não busca a promoção apenas das condições existenciais mínimas de emancipação social, atendendo ao mínimo existencial, mas visando ao que se poderia denominar de máximo existencial, devendo ser tendencialmente apto a ensejar amplas condições de desenvolvimento pessoal. É um modelo que intenta neutralizar os efeitos dos desequilíbrios do mercado e estabelecer uma solidariedade global em derredor do Estado Social.

Adotando por outras vias a conclusão similar que a de a Esping-Andersen, acima exposta, quanto à caracterização do Estado Social, em sentido mais amplo e pleno, a partir da proteção e do resguardo do indivíduo quanto a vínculos de dependência ao mercado e, em caráter projeto, direcionando-s à maximização das condições sociais, García-Pelayo (1996, p. 27-28) remonta a Forsthoﬀ (1986, p. 50), com a sua concepção, adrede esposada, de que ao Estado Social cabe promover as condições existenciais de vida dos membros da comunidade. O constitucionalista espanhol, com muita propriedade, afirma que o Estado Social busca a realização existencial do homem, que não se esgota em medidas adotada sem favor das classes desfavorecidas por ser universal, resguardando a todos que se encontrem em situação de incapacidade para prover as condições existenciais.

Já Peter Häberle (2002, p. 182) direciona os objetivos do Estado Social à consecução da justiça social, incumbindo-lhe, para tanto, planejar, dirigir e distribuir as prestações sociais, em consonância com a capacidade de sustentação da sociedade.

Ernst Benda (2001, p. 527) salienta que, cabendo ao Estado a promoção do bem comum, ele não surge mediante geração espontânea, resultando antes da realidade social, do que se depreende a necessidade de que seja apurada a reflexão hermenêutica que une os momento de compreensão e interpretação com o da aplicação, pois a existência material da própria comunidade se condiciona às políticas públicas, nos vários âmbitos em que ela se manifesta.

Assim, voltando-se para a caracterização dos objetivos do Estado Social (BENDA,

---

<sup>135</sup> Em livre tradução, “[...] encoraje uma igualdade desde os mais altos standards e não uma igualdade quanto às mínimas necessidades.”



2001, p. 533), ressalta que representa uma cláusula voltada para o futuro, definidora de fins estatais vinculantes para o legislador<sup>136</sup> quanto à configuração social, cabendo-lhe, “[...] asegurar el mínimo existencial de cada persona”, devendo estabelecer relações sociais justa sem que haja uma materialidade constitucional excessivamente rígida.

De qualquer forma, do quanto enunciado se evidencia que o Estado Social se preocupa especialmente com a promoção das condições mínimas de existência, o que hodiernamente se sintetiza na expressão mínimo existencial, outrora denominado por Forsthoff como elemento característico do constitucionalismo social.

Contudo, nele não se exaure, encerrando o Estado Social objetivos consistentes na projeção de um futuro em que seja progressivamente reduzida a dependência do homem para com a ordem econômica, com o dever de ampliar as condições de existência necessárias não apenas a possibilitar, mas também a ampliar o livre desenvolvimento da personalidade.

Nessa linha, Pablo Lucas Verdú (2007, p. 104) expressa que o núcleo da política social do Estado de Direito Social é a repartição dos benefícios sociais, exaltando a importância do objetivo de redistribuição da riqueza produzida, remetendo à justiça social. Para tanto, ressalta acertadamente a função social do tributo, aspecto que mais adiante terá o seu relevo apontado, pois a dita reserva orçamentária, consistente no condicionamento financeira da capacidade de atuação do Estado, pode ser limitada a partir da percepção de que o tributo, enquanto expressão de solidariedade social, impõe determinados deveres fundamentais ao Estado, concernentes à alocação dos recursos arrecadados.

Dessa forma, para fins de explicitação dos modelos de Estado Social, uma certa variação dos objetivos fundamentais pode propiciar uma modificação estrutural da sua postura, caracterizando como um Estado Social protetor ou securatício, um Estado Social redistributivo, um Estado econômico<sup>137</sup> ou, ainda, um Estado Social assistencialista, sem excluir a possibilidade de abranger os quatro modelos institucionais de Estado Social, a depender das direções assinaladas para as políticas públicas.

Não se insere dentre esses modelos o Estado planejador, pois o planejamento apresenta-se como uma atividade prévia que compõem o processo global de decisão política, ainda que constitucionalmente vinculada quanto aos objetivos.

---

<sup>136</sup> Vinculantes porque Benda analisa a questão sob o foco da atualidade.

<sup>137</sup> Avelãs Nunes (2007, p. 214-215) se refere ao Estado econômico como respeitante à intervenção promotora e financiadora da acumulação e da produção privada, integrando, também, o caráter redistributivo e planificador. No caso, utiliza-se a expressão Estado econômico apenas no que respeita à atuação do Estado sobre o mercado para fomentar o desenvolvimento e evitar as crises conjunturais.

Além disso, há de se atentar que a variação dos aludidos objetivos, de promover o seguro contra os riscos sociais, de atuar para ensejar a redistribuição da riqueza, de propiciar o progressivo desenvolvimento econômico e de satisfazer diretamente condições existenciais mínimas concerne à própria historicidade institucional de determinado Estado, que também pode integrar com diferentes graus de intensidade tais objetivos, dependendo da concreta existência da constituição econômica e da sua feição institucional destinada à reprimir e conter o poder econômico.

Ademais, em última análise, todos esses objetivos exprimem e se fundamentam na solidariedade social e direcionam-se, por distintas vias, à proteção, garantia, promoção e satisfação das condições pertinentes à existência digna. E não só, reitera-se, quanto ao mínimo existencial, pois a progressão das necessidades sociais demanda cada vez mais a extensão do que seja o mínimo, com o desenvolvimento planejado de políticas públicas que remetam à maximização das condições existenciais.

Logo, torna-se patente, mais por esse objetivo do que pelos outros aludidos – que também apresentam esse aspectos, só que talvez com menor intensidade – que a dimensão utópica acompanha efetivamente o constitucionalismo social e o Estado de Direito Social, exprimindo-se numa compreensão constitucionalmente adequada e dirigentemente positiva e emancipatória das normas programáticas. A dimensão utópica do constitucionalismo social é uma das marcas mais evidenciadas pelo dirigismo, sendo sustentada naquele âmbito por Pablo Lucas Verdú (2007, p. 110), após reconhecer que não mais se rechaça a necessidade de intervenção do Estado, como se observa do excerto abaixo (VERDÚ, 2007, p. 104-105), *in verbis*:

A essa altura, poucos se atreverão a negar a necessidade do intervencionismo do Estado na economia nacional. Com essa afirmação, concordam socialistas de diversas tendências, neoliberais da ‘terceira via’, comunistas, partidos democrata-cristãos ou movimentos de partido único. Discute-se apenas o grau e o modo de intervenção. O problema consiste, todavia, no fato de a intervenção do Estado não se limitar a ações parciais ou intermitentes, mas a algo muito mais generalizado ou permanente. Trata-se de uma atividade contínua e institucionalizada, com base em um programa pormenorizado e de grande alcance. A longo prazo, essa atividade, detalhadamente concebida, coloca à disposição do Estado uma série de instrumentos que incrementa o poder estatal mediante incorporação de um novo poder: o poder *econômico*.

Disso se confirmar, como adrede referido, a imprescindibilidade do planejamento estatal e a sua interação com as normas constitucionais programáticas, eis que delimitam e predeterminam os fins específicos que devem ser objetivados para a promoção dos objetivos

fundamentais do Estado Social, explícita ou implicitamente constantes da constituição econômica, voltados, ordinariamente, para a existência digna expressiva do reforço do ligame social.

Planejamento a partir de um programa utópico. Programa que abriga várias finalidades específicas e que se agrega às quatro outrora referidas: a) de proteger dos riscos sociais; b) de redistribuição da riqueza; c) de promoção e fomento do desenvolvimento econômico; d) de assistência social. Todas essas finalidades se reconduzem, da mesma forma que os direitos fundamentais, em sentido global, para a existência digna.

Tais elementos e interações entre objetivos, direitos, normas programáticas e utopias, que permeiam a intervenção do Estado, contantes desde a consolidação do Estado Social, tiveram a sua potencialidade substancialmente otimizada e expandida pelo dirigismo constitucional na medida em que assinalou a estrita vinculação política do legislador, que não detinha mais a livre disposição dos direitos fundamentais e das decisões relativas às políticas públicas, como será oportunamente assinalado.

Advirta-se, todavia, que as reticências de Forsthoff (1986, p. 50) em face de um concreta institucionalização do Estado de Direito Social devem ser ponderadas e admitidas no sentido de afastar-se qualquer planejamento de políticas sociais que dê acentuado destaque ao caráter assistencial, ante o risco de converter-se em assistencialista e, desse modo, substituir a dependência do indivíduo ao mercado pela relação de servidão para com o Estado, processo esse comum na América Latina diante da instauração de governos populistas, que angariavam os votos muito mais com base na alimentação dessa dependência do que por força do êxito ou da força de adesão dos seus programas de governo. Em Estados nitidamente assistencialistas pode-se até conceber que não mais se está diante de um Estado Social, ou, integrando-se na fórmula contemporânea, que não se está no âmbito de um Estado Democrático de Direito, pois o eleitor participa do processo político atado pelos grilhões da necessidade existencial. Justamente em razão desse risco é que Forsthoff (1986, p. 55) sustenta que o Estado Social moderno não possui aquele eleitor que decide por princípios e se sente como membro da comunidade estatal, o que parece um exagero em sentido amplo, mas uma justa observação em se tratando do desvirtuamento do Estado Social para o assistencialismo.

Finalmente, da mesma forma que o Estado de Direito Social não rechaça as liberdades oriundas dos Estado de Direito Liberal, também não há uma rejeição daqueles outrora sustentados pelo capitalismo liberal, no que sejam compatíveis com os objetivos fundamentais adrede aduzidos e, no âmbito do dirigismo, com a transformação da realidade como tarefa dedicada à implementação dos mesmos, seja pela realização concretizadora dos

direitos fundamentais ou dos demais programas constitucionais, matizados pela nota da justiça social.

Como registra Peter Häberle (2004, p. 183), “[...] l’État de droit social est une actualisation géniale du vieux concept de l’État du droit pour le vingtième siècle”<sup>138</sup>, sendo um elemento estrutural essencial ao Estado Constitucional que denota a evolução dos seus estratos textuais, justificando-se a afirmação da dimensão social na construção do Estado Democrático de Direito.

Assim, a preservação da segurança, a ordem e a paz pública, dentre outros objetivos já assinalados quando da análise do Estado de Direito Liberal, não são olvidados pelo Estado de Direito Social, só que perdem a centralidade outrora havida, inclusive no âmbito do planejamento da ação pública e das políticas estatais.

Explicitados os objetivos que permeiam o Estado Social, cumpre prosseguir numa referência aos direitos sociais, já transitando para o advento do Estado Democrático de Direito, que se consolida com o dirigismo, animados ambos pelo neoconstitucionalismo.

### 3.2.3.2 Os direitos sociais

Embora se prefira adentrar na análise dos direitos sociais inseridos já no contexto do dirigismo e do Estado Democrático de Direito, ensejadores da caracterização da dimensão do Estado Social como prestacional (HÄBERLE, 2002, p. 172), em oposição às liberdades e demais direitos surgidos com o constitucionalismo liberal, tidos como negativos ou de abstenção, não se pode deixar de apontar que os direitos sociais consubstanciam, com os objetivos acima expostos, a re-substancialização da noção de Estado de Direito, atrelando-a à realização efetiva dos mesmos.

E justamente o Estado de Direito Social, devidamente compreendido, mostra que os direitos sociais, as liberdades e os direitos políticos mantêm-se numa relação de recíproca interdependência, como acentuado, dentre outros, tanto por Verdú (2007, p. 108-110), como por Häberle (2002, p. 170), para quem a intensificação as prestações estatais relativas, por exemplo, à situações de risco como enfermidade e desemprego, são *conditio sine qua non*

---

<sup>138</sup> Em tradução live, “[...] o Estado de Direito Social é uma atualização genial do velho conceito de Estado de Direito para o século XX.”

para a realização das liberdades políticas. A cidadania e a democracia social condicionam e reforçam a cidadania política e a democracia institucional, que só são possível num ambiente de liberdade em que seja conferida ao indivíduo as amplas possibilidades e as variadas alternativas para livremente desenvolver a sua personalidade.

De qualquer sorte, há de se reconhecer, com Vergottini (2004, p. 230-231) que a insuficiência das liberdades públicas e dos direitos políticos foi que assentou a necessidade histórica de reconhecimento dos direitos sociais, com a precedência na Declaração francesa de 1793, na Constituição francesa de 1848 e com efetiva expansão e generalização a partir das Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919, como já exposto.

Os direitos sociais, e também os econômicos e culturais, resultariam da necessidade de intervenções do Estado para garantir a possibilidade real de satisfação das múltiplas exigências de existência da pessoa humana, especialmente no sentido de suprir as carências individuais relativas às situações de desigualdade social e econômica, tendo por objeto, conseqüentemente, “las pretensiones de prestaciones por parte del Estado en favor de los individuos”.

García-Pelayo (1996, p. 26-29) também adentrar na questão dos fins e valores que inspiram e preenchem substancialmente a noção de Estado de Direito Social, contrapondo-o ao Estado de Direito Liberal, que se voltava para a liberdade, a propriedade, a igualdade, a segurança, dentre outros direitos. Esses direitos não são negados ou rejeitados pelo constitucionalismo social; ao contrário, caberá ao Estado de Direito Social promover as condições para que sejam efetivamente exercidos.

A principal nota a destacar quanto aos direitos sociais, nesse ensejo e antes de adentrar na sua devida e adequada compostura jurídico-constitucional, matizada e informada pelo digirismo, é a de que estavam eles, ao contrário do que se operava com as liberdades, condicionados à *interpositio legislatoris*, sendo usualmente rejeitado o caráter jurídico, notadamente quando veiculados ou enunciados por normas programáticas.

Quando do Estado de Direito Social a doutrina da regulamentação das liberdades já estava superada, sendo concebido que tais direitos não dependiam do desenvolvimento infraconstitucional ulterior para que fossem observados pela Administração Pública, a despeito do legislador ainda poder conferir-lhes a configuração jurídica que bem entendesse, não havendo até o início do pós-guerra a afirmação e a consolidação do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Não obstante isso, era a vez das liberdades ficarem na dependência da livre discricionariedade política do legislador, fossem ou não veiculadas por normas programáticas,

pois usualmente remetiam as constituições para a disciplina infraconstitucional das condições de exercício do direito. Em se tratando de normas programáticas, a situação de tornava ainda mais aguda, porque, consoante exposto, eram tidas como não vinculantes e destituídas de caráter jurídico.

Assim, enquanto as liberdades são expressas por normas auto-executáveis, ou bastantes em si mesmas, por demandarem apenas omissão ou abstenção do Estado, segundo a concepção liberal, os direitos sociais exigiam prestações e, desse modo, estavam absolutamente condicionados à lei, sendo o legislador livre para desenvolvê-lo, ou não, *pro futuro*, quando, em que medida e de que forma reputasse conveniente e oportuno.

Como registra Bercovici (2004, p. 28-30), os novos direitos fundamentais desafiavam a juspublicística alemã, ensejando notáveis querelas e divisões entre parte da doutrina, havendo um certo consenso quanto ao caráter programático de boa parte dos direitos sociais, consubstanciando uma fórmula para o futuro, sendo essa uma compreensão que permeou os direitos sociais.

A aludida diferenciação entre as liberdades e os direitos sociais acaba, na prática, por conferir àquelas a prevalência sobre esses, porque, embora não haja uma hierarquia prévia, eram sempre destituídos de eficácia jurídica, o que não ocorria com as liberdades que, ao contrário, já eram tidas como portadoras de efeitos que vinculavam os órgãos públicos, cabendo colacionar a síntese de Canotilho (2004, p. 105) acerca dessa diferenciação, *in verbis*:

[...] sob o ponto de vista jurídico-constitucional e jurídico-dogmático os ‘direitos sociais’ estão hoje na mesma situação em que estavam os direitos, liberdades e garantias individuais há mais de cinquenta anos. Se nessa época, a conhecida ‘teoria da regulamentação das liberdades’ implicava a tornar a eficácia dos direitos individuais dependentes da *interpositio legislatoris*, também agora se insiste na tese que o legislador tem uma completa liberdade de conformação e, por isso, sem a intervenção constitutiva da lei ‘não existem’ direitos sociais.

Desse modo, mesmo após o advento da jurisdição constitucional se entenderá que continuará uma parte das constituições, a relevativa aos direitos fundamentais e às normas programáticas, insusceptível de justiciabilidade, posto que submetidas apenas à absoluta liberdade do legislador.

Outro fator agravante era que a ampliação das funções do Estado veio a acarretar uma hipertrofia do poder executivo, posto competir-lhe as ações voltadas para as várias formas de intervenção sobre a ordem econômica, como também as condições de realização

dos direitos sociais como um todo.

Desse modo, se os direitos sociais encontravam-se condicionados e dependentes do exercício da função legislativa, a evolução institucional do Estado Social tornou necessário o cometimento do exercício atípico dessa função, mesmo em caráter excepcional – usualmente não observado – pelo poder executivo, incrementando ainda mais a sua tendencial preponderância e sujeito os direitos sociais à programação tecnocrata.

Logo, o Estado de Direito Social, principalmente até o advento do dirigismo e a transição para o Estado Democrático de Direito, consistiu, ainda, num Estado Legal, em que o direito se reduzia à mera expressão da legalidade, com o agravante de que nem sempre essa lei seria expressão das formas de representação popular democrática, derivando no mais das vezes, em especial quanto à regulação e intervenção na ordem econômica, do juízo técnico-discricionário de conveniência e oportunidade do poder executivo.

Tal aspecto merece o devido delineamento subsequente, remetendo-se o aprofundamento das questões acerca dos direitos sociais, e a atualização e a filtragem quanto à sua compreensão constitucional e dirigentemente adequado quando da análise do dirigismo constitucional, voltado, antes de mais nada, à transformar em realidade as direções políticas e os programas pertinentes aos objetivos do Estado ou subjacentes aos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

### **3.2.4 O Estado de Direito Social ainda como Estado legal e a transição para o Estado Democrático de Direito: o problema da falta de efetividade**

O Estado de Direito Social, em sua primeira manifestação, antes do eclodir da Segunda Guerra Mundial, mantinha-se subordinado à noção de legalidade, persistindo a mesma redução positivista de direito à lei. Persistia, ainda, o dogma do legislador racional, reforçado pela adoção acrítica dos postulados científicos do positivismo jurídico.

Os direitos sociais, por exemplo, como indicado, da mesma forma que as liberdades durante o capitalismo liberal, encontram-se integralmente subordinadas à *interpositio legislatoris*, com algumas ressalvas limitadas a certos direitos relativos à relação de emprego que a Constituição já houvesse definido o respectivo conteúdo jurídico. Fora dessa restrita situação, os direitos sociais estavam em estrita dependência do legislador, que

sobre eles detinha a ampla discricionariedade. Outrossim, como no mais das vezes eram direitos enunciados por normas tidas como programáticas, às quais era rejeitada natureza jurídica, confirmava-se a ausência de vinculação do legislador ao desenvolvimento dos direitos sociais.

Prevalecia, ainda, a lei sobre a Constituição, principalmente no que respeita aos direitos sociais, em virtude do que se pode identificar que a concretização efetiva e existencial dos programas atinentes ao Estado de Direito Social, com a realização das funções estatais visando à consecução dos novos objetivos estabelecidos pela constituição econômica contida nas constituições sociais, nessa época do entreguerras mais dependia do processo democrático e das pressões e exigências populares do que da operatividade e efetividade do texto constitucional.

Essa problemática anteriormente exposto da ausência de caráter vinculante quanto ao legislador dos direitos sociais é que vai ensejar o desenvolvimento teórico-reflexivo em derredor da substancial questão respeitante ao deficit de efetividade das respectivas normas constitucionais, pois pouco ou de nada adiantava a materialização de programas e direitos sociais se não importassem em direções ou valores a serem obrigatoriamente seguidos pelo poder público, sendo o fio condutor de que se originou o dirigismo, buscando a repensar as relações entre a constituição e a lei, embora quando do seu advento já houvesse sido mitigada essa absoluta liberdade legislativa pelo surgimento de concepções constitucionalmente mais adequadas quanto à juridicidade das normas programáticas, como será abordado.

Desse modo, o que mais tarde seria considerado como omissão constitucional até então era simples decisão legislativa de não disciplinar a matéria, sem que houvesse qualquer ilegitimidade em tal conduta.

Do exposto, pode-se inferir duas conseqüências. A primeira consiste na verificação empírica de que os Estados Sociais que se estabeleceram em países em que vicejou a democracia foram mais efetivamente implementados, como ocorrido na maioria dos países europeus; naqueles em que houve hiatos democráticos, mesmo a partir do pós-guerra, o Estado Social foi incompletamente realizado ou desvirtuado, gerando a ampliação das funções do Estado sobre a ordem econômica, mas sem que houvesse a tradução na substancial melhoria das condições sociais ou no provimento dos níveis mínimos de emancipação social. Saliente-se que, no que respeita aos direitos sociais, mesmo após o advento e a consolidação da jurisdição constitucional, houve a continuidade da sua sujeição ao advento de lei ulterior que o regulamente, até porque não se sustentava a possibilidade da justiciabilidade de tais direitos, enquanto não disciplinados por lei.



E a lei era imprescindível porque a prestação ou proteção dos direitos sociais se faria apenas pela atuação do poder executivo, dependente da existência de competências legalmente habilitantes, além da efetiva disponibilidade de recursos públicos, o que só poderia ser aferido segundo a conveniência e oportunidade do legislador.

A outra conseqüência foi de que não se admitiria a continuidade dessa frustração normativa dos direitos sociais, empreendendo uma verdadeira erosão da consciência constitucional, pois, como salienta Karl Loewenstein (1965. p. 161), as constituições – até então – haviam falhado quanto ao objetivo de estabelecer uma ordem social resguardada de crises e maiores riscos, sofrendo uma crise que refletiria a própria crise do Estado Democrático Constitucional.

Como as constituições não poderiam conviver com essa reputação e a insensibilidade pelo distanciamento entre o seu texto e a realidade, pois acarretaria a frustração da sua dimensão libertária e o afrouxamento dos vínculos sociais pelo debilitamento da solidariedade que fundamenta tanto o Estado Social como os direitos fundamentais, passaram elas a dispor sobre a própria eficácia dos direitos fundamentais, auto-intitulando-os como de aplicabilidade imediata, como será adiante exposto, o que compõe o quadro histórico social e político subjacente ao advento do dirigismo constitucional.

Dessa forma, a despeito de, com a afirmação da jurisdição constitucional, já se poder falar da sujeição do legislador à constituição, transitando-se para o Estado Democrático de Direito, que é um Estado Constitucional, não era possível, contudo, estender-se a supremacia da constituição sobre o legislador no respeitante aos direitos sociais, dado o preconceito contra elas firmado que tornava letra morta a solene proclamação constitucional, principalmente nos Estados em que houve hiatos democráticos no pós-guerra.

Outro problema também havido no contexto do período em que havia, ainda, a primazia da lei, até o pós-guerra, consistiu na circunstância de que a ampliação das funções e tarefas do Estado tornou-se incompatível com a noção liberal que fora estabelecida em derredor da atividade legiferante. A demora do processo legislativo mostrou-se incompatível com a necessidade de que o Estado estivesse apto a intervir juridicamente ou material e concretamente na ordem econômica e no mercado para fins de exercer as atribuições que lhe eram constitucionalmente designadas.

Premido pela necessidade de uma mais ágil e expedita atuação, de um lado, e constringido à observância do princípio da estrita legalidade, que condiciona a atuação da administração pública à previsão de competências habilitantes para tanto, a solução possível consistiu em propiciar a eficácia da ação estatal, conferindo ao poder executivo a atribuição

excepcional de competência legislativa em casos e situações excepcionais que desaconselhassem a espera da modificação da disciplina legal mediante a tramitação do processo legislativo.

Nesse sentido, Ana M. Carmona Contreras (1997, p. 38-39) observa que a inserção nas constituições de direitos sociais de conteúdo prestacional leva a um giro copernicano no âmbito do Estado de Direito, ao mesmo tempo democrático e social, o que se associa com as exigências de intervenção pública em variadas esferas, introduzindo a incrementação das competências de alguns dos poderes públicos relacionados com o direcionamento da vida sócio-econômica, ante a constatação de que “*La mano invisible* ha perdido definitivamente su poder mítico de ordenación del mercado y el principio del *laissez-faire* debe replantearse si aspira a ser realmente efectivo”. Esse processo acarretou (CONTRERAS, 1997, p. 42-43) a modificação e a pluralização das fontes do direito, que remonta ao constitucionalismo social de Weimar.

Com efeito, o art. 48, §2º, da Constituição alemã de Weimar conferia ao Presidente do *Reich* a competência para adotar medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e ordem pública, com a reivindicação até mesmo das forças armadas, se necessário. Tais medidas poderiam ser revogadas por solicitação do *Reichstag*.

Esse dispositivo é a origem das atuais medidas provisórias previstas pelo art. 62 da Constituição brasileira, outrora denominada como decreto-lei, e que se consolidou na experiência constitucional a partir da experiência italiana, constante do art. 77 da Constituição de 1947, que institui o *provvedimento provvisorio*. Atualmente, com a consolidação da dimensão social do Estado Democrático de Direito, a competência excepcional para legislar do poder executivo expandiu-se para vários textos constitucionais.<sup>139</sup>

Todavia, na experiência originária tedesca, foi um dos fatores que conduziu à concentração de poder no executivo, sendo defendido como medida a ser ordinariamente adotada pelo *Reich* em condições extraordinárias que, lamentavelmente, tornaram-se ordinárias, pela instituição de um constante Estado de exceção.

Carl Schmitt (2007, p. 72) destaca que não foi com o texto da Constituição de Weimar, mas a prática constitucional empreendida pelo Presidente do *Reich*, com a tolerância do poder legislativo (*Reichstag*) e a recepção da doutrina e da práxis judiciária, ensejaram a imposição de um legislador extraordinário, que era justamente o chefe do poder executivo,

---

<sup>139</sup> Como aponta Amara Júnior (2004, p. 55-58).

com a competência para promulgar decretos, atribuição essa sobre a qual não mais havia qualquer controvérsia no que respeita ao seu reconhecimento.

Segundo a estrutura institucional de Weimar, e a práxis jurídica que dela emanou, Schmitt (2007, p. 74) aponta que, em verdade, estaria instituída a prevalência do poder executivo sobre o legislativo, consoante se constata da colação abaixo, *in verbis*:

Enquanto o legislador ordinário do Estado legiferante parlamentar somente pode legiferar, encontrando-se, no tocante à qualidade do Estado legiferante, separado do aparato de aplicação das leis, o legislador extraordinário do art. 48 tem a face e o queixo nas mãos para conferir a cada medida por ele tomada o caráter de norma jurídica com toda prioridade de que goza a lei no Estado legiferante parlamentar.

Assim, um dos traços do constitucionalismo social será o cometimento de competência legislativa extraordinária e excepcional em caráter atípico ao poder executivo, com a principal finalidade de viabilizar a intervenção adequada e eficiente sobre a ordem econômica, a despeito de ter servido também para outros fins e ir progressivamente se ampliando até a atualidade, compondo o quadro muito próprio do Estado Social que deu azo à hipertrofia do poder executivo.

Logo, o Estado Social foi, inicialmente, um Estado legal, em que a função legislativa também era expressão do poder executivo que, não poucas vezes exercia a atribuição legiferante, teoricamente excepcional; após a afirmação e a consolidação da jurisdição constitucional, com o caminho trilhado para que o Estado de Direito se convertesse num Estado Constitucional através do Estado Democrático de Direito, tais competências continuaram a ser reconhecidas, inserindo-se no âmbito da discricionariedade política do poder executivo. Desse modo, ao se averiguar a relação entre constituição e legislador, nos quadrantes do dirigismo, há de se ter em vista que também está situado o poder executivo, no que respeite ao desempenho da função legislativo.

Além disso, o advento do Estado Social também possibilitou a alteração da concepção de lei, que passou a adotar várias formas e medidas para conferir à administração uma maior discricionariedade para o desempenho das atribuições visando a melhor promoção do interesse público, conforme o caso concreto.

Como o legislador não podia antever todas as situações em que o interesse público estivesse envolvido e fosse demandado, e, muito menos, a melhor forma de curar pela sua realização, o conceito de lei foi abrigo de novas formas que permitissem uma maior capacidade de conformação decisória ao gestor público, cabendo invocar a Häberle (2002, p.

165-168) ao enunciar a tipologia das leis, integrada pelas leis-medida, pelas leis de planejamento, que corresponderiam às leis orçamentárias brasileiras, pelas leis de direcionamento, consistentes naqueles que instituem determinado plano econômico, como também as leis marco e as leis de governabilidade.

Nesse sentido, por todas essas vias, constata-se que a tendência do Estado Social é a de destacar e sobrelevar o papel do poder executivo, principal responsável pela formação e conformação da capacidade de ação estatal e pela formulação de políticas públicas, dando azo à hipertrofia da administração pública. Essa hipertrofia não se consubstancia, necessariamente, num aspecto negativo ou prejudicial ao conteúdo garantista e libertário que também acompanha o Estado Social enquanto abrigando os direitos de primeira dimensão.

Se o Estado de Direito Liberal é um Estado legal de caráter legislativo, em que há a supremacia do parlamento, o Estado de Direito Social é um Estado legal em que há a proponderância do executivo tanto na direção da política econômica como das políticas sociais e da ação estatal; de outra parte, como se evidenciará, o Estado Democrático de Direito tenderá a firmar-se como Estado da jurisdição constitucional.

Impõe-se, de qualquer sorte, que o incremento das atribuições da administração pública não convertam o executivo num poder arbitrário, para o que é imprescindível o aprimoramento das vias de controle e o seu fortalecimento, como salienta com percuciência Elías Díaz (1998, p. 106), consoante o excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

Se está de acuerdo por lo general en admitir la necesidad de un 'ejecutivo fuerte', nunca de un 'ejecutivo incontrolado'. En este sentido se considera en el Estado social de Derecho que el órgano estatal que resulta más adecuado para llevar a cado esta función inmediatamente directiva y de control de la actividad económica y social no es el Parlamento clásico, demasiado lento y poco especializado, se dice, sino más bien, y aunque no exclusivamente, el poder ejecutivo, o sea, la Administración y sus técnicos. Con la creciente importancia de ésta se constituye el llamado Estado administrador o Estado de la Administración.

Cabe a atenção para que o Estado Social não se convertesse num Estado tecnocrático, como também para que não se repute pejorativamente a natural demora do processo legislativo. A natureza e a relevância das matérias que exigem a apreciação do parlamento exigem um amplo diálogo e o amadurecimento reflexivo que só pode se estabelecer com o tempo, o que não deixa de tornar a regulação e a intervenção da ordem econômica relativamente incompatíveis com o processo legislativo, ante a celeridade e a flexibilidade que demanda à ação estatal.

Os riscos aos direitos fundamentais advindos da expansão do poder executivo, abrangendo cada vez mais atribuições de ordem político-econômicas trazem consigo a incrementação das vias e formas de controle, pois num Estado de Direito, quer liberal, quer social, quer democrático, o aumento de poder impõe o aumento do controle.

O aumento das vias e da intensidade do controle torna-se ainda mais premente diante dos riscos adrede apontados de que o indivíduo se torne dependente do Estado e que, por políticas mais assistencialistas do que promotoras do bem-estar, mantenha-se num caminho de servidão e não de emancipação social, justificando-se a asserção de Elías Díaz (1998, p. 108) sustentando a existência de controle tanto a partir da estrita legalidade que conforma a ação estatal, como pela via do processo democrático. Só que esta, em Estados Sociais assistencialistas, acaba ficando prejudicada.

Não obstante isso, e como já se depreende, a prevalência do executivo consubstanciou um dos problemas do Estado de Direito Social, porque invariavelmente repercutia numa sobrevalorização da técnica sobre a política, da eficiência sobre o bem-estar, das prioridades de governo sobre as prioridades constitucionais, sendo patente o equívoco da pressuposição destacada por Elías Díaz (1998, p. 111) de que a associação da administração e da técnica seriam suficientes para a promoção do desenvolvimento econômico, do qual proviria o bem-estar social geral, nutrindo um indevido preconceito contra a política por conceber que “[...] la política y la ideología constituyen, se afirma, cosas ya completamente superadas, estorbos y, además, estorbos anacrónicos.”

Ao contrário do entendimento prevalecente, a concretização dos direitos fundamentais e a consecução ótima dos objetivos constitucionais programaticamente instituídos demandam o restabelecimento da dimensão política substancial das ações públicas e das políticas públicas, por ser constituínte da dimensão existencial da comunidade política, não podendo ficar a mercê ou dominada pela técnica e nem pela *lex mercatoria*.

Se o dirigismo se estabelece justamente para guiar a política na condução da ação estatal, o esmorecimento ou o desencantamento da dimensão política é um obstáculo a ser superado por uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiros. Em sendo um estatuto jurídico do político, como se convenciou reputar as constituições – fórmula essa de especial acerto em se tratando dos textos dirigentes – dissolve-se a juridicidade do poder na própria debilidade da política, contra o que se insurgirá pelas razões oportunamente aduzidas.

A técnica não pode prevalecer sobre a política e essa, no que for juridicizada pela Constituição, deve se orientar vinculativamente pelas direções e pelos programas

constitucionais, implicando numa exigência ético-comunitária além de jurídico-fundamental quando da transição do Estado de Direito Social para o Estado Democrático de Direito que, antes, revela-se como um Estado Constitucional.

Procedida à análise da caracterização institucional do Estado de Direito Social, faz-se mister situar o constitucionalismo social brasileiro em sua primeira época para, então, adentrar-se especificamente no dirigismo constitucional e nas pressões a que é submetido tanto pelas crises imputadas ao Estado Social, como pelos desafios que lhe são opostos pela pretendida superação dos paradigmas da modernidade pelos da pós-modernidade, que compõem o ambiente propício para a globalização neoliberal.

### **3.2.5. O Constitucionalismo social brasileiro: em direção dirigente ao Estado Democrático de Direito**

O constitucionalismo social brasileiro teve um início conturbado porque se desenvolveu no contexto das revoluções de 1930 e 1932, sendo a precedência quanto à consagração de direitos sociais da Constituição de 1934, em que houve, igualmente, a institucionalização de uma sistemática intervenção do Estado mediante a adoção da constituição econômica, atribuindo fins e tarefas ao Estado concernentes à transformação da realidade social subjacente, o que se fazia, usualmente, por normas programáticas.

A despeito da constitucionalização dos direitos sociais e da existência de normas programáticas, o texto constitucional se ressentia dos mesmos problemas que marcaram Weimar quanto à incompreensão doutrinária acerca das novas estruturas normativas, de caráter finalístico, e dos novos direitos que – com exceção daqueles concernentes aos trabalhadores –, longe estavam de se traduzir em concretas realizações, não chegando sequer a vincular efetivamente o legislador, apesar da instituição desde a Constituição de 1891 do controle jurisdicional de constitucionalidade pela via incidental.

No plano sociológico, Bercovici (2005, p. 19-20) registra o entendimento que grassava dentre os cientistas sociais de que o período de 1930 a 1964 foi uma época de clientelismo e manipulação do Estado sobre o povo, com a cooptação da classe trabalhadora e a criação de um corporativismo estatal, de nítida influência do facismo italiano; entretanto, de maneira acertada, diverge (2005, p. 21) dessa perspectiva, aderindo às novas pesquisas que, segundo afirma, demonstram que a adesão dos trabalhadores ao populismo e a aceitação da

proteção instituída nas relações de emprego teve um caráter pragmático, destinando-se a consolidar direitos e obter novos benefícios na medida em que havia a imposição de deveres ao Estado e aos empregadores. Desse modo, “Os direitos trabalhistas não foram entendidos como dádiva, mas como conquista.” .

O constitucionalismo democrático social brasileiro seria, lamentavelmente, curto, pois sofreu a irrupção do golpe de 1937, com a derrubada da ordem democrática, como ocorrido em outros Estados no mesmo período, como a Alemanha e a Itália. O estrangulamento do regime democrático e social foi bem detalhado por Raymundo Faoro (2001, p. 786-789) entendendo que em três anos já estavam congeladas e impotentes as correntes que se firmaram sob o texto de 1934 e que as reformas sociais destinadas à proteção do proletariado e ao resguardo da classe média em expansão, como aquelas referidas ao desenvolvimento econômico e à emancipação do país não poderiam se concretizar sob a vigência da ordem instituída pelos constituintes, já havendo um controle centralizador das instituições pelo governo, asfixiando o precedente coronelismo. Instaurava-se o populismo.

Numa estrutura de concentração de poder, não se afigura possível a correlação entre Estado Social e ditadura, pois a emancipação social com a inclusão cidadão participa e exige a plena vivência democrática, como das liberdades públicas.

Ademais, uma análise dos períodos ditatoriais no Brasil, de 1937 a 1946 e de 1964 até 1988, como também dos períodos autoritários nos regimes português e espanhol, até o surgimento das respectivas Constituições de 1976 e 1978, demonstra que a estrutura do Estado Social em regimes dessa natureza, impostos e mantidos pela violência e pela força, ainda que tenha ocasionado crescimento econômico, acarretou intensa concentração de riqueza, pois os movimentos populares perdem voz e representatividade, não havendo divergências ou contestação aberta e dialogicamente democrática.

Além disso, os regimes ditatoriais são muito próprios à corrupção, sem que se tenha conhecimento da sua extensão, como já registrava Hermann Heller (2006, p. 127) ao indicar ser muito mais corrupta uma ditadura do que o regime instituído mediante o Estado Democrático de Direito.

Como se não bastasse, de nada adiantariam as condições existenciais caso fossem promovidas pelos regimes de força, sem que houvesse liberdades que possibilitassem o pleno desenvolvimento da pessoa humana, como concorda Pablo Lucas Verdú ao salientar que se se objeta o Estado Liberal por não existir liberdade sem justiça social, da mesma forma ocorre com o Estado Social caso encerre qualquer coerção institucional

Desse modo, justifica-se um perpassar para além do período entreguerras para

apontar que, em verdade, o Estado Social brasileiro, com a ressalva do período democrático, situado entre 1946 e 1964, jamais chegou a se constituir efetivamente, sendo uma estrutura voltada aos interesses daqueles que se apoderavam do poder político ou dele se aproximavam no período ditatorial, explicando que o crescimento econômico havido fosse acompanhado pela expansão da pobreza e da miséria, com a majoração da exclusão social, combatida não tanto por políticas públicas, mas pela força repressiva do aparato institucional do Estado.

E nesse quadro, o contínuo aprofundamento da cisão social entre as classes, cada vez mais ricas, de um lado, e cada vez mais excluídas, de outro, compõe as especificidades da Questão Social brasileira, integrada aos fatores que maximizam as fraturas sociais em virtude do subdesenvolvimento não apenas econômico, mas também social e de cidadania.

Em tais circunstâncias, avulta a necessidade de que os valores comunitários depositados na Constituição de 1988, com o restabelecimento do regime democrático, exprimidos nos direitos fundamentais e nos objetivos constitucionais do Estado e da ordem econômica, possam o mais possível traduzir-se em realidade, em concretude, superando-se quaisquer perspectivas de oposição entre Estado e sociedade, Estado e mercado, devendo-se vivenciar uma auto-compreensão comunitária, que se dificulta justamente pela frouxidão dos laços sociais.

A reabilitação da democracia e da dimensão social do político, componentes necessários do Estado Democrático de Direito, é a direção mais relevante que está abrigada pelo texto constitucional dirigente, consubstanciando um programa de futuro conducente ao atendimento dos objetivos fundamentais constantes do art. 3º e da efetividade dos direitos fundamentais; entretanto, cada vez mais o dirigismo constitucional brasileiro encontra-se sob pressão e sob riscos, de todas as ordens e matizes, que vão tentando diluir a carga emancipatória e o conteúdo dirigente e dirigido da solidariedade e da dignidade, impondo-se que a doutrina tome a si a responsabilidade de exercer a sobredita função de meta-garantia, promovendo uma trincheira de proteção à Constituição e um caminho, aberto, plural e emancipatório, assegurando o mínimo vital, mas direcionado para o projeto utópico de realização da dignidade mediante a construção do máximo vital. Nesse sentido, a percepção de Peter Häberle (2004, p. 184), inserindo a Constituição brasileira de 1988 no âmbito do Estado de Direito Social.

As pressões sofridas pelo dirigismo constitucional, que levaram Canotilho (1998) a modificar as suas bases reconhecendo diversos (2001, p. 23-26) a maneira de quase tê-lo com um filho enjeitado, também são sentidas pelo constitucionalismo brasileiro, associadas às pressões relativas à crise do Estado Social, dimensão essencial do Estado Democrático de



Direito, sendo ainda mais premente a necessidade de compreensão de um constitucionalismo brasileiro constitucionalmente adequado ao texto e ao contexto resistente à mudança paradigmática suscitada pela pós-modernidade, tendente a diluir a programaticidade constitucional pelo ceticismo na capacidade de direção do futuro, como também às ideologias e às políticas que defendem uma transposição do dirigismo para as instâncias da sociedade e do mercado.

Diante disso, cumpre adentrar na questão relativa à defesa e a reformulação dos elementos componentes de uma teoria da constituição adequada, a partir do texto e do contexto brasileiro, conforme o quadro de problemas explicitado, norteando pelo que seja possível e necessário a partir da realidade social subjacente, na construção e implementação dos programas conducentes à concretização dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, que, antes de mais nada, constitui-se num Estado de direitos fundamentais<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> A concepção do Estado Democrático de Direito como portador de uma dimensão que o caracteriza como Estado de direitos fundamentais foi introduzida por Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 83) por se voltar para a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem “[...] na sua complexa qualidade de *pessoa, cidadão e trabalhador*” (destaques no original). Dessa forma, consideram que assegura uma autonomia perante os poderes públicos e que, ao mesmo tempo, torna-se um Estado antropológicamente amigo. No mesmo sentido, aderindo e desenvolvendo a noção de Estado de direitos fundamentais, encontra-se Paulo Otero (2007, p. 525-526), destacando a sua fundamentação no impositivo respeito pela dignidade da pessoa humana, entendida como cada pessoa individual e concreta, defendendo, todavia, a sua transição para um Estado de direitos humanos com o desiderato de firmar o elemento humanístico como norte e base do Estado de direitos.

#### **4 O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE BRASILEIRO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: RESISTÊNCIA E PROJEÇÃO DE UTOPIAS JURÍDICAS EM FACE DOS PARADIGMAS DA PÓS-MODERNIDADE**

A reflexão jurídica sobre qualquer tema constitucional não pode se limitar ao texto positivado e deve decorrer da compreensão acerca da necessidade existencial de promover a realização dos programas pertinentes aos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais.

O problema fulcral do constitucionalismo reside na constante luta que trava contra o exercício arbitrário do poder, poder que, se outrora era apenas o político, hodiernamente é, também, o poder econômico, diante do desenvolvimento do constitucionalismo social e a sua integração no âmbito do Estado Democrático de Direito que, conforme o texto e o contexto brasileiro, encerra uma dimensão dirigente.

O dirigismo constitucional importa na reativação dos sonhos e desejos de que povoam a experiência comunitária e integram a dimensão cultural do Estado, associando-se à sua dimensão finalística ou teleológica, cuja consecução habilita a razão prática na direção das utopias jurídicas.

Só que as condições contemporâneas tornam ainda mais difícil que a Constituição brasileira de 1988 traga a fala a sua voz dirigente que emana não dela própria, mas da comunidade de sujeitos constituintes que a formam e conformam (CANOTILHO, s.d, p. 75-76), ante a falta de fundamentação paradigmática com os ventos da pós-modernidade, à crise do Estado de Direito e a debilitação das instâncias políticas, cada vez mais submetidas à apropriação pelas instâncias econômicas globalizadas que sustentam o retorno à auto-regulação.

Ademais, há um desencantamento com a política partidária e, conseqüentemente, com a democracia representativa, pela mercantilização do processo político-decisório e o esvaziamento dos projetos ideológico-programáticos dos partidos políticos que, cada vez mais, acolhem a razão estratégica de busca pelo poder para habilitar a vivência da política e não pela política (WEBER, 2005, p. 63-64). Em razão disso, Lopez Calera (2004, p. 78-79) chega a afirmar que se constitui quase numa moda a crítica aos políticos.

Em verdade, pode-se conceber, com Cornelius Castoriadis (2002, p. 103), que há um processo de fratura social que orienta à ascensão da insignificância: insignificância da política, das ideologias, da moral e também do direito<sup>141</sup> em virtude da crise das significações imaginárias da comunidade.

Nesse contexto, torna-se ainda mais urgente que se compreenda a Constituição dirigente brasileira como uma trincheira de resistência às propostas teóricas e pseudo-políticas que, animadas pelo ceticismo da pós-modernidade e inspiradas pela globalização neoliberal, suscitem a necessidade de retração da sua dimensão programática, com a redução das políticas e das prestações sociais.

Além disso, impõe-se a percepção da Constituição brasileira de 1988 como projetiva de utopias jurídicas decorrentes da auto-compreensão comunitária que buscam reabilitar a política e conformá-la segundo o que é partilhado como os mais relevantes objetivos, que compõem o ligame social.

Trincheira de resistência e projeção de utopias jurídicas, tais são as dimensões dirigentes próprias à Constituição brasileira de 1988, a partir da qual se afigura imprescindível o aprofundamento do discurso atinente à sua efetividade.

Por conseguinte, e no contexto adrede apresentado, faz-se mister situar o dirigismo como uma proposta de reflexão destinada a solucionar o problema fundamental da falta de efetividade surgido não apenas da Constituição brasileira de 1988, por se tratar de uma nota lamentavelmente comum na experiência constitucional pátria. A partir de então, procede-se à análise da estrutura normativa da Constituição, prosseguindo com a defesa do dirigismo diante das crises delineadas.

#### 4.1 O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

---

<sup>141</sup> A título exemplificativo, Castoriadis (2001, p. 25-26) ressalta que, atualmente, a querela entre a direita e a esquerda perdeu sentido. Nem tanto por causa da queda do socialismo, ou por não terem nada a agregar ao debate político, mas porque ambos dizem a mesma coisa. Assim, identifica um sucesso de governos franceses, de Balladur a Bérégovoy e a Chirac, em que reputa terem todos adotado a mesma política. Certamente, identifica-se tal crise na afirmação do pensamento único e da ausência de alternativas, de que se vale o neoliberalismo, como será adiante explicitado.

A Constituição brasileira de 1988 é dirigente. Ser dirigente pode expressar muito ou quase nada, pois tal qualidade não implica necessariamente que as direções e os programas constitucionalmente previstos, desde o art. 1º, passando pelos objetivos fundamentais do art. 3º e chegando aos objetivos e fundamentos da ordem econômica no art. 170, traduzam-se em realidade. A prática político-constitucional durante cerca de vinte anos vem apenas a corroborar essa percepção que, de resto, é relevante por rejeitar qualquer perspectiva de fetichismo legal e a crença num automatismo jurídico.

A previsão de uma Constituição plasmada de direitos fundamentais, dentre os quais vários direitos sociais, instituidora do Estado Democrático de Direito de coloração republicana, fundada na solidariedade social dirigida e dirigente para a dignidade da pessoa humana através dos objetivos fundamentais consagrados enquanto projeção comunitária do sentido de futuro, não é a panacéia para todos os males sociais e nem a solução para o exercício arbitrário do poder político.

As constituições não constituem nada por si só, pois não têm vida em si mesmas. Quem lhes dá vida a partir de uma vivência, quem deposita nos seus textos e potencializa na práxis que sob ela se estabelece a síntese construtiva de um futuro a partir da memória do passado e da abertura do presente às promessas para o porvir, é a coletividade que deve, nos quadrantes do constitucionalismo hodierno, superar cada vez mais a auto-compreensão como sociedade e assumir-se como comunidade, cuja relação com as constituições deve ser reabilitada numa posição situacional de abertura significativa.

A transição do *law in the book* para o *law in the action* pressupõe, a título de exigência existencial para o devir dirigente, um pertencimento da comunidade, integrada por sujeitos constituintes, partícipes da realização dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais programaticamente previstos, na condição de intérpretes da Constituição.

Logo, a comunidade tem de se perceber retratada na Constituição, da mesma forma que a Constituição tem de se ver sentida e percebida na comunidade, responsável pela sua atualização e realização diuturna, ou pelo seu esquecimento e desestabilização, pois, conforme Peter Häberle (2000, p. 34) em excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

La Constitución no se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, um medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.

Com efeito, entre o soçobro da Constituição e o êxito da força normativa reside,

justamente, a sua comunidade de intérpretes consubstanciada no povo (HÄBERLE, 1997, p. 37-40), que a tem como auto-expressão na medida em que consagra os objetivos em derredor dos quais se firmam os objetivos existenciais e legitimadores do Estado que, enquanto *res publica*, não mais pode, num Estado Democrático de Direito, se opor à coletividade ou ser entendido como uma instância externa ou exterior.

Nesse sentido, assiste razão a Häberle (1997, p. 34) quando exprime a constituição como um espelho da realidade, mas não apenas como um espelho, reconhecendo-lhe como “[...] a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente.”

Se a Constituição brasileira, contudo, pode promover por si mesma, tal circunstância não legitima o advento de teses ou obstáculos que lhe são antepostos para fazê-la sujeitar-se às vontades político-partidárias ou sectárias, ou, ainda, à *lex mercatoria*. As constituições que se enquadram à tipologia dirigente consubstanciam mais uma vitória do constitucionalismo, por representarem a percepção da comunidade na sua capacidade de programação do processo político em direção às utopias jurídicas que animam o devenir comunitário.

Torna-se imprescindível que os textos constitucionais, como o brasileiro, tragam para si a representação social dos anseios, dos interesses e das necessidades, abrindo as possibilidades a partir da interação com a realidade, o que se dá com o modelo seguido pela Constituição brasileira de 1988 ao abrigar um extenso catálogo de direitos fundamentais e a imposição de tarefas ao Estado destinadas à transformação da realidade, ensejando a confirmação garantista e emancipatória do Estado Social como dimensão do Estado Democrático de Direito que consubstancia uma fórmula genial para o constitucionalismo contemporâneo (HÄBERLE, 2004, p. 183), ou, como considera Perez-Luño (2001, p. 229-230), uma fórmula de grande fortuna.

Ora, se não é suficiente a existência de um texto constitucional programático para que as condições existenciais melhorem, se apenas dele não depende a circunstância do processo político se orientar para a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, a Constituição dirigente é, entretanto, imprescindível e necessária para viabilizar a direção do Estado e da atividade econômica para a realização aproximada das utopias jurídicas, como expressivamente ressaltar por Peter Häberle no excerto abaixo, *in verbis*:

Un regard vers l’Amérique du Sud et l’Amérique Centrale est au contraire très productif, jusq’aux efforts excessifs en la matière (relativa ao Estado Social) dans la Constitution brésilienne (1988), en partie aussi dans l’ancienne Constitution du Pérou (1985). Une bonne partie de l’État social ne peut être créée que par le processus politique et par la voie de la législation ordinaire.

Mais des textes constitutionnels incitatifs sont nécessaires. Un tel optimum (ou minimum) de régulation de la justice sociale fait aujourd’hui partie du standard du *type* de l’Etat constitutionnel, en particulier sous la forme de droits justiciables à un minimum vital économique, à la protection de la santé, à la protection de la famille et à la garantie de conditions de travail dans la dignité humaine<sup>142</sup>.

Mais do que isso, é mesmo inexorável, ante o quanto exposto acerca da compreensão das constituições como auto-representação comunitária de interesses, valores e objetivos solidariamente compartilhados.

Desse modo, constata-se a errônea em que incide Giovanni Satori (1996, p. 214) que, ao proceder a uma análise comparativa das constituições, não busca adentrar e compreender o sentido imaginário e a auto-compreensão da comunidade constituinte de que proveio o texto, aderindo ao lugar comum de criticar a Constituição de 1988 por ser extensamente analítica, considerando-a como “[...] uma *novela* do tamanho de um catálogo telefônico”, e indicando estar repleta de “[...] detalhes triviais como de dispositivos quase suicidas e promessas impossíveis de cumprir”.

Efetivamente, pode-se até ler a Constituição como se fosse uma novela, ao menos no sentido preconizado por Ronaldo Dworkin (2001, p. 223), que assemelha a interpretação dos textos jurídicos com a de uma obra literária em que se busca “[...] mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser.” Ora, em se adotando a concepção de Dworkin<sup>143</sup> (1984, p. 153) acerca dos direitos fundamentais como um trunfo no âmbito do processo político-decisório, a Constituição brasileira, por ser analítica, revela uma maior potencialidade libertária e emancipatória.

---

<sup>142</sup> Em tradução livre, “Uma atenção sobre a América do Sul e a América Central é, ao contrário, muito produtiva, desde os esforços excessivos quanto à matéria (relativa ao Estado Social) na Constituição brasileira (1988), em parte também existente na anterior Constituição do Peru (1885). Uma boa parte do Estado Social não pode ser criado senão pelo processo político e pela via da legislação ordinária. Mas os textos constitucionais incitativos são necessários. Um tal ótimo (ou mínimo) de regulação da justiça social faz parte da noção típica de Estado Constitucional dos dias de hoje, em particular sob a forma de direitos justiciáveis a um mínimo vital econômico, à proteção da saúde, à proteção da família e à garantia de condições de trabalho conformes a dignidade humana.

<sup>143</sup> Embora Dworkin adote uma concepção que contraponha os direitos fundamentais dos bens coletivos almejados pela comunidade, considerando, nesse contexto, que eles se sobrepõem a quaisquer justificativas fundadas em razões provenientes do bem-estar da comunidade que postulassem a restrição de direitos fundamentais. A concepção adotada no presente estudo é diversa, entendendo que também os bens coletivos, que podem até apresentar-se sob a forma de direitos fundamentais, situam-se igualmente de condições, não se podendo ficar *a priori* nenhuma relação de precedência ou de hierarquia. Assim, adere-se à doutrina de Alexy (2007, p. 60-61) aos reconhecer a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais e bens coletivos, ou entre direitos fundamentais em sentido amplo, pois “Bens coletivos não são, certamente, só adversários de direitos individuais. Eles também podem ser pressuposto ou meio de seu cumprimento ou fomento.” Tal questão retornará adiante, ao ensejo da análise da estrutura normativa dos direitos fundamentais.

Todavia, como apontado, uma constituição analítica, que se estenda sobre os demais ramos do direito e também sobre a política, de caráter dirigente e permeada por normas programáticas, é necessária, mas não é suficiente para a efetividade dos direitos fundamentais e a realização dos objetivos constitucionais, o que se comprova pela análise tanto da história constitucional brasileira – cuja inserção no constitucionalismo social foi marcada pela Constituição de 1934 – como pela atenção mais detida apenas aos cerca de vinte anos da Constituição de 1988.

A insuficiência do texto ser materialmente dirigente, plasmado por normas programáticas, remete ao problema fulcral da falta de efetividade da Constituição, que consubstancia um dos fatores da já aludida erosão da consciência constitucional, como destacado por Karl Loewenstein (1957, p. 162) ao destacar as conseqüências decorrentes do abismo existente entre o que as constituições prescrevem e a realidade circundante. Para Loewenstein (1957, p. 153-154), a democracia constitucional estava em franca crise no século XX, tem sofrido uma contínua desvalorização e perda de prestígio, de que são fatores tanto a inferência de que ela tem sido constante descumprida – mesmo naqueles países em que tradicionalmente apresenta-se como uma constituição normativa –, como o fato de que os seus destinatários, os membros da comunidade, têm se alijado da vivência constitucional.

O acento no presente estudo se dá notadamente nas condições de controle do poder, tanto político, como econômico, como via de realização dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionalmente dirigentes, mas a tanto porque se concebe ser esse um pressuposto inequívoco para a revitalização da consciência constitucional, em possível resposta à questão propugnada por Loewenstein (1957, p. 163), promovendo a superação da insignificância que permeia o sentido comum firmado em torno do texto constitucional brasileiro de 1988 e trazendo-o à fala. É preciso que a comunidade de sujeitos constituintes, na medida em que pertencem à sua construção mediante a interpretação aberta e plural, cada vez mais se auto-compreenda como inserida na Constituição de 1988, até porque, como exposto, ela figura como depositária da tradução em utopias jurídicas do sentido de projeção do futuro haurido do substrato da vivência comunitária atinente aos objetivos que enlaçam os vínculos de solidariedade social.

O problema da efetividade das constituições, enquanto referido às relações entre o texto e a realidade, a norma e os fatos, é questão recorrente e das mais relevantes no arco do constitucionalismo, sendo das mais célebres contribuições o diálogo firmado entre Ferdinand Lassalle (1998) e Konrad Hesse (1991) em derredor da essência da constituição.

Lassalle (1998, p. 24-26) identifica que uma das distinções entre a constituição e a

lei é a pretensão de permanência de que aquelas se revestem, que se materializa tanto pela rigidez, como pela existência de cláusulas de intangibilidade relativa, concluindo estar demonstrado que “[...] no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum.” A qualidade da constituição como lei fundamental, para Lassalle, deriva do a) o caráter basilar da constituição, b) da sua condição de fundamento para as demais leis, pelas quais se irradia, c) e corresponde a uma necessidade ativa de que exista tal como é e não de outro modo.

Diante disso, sustenta que a constituição será uma força ativa que atende a uma exigência de que as leis e instituições jurídicas sejam como realmente são, pelo que, uma vez promulgada, não podem existir leis que lhe contrariem, mesmo que assim se deseje. Essa força ativa que consubstancia consistiria nos fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade, impedindo, conseqüentemente, que venham a ser o que substancialmente não o são. Tais fatores reais são compostos pelo Exército, pelo povo (burguesia e classe operária), pelos banqueiros, dentre outros, que conformam a constituição à sua maneira e a partir das interações de poder firmadas entre esses grupos. Assim, (LASSALLE, 1998, p. 32) a constituição de um país é “(...) a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”, correspondendo ao conceito sociológico de Constituição<sup>144</sup>. A esse sentido, Lassalle (1998, p. 37) contrapõe a constituição escrita, a que denomina de folha de papel.

Tratando do contexto existente na história constitucional, principalmente pela frustração das constituições escritas, como a francesa de 1848, Lassalle (1998, p. 47) conclui que “Onde a constituição *escrita* não corresponder à *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real”, oriunda dos fatores reais de poder, constatando (LASSALLE, 1998, p. 53) que os problemas constitucionais não são sensíveis ao direito, mas ao poder, sendo constituição real e efetiva aquela que está em congruência com os fatores reais e efetivos de poder, não tendo qualquer valor, nem sendo duráveis, as constituições escritas que deles se distanciem.

Cumprе ressaltar que Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 26-27), ao ensejo da análise da concepção de Lassalle, identifica que se filia ao pensamento essencialista, que considera que as coisas são tal como são em idéia, em caráter imutável, ao contrário do

---

<sup>144</sup> Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 25-27) expõe que, para ele, o pensamento de Lassalle filia-se



pensamento existencial.

Em contrapartida e em resposta à Lassalle, proveio o desenvolvimento teórico de Konrad Hesse (1991, p. 10) em intensa defesa da força normativa da constituição, reconhecendo que a história constitucional realmente transporta a lição de que o “[...] poder da força afigura-se sempre superior à força as normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática.” Só que, como atenta Hesse<sup>145</sup>, a adoção dessa concepção importaria na negação da própria existência do direito constitucional, contra o que se opõe ao defender a capacidade da constituição atuar sobre a realidade, atribuindo-lhe força normativa.

Para tanto, Hesse (1991, p. 13-15) tenta rejeitar as concepções monistas, que dão prevalência absoluta quer ao elemento normativo, quer ao fático, ressaltando a necessidade de encontrar “[...] um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento de realidade, de outro.”

Destaca que a constituição porta uma a pretensão de eficácia, compreendida diante das condições fáticas e históricas que demarcam o contexto a que se dirige a sua ordenação, numa relação de interdependência. As condições e limitações fáticas para a pretensão de eficácia, oriundas da realidade, abrangem os elementos naturais, técnicos, econômicos e sociais, como também os valores e as concepções que permeiam a comunidade política<sup>146-147</sup>, sem o que não se conseguirá sequer perceber as possibilidades de realização da norma constitucional. E justamente em virtude da pretensão de eficácia que “[...] a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”, havendo uma relação de recíproca alimentação e influência na medida em que, se a constituição é parcialmente determinada pela realidade, ela própria tem força determinante, não sendo pertinente conferir preponderância apenas à norma ou apenas ao fato, nem separar ou confundir a força condicionante da realidade e a capacidade ordenadora da constituição (o ser e o dever-ser).

Para Hesse, portanto, a força normativa da constituição resulta da realização da pretensão de eficácia, remetendo à apreciação das possibilidades e dos limites da realização

---

<sup>145</sup> Desse modo, considera Hesse (1991, p. 11) que “Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela política”

<sup>146</sup> Ou seja, em outros termos, a idéia de direito que pertence ao povo e que, como tal, influencia na autoridade e na capacidade de conformação das normas constitucionais.

<sup>147</sup> Saliente-se, como adiante se mostrará, que tais fatores, aparentemente extrajurídicos, em verdade, integram-se ao processo de interpretação do texto e concretização da norma na medida em que respeitantes ao âmbito da norma, como reconhece Friedrich Muller (1993, p. 293).

da constituição no âmbito do contexto fático-político que lhe concerne.

A partir daí, procede à reflexão acerca dos elementos que condicionam a sua força normativa, sendo um deles a relativa pertinência com a natureza singular do presente, ou seja, a compatibilidade da constituição com o contexto histórico-cultural existente, trazendo uma interação com fatores políticos, sociais, econômicos, dentre outros,

Outro condicionamento fundamental para a existência de força normativa da Constituição é o que Hesse (1991, p. 19-20) denomina de vontade de constituição, que apresenta três pressupostos, quais sejam: a) que exista a percepção da necessidade e do valor de uma ordem normativa superior que resguarde a comunidade política do arbítrio, b) bem como da compreensão de que a ordem constitucional não se legitima apenas pela sua conformidade aos fatos, estando em constante processo de legitimação e, ainda, c) na constatação de que, não se tratando de uma lei natural, não se traduz em realidade, não obtém eficácia, sem que haja a adesão e o concurso da vontade humana.

Logo, a força normativa depende da compreensão do valor e importância da constituição como limite ao arbítrio, da identificação de que se constitui num processo de legitimação contínuo e relativamente independente da conformidade com os fatos e, por fim, da dimensão prática da constituição enquanto resultante da ação humana e voluntária, destacando Hesse que não se está entregue apenas às forças inelutáveis dos processos históricos, sujeitando-se parcialmente à direção e orientação, como expressão da existência humana. Com efeito, a constituição transforma a sua pretensão de eficácia em força ativa se as tarefas que impõe forem devidamente cumpridas pelos seus destinatários, o que exige a disposição voluntária de que seja realizada, independentemente de qualquer reserva ou interesse individual, exigindo-se que, para tanto, haja a internalização pela comunidade política e, principalmente pelos detentores do poder, não apenas da vontade de poder, mas da própria vontade de constituição.

O cotejo dos dois entendimentos tem de ser situado dentro do contexto histórico em que foram desenvolvidos, não havendo, em verdade, uma relação de oposição entre ambos, mas antes de complementariedade.

À época de Lassalle era aquela outrora denominada de constitucionalismo sem constituição, em que não havia qualquer meio de garantia do texto constitucional, havendo a supremacia do legislador que gozava das características que vieram a compor o dogma mítico do legislador racional. Da mesma forma, o sufrágio ainda não era universal, de modo que a constituição estava submetida à *interpositio legislatoris* e o parlamento era dominado, em sua maioria, por membros da burguesia.

Assim, a força ativa que dava ordenação às coisas e fazia com que elas fossem exatamente como eram resultava da interação dos vários segmentos expressivos de algum poder ou de algum acesso institucional ao poder, que deveria se traduzir na constituição jurídica; em não sendo possível, pouco valeria a constituição se os fatores reais deliberassem dela se distanciar, até porque, reitere-se, não havia qualquer forma de controle.

De outra parte, como exposto, as normas constitucionais eram menos jurídicas do que exortações políticas ou cartas de intenção. Embora se reconheça que as constituições já não poderiam ser contrariadas pelas leis, essa concepção era derivada do caráter fundamental proveniente da fundamentação filosófica da constituição, ainda influenciada pelas teorias contratualistas e pelo pensamento kantiano.

Ademais, a própria história constitucional analisada por Lassalle (1998, p. 50-51) demonstrava que o soberano, ou aquele que se firmasse dentre os fatores reais de poder, ou a ignorava ou a modificava constantemente, transformando-a ao seu bel-prazer, exemplificando com a Constituição prussiana, cheia de buracos e em frangalhos.

Tais condições justificam que Lassalle repute a constituição como força ativa que ordena a realidade como ela é, impedindo-a de ser de outro modo; entretanto, em se percebendo atentamente, ao defender que a força ativa deveria se materializar na constituição escrita, está certamente chamando a atenção para que não basta a obtenção e consagração de anseios e expectativas formais no texto se, na interação das relações de poder, não houver as condições de conter qualquer outro que busque se prevalecer dentre os fatores reais.

Assim, indica que a constituição escrita deve representar a real e efetiva, e esta deve ser fundada na preocupação da afirmação de uma interação entre os fatores reais que se mantenha estável, condição em que a constituição escrita será estável e conformará a sociedade.

Em outros termos, corresponde à compreensão realista de que a mera adesão de palavras a um texto, ainda que solene, pouco valerá se não houver corroboração e adesão numa consistência social decorrente da realidade subjacente, de modo que a efetividade da constituição depende menos dela do que das relações de poder que se estabelecem.

Sob essa perspectiva, as concepções de Lassalle e Hesse não se distanciam tanto, posto que também para a efetivação da pretensão de eficácia de que resulta a força normativa é imprescindível um embasamento na natureza singular do presente, no que, de fato, não se reduz aos meros fatores reais.

De outra parte, a prevalência da vontade de constituição sobre a vontade de poder, usualmente existente nos contextos retratados por Lassalle, não depende do texto

constitucional, como já aludido, sendo mais referida à comunidade em que fora promulgado, que deve se auto-representar na Constituição; entretanto, tal circunstância não leva a que se menospreze a relevância jurídica do texto constitucional, eis que, como aludido, se não é suficiente para promover a construção do futuro e garantir a sua própria efetividade, é imprescindível no âmbito do processo de racionalização e contenção do poder, com a juridicização constitucional da política, promovida pelas Constituições dirigentes.

Ora, diversamente de Lassalle, Hesse concebe a possibilidade de que a vontade de constituição se afirma sobre a vontade de poder, mas ambos salientam que a constituição deve guardar compatibilidade com a natureza singular do presente, ou com o contexto das relações políticas; enquanto Lassalle reduz a natureza singular do presente às relações de poder firmadas entre os fatores reais, Hesse lhe confere uma maior abertura e amplitude.

De qualquer sorte, no que respeita à efetividade, a conclusão que se extrai de ambos é que não basta a mera preocupação com o texto constitucional, sendo imprescindível também que seja internalizado e desenvolvido o valor de emprestar-se efetividade ao texto constitucional, dando-lhe concretude, valor esse que decorre da circunstância de nele estar representada a própria comunidade, que se constitui em seu abalizado intérprete, direcionando a fonte de luz para abrir uma clareira nas possibilidades do futuro. O mérito indiscutível de Hesse é suscitar a pretensão de eficácia da constituição, com a sua força de transformar a realidade, o que não fora percebido por Lassalle.

Nesse passo, invoca-se Lucas Verdú (1998, p. 143) para reconhecer que não é suficiente ter uma constituição, sendo imprescindível estar na própria constituição, sem o que tê-la se converterá em mera retórica.

E a preocupação com a efetividade da constituição remete ao que Loewenstein (1979, p. 200) denomina sentimento constitucional, consubstanciado na consciência da comunidade, matizada por variados e plurais aspectos, pela qual integra os detentores e os destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória.

A questão da efetividade da constituição foi tão cara a Loewenstein (1979, p. 216-222) que desenvolveu uma tipologia classificatória voltada para a dimensão ontológica da constituição, aferida pela relação firmada com a realidade circundante, havendo as constituições normativas, as nominais e as semânticas.

As normativas são aquelas que logram determinar o processo político que, em face delas, não se rebela ou intenta alterá-las ou frustrá-las, sendo vivenciada pelos detentores do poder e pelos seus destinatários, havendo uma verdadeira simbiose para com a comunidade. Metaforicamente, seria como uma roupa que cai bem e foi feita sob medida.

As nominais são aquelas que são muito avançadas para a sua época, resultando de uma decisão política prematura porque o contexto social não comporta a natureza das imposições previstas, que se revelam incompatíveis com a prática do processo político; em outros termos, poder-se-ia considerar que ela não se conforma com a natureza singular do presente, recordando a Hesse, pois “[...] los presupuestos sociales e económicos existentes [...] en el momento actual operan contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigências del proceso del poder.” Não obstante isso, encerra uma função pedagógica, tendendo num futuro ainda distante a converter-se em semântica. Seria como uma roupa que é comprada antes do corpo estar apto para utilizá-la.

A constituição semântica, por sua vez, vem apenas a formalizar uma situação dada de poder arbitrário e autoritário, não em favor do povo e em reconhecimento da sua dimensão constituinte, mas em favor do próprio poder. Em sentido figurado, não se trata de uma roupa, mas de um disfarce.

Para Loewenstein (1957, p. 151) a grande maioria dos Estados Latino-americanos possui constituições nominais, exemplificando com o Brasil na vigência da Constituição de 1946; hodiernamente, contudo, não se aderir ao entendimento, caso persistisse, de ser a Constituição vigente meramente nominal.

Em verdade, a Constituição brasileira de 1988, pela sua feição normativa, tem toda a aptidão para traduzir-se em realidade, cabendo o encurtamento do caminho conducente a sua própria normatividade. Ao que parece, Loewenstein não abriga a perspectiva de uma constituição que tenha a sua normatividade num processo de construção contínua, como a brasileira atualmente vigente. Enquadrá-la dentre as nominais importaria no reconhecimento da sua incompatibilidade com a natureza singular do presente, o que efetivamente não ocorre, pois, ao invés de ser prematura, ela é mais do que tempestiva – até mesmo tardia –, sendo inexorável que abrigue os direitos fundamentais, as tarefas e os objetivos do Estado que resultam de uma projeção comunitária acerca do porvir.

Essas reflexões também foram ponderadas por Raymundo Faoro (2007, p. 172-174), que introduziu o pensamento de Lassalle em diálogo com Loewenstein, concluindo por ser a constituição “[...] a suprema força política do país, nas suas normas e valores” (FAORO, 2007, 178), do que se depreende tanto a constitucionalização da política, como a politização da justiça, consoante será exposto oportunamente.

A questão da relação entre a realidade e a norma também foi objeto das reflexões de Jellinek (2000, p. 334-336), que ressalta a necessidade de se ter em consideração a força normativa dos fatos para a devida compreensão da ordem jurídica, pois o que é real encerra

uma tendência psicológica em converter-se em obrigatório, procedendo a uma distinção entre o que denomina de constituição viva e constituição escrita e afirmando que as relações reais detêm uma força normativa própria. O caminho trilhado por Jellinek é contrário ao que se vem analisando, pois envereda sobre a possibilidade de uma situação real e fática, pela sua consistência e normalidade – de que provém o que reputa como força normativa dos fatos – se transformar em norma jurídica.

A apreciação do posicionamento firmado pelas mais variadas doutrinas e concepções acerca da constituição e da sua força normativa confirma a preocupação manifestada no caminho perfilhado, consistente na relevância da questão da efetividade para a própria vivência constitucional de uma comunidade.

Voltando-se à limitação do exercício do poder, em suas múltiplas manifestações, desde que coloque em risco a pessoa humana, como também à consagração de direitos fundamentais, a imposição da Constituição sobre as forças políticas econômicas desafia a própria consistência do constitucionalismo, encontrando usualmente novos obstáculos, cuja superação não depende apenas de sua ‘bondade’, mas da operatividade que logra ensejar no âmbito da comunidade de que provém.

Na medida que as constituições adotam normas e princípios que importam na transformação da realidade para o atendimento de determinados fins, como as dirigentes de caráter programático, a sua efetividade é colocada ainda mais sob pressão do que se estivesse referida apenas à manutenção do *status quo*.

Em razão disso, Konrad Hesse (1998, p. 47) corrobora o quanto exposto ao salientar que a realização da constituição não se dá por si mesma, envolvendo a indagação relativa a “[...] até que ponto a Constituição de fato motiva e determina conduta humana, até que ponto, portanto, suas normas ‘valem’ não só hipoteticamente, mas realmente. Tal validade real a Constituição ainda não obtém por ela ser dada”.

Em se perpassado a história do constitucionalismo, e reavivando de passagem a evolução outrora delineada, tem-se que as constituições do Estado de Direito Liberal não obtinham efetividade senão no que fosse atinente com as expectativas e os interesses da burguesia, seja pela ausência de um controle de constitucionalidade eficiente, firme e consolidado, seja por ser a classe que ocupava os parlamentos, valendo-se do prestígio mítico do dogma do legislador racional. Ademais, as normas constitucionais eram tidas como não vinculantes, expressando os princípios e direitos oriundos do jusnaturalismo, necessitando um desenvolvimento legislativo ulterior; com o positivismo jurídico, a situação não altera muito o seu quadro.

Apenas com o pós-guerra, com a reiterada ressalva da experiência americana – que se estendeu para a América Latina, mas sem haver o seu enraizamento – é que as constituições passam a obter uma via institucional de garantia por elas mesmas constituídas, dando ensejo ao surgimento da jurisdição constitucional.

Estava se assegurando as condições jurídicas de efetividade constitucional da vinculação negativa do texto constitucional, ou seja, a capacidade de se extirpar do sistema normas jurídicas que colidissem, material ou formalmente, com o texto constitucional, donde provém a sua supremacia, assujeitando o legislador e retirando-lhe a condição de poder soberano<sup>148</sup>; todavia, subsistiam, mesmo a partir do pós-guerra, quatro questões que, dentre outras, eram e são de grande relevo para a efetividade constitucional, para que as promessas e os programas logrem traduzir-se em realidade.

A primeira consiste na preservação da concepção de que existiria uma parte da constituição cuja própria eficácia jurídica ficaria condicionada ao desenvolvimento legislativo ulterior, consistente nas normas de conteúdo social, sejam pertinentes aos direitos sociais, sejam respeitantes às programáticas.

A segunda questão se relaciona com a primeira, posto que, em se admitindo a ausência de eficácia jurídica enquanto não houver a legislação que é *conditio sine qua non* para a operatividade dos aludidos preceitos constitucionais, como se poderia de qualquer forma promover a edição da disciplina legal faltante, o que remete à reflexão acerca do desenvolvimento da já conturbada relação entre constituição e legislador. Mesmo quando se passou a reconhecer alguma eficácia jurídica aos direitos sociais<sup>149</sup> e às normas programáticas, persistiria o problema da ausência da lei ulterior disciplinadora, esvaziando a força normativa da constituição.

Nesse quadrante, o aprofundamento da reflexão, notadamente pelas contribuições do dirigismo, acerca das normas programáticas, levou à afirmação de uma eficácia vinculante

---

<sup>148</sup> Nesse ensejo, registre-se a significativa passagem de Hans Kelsen (2003, p. 151), observando que se “[...] se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo.”

<sup>149</sup> Embora se venha mais adiante a detalhar a concepção acerca dos direitos sociais e das normas programáticas, destaca-se, de logo, que, segundo se concebe, nem todos os direitos sociais decorrem de normas programáticas, pois podem apenas necessitar de uma legislação ulterior que os discipline, o que não se confunde com as exigências normativas de uma norma programática, que fixa um programa de ação para o poder público visando ao atendimento de determinados objetivos e finalidades constitucionalmente relevantes. Como se demonstrará, todos os direitos fundamentais, por se apresentarem como mandados de otimização (ALEXY, 2001, p. 86), encerram um caráter programático interno, reconhecendo que Alexy (2001, p. 135-138), em verdade, tende a atribuir aos direitos fundamentais um caráter duplo, apresentando-se tanto como princípio, quanto como regra.

também positivamente, e não apenas negativamente, construindo-se a noção de omissão inconstitucional. Entretanto, ainda assim padecia o problema de como combater a omissão inconstitucional diante das limitações assinaladas à jurisdição constitucional, que só poderia atuar, segundo lição assaz conhecida de Hans Kelsen (2003, p. 263), usualmente adotada, como legislador negativo.

A terceira questão importa na repercussão das normas programáticas e dos direitos sociais sobre as políticas públicas, encerrando, igualmente, o aprofundamento da reflexão acerca das relações entre Constituição e legislador. Não se restringindo à questão da omissão, a direção dada pelas normas programáticas deve se refletir nas políticas públicas, o que demanda uma avaliação da justiciabilidade delas próprias, além da possibilidade material de realização constitucional mediante tais políticas, dirigidas positivamente, conforme o dirigismo constitucional brasileiro, para a transformação da realidade. Esse desafio, todavia, não pode conduzir a excessos decorrentes da falta de percepção de que a efetividade constitucional só pode ser construída a partir da natureza singular do presente, ou, como também considera Hesse (1998, p. 49) em outra oportunidade, ao ressaltar que “Sob o aspecto das condições de realização do Direito Constitucional, Constituição e ‘realidade’, portanto, não podem ser isoladas uma da outra.”

A quarta questão, por sua vez, leva a um dado mais cultural do que propriamente jurídico, consistindo na existência da vontade de Constituição referida por Hesse, ou do sentimento constitucional exigido por Loewenstein, ou, ainda, de que não apenas se tenha, mas se esteja numa constituição, conforme doutrina de Pablo Lucas Verdú. Embora não possa a própria constituição assegurar-se dessa condição de efetividade e amplo desenvolvimento das normas constitucionais, é nesse âmbito que sobreleva o caráter meta-garantista da ciência jurídica no sentido de buscar a afirmação institucional da vontade de constituição.

E essa função normativa da ciência jurídica, no que respeita às constituições dirigentes, principalmente à brasileira, em que estão depositadas as projeções de futuro da comunidade mediante subjacentes ou inerentes às normas programáticas, torna-se premente para sustentar as dimensões de resistência e de utopia que resultam da interação entre o dirigismo e o Estado Democrático de Direito, impedindo o ocaso da programaticidade da Constituição brasileira de 1988 e de suas utopias jurídicas, atentando-se à advertência feita ainda no imediato pós-guerra por Werner Käge (2005, p. 73), conforme colação abaixo, *in verbis*:

Cada vez con mayor énfasis, se afirma la primacía de la ‘realidad’, de lo



‘existencial’, de la ‘práctica’, de la ‘acción’ como opuestas al ‘instrumento constitucional de mero papel’, al ‘trozo de papel’, a la ‘ley rígida’, a la ‘letra muerta’. Siempre se invoca la razón de Estado para imponerse sobre tal o cual norma jurídica, cuyo cumplimiento amenaza la existencia del Estado. Por el contrario, cuando se acentúa el Derecho, la constitucionalidad y la legalidad, se intenta siempre refutar estas respuestas calificándolas de ‘utopistas’, ‘doctrinarias’, ‘teóricas’, o cosas análogas.

Essas quatro questões que desafiam a força normativa da Constituição brasileira e a efetividade dos direitos e dos programas constitucionais<sup>150</sup> – relativos à natureza jurídica e à eficácia das normas programáticas, às omissões inconstitucionais, à constitucionalização da política e ao controle das políticas públicas (judicialização), e ao sentimento constitucional –, são objeto constante de reflexão pela doutrina pátria, seguindo a exortação de Bobbio (1992, p. 25) de que o grande problema da contemporaneidade continua a ser não tanto o da fundamentação, mas o das condições de garantias de efetividade dos direitos humanos que, constitucionalizados, materializam-se como direitos fundamentais.

Assim, destacam-se as reflexões doutrinárias acerca das normas programáticas, desenvolvidas por vários constitucionalistas pátrios, que serão a seguir abordadas, passando pela afirmação do princípio da máxima efetividade da Constituição, proveniente de Hesse (1998, p. 68).

A relevância desse princípio de interpretação constitucional é bem fincada por Manoel Jorge e Silva Neto (1999, p. 18), apontando-o como “[...] um judicioso aviso do dever de concretização imposto ao intérprete”, além de “[...] acenar para o intérprete soluções que extraiam o máximo em termos de operatividade do preceito constitucional”.

Também integra a defesa da efetividade dos programas e direções constitucionais Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 256) ao conferir-lhe a condição de um direito fundamental, “[...] acionável e exigível judicialmente como os demais, que impõe ao Estado e ao particular porventura obrigado um *dever jurídico* de prestar algo, positiva ou negativamente<sup>151</sup>”, apresentando uma dupla dimensão: subjetiva, pela qual se dá a investidura do indivíduo na pretensão de exigir a satisfação da situação de vantagem proveniente do direito fundamental, ainda que inexistente a *interpositio legislatoris*, e objetiva, pela qual “[...] ele irradia uma *eficácia dirigente*, impondo ao Estado o dever jurídico permanente de concretizar e realizar

---

<sup>150</sup> Em linha paralela aos obstáculos suscitados, Paulo Gomes Pimentel Júnior (2003, p. 58) atribuiu a falta de efetividade da constituição ao desinteresse político, à não observância do princípio da máxima efetividade, à ignorância dos direitos e a subutilização da dogmática constitucional. Desses, todos se reconduzem, imediata ou mediatamente, aos quatro problemas delineados.

<sup>151</sup> Destaques no original.

todas as normas constitucionais.<sup>152,</sup>

A reflexão hermenêutica de Lenio Luiz Streck (2002, p. 85) revela a preocupação em fazer com que a Constituição brasileira venha a fala e constitua o novo, tratando o problema da carência de direitos pela sociedade e o contraponto de estarem assegurados pelo texto constitucional.

Em verdade, o movimento pela efetividade da Constituição brasileira de 1988 bem denota o caráter normativo da doutrina, que não se demite da responsabilidade de ensejar a construção das condições de eficácia das normas programáticas, de indicar as possibilidades de superação das lacunas propiciadas pela omissão legislativa, de identificar a interação entre os programas constitucionais e as políticas, e, finalmente, de apontar a necessidade de revitalização do sentimento constitucional pela promoção da capacidade da auto-representação da comunidade política no texto constitucional, como pertencentes a ela e como responsáveis pela sua interpretação, numa abertura inclusive e emancipatória.

E a esse movimento adere o presente estudo, firme na convicção de que o dirigismo constitucional brasileiro não morreu (CANOTILHO, 2001a, p. 29), na esteira de Lenio Streck (2002, p. 106-126), Eros Roberto Grau (2004, p. 323), Gilberto Bercovici (2003a, p. 75-78) e Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 62) e que, ao invés de réquiem, merece uma ode (CALMON DANTAS, 2005, p. 51-61).

Ressalte-se que o drama da frustração das promessas constitucionais, decorrente da discrepância entre o texto e o contexto, repercutiu na própria estrutura normativa da Constituição de 1988 que, atentando para a experiência portuguesa, buscou a instituição de uma disposição de auto-eficácia com o desiderato de afirmar a plena e integral eficácia jurídica de todas as suas normas, independentemente da *interpositio legislatoris*, com a previsão do art. 5º, §1º, como de remédios contra a omissão inconstitucional ao consagrar o mandado de injunção no art. 5º, inciso LXXI, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em seu art. 103, §2º, de fora parte a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que também pode se voltar contra a omissão que importe em descumprimento de preceito fundamental, mesmo que não seja de natureza normativa.

E é aderindo ao movimento de efetivação do texto constitucional pela defesa de uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto pátrios que se ratifica a pena de Paulo Bonavides (2001, p. 31) ao convocar a todos para a

---

<sup>152</sup> Destaques no original.

tarefa destinada a “[...] manter os direitos sociais na teoria e concretizá-los, a seguir, com mais amplitude na práxis, onde o neoliberalismo já os salteou com golpes mortais desferidos sem piedade.”

Ademais, na medida em que direito é um conceito interpretativo, há de se concordar com Dworkin (1999b, p. 492), para quem o império do direito se afirma pela atitude. Uma atitude interpretativa e auto-reflexiva. Como tal, é teoria e práxis vivenciadas conjuntamente. Uma atitude contestadora que busca uma interação entre os compromissos públicos e os princípios morais de acordo com as circunstâncias existentes, que é responsabilidade comunitária. Assim, é uma atitude dirigida à política, em seu sentido mais amplo, como direção da vida comunitária. É também uma atitude construtiva, buscando superpor o princípio à prática, sujeitar ao projeto a pragmática em direção a um mundo melhor. Além disso,

É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: [para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.

E a atitude interpretativa e teórico-reflexiva, orientada pela razão prática mediante a hermenêutica filosófica, tem operatividade para afirmar o dirigismo constitucional brasileiro, contestador, construtivo e fraternal. Contestador do *status quo*, da exclusão social, da concentração de riqueza, do abuso de poder econômico, da inércia e da anomia das instâncias político-decisórias; construtivo de um projeto de construção do futuro matizada pelas utopias jurídicas voltadas à dignidade existencial e ao máximo vital, como expressão da auto-representação solidária e compartilhadas dos objetivos comunitários.

Nesse contexto de defesa da efetividade das constituições que se delineia o amadurecimento de um processo cujo início remonta ao pós-guerra e que se concretiza na atualidade como neoconstitucionalismo, em que se concebe a normatividade suprema do texto constitucional, inclusive e principalmente dos princípios constitucionais, cuja irradiação invade vários âmbitos do direito, como também da política, com a garantia efetiva da jurisdição constitucional. O neoconstitucionalismo, então, pode ser visto como mais um reforço ao dirigismo, necessário para manter e reavivar os conteúdos materiais que integram a noção de Estado de Direito na contemporaneidade, consubstanciando-se no Estado Democrático de Direito.

Além dos já aludidos obstáculos à efetividade, como já mencionado, o dirigismo

encontra-se sob pressão em virtude das desconfianças acerca da reputada ruptura dos paradigmas da modernidade, em que se embasava, e a sua incompatibilidade com os da pós-modernidade, mais propícios à racionalidade econômica neoliberal e globalizada, maximizada pelo capitalismo financeiro.

A diminuição da relação espaço-tempo, com a perda da referência do porvir, apta a impedir o planejamento pelo devir, com a vivência do instante e a fugacidade de um futuro maleável e líquido, desafia, igualmente, o dirigismo constitucional.

Diante disso, postas as questões do passado, do presente e antevistas algumas que projetivamente colocam sob pressão o dirigismo e desafiam a sua capacidade de resistência e de projeção de utopias jurídicas, faz-se mister adentrar na análise da estrutura normativa das constituições que se revestem da feição dirigente, analisando a evolução doutrinária em derredor das normas programáticas que, desde a negativa da sua juridicidade, passam hodiernamente a ser juridicamente eficazes de forma ampla, repercutindo, ademais, na própria compostura político-institucional do direito, como observa Norberto Bobbio (2007, p. 71) ao perceber a superação da concepção estrutural do direito pela funcional-finalística, em que se destaca o caráter promocional do direito quanto à realização de determinados fins previstos pela ordem jurídica ao Estado.

Logo, trata-se da primeira questão atinente à efetividade, enquanto as outras serão abordadas oportunamente segundo o desenvolvimento do dirigismo constitucional adequado, que implicará da sua defesa em face dos riscos do presente e do futuro, como exposto.

#### 4.2 AS NORMAS PROGRAMÁTICAS NO DIRIGISMO: DA AUSÊNCIA DE JURIDICIDADE ATÉ A VINCULAÇÃO DIRIGENTE

A nota típica das constituições que fixam objetivos e tarefas para o Estado quanto ao contexto social e econômico, como também no respeitante aos direitos fundamentais em geral, especialmente aos direitos sociais, é a feição programática. Como tal, elas surgem quando se modifica a concepção político-institucional do Estado, que deixa a sua posição relativamente absentéista própria do liberalismo e assume a função de dirigir a atividade econômica e atuar sobre os efeitos da Questão Social; tem-se o Estado Social, conjuntamente com as normas programáticas. A função de transformar o Estado, tornando-o social, no

âmbito da estrutura normativa dos textos constitucionais do período, foi desempenhada pelos direitos sociais e pelas normas programáticas, sendo que muitos desses direitos eram veículos por essa tipologia normativa. Ademais, ambos expressam a solidariedade social, que vem a fundamentar os direitos sociais e as finalidades constitucionais do Estado voltadas à proteção, à garantia, à promoção e à satisfação dos direitos fundamentais.

Assim, admite-se que não apenas determinadas normas constitucionais sejam programáticas, sendo essa uma característica do próprio Estado Social por elas conformado e informado, como se depreende da atenta passagem de Norberto Bobbio (2007, p. 71), abaixo transcrita, *in verbis*:

O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático.

Desse modo, o Estado programático para Bobbio, que se afigura mais propriamente como o Estado Social, é pautado por normas programáticas, cuja inserção na estrutura dos textos constitucionais se deu explicitamente na Constituição mexicana de 1917, apesar de, conforme explicitado, ser possível identificar mesmo nos direitos de primeira dimensão, constantes nas declarações de direitos do constitucionalismo liberal, em especial a francesa de 1789, certo caráter projetivo, importando na incumbência do Estado não apenas de conservá-los, mas de protegê-los, no que consistia a sua finalidade existencial.

Para se compreender o longo percurso travado pelas normas constitucionais programáticas até lograrem o reconhecimento da sua autônoma operatividade, impõe-se voltar a um ponto anterior, justamente quando surge a reflexão acerca da natureza das normas constitucionais em si mesmas, no que respeita à eficácia jurídica para, então, com o advento do constitucionalismo social, investigar especificamente as modificações resultantes da introdução de programas finalísticos nos textos constitucionais.

E a origem relevante das concepções em derredor da eficácia das normas constitucionais remonta a Thomas Cooley, cuja doutrina foi introduzida no Brasil por Ruy Barbosa, como se verifica em seqüência.

#### **4.2.1 A eficácia das normas constitucionais antes do advento das normas programáticas**

A *priori*, cumpre esclarecer que se está tratando, ao mencionar normas programáticas como ainda não existentes até o Estado Social, daquelas cuja expressão constitucional as identifica como explicitamente programáticas, conforme o seu enunciado normativo, eis que, consoante será exposto, concebe-se que os direitos fundamentais encerram, nos quadrantes do neoconstitucionalismo, um caráter programático.

A primeira reflexão acerca da eficácia das normas constitucionais no sentido de estabelecer uma tipologia provém do constitucionalismo americano, sendo bem exposta por Thomas Cooley (1999, p. 74-75), considerando inicialmente as normas constitucionais como *mandatory provisions* e *directory provisions*, ou, em vernáculo, disposições mandatórias e disposições diretórias.

As diretórias importavam em indicar direções que deveriam ser seguidas pelos poderes públicos; entretanto, não conseguiam efetivamente impor limitações, pois a sua força residia no assentimento em seguir as diretórias apenas e tão-somente; já as mandatórias, ao contrário, poderiam acarretar a nulidade da lei que dela se distanciasse. Cooley indica um critério relativamente pertinente para distinguir as disposições mandatórias das diretórias, consistente na verificação da existência de expressões negativas, que denotem a necessidade de um ato ser praticado de uma forma, e não de qualquer outra maneira. Tal enunciação é muito conclusiva quanto ao objetivo de impor limites ao legislador. Não obstante isso, a distinção é meramente relativa porque a ausência de expressões que impliquem proibição não leva a se concluir que seja o respectivo dispositivo de caráter diretório.

O próprio Cooley (1999, p. 78-79) diverge do entendimento de que as disposições diretórias não limitariam o legislador, advertindo dos riscos dos tribunais recorrerem à distinção entre mandatórias e diretórias, eis que as constituições devem sempre ser concebidas à luz das limitações ao exercício do poder. Com efeito, não se deve esperar encontrar no texto constitucional disposições sobre as quais o povo não as repute como da maior relevância, devendo os órgãos a que se dirigem se adequarem aos valores respectivos.

Registra, ainda, (COOLEY, 1999, p. 150) que a possibilidade de uma determinada disposição constitucional ser tida como diretória leva o legislativo a vê-la mais como uma obrigação moral, facilitando o seu descumprimento, pois “To say that a provision is directory

seems, with many persons, to be equivalent to saying that is not law at all”<sup>153</sup>, do que se evidenciam as origens de uma tendência que perpassa todo o constitucionalismo, consistente na rejeição do caráter jurídico de determinado tipo de normas constitucionais, que não estão suficientemente vazadas textualmente para consubstanciar, por si só, um dever, uma proibição.

Embora não aderisse a essa bipartição jurídica da Constituição, seguiu-se a posterior associação por Cooley (2002, p. 215) entre as disposições diretórias e as mandatórias, como normas *self-executing* e *not self-executing*, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Uma disposição constitucional é, às vezes, por si mesma uma lei completa, apta para a consecução do fim a que se propõe, e outras vezes não faz senão declarar um princípio que permanece adormecido até que a legislação venha dar-lhe efeito. No primeiro caso se diz que a disposição de que se fala é daquelas que se cumprem por si próprias.

Efetivamente, tem-se a expressão no constitucionalismo americano do que, em França, significava a já referida doutrina da regulamentação das liberdades, que só produziam efeitos e eram juridicamente reconhecidas, na primeira fase do Estado de Direito Liberal, quando disciplinadas por lei. No caso americano, têm-se as disposições diretórias que não são auto-executáveis até que a lei as discipline, sendo possível que não o faça e ainda que haja legislação contrária à diretriz fixada pelo texto constitucional, na medida em que também não lhes era reconhecido valor jurídico enquanto não traduzida em preceitos normativos infralegais, com a exceção das normas proibitivas, cuja forma de enunciação, por ser bastante simples, era suficiente por si só, dispensando qualquer disciplina ulterior.

Essa concepção baseia-se, de certa forma, numa especial deferência ao legislador, a despeito de já estar sujeito ao controle de constitucionalidade, pois estaria vedado ao juiz fazer impor a norma do preceito diretório sobre o legislador.

Atente-se, porém, que a fragilidade normativa da Constituição quanto à existência de normas destituídas de força obrigatória, de imperatividade – e que, conseqüentemente, prejudicam o juízo inquebrantável de supremacia da constituição, revelando-o não tão inquebrantável assim – não é própria do constitucionalismo americano, pois ainda se está no período em que não havia controle de constitucionalidade consolidado através de uma

---

<sup>153</sup> Em tradução livre, “Dizer que um dispositivo é diretório parece, para muitos, o equivalente a dizer que ele não é integralmente jurídica.”

jurisdição constitucional, como também prevalecia a já indicada doutrina de regulamentação das liberdades em França e nos Estados que sofreram a sua influência.

Apenas com a proximidade do Estado Social é que se reconhece às liberdades eficácia jurídica independentemente da *interpositio legislatoris*, até porque vão ser restringidas inicialmente a uma concepção meramente negativa, impositiva de proibições ao poder público; todavia, passam os direitos sociais e as normas que assinalam fins e tarefas para o Estado a merecer o descabido entendimento de que se condicionam ao advento de lei que desenvolva as respectivas disciplinas jurídicas.

A doutrina da tipologia das disposições constitucionais segundo o critério da aptidão para produção de efeitos jurídicos foi trazida para o Brasil por Ruy Barbosa a partir do estudo empreendido sobre a doutrina e a jurisprudência norte-americana.

Ao proferir parecer objeto de consulta acerca de litígio envolvendo os limites interestaduais entre os Estados de Paraná e Santa Catarina, Ruy Barbosa (1915, p. 159) insere as noções de normas *self-executing* e *not self-executing*, que converteu ao vernáculo como normas auto-executáveis e normas não auto-executáveis, fazendo-o nos termos abaixo transcritos, *in verbis*:

Nos arestos e tratados americanos é vulgar e inconcussa a noção de que, ao passo que muitas disposições constitucionais, mas não as disposições constitucionais em sua maioria, são, digamos assim, *auto-executáveis*, isto é, se executam de si mesmas, se executam imediatamente, se executam independentemente de qualquer desenvolvimento legislativo (*self-executing, self-enforcing, self-acting, self-operating dispositions*), outras, primeiro que venham a entrar em ação, demandam a interferência do legislador, para se revestirem da forma prática e terem, nos preceitos que ele ditar, um diretório geral, uniforme e permanente aos seus executores.

Reconhece o constitucionalista baiano (BARBOSA, 1915, p. 157) que a existência de normas destituídas de auto-executoriedade decorre do próprio caráter das constituições, que não se confundem com os códigos e, apesar de virem sendo cada vez mais analíticas, jamais poderão encerrar toda a disciplina das matérias sobre as quais dispõem, sob pena de total descaracterização funcional, devendo, portanto, cingir-se a prever “[...] largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o *abstractum* de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço”, cabendo ao legislador, pela via ordinária, a adequada disciplina de forma mais minuciosa.

As auto-executáveis, por sua vez, para Ruy Barbosa (1915, p. 169-170) não dependeriam de qualquer providência, independentemente da natureza, para serem passíveis



de pronto cumprimento e da devida operatividade; entretanto, percebe que a existência de normas não auto-executáveis não pode comprometer a imperatividade do texto constitucional, que não está vazado em fórmulas de conselhos ou exortações, em lição cuja profundidade expressa o compromisso empenhado pelo valor da Constituição brasileira e que, por isso, segue abaixo, *in verbis*:

Não há, numa constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso têm de aguardar que a legislatura, segundo os seus critérios, os habilite a se exercerem.

Infere-se que, tanto pela concepção de Cooley como pela sua tradução por Ruy Barbosa, já se estabelecia uma relação de tensão entre a Constituição e o legislador, aderindo os aludidos constitucionalistas à defesa da operatividade integral das cláusulas constitucionais, mas ficando, concomitantemente, enredados na constatação prática de que havia a necessidade do desenvolvimento legislativo ulterior de determinados preceitos constitucionais, sem o que não lograriam efeitos jurídicos e executoriedade, o que se incompatibilizaria com a condição de ser integrante do texto constitucional e, como tal, merecer o mesmo relevo normativo.

Ademais, como salienta Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 124-126) quando Cooley e Ruy Barbosa, cada um a seu tempo, se depararam com as normas constitucionais não auto-executáveis, ainda não havia sido institucionalizado constitucionalmente o Estado Social, pelo que não merecem maior crítica por terem ficado aquém da sustentação da força imperativa de tais preceitos, sem investigar os efeitos concretos que poderiam desencadear, exatamente por não serem conselhos ou exortações, tornando-se compreensível a estagnação ao ponto em que chegaram.

Essa problemática vai se tornar mais aguda quando do advento do Estado Social, com o surgimento das normas programáticas e da direção estatal da economia voltada para fins sociais solidariamente sustentados e destinados à promoção das condições existenciais que, numa perspectiva ampliativa, deve sempre objetivar o máximo existencial, como adredemente exposto.

Cumpre atentar para que as normas não auto-aplicáveis concebidas por Cooley e por Ruy Barbosa não se confundam com as normas programáticas, ainda que em se atendo à

concepção tradicional quanto à sua estruturação que foi firmada, posto que elas assinalam sempre tarefas a serem desempenhadas pelo Estado com vistas a um determinado fim ou, de logo, o fim em si mesmo, podendo ser mais ou menos concretas as respectivas imposições.

A semelhança reside em que, da mesma forma que as normas não auto-executáveis, as programáticas dependeriam da atuação do legislador, sendo considerada, como será demonstrado, uma espécie das não auto-executáveis. Da mesma forma, os direitos sociais, ou por se revestirem de enunciação programática, ou por necessitarem de desenvolvimento legislativo, também ficavam, a partir do constitucionalismo social, dependentes da deliberação legislativa.

Firmado o entendimento pertinente à tipologia das normas constitucionais antes ainda do surgimento do Estado Social, com as normas programáticas e os direitos sociais, e com a recordação da existência, em França, por muito tempo, da doutrina da regulamentação das liberdades, cumpre passar à análise específica do que ocorrido com a fundação do constitucionalismo social, cuja evolução em defesa da efetividade dos programas e dos direitos sociais, principalmente, foi um dos fatores que desaguou no dirigismo constitucional, ainda que, em sua feição originária, não tivesse apenas o caráter reformado do sistema econômico.

#### **4.2.2 A eficácia das normas programáticas no caminho até o dirigismo**

A reflexão acerca das normas programáticas deve-se à novidade de sua introdução nos textos constitucionais do período entreguerras, notadamente na Constituição mexicana de 1917 e no texto alemão de Weimar de 1919.

Como já exposto, nesse período, correspondente ao primeiro ciclo do constitucionalismo social, às normas programáticas não era reconhecida a necessária juridicidade, como se vislumbrou do entendimento de Schmitt (1996, p. 52-54), sendo essa visão compartilhada até mesmo pelos defensores do Estado Social, como enunciado por Bercovici (2004, p. 30-38).

Podia-se atribuir a negativa de juridicidade e de imperatividade às normas programáticas, como aos direitos sociais, a quatro fatores, que merecem a devida recordação a

essa altura.

O primeiro seria a ausência de amplas maiorias parlamentares, quer quanto às tendências ideológicas sociais, quer quanto às dos conservadores, nos momentos constituintes dos primeiros Estados Sociais, levando a formação de compromissos que, apesar de trazerem para o texto constitucional o pluralismo, dando-lhe abertura para o desenvolvimento conforme a própria dinâmica social, não eram assim percebidos naquele momento. Ao contrário, eram tidos como uma dilação para um futuro indeterminado da disciplina encerrada pela norma programática, que ficaria a cargo e ao livre talante do legislador.

Ademais, os textos constitucionais, por não serem códigos, não poderiam regular exaustivamente a ampla matéria pertinente aos mecanismos de intervenção do Estado sobre a ordem econômica, como seria impossível a disciplina das condições que possibilitasse a ação estatal voltada para as finalidades sociais constitucionalmente firmadas. Mesmo em se limitando aos direitos sociais, com a ressalva dos referidos às relações de emprego que fossem dotados de maior concretude, seria incompatível com a constituição pretender-se a regulação completa e suficiente para a execução de todos eles. Como exposto, Ruy Barbosa já havia atentado para tal aspecto, sendo praticamente imprescindível que as constituições abrigassem normas ou disposições sem que pudesse regular integralmente as condições e os limites de sua aplicação.

Aos dois fatores declinados acrescenta-se o que talvez seja o mais grave, consistente na plena crença dos caracteres míticos e quase sobrenaturais do legislador por força da transição para o positivismo jurídico das qualidades que lhe foram conferidas ao ensejo da fundamentação da Revolução Francesa, dando ensejo ao dogma do legislador racional.

Finalmente, o último fator que contribui substancialmente foi a incompreensão doutrinária e jurisprudencial com a novidade que consubstanciava as normas programáticas que, ao serem novidade, não se integrando às concepções até então reinantes, foram alijadas da noção de juridicidade, limitada pelo positivismo aos juízos tidos como programações condicionantes, consistentes na descrição da hipótese fática mediante um processo de abstração que, se ocorrida, daria ensejo, através da subsunção à aplicação dos efeitos constantes do conseqüente normativo. Como não se enquadravam a esse modelo, e como era o único respeitante às normas jurídicas, não lhes foi reconhecida juridicidade, encontrando no imobilismo da reflexão doutrinária um importante elemento para a persistência dessa problemática.

Durante todo o período entreguerras – não se podendo considerar o espectro

temporal da Segunda Guerra, por evidentes motivos que interditaram qualquer evolução nas concepções doutrinárias em derredor da questão – persistiu a concepção aludida acerca das normas programáticas serem destituídas de juridicidade, o que só começou a se modificar com as contribuições ao tema advindas da Itália.

#### 4.2.2.1 O constitucionalismo social italiano: da ausência de juridicidade à eficácia jurídica e força obrigatória das normas programáticas

Na Itália, com o término da Segunda Guerra, o Estado Social é instituído por força da Constituição de 1947, sendo objeto das mais acuradas perquirições doutrinárias um enunciado normativo de acentuada potencialidade programática, consubstanciado no art. 3º, ao prever como competência da República remover os obstáculos de ordem econômico e social que, ao limitarem faticamente a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impediam o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação dos trabalhadores na organização política, econômica e social do país.

A potencialidade programática do dispositivo, e a sua abertura finalística, propiciaram uma atitude teórica que faltou ao constitucionalismo social em seu primeiro ciclo, consistente na tentativa de compreender o Estado Social, as normas programáticas e os direitos sociais a partir de uma perspectiva que tivesse como pressuposto a juridicidade dos mesmos.

Não obstante isso, as primeiras manifestações foram no sentido de rejeitar a juridicidade e a operatividade dos preceitos constitucionais programáticos, de que foi expoente Gaetano Azzariti (1951, p. 97-111).

Refletindo sobre as relações entre a nova Constituição italiana de 1947 e a legislação precedente, Azzariti se deparou com a situação de determinadas normas que se dedicam a dirigir a ação do futuro legislador, levando-o a adentrar na aferição dos efeitos que dela proviriam, dentre os quais se seriam aptas ou não à revogar a legislação anterior contrária ao direcionamento dado à legislação futura.

Azzariti percebeu que havia duas posturas distintas a adotar: ou se consideraria as normas constantes da Constituição italiana como programáticas, caso em que mais se pareceria um depositário de promessas platônicas, continuando as relações previstas pelas

normas constitucionais reguladas pelas leis vigentes, em sentido contrário ou diverso do que indicam os programas constitucionais, até que o legislador procedesse a uma progressiva e paulatina revisão da legislação infraconstitucional, do que resultaria o deferimento para o futuro da atuação concreta da nova Constituição.

A segunda possibilidade consistiria em ter-se as normas constitucionais como de imediata aplicação, operando-se a imediata ab-rogação tácita por incompatibilidade das normas infraconstitucionais anteriores, o que acarretaria uma situação perturbadora ao ordenamento na medida em que haveria uma profusão de lacunas que não poderia ser preenchidas a partir do texto constitucional, por enunciar princípios e diretivas muito amplas.

Azzariti reconhece que a Constituição detém normas puramente diretivas, que se limitam a indicar uma direção ao futuro legislador, entendendo que “[...] non sono nemeno vere e proprie norme giuridiche, perchè il programma che esse tracciano è destinato ad essere attuato dal legislatore, quando le circostanze ne offrano la possibilita”<sup>154</sup>, de modo que, por mais eticamente valioso que seja o programa, o legislador futuro ainda poderia não cumpri-lo, ou fazê-lo apenas numa mínima parte, sem que importe em ofensa à Constituição; não obstante isso, também não adere ao posicionamento que todas as normas sejam programáticas, sob pena da Constituição só se voltar ao futuro direito, sustentando que algumas das disposições devem guardar o caráter preceptivo.

Sintetizando a sua concepção, Azzariti entende que existem três tipos de normas constitucionais, quais sejam: a) as normas diretivas, que se destinam apenas a dirigir a ação futura do legislador, equivalendo às programáticas; b) normas preceptivas de aplicação direta e imediata; c) e as normas preceptivas de aplicação direta, mas não imediata, necessitando de legislação integradora. A diferença entre as duas últimas é a de que a terceira não afasta a legislação precedente que seja com ela imprescindível.

Desse modo, infere-se que Azzariti ficou distante de qualquer inovação que sustentasse o caráter jurídico das normas programáticas, mantendo-se filiado à concepção tedesca até então prevalecente quanto à carência de juridicidade e à ausência de ofensa ao texto constitucional caso o legislador não seguisse a direção delineada.

Diante da insuficiência da doutrina de Azzariti, em breve surgiria a concepção teórica de Vezio Crisafulli (1952), modificando substancialmente o sentido e a compreensão firmada acerca das normas programáticas.

---

<sup>154</sup> Em livre tradução, “[...] não são nem verdadeira e propriamente normas jurídicas, porque o programa que ela estabelece é destinado a ser realizado pelo legislador, quando as circunstâncias possibilitem”.

Crisafulli (1952, p. 29) observa que a extensão das funções do Estado e a solução de alguns problemas sociais levou a que as constituições abrigassem princípios gerais para dirigir a atividade legislativa num determinado sentido.

Analisando a Constituição italiana, Crisafulli (1952, p. 32) considera que ela teria duas faces, quais sejam: uma voltada a regular a estrutura do Estado, a forma de governo e a consagrar a liberdade democrática, enquanto a outra se destina a determinar as premissas para um futuro desenvolvimento, indicando diretrizes programáticas para a ação futura dos órgãos constituídos.

Refletindo a partir do sobredito art. 3º, (CRISAFULLI, 1952, P. 35-37) afirma que a Constituição estabelece a regulação do já dado, das relações já existentes, como também a um vir a ser, ao futuro, mediante uma disciplina legislativa que deve ser produzida consoante uma diretiva programática. Assim, há uma disciplina constitucional do modo de ser do ordenamento jurídico atual, mas também da futura compostura material do ordenamento jurídico.

Considera que, atentando-se ao conteúdo substancial, não haveria nenhuma distinção entre disposições constitucionais que enunciam princípios que direta e imediatamente regulam situações do presente daquelas programáticas, que fixam as linhas de desenvolvimento de uma certa disciplina a ser editada.

A partir daí, Crisafulli começa a introduzir a sua concepção primeira atinente às normas programáticas, sendo o elemento diferencial e típico o concernente aos destinatários de cada tipo de norma constitucional. Enquanto as programáticas referem-se ao órgão legislativo do Estado, a outra categoria remete aos vários sujeitos integrantes e vinculados ao ordenamento jurídico estatal.

As normas constitucionais programáticas apresentariam, então, dois efeitos jurídicos, consistentes em orientar a interpretação das normas infraconstitucionais a elas subordinadas por estarem inseridas, ou deverem estar, no âmbito do programa finalístico, e a função integradora.

Por conseguinte, (CRISAFULLI, 1952, p. 48-50) as normas programáticas se traduzem numa exigência de ulterior normatização infraconstitucional – vinculando diretamente o legislador – que consubstancie uma disciplina direta e operante da matéria sobre que incide. Na medida em que os princípios programáticos constem da Constituição, assentando-se numa fonte hierarquicamente superior, não se caracterizam como meras diretivas, sendo obrigatórios. E dessa obrigatoriedade advém a sanção de invalidade da atuação positiva do legislador que colida ou não corresponde às direções do programa

constitucionalmente delineado. A obrigatoriedade, contudo, limitar-se-ia à vinculação positiva, inexistindo mecanismo no direito positivo que encerra a possibilidade de impugnar a simples omissão normativa do legislador que não desenvolve infraconstitucionalmente uma norma programática, malgrado se apresente como uma violação negativa e omissiva. O controle de constitucionalidade, tal como institucionalizado, seria incapaz de ensejar o desejado controle sobre a omissão.

A força obrigatória das normas programáticas fica, então, reconhecida, sendo uma novidade nos quadrantes da ciência do direito constitucional àquela época, delineando-se o problema que, dali em diante, iria ser o principal fator de frustração das promessas constitucionais de projeção de futuro a partir do sentido comunitário. A omissão do legislador, embora entendida como violação negativa pela inércia diante da exigência de atuação existente – que se poderia ter como vinculação positiva – não ensejaria qualquer via ou forma de controle jurídico, muito menos pela via do controle jurisdicional, que pressupõe a existência de uma lei que possa ser cotejada com o texto constitucional.

Crisafulli suscita, então, que, embora a anulação da lei seja incompatível para sancionar a omissão legislativa, ela não exaure as conseqüências que podem derivar de tal inércia diante da eficácia obrigatória da norma programática, sendo possível a repercussão mais elaborada e complexa no âmbito do processo político-eleitoral, com a responsabilidade do governo e do parlamento perante os eleitores, sujeitando-se às censuras da opinião pública. Essa conseqüência vai ser adiante retomada por Canotilho (1994, p. 346-349), ao ensejo do desenvolvimento do dirigismo, ante a sua refração quanto à intervenção do judiciário para suprir omissões normativas.

Logo, ao que se depreende, num primeiro momento, Crisafulli atribui às normas programáticas efeitos obrigatórios que dão ensejo à anulação de leis que sejam contrárias às direções do programa, à eficácia interpretativa e à eficácia integradora.

Posteriormente, em novo estudo sobre o tema das normas programáticas, denominadas como princípio programático àquela época, coligido na mesma obra, em que, como observa na introdução (1952, p. 19-20) superou o equivocado entendido, por redutor, de que as normas programáticas se dirigiam e obrigavam apenas o legislador, rechaçando, ademais, a oposição até então existente entre eficácia programática e eficácia obrigatória, posto que cada norma constitucional deve ser tida como obrigatória no confronto com o poder estatal discricionário.

Assim, Crisafulli (1952, p. 51-52) admite que o conceito de norma programática, contraposta às normas imediatamente preceptivas e a diferenciação entre ambas as espécies de

norma constitucional consubstanciava um verdadeiro cavalo de batalha na doutrina e na jurisprudência, especificamente quanto ao problema das relações entre a nova Constituição e a legislação precedente.

O constitucionalista italiano expõe, então, os pontos já firmados acerca das normas programáticas, já se tendo, segundo a sua perspectiva, assente o reconhecimento da eficácia normativa – e do caráter jurídico – das disposições constitucionais, ainda que exclusivamente programáticas, operando-se um vínculo de obrigatoriedade para com os órgãos do Estado, notadamente com o legislador – rechaçando a distinção feita a partir do destinatário submetido ao programa. Daí deriva a inconstitucionalidade de leis sucessivas que discrepem do programa.

Percebe Crisafulli, entretanto, que as tipologias das normas constitucionais não devem abrigar apenas duas espécies, como já salientado por Azzariti, identificando um terceiro tipo que se distingue tanto das disposições programáticas como das disposições preceptivas.

Diante disso, chega à classificação das disposições quanto à eficácia jurídica em normas programáticas, normas preceptivas ou diretamente preceptivas, e normas de eficácia diferida, sendo esta a que necessita, por alguma razão, de integração legislativa ou atuação administrativa, não bastando por si só a prover a regulação às situações a que se refere (CRISAFULLI, 1952, p. 55).

Adentrando mais especificamente nos efeitos concretos que podem resultar das normas programáticas, Crisafulli (1952, p. 61-70) incrementa aqueles originariamente apontados, de caráter sancionador à atuação positiva desconforme do legislador, interpretativa e integrativa, apontado a relevância da reflexão acerca das situações subjetivas negativas ou de vínculo e as positivas ou de vantagem.

Especificando os termos da relação entre Constituição e legislador, no âmbito dos deveres que provêm das normas programáticas, entende que há para o legislador um dever-poder, estando obrigado a exercer a competência e a não fazê-lo contrariamente ou de modo distinto ao que lhe é assinalado pelo programa, dentro de um certo limite, sustentando tratar-se de uma atuação discricionária em que se dá a prescrição ao legislador da busca de determinados fins. Substitui-se, então, o critério subjetivo do destinatário da imposição, outrora sustentado, pela identificação materialmente fundada na indicação diretiva de fins aos poderes públicos.

Haveria, ademais, amplitudes distintas de discricionariedade, caso a norma programática fosse apenas de escopo, em que haveria a liberdade de eleição dos meios



reputados como adequados à promoção do objetivo, ou caso limitasse, ao dirigir a um determinado fim, em linhas gerais, os meios que deveriam ser utilizados pelo legislador, importando numa redução da sua discricionariedade.

Retomando a problemática da inércia legislativa, sustenta a existência de inconstitucionalidade que, entretanto, não poderia se resolver no âmbito do sindicato da inconstitucionalidade pelas vias de controle, eis que não há qualquer ato a ser anulado. Não obstante isso, retoma o entendimento de que haveria o deferimento das sanções pela inconstitucionalidade da omissão às instâncias políticas, agregando a possibilidade de acarretar inconstitucionalidade sucessiva das leis anteriores que sejam incompatíveis com o programa (que, no Brasil, não é admitida majoritariamente, incidindo a concepção de que haveria, ante, ausência de recepção).

Preocupando-se não apenas com a sanção, mas com a implementação da competência discricionária em cumprimento à eficácia obrigatória proveniente dos programas afetados a um determinado fim, aponta Crisafulli a existência de três vias alternativas no direito italiano que poderiam ensejar o suprimento da omissão, quais sejam, o exercício do direito de petição por qualquer do povo, exigindo a adoção de providências necessárias ao cumprimento do dever constitucional de legislar, a iniciativa popular e, ainda, a iniciativa conferida aos Conselhos regionais.

Não obstante isso, ainda há o problema da omissão parcial, reputando que os seus efeitos dependerão do caso concreto e de como se mostra a lei que, insuficientemente, disciplina o programa. Se a lei se entremostar como o início do desenvolvimento do programa normativo, não deve haver qualquer anulação; de outra parte, se, ao contrário, a lei, evitar ou impedir os posteriores desenvolvimentos da matéria em direção ao programa, deve ser anulada.

Num apuro da reflexão outrora promovida, supera o limitado entendimento de que a eficácia obrigatória e vinculante da norma programática seria restrita ao legislador, pois, malgrado reconheça que os programas só podem ser desenvolvidos tendo-se em vista a necessidade de adoção de um programa legislativo, em atenção ao princípio da legalidade, nisso não se exaure a força obrigatória, que se manifesta uniformemente em face do Estado como um todo; apenas em restritos casos é que seria possível cingir-se apenas ao advento da legislação que a desenvolva. Conceber-se que a eficácia dos programas constitucionais se cingisse ao legislador seria um verdadeiro absurdo.

Crisafulli firma o caráter obrigatório da programaticidade constitucional referida a todos os órgãos e voltada principalmente à direção política na medida em que “[...] deve

riconoscersi che tutte le norme costituzionali programmatiche sono anzitutto precettive e vincolanti proprio sull'indirizzo político”<sup>155</sup>, do que infere poder ser realizado pela atuação legislativa, como também pela ulterior ação executiva, justificando que sejam tais programas erigidos em sede constitucional, gozando da superioridade formal derivada da qualidade de ser constitucional, como se verifica da colação abaixo, *in verbis*:

[...] le norme costituzionali programmatiche rappresentano la fissazione, nella Costituzione dello Stato, di determinate direttive politiche, che avrebbero potuto, anche, in ipotesi, essere stabilite di volta in volta dagli organi competenti, ma che per la loro importanza, sono state sottratte ad ogni eventuale oscillazione e mutamento di criteri degli organi stessi.<sup>156</sup>

Logo, se destaca o relevo das contribuições de Crisafulli, consubstanciando um marco sem precedentes na busca pela efetividade da Constituição ao assinalar a sujeição dos poderes públicos e, principalmente, do legislador sobre o que se evidencia como direcionamento político-finalístico do Estado. A partir daí se inicia o processo de constitucionalização da política, não se limitando apenas ao aspecto orgânico-funcional, mas também ao âmbito político-decisório, pela antecipada valoração assentada nas constituições acerca de determinados objetivos, que vão dirigir a ação estatal, política e administrativamente, por representarem a expressão do sentido comunitário da vivência social.

As normas programáticas têm, então, acentuado o seu caráter jurídico, obrigatório e imperativo como quaisquer outras, extraindo-se os devidos efeitos concretos que são desenvolvidos por Crisafulli. É nesse sentido, originário de Crisafulli e progressivamente desenvolvido, que Canotilho [s.d., p.1176) decreta a “[...] ‘morte’ das **normas programáticas**”<sup>157</sup>, em se entendendo como tais as que possuem efeitos meramente diretivos, destituídas de juridicidade; em verdade, não tanto a morte das normas programáticas, mas da compreensão ultrapassada e reduzida que sobre elas se firmou.

Ademais, rechaçando qualquer eventual oposição ao seu entendimento de prévia determinação de objetivos políticos a que se ata o legislador, por consubstanciar uma função

---

<sup>155</sup> Em tradução livre, “[...] deve reconhecer-se que todas as normas constitucionais programáticas são sobretudo preceptivas e vinculantes quanto às direções políticas.”

<sup>156</sup> Em tradução livre, “[...] as normas constitucionais programáticas representam a fixação, na Constituição do Estado, de determinadas diretivas políticas que teriam podido, também, hipoteticamente, ser estabelecidas de tempos em tempos pelos órgãos competentes, mas que, pela sua importância, são subtraídas a cada eventual oscilação e mudança dos critérios por esses próprios órgãos.”

<sup>157</sup> Destaque no original.

nitidamente discricionária o direcionamento político do Estado, observa que a discricionariedade não é, notadamente, plena liberdade e, muito menos, arbítrio. E justamente nas competências discricionárias do poder executivo é que se verifica a vinculação promovida quanto a esse órgão pelas normas programáticas, como registra o constitucionalista italiano (CRISAFULLI, 1952, p. 72-73).

Quanto ao poder judiciário, sustenta que a eficácia dos programas constitucionais se insere em sede da discricionariedade do juiz, como também nas atividades de integração e interpretação, além de, pela possível inconstitucionalidade de leis anteriores e de leis posteriores que divirjam do programa constitucional, submeter a matéria à apreciação da Corte Constitucional.

Expostos os efeitos atinentes à eficácia subjetiva negativa ou de vínculo, Crisafulli (1952, p. 74-83) adentra e expõe os efeitos positivos das normas programáticas, quanto à produção e fundamentação de uma situação subjetiva de vantagem.

Nesse ensejo, Crisafulli observa que, a seu sentir, as normas programáticas não regulam diretamente a matéria sobre que versam, mas a atuação dos órgãos estatais referidos à matéria cuja disciplina é previamente direcionada para determinados fins pelos programas constitucionais. Assim, regulam imediatamente a ação estatal e só mediata ou indiretamente as matérias sobre as quais versam, pelo que “[...] *dall’oservanza da parte degli organi statali delle norme stesse dipende la soddisfazione di certi interessi*”<sup>158</sup>, pelo que, até o advento da disciplina dirigida pelos programas, haveria apenas mero interesse de fato, como a situação do desempregado que tem interesse de obter uma ocupação remunerada.

Assim, Crisafulli não admite, àquela época, senão uma expectativa do sujeito que seria beneficiado pelo programa, no sentido de obter uma situação subjetiva de vantagem, quanto à emanção das normas jurídicas desenvolvimento a programaticidade. Não haveria, então, um direito à legislação, mas apenas um interesse juridicamente protegido na observância pelos órgãos estatais das direções constitucionalmente firmadas.

A norma programática, apesar de não inserir o indivíduo num direito subjetivo, conferiria ao mesmo a legitimidade para impugnação da lei pela via jurisdicional, sendo essa a situação subjetiva em que se investe o indivíduo, de colocar em movimento o controle de constitucionalidade, como também para promover as medidas destinadas a colmatação da lacuna, como o exercício do direito de petição e a iniciativa popular – que, de resto, caberia a

---

<sup>158</sup> Em tradução livre, “[...] da observância pelos órgãos estatais da própria norma depende a satisfação de certos interesses”.

todos os cidadãos. Estaria habilitado, ainda, o indivíduo à promoção da impugnação à discricionariedade judicial ou administrativa, no que lhe dissesse respeito, não seguisse a direção do programa constitucional.

Desse modo, sistematizando a concepção de Crisafulli, verifica-se que a norma programática é obrigatória e vinculante para todos os órgãos estatais, instituindo a direção das políticas e das ações estatais para determinadas finalidades, colocadas a salvo das modificações e variações político-partidárias.

No âmbito da eficácia concreta, ensejaria a inconstitucionalidade sucessiva das leis anteriores incompatíveis e a inconstitucionalidade originária de leis posteriores incompatíveis. Quanto à omissão legislativa, não haveria meios jurídicos de introduzir uma sanção por essa conduta inconstitucional no estágio em que se encontrava o ordenamento jurídico italiano, pelo que Crisafulli remete os efeitos da omissão inconstitucional para as instâncias político-democráticas, sustentando a responsabilidade do parlamento e do governo, além da censura pelo eleitorado e pela opinião pública; habilitaria, ainda, os cidadãos a intentar a supressão da lacuna mediante o direito de petição e de iniciativa popular ao processo legislativo. Em se tratando de omissão parcial, poderia haver ou não a inconstitucionalidade, a depender da configuração da lei incompleta ou deficiente e se é possível identificá-la como o início de um direcionamento voltado para a realização do programa.

Haveria, também, efeitos sobre a administração e a jurisdição, diminuindo o âmbito de discricionariedade das respectivas autoridades e interferindo na interpretação e na integração.

Crisafulli considera que não haveria condições do indivíduo se investir, por força da norma programática, numa situação subjetiva de vantagem, rejeitando a existência de um direito à legislação; teria apenas a legitimidade para impugnar a ação dos poderes públicos que se distanciasse do programa e acarretasse algum prejuízo quanto à situação subjetiva de vantagem que lhe seria pertinente em decorrência do desenvolvimento legislativo das direções políticas assinaladas.

Registre-se, finalmente, que Crisafulli estrutura a tipologia das normas constitucionais como compreendendo três espécies, quais sejam, as normas programáticas, as normas preceptivas e as de efetivo diferido.

Como exposto, o desenvolvimento teórico promovido por Crisafulli a partir da percepção da inovação que consubstanciou a inserção na Constituição italiana de normas que se distanciavam das formulações até então promovidas, aproximando-se apenas, pela abstração e indeterminação, dos princípios gerais porventura acolhidos, vez por outra, pelos

textos constitucionais, consubstancia um marco de maior relevo, sendo o ponto fulcral a partir do qual se poderia sustentar a juridicidade dos objetivos e finalidades atreladas ao Estado Social.

Com isso, as promessas de projeção de futuro provenientes dos objetivos que resultam da expressão comunitária passam a ter juridicidade, embora ainda persistisse algumas questões que mereciam maior aprofundamento, como também o problema substancial da ausência de meios de controle e supressão da omissão inconstitucional.

Diante disso, cumpre retornar ao Brasil que, de Ruy Barbosa e Pontes de Miranda aos desenvolvimentos promovidos após Crisafulli, empreendeu um esforço doutrinário muito grande para sustentar a necessidade de desenvolvimento juridicamente relevante dos programas e direções constitucionais quanto à atuação do poder político e dos demais órgãos do Estado.

#### 4.2.2.2 Constitucionalismo brasileiro: a transição para a juridicidade dos programas constitucionais

O constitucionalismo brasileiro foi muito sensível ao advento das normas programáticas que, como já referido, começaram a povoar as Constituições pátrias a partir de 1934. Os problemas já aludidos para o desenvolvimento jurídico da normatividade dos programas constitucionais – o caráter compromissório, a exaltação do legislador pela tendencial redução à lei do sentido do Estado de Direito, a impossibilidade dos textos constitucionais exaurirem a disciplina de determinada matéria<sup>159</sup>, e a concepção reduzida do que seja uma norma jurídica – participaram de outros obstáculos especificamente brasileiros, que perpassaram todo o processo institucional de afirmação do Estado Social e de construção dos objetivos e finalidades constitucionais, consubstanciados na tradição autoritária e centralizada do poder – coronelismo, a política do café com leite, os golpes de Estado – e no

---

<sup>159</sup> O que é reforçado significativamente por José Afonso da Silva (2000, p. 94), ao salientar que “Em verdade, não pode o constituinte regular tudo diretamente, nem é oportuno que o faça; confere ele, então, ao Poder Legislativo ordinário a tarefa de desenvolver princípio fundamental já sancionado na própria norma, mantendo, todavia, sua supremacia [...]”

esvaziamento institucional da força normativa das Constituições, que só eram aplicadas integralmente no que interessavam aos detentores do poder.

Depreende-se que, tendo em vista a classificação já referida quanto ao caráter ontológico das constituições, a tradição constitucional brasileira é muito mais pautada por textos semânticos, como os de 1824, 1937, 1967, e nominais, como os de 1934 – cuja efemeridade bem comprova o que se sustenta – e de 1946. Talvez apenas o texto de 1891 tenha portado uma certa feição normativa, mas, por não se inserir no constitucionalismo social e ter sido substancialmente afetado o poder político pela política do café com leite, também é questionável esse enquadramento.

Não obstante isso, o valor jurídico das normas programáticas vai receber um outro tratamento e uma nova compreensão na doutrina brasileira, destacando-se a contribuição de José Afonso da Silva (2000) produzida em 1967, desenvolvendo as concepções provenientes da doutrina italiana, embora já introduzidas antes no Brasil por Meirelles Teixeira. Vários outros doutrinadores contribuíram e contribuem progressivamente para a afirmação dos efeitos jurídicos das normas programáticas e, conseqüentemente, pela vinculação das políticas públicas aos programas constitucionais.

Nesse sentido, faz-se mister proceder a uma exposição do tratamento doutrinário do tema, destacando as reflexões mais destacadas, salientando que o foco não será tanto sobre a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, mas, fundamentalmente, às distintas perspectivas firmadas em derredor das normas programáticas, a fim de permitir a aproximação do que viria a consubstanciar o dirigismo constitucional, embora algumas contribuições expostas já se tenham elaborado após o advento da teoria da constituição dirigente e da sua repercussão no constitucionalismo brasileiro a partir de 1988.

Meirelles Teixeira (1991, p. 299-316) analisa a classificação originária do constitucionalismo americano, trazida para o Brasil por Ruy Barbosa, como já aludido, e percebendo a necessidade de superação, posto que não poderia propiciar uma visão organizada e sistemática acerca dos efeitos jurídicos das normas que, surgidas com o constitucionalismo social, caracterizam-se como programáticas, entendendo que a bipartição entre auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis está longe de atender ao estágio do constitucionalismo e às exigências formuladas à ciência jurídica, voltadas a tornar cada vez mais operativos os textos constitucionais. Ademais, observa que se costuma ignorar que as normas programáticas, além de efeitos positivos, encerram também uma eficácia jurídica negativa, além de interpretativa e integrativa, como assinalado por Crisafulli.

Daí, sustenta que, em verdade, haveria a necessidade de uma nova classificação,

que abrangeria as normas de eficácia plena e as normas de eficácia limitada ou reduzida, sendo aquelas as que estão aptas, desde já, à produção plena dos seus efeitos essenciais, e, essas últimas, diversamente, que desde a sua promulgação não têm aptidão para produção dos seus efeitos essenciais, carente uma disciplina complementar sobre a matéria que versam, deixada disciplina do legislador ordinário (TEIXEIRA, 1991, p. 317).

Para o autor, a distinção entre uma norma de eficácia plena e a de eficácia reduzida é questão deveras importante, não havendo um critério objetivo definitivo ou unitário, devendo-se perquirir se expressa uma fórmula de compromisso, se abriga um conteúdo ético-social insusceptível de materializar-se objetivamente, além de se analisar o enunciado normativo a fim de verificar a existência, ou não, de remissão ao legislador (TEIXEIRA, 1991, 322-323).

Meirelles Teixeira considera que as normas de eficácia limitada devem ser divididas em programáticas e de legislação, consubstanciando as primeiras verdadeiros programas de ação para o legislador, enquanto as de legislação remetem a uma aspecto de organização da Constituição, vez por outra relacionando-se com os direitos fundamentais.

Adentrando na caracterização específica das normas programáticas, o constitucionalista (1991, p. 324-328) adota as lições de Crisafulli, sintetizada no excerto abaixo, *in verbis*:

[...] Na norma programática, ao invés de disciplinar diretamente a matéria a que se referem, para a imediata obtenção daqueles fins essenciais, o legislador constituinte preferiu regular, com eficácia imediata, apenas os comportamentos estatais destinados à obtenção final daqueles efeitos, dentro das diretrizes e no sentido nela exposto. A norma, destarte, acha-se apta a produzir, imediatamente, apenas fins não essenciais, fins secundários, se assim podemos dizer, pois, em relação aos essenciais, o legislador constituinte, por estas ou aquelas razões, preferiu ficar em meio do caminho, numa “promessa de legislação”.

Novamente acolhendo as lições de Crisafulli, expressa que a razão das normas programáticas consiste no equilíbrio de forças políticas quando da elaboração da Constituição, o que já fora percebido desde Weimar por Hermann Heller e por Carl Schmitt, como exposto. Desse modo, adota também essa explicação como razão para as normas programáticas das Constituições de 1934 e 1946, chamando a atenção para a possível falta de sinceridade diante da expectativa por parte de determinados grupos, geralmente os mais próximos do poder, de que tais programas não viessem a se realizar.

Contra esse risco de concretização da insinceridade, Meirelles Teixeira (1991, p.

331-361) busca estabelecer quais os efeitos que poderiam provir das normas programáticas, a despeito de, como já assentado, por referi-las apenas aos órgãos estatais, rejeitar que promova uma situação subjetiva de vantagem relativa à fruição ou gozo de alguma faculdade ou benefício.

Em estrita conformidade com Crisafulli, extrai das normas programáticas os efeitos seguintes: a) impor um mandado ao legislador ordinário; b) condicionar a legislação futura, que não pode distanciar-se do programa firmado; c) revogação das leis anteriores incompatíveis, que mais se afigura como ausência de recepção; d) eficácia interpretativa; e) eficácia integradora; f) condicionamento da atuação jurídico-discricionária da Administração Pública e do Poder Judiciário – sendo questionável a existência de uma discricionariedade judicial, questão que, contudo, extrapola os limites do estudo e da questão em análise; g) criação de situações jurídicas subjetivas, de vínculo ou de vantagem, passando a analisar detalhadamente cada um desses efeitos.

Quanto à imposição de um mandado para legislar, antevê o problema da ausência de sanção quanto à inércia legislativa, também concordando que seria apenas de caráter difuso e político, pois “[...] ao eleitor fica sempre salvo o direito (se tiver esclarecimento, é claro) de não reeleger representantes que não hajam cumprido o seu dever, no exercício do mandato”, sugerindo algumas medidas, como a perda do mandato se, havendo prazo, não for editada a lei no tempo devido, dentre outras possibilidades.

A introdução dessa concepção de sanções meramente políticas, indiretas e difusas, com a transição da ofensa à Constituição ao processo político-eleitoral ou à opinião pública, também admitida por Canotilho, como antecipado – e ao qual se retornará criticamente mais adiante – causa espécie, só sendo realmente compreensível diante da absoluta ausência que, àquela época, havia diante da inércia legislativa; entretanto, resultava de uma compreensão ainda insuficiente das normas programáticas como referidas precipuamente aos órgãos do Estado, mas prioritariamente ao legislador, relacionando-se com o judiciário apenas no que respeita ao espaço de decisão discricionária.

Ao adotar essa concepção, interditou-se que o judiciário procedesse, de imediato, à tutela da situação subjetiva de vantagem que poderia advir da norma programática, a depender das circunstâncias e do caso concreto.

Não obstante isso, afigura-se extremamente inapropriada sequer a defesa de que a sanção se transferiria para o âmbito político-democrático, especialmente no Brasil, ficando várias questões sem qualquer resposta. Primeiramente, como se identificar no parlamento a responsabilidade individual. Não seria possível que o eleitor identificasse um responsável,



pelo que sem totalmente um despropósito tal efeito.

Ademais, consciência política que seja forte a ponto de perceber a inércia legislativa como ofensa grave pela comunidade política é assaz difícil, tanto aqui, e principalmente aqui, como acolá.

Quanto ao condicionamento da legislação futura, entende que haveria uma vinculação fraca, havendo uma maior vinculação quando são delineados, além dos objetivos, também certos meios que, ou são proibidos, ou são facultados, ou são exigidos.

Quanto às eficácias interpretativa, integradora e de condicionamento da atividade administrativa e jurisdicional quanto à discricionariedade, não há grandes notas a serem acrescentadas, adentrando Meirelles Teixeira na questão atinente à criação de situações subjetivas de vantagem ou de vínculo.

Após analisar os conceitos de interesses, e a pluralidade que encerram, e de direitos subjetivos, Meirelles Teixeira sustenta que afirma que não podem surgir direitos subjetivos positivos, pertinentes à exigência de prestações, quer em face do Estado, quer em face de terceiros particulares, como efeito das normas programáticas, defendendo apenas que delas é possível advir direitos subjetivos negativos, pertinentes à exigência de abstenções.

As contribuições de Meirelles Teixeira são notáveis porque, juntamente com José Afonso da Silva, introduz o desenvolvimento teórico formulado por Crisafulli, de notável valor, superando qualquer questionamento acerca da juridicidade e da força normativa dos programas constitucionais, distinguindo-os de outras disposições que também remetem à disciplina legislativa, mas que são atinentes à instituição de órgãos ou ao exercício de competências ou, ainda, à fruição de determinado direito que se condiciona à *interpositio legislatoris*, desde que não encerra o direcionamento para um objetivo fundamental, caso em que se estaria referindo às normas programáticas.

A despeito disso, persistem problemas graves que prejudicam o devido desenvolvimento da força normativa da Constituição, como a já indicada problemática da omissão inconstitucional e o entendimento de que não podem advir situações subjetivas de vantagem que sejam positivas.

Nesse passo, cumpre salientar que a omissão inconstitucional passa a ser, com a consolidação da jurisdição constitucional, o grande problema do constitucionalismo do século XX, colocando também à reflexão as relações entre constituição e lei. Se o constitucionalismo é um direito de luta contra o exercício arbitrário do poder, converte-se, também, em luta contra o não-exercício arbitrário do poder. Se o progresso histórico e a vivência da experiência constitucional vai sendo marcado pelo fechamento de brechas ao arbítrio, a

omissão legislativa escancarava o texto constitucional, reabilitando o problema havido no constitucionalismo moderno pela dependência das liberdades fundamentais ao legislador; agora, trata-se da dependência de boa parte das constituições, ou do sistema constitucional como um todo, ao legislador.

O constitucionalismo social e o Estado Social encontravam-se sob pressão, principalmente naqueles Estados cujo processo democrático era insuficiente para ensejar o desenvolvimento legislativo dos programas constitucionais.

Impositivo se revelava, desde então, a construção de novas vias e formas que possibilitassem o direito constitucional a superar esse novo problema, oriundo do reconhecimento da juridicidade e dos efeitos das normas programáticas, o que viria a se tornar mais concreto e palpável com o dirigismo constitucional.

Entretanto, ainda se estava distante do dirigismo constitucional quando Pontes de Miranda (1967, p. 126-127) expõe a sua compreensão atinente às normas constitucionais, distinguindo-as em regras jurídicas bastantes em si, regras jurídicas não bastantes em si e regras jurídicas programáticas. A concepção que expressa de norma programática ainda é muito restrita, pois seria configurada pela mera previsão de diretrizes que devem ser consideradas pelos poderes públicos. Bem expressa o contexto em que surgem as normas programáticas, que marcariam o sinal dos tempos, com a superação do liberalismo individualista indicador de fins precisos do Estado.

Apesar de admitir que detêm caráter cogente as normas programáticas, concebe que o contrário pode resultar do texto constitucional, o que fica, de logo, afastado; registra com percuciência que “Algo que era *político*, partidário, programático, entrou no sistema jurídico; cerceou-se, com isso, a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter outro programa.”

A contribuição mais significativa nesse momento de compreensão da juridicidade das normas programáticas, e da eficácia das normas constitucionais em geral, proveio de José Afonso da Silva (2000) em 1967, que se dedicou à sistematização do tema à luz dos desenvolvimentos havidos em outras plagas, em especial os de Crisafulli, introduzindo inovações e acréscimos importantes.

José Afonso da Silva (2000, p. 82-83) partia da insuficiência da classificação de Crisafulli de que haveria normas preceptivas, de eficácia plena, e de eficácia reduzida, que

seriam as de legislação e as programáticas<sup>160</sup>.

Havia, segundo o constitucionalista, uma categoria normativa cujos dispositivos remetem a uma legislação superveniente, mas que não dependem necessariamente da sua produção para operarem efeitos jurídicos, não sendo de eficácia limitada.

Em razão disso, propõe a classificação tripartite das normas constitucionais, composta pelas a) normas de eficácia plena, b) normas de eficácia contida, e c) normas de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras abrangem as que, desde a promulgação da constituição, produzem ou possam produzir todos os seus efeitos jurídicos principais por portarem uma normatividade suficiente para tanto, bastando-se a si mesmas para operarem os efeitos que encerram; as segundas, identificam-se com as de eficácia plena, diferenciando-se apenas por portarem meios ou conceitos que ensejam a contenção da eficácia em determinadas situações; já as últimas “[...] são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante”, cabendo ao legislador a sua integração.

Desse modo, José Afonso da Silva (2000, p. 84-85) rejeita que a uma das categorias se possa denominar como normas de legislação, seja porque algumas disposições programáticas fazem remissão à lei, seja porque não se relaciona com o conteúdo, que é justamente o critério de divisão das normas de eficácia limitada, reconhecendo a dificuldade de encontrar a melhor terminologia. Introduce, assim, as noções de normas de eficácia contida e biparte as de eficácia limitada em normas de princípio institutivo e normas programáticas.

Para o autor (SILVA, 2000, p. 99-101), as normas de eficácia plena definem “[...] certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma” se está diante de uma norma de eficácia plena, passível de reconhecimento, segundo reverbera, pela própria linguagem dos enunciados normativos que encerra caráter peremptório acerca dos interesses regulados, passando a exemplificar com dispositivos constitucionais. Assim, são normas que “[...] desde a entrada em vigor da constituição<sup>161</sup>, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”.

---

<sup>160</sup> Embora Crisafulli, como exposto, não utilize expressamente esses termos.

<sup>161</sup> Desde sempre, portanto.

Já as normas de eficácia contida são as que regulam suficientemente determinados interesses relativos a matérias específicas, podendo sofrer atuação restritiva do seu âmbito eficaz pelo legislador, seja quando haja expressa remissão à lei, seja quando encerrar conceitos gerais (SILVA, 2000, p. 116).

De outra parte, adentrando na bipartição das normas de eficácia limitada, sustenta (AFONSO, 2000, p. 126) que as normas de princípio institutivo voltam-se a traçar esquemas de iniciais de estruturação de órgãos, entidades ou institutos, a fim de que o legislador promova a sua efetiva criação pela disciplina minudente exigida para tanto, o que não poderia haver em sede constitucional.

Daí em diante, dedica-se o autor às normas programáticas e a sua relação com os direitos sociais, com a ordem econômica e com o legislador, situando-as no contexto do advento do Estado Social.

Desse modo, (SILVA, 2000, p. 137) para ele as normas programáticas são aquelas que estabelecem esquemas genéricos e programas a serem desenvolvidos pelo legislador ordinário, resultando do caráter dirigente da Constituição brasileira de 1988. Em razão da dificuldade para dar-lhes um conceito preciso, recorre aos estudos de Crisafulli, que, como exposto, após a revisão de uma concepção inicial inadequada, entendia as normas programáticas como consubstanciando programas de ação, que orientam e dirigem o exercício das funções estatais.

Afirma José Afonso da Silva (2000, 152-157) a juridicidade e a imperatividade das normas constitucionais programáticas, como de todas as normas constitucionais, haja vista constarem de uma constituição rígida, asseverando o progressivo e contínuo reconhecimento da normatividade e juridicidade das normas em questão. Ademais, por serem as normas programáticas princípios gerais que informam o regime político e a ordem jurídica, sobressai a sua importância axiológica, de modo a orientar a interpretação constitucional, com nítida eficácia interpretativa.

Dentre as contribuições originárias firmadas pelo autor, destaca-se (2000, p. 138) a sustentação de uma tipologia da programaticidade constitucional, havendo as normas programáticas de escopo, que fixam aos órgãos estatais o atendimento de determinada finalidade, mais ou menos específica, cabendo a adoção dos meios jurídicos idôneos a tanto, e as normas programáticas que, ao albergarem determinada finalidade, indicam as linhas gerais e os meios pelos quais deve se orientar o Poder Público, limitando, nesse passo, a discricionariedade legislativa respeitante à eleição dos meios adequados à consecução dos objetivos assinalados.

Aponta que as normas programáticas se relacionam com o princípio da legalidade e com a limitação da discricionariedade legislativa. Existiriam, então, a) as vinculadas ao princípio da legalidade, b) as referidas aos Poderes Públicos, e c) as dirigidas à ordem econômico-social em geral, ressaltando que as normas programáticas vinculam a todos que estejam sujeitos a sua observância, nos respectivos limites eficaciais (SILVA, 2000, p. 147-150).

Adentrando no aspecto da relação entre os direitos sociais e as normas programáticas, José Afonso da Silva (2000, p. 140-145) salienta que se operou a superação da doutrina da regulamentação das liberdades quanto aos direitos individuais, surgindo o problema da programaticidade dos direitos sociais, típicos elementos da passagem do Estado Liberal para o Estado Social intervencionista, que se apresenta mais recentemente sob as vestes do Estado Democrático de Direito.

Como as normas programáticas expressam as finalidades da ação estatal e a necessidade de adoção de meios jurídicos hábeis a sua realização, imprimem objetivos outrora esvaziados pelo liberalismo, orientando-se à promoção da justiça social, embora reconheça as dificuldades para tanto num sistema econômico como o brasileiro, em que prevalece a concentração de riqueza, do que se infere o enfraquecimento da capacidade emancipatória pertinente aos direitos sociais. Desse modo, percebe que “[...] como instrumento de tutela dos menos favorecidos, não têm tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efeito exercício das liberdades garantidas. [...]”

A despeito disso, sustenta que o texto constitucional é muito preciso na caracterização da justiça social, a que se sujeita a ordem econômica, visando à existência digna. Assim, corrobora-se o entrelaçamento, outrora mencionado, atinente à solidariedade e à dignidade como princípios que fundamentam o Estado Social e os direitos fundamentais, dentre os quais, também e principalmente, os direitos sociais, rechaçando “[...] a tese dos direitos econômicos e sociais como *simples direitos legais*<sup>162</sup>” ao entendimento de que as normas programáticas implicam num dever de legislar mediante um mandado, uma ordem, imposta ao legislador, invocando a doutrina firmada por Canotilho, de que diverge apenas por considerar que o art. 5º, §1º, enseja a tutela jurisdicional em face das omissões inconstitucionais do legislador.

Em virtude do exposto, conclui que “[...] todas as normas que reconhecem direitos

---

<sup>162</sup> Destaque no original.

sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais”. Além disso, José Afonso da Silva (2000, p. 159-164), ao reputar que as normas programáticas vinculam o legislador, admite a possibilidade de invalidação, por inconstitucionalidade, de qualquer lei ou ato normativo que se dirija contrariamente as finalidades pertinentes a determinado programa normativamente consagrado no texto.

O autor entende haver uma ampla e variada eficácia das normas programáticas, à semelhança de Crisafulli e Meirelles Teixeira, já matizando as suas concepções com o dirigismo constitucional.

Sistematizando os possíveis efeitos concretos derivados das normas programáticas, destaca que, quanto aos interesses que imediatamente regulam, dependem do desenvolvimento legislativo infraconstitucional, reconhecendo, contudo, que são dotadas de eficácia reduzida, até onde possam. A eficácia imediata, direta e vinculante é restrita ao que se relaciona com a a) imposição de dever de legislar, b) o condicionando, a adequação e a compatibilidade da legislação futura, que não pode contrariar a direção do programa constitucional, sob pena de inconstitucionalidade, c) a concepção de Estado e de sociedade, atribuindo fins sociais relacionados à promoção da justiça social, d) sendo vetores teleológicos de interpretação constitucional, e) e limitando a atividade discricionária da Administração Pública, além de f) ensejam a existência de situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem, de acordo com o caso concreto.

Verifica-se, pois, que não havia muito a acrescentar quanto à eficácia dos direitos sociais, permanecendo a doutrina atada aos problemas da inércia legislativa e da possibilidade de ensejar situações subjetivas de vantagem de caráter positivo, com a exigência de prestações perante o Estado ou diante de terceiros.

Quanto a esse último problema, também não foi possível uma alteração substancial da situação até então existente, como se verifica do excerto abaixo (SILVA, 2000, p. 176), *in verbis*:

Firmada a tese inicial de que as normas programáticas protegem interesses juridicamente relevantes, admitimos que nem sempre têm capacidade para tutelar diretamente direitos particulares desde logo exigíveis. Mas certamente produzem situações subjetivas de vantagem que podem caracterizar simples interesse, simples expectativa, interesse legítimo e até direito subjetivo.

Após exemplificar algumas normas programáticas referidas a direitos sociais que, segundo concebe, encontram-se no liminar da plena eficácia, como o direito à educação no que respeita, especificamente, ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, definido pelo art.

208, §2º, do texto constitucional como direito público subjetivo, considera que apenas em certos casos as normas programáticas fundamentam a direitos subjetivos e, ainda assim, de caráter exclusivamente negativo, pertinente à exigência de abstenção do poder público, concluindo no sentido de que “[...] se as normas constitucionais programáticas não produzem direitos subjetivos em seu aspecto positivo, geram-nos em seu aspecto negativo”.

Persistiam, por conseguinte, os dois aludidos problemas, concernentes à omissão inconstitucional, o que leva à reflexão da natureza da função legislativa numa Constituição plasmada de normas programáticas, e ao obstáculo de que produzam os programas constitucionais efeitos concretos que invistam o indivíduo numa situação jurídica de vantagem que o habilite a exigir prestações.

A despeito disso, houve uma grande difusão da compreensão de José Afonso da Silva sobre a tipologia eficaz das normas constitucionais e, mais do que isso, acerca da eficácia jurídica e operatividade relativa das normas programáticas, afastando-se de vez a classificação trazida por Ruy Barbosa e que não se adequa devidamente às novas posturas institucionais motivadas pelo advento do Estado Social e mais intensificadas com o Estado Democrático de Direito, de que o Estado Social é uma dimensão ineliminável.

Ao esforço do movimento pela efetividade das normas constitucionais não se pode deixar de integrar Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p. 233-235) que, ainda na vigência da Constituição de 1967, instituindo um simulacro de Estado Social, percebia a necessidade de que não se deixasse que as regras respeitantes à justiça social continuassem como letras mortas. A louvável e imprescindível preocupação do pranteado administrativista tinha por fito estimular a consciência jurídica nacional em direção à real impositividade das regras constitucionais.

Caracterizando os direitos sociais como decorrência do Estado Social, salienta que, enquanto os direitos individuais constituíam “[...] uma paliçada defensiva do indivíduo *perante* o Estado”, aqueles direitos importam na “[...] ereção de barreiras defensivas do indivíduo *perante a dominação econômica de outros indivíduos*”, corroborando o que alhures afirmado, consistente em que o constitucionalismo evoluiu para buscar a contenção não apenas do poder político, mas também do poder econômico, e a tanto almeja pelos direitos sociais e pelos programas constitucionais, que, como exposto, consubstanciam a projeção comunitária do sentido do porvir.

A proposta do estudo de Celso Antônio Bandeira de Mello consiste em analisar a eficácia da Justiça Social a partir das posições jurídicas em que investe, por meio dos direitos fundamentais, os indivíduos. E, sem qualquer dúvida, o *caput* do art. 170 se caracteriza como

uma norma nitidamente programática ao indicar os objetivos da ordem econômica como sendo a promoção da justiça social e da existência digna. Ao contrário do que se poderia pensar, tais direções são vinculantes, não consubstanciando meros ideários vagos, como aponta (MELLO, 1981, p. 236) no excerto abaixo, *in verbis*:

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos. Como se sabe as normas jurídicas não são conselhos, opinamentos, sugestões. São determinações.

E essa força obrigatória da norma jurídica torna-se ainda mais premente em provindo do texto constitucional, que a todos submete, seja o legislativo, seja o executivo, seja o judiciário, independente do escalão ou dos agentes, sustentando peremptoriamente que “Todas as disposições constantes de uma Constituição, inclusive as programáticas, repita-se, são normas jurídicas ou, pelo menos, deve-se partir da presunção que o sejam”. Em verdade, só em se admitindo que tal presunção fosse absoluta, sendo inviável qualquer entendimento que negue a qualquer disposição constitucional caráter jurídico e, ainda, de supremacia.

A partir daí, Celso Antônio (1981, p. 242-243) percebe que haveria três tipos de situações de poderes jurídicos em que são investidos os indivíduos por força dos direitos fundamentais e as normas constitucionais em geral.

A primeira espécie se refere à outorga de poderes que importam em uma utilidade concreta e na possibilidade de exigir judicialmente o desfrute da situação beneficiada, relacionando-se, em regra, com a imposição de abstenções para o poder público e, também, para terceiros, que não devem turbar o titular do direito, exemplificando com a liberdade de locomoção. Em sentido estrito, tal situação importa na outorga de poder jurídico do indivíduo livremente atuar e interditar os que pretendam criar-lhe embaraços.

A outra categoria, por sua vez, envolve a demanda pelo indivíduo de uma prestação alheia, pelo que a fruição do benefício depende do concurso da vontade ou da atuação de outrem, caracterizando propriamente a existência de um direito.

Finalmente, e adentrando no âmbito das normas programáticas, há aquelas normas que abrigam fins e objetivos juridicamente vinculantes, sem especificar os meios que devem conduzir a sua consecução. Em se tratando dessas normas, Celso Antônio admite que inserem o indivíduo numa situação jurídico mais fraca do que quanto às normas anteriores, que concedem poder jurídico e direito, pois “[...] *não lhes confere fruição alguma nem lhes*



*permite exigir* que se lhes dê desfrute a algo.<sup>163</sup>” Apesar disso, rechaça Celso Antônio qualquer entendimento que desmereça a relevância dessas normas constitucionais, extraindo efeitos jurídicos semelhantes aos que já preconizados por Crisafulli, Meirelles Teixeira e Celso Antônio, com a possibilidade de acarretar a invalidação de normas ou a prática de comportamentos opostos à norma, acarretando inconstitucionalidade, vinculando a administração e o judiciário a, no exercício das suas respectivas funções, ter em consideração tais normas.

Sinteticamente, reputa que a justiça social fundamenta as três situações normativas, conferindo poderes jurídicos, direitos imediatamente fruíveis, e a possibilidade de oposição a normas e condutas que contrariem as direções constitucionais (MELLO, 1981, p. 254).

Celso Antônio traz a relevante contribuição de focar o problema da eficácia jurídica das normas constitucionais, especificamente a da justiça social, de nítido caráter programático, sob a ótica das posições jurídicas em que são investidos os indivíduos.

Observe-se que a justiça social, enquanto sobreprincípio, fundamenta outros princípios e regras que lhe dão maior concretude, ou não, mesmo sendo ela um preceito de natureza programática.

Daí se justifica a rejeição de qualquer compreensão prévia que reputa uma eficácia apenas indireta ou reduzida às normas programáticas, pois que de um mesmo dispositivo constitucional, ainda que referido a uma norma programática, podem advir, como será exposto, várias situações jurídicas distintas, como poderes, direitos, deveres, ônus, dentre outras. Celso Antônio o faz já na perspectiva que depois seria delineada acerca da ausência de correspondência biunívoca entre texto e norma. Por conseguinte, de um mesmo enunciado normativo que consagre a justiça social podem advir, juntamente com outros enunciados, ou isoladamente, várias outras normas, quer princípios, quer regras, que, inclusive, acarretem situações jurídicas de vantagem positiva, ou seja, direitos subjetivos. Até então, tal perspectiva não fora bem traçada, malgrado o próprio Celso Antônio tecer uma construção teórica que dê azo a tais ilações.

Celso Bastos e Carlos Ayres de Britto (1982) trouxeram uma contribuição muito própria à temática em questão, introduzindo outro modelo teórico que também se insere no movimento pela efetividade das normas constitucionais pátrias, notadamente dos programas e

---

<sup>163</sup> Destaques no original.

dos direitos sociais.

Os autores (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 35-37) observam que não são todas as normas constitucionais que se encontram aptas a produzir efeitos práticos, incidindo sobre o real, condicionando-se muitas delas ao advento da interposição de outra norma que intermedie o seu enunciado e a concreção a que visa para que possam ser plenamente executadas. Embora todas as normas constitucionais tenham aptidão para produção de efeitos, nem todas efetivamente os realizam integralmente por uma impossibilidade de execução integral, permitindo a diferenciação entre as normas que são diretamente aplicáveis por incidirem diretamente sobre os fatos que regulam e as que não podem ser integralmente aplicadas sobre as situações reguladas, necessitando de integração normativa propiciada por legislação intermediadora subconstitucional.

A partir disso, estabelecem uma classificação das normas constitucionais em normas de aplicação e normas de integração, sendo as primeiras as que encerram suficiente regulação para a disciplina que estabelecem, estando aptas a ensejar a subsunção dos fatos às hipóteses de incidência, possibilitando a aplicação com plena eficácia, enquanto as últimas são as que traçam apenas um esboço de uma disciplina jurídica, necessitando, conseqüentemente, de uma integração intercalar que se opera mediante interposição de lei subconstitucional para que produza eficácia plenamente e esteja apta à integral execução.

Logo, nem todas as regras constitucionais têm a mesma aptidão eficaz porque algumas delas carecem de elementos que preencham as insuficiências de seu próprio regramento.

Por sua vez, Celso Bastos e Carlos Ayres de Britto (1982, p. 38-42) subdividem as normas de aplicação em regulamentáveis e não regulamentáveis, sendo a nota comum a plena aptidão eficaz; a distinção reside em que as últimas contêm toda a ordenação definitivamente assentada no texto constitucional, cujo relevo e integralidade rechaça qualquer advento de disciplina infraconstitucional. Nesse tipo de normas o valor que encerra o dispositivo constitucional só será plenamente respeitado se não houver regulamentação infraconstitucional, posto importar toda e qualquer regulamentação numa imposição de limites que, em tais situações, direcionam-se às matérias que a própria Constituição pretende deva ser ilimitada, resultando da opção política de melhor proteção e garantia ao bem jurídico respectivo. São normas que impõem, conseqüentemente, a omissão legislativa. Haveria, desse modo, uma omissão legislativa exigida e imposta.

Malgrado a expressa rejeição pelos autores de qualquer regulamentação, não se afigura óbice algum ao advento de lei que tenha por função meramente delinear o conteúdo

material de um direito fundamental, por exemplo, que seja, a princípio, insusceptível de regulamentação.

Já as normas de aplicação regulamentáveis são concebidas (BASTOS; BRITTO, 1982, 44-45) como permissivas de disciplina infraconstitucional que não prejudique o seu conteúdo pético, possuindo caráter ancilar e instrumental para a melhor proteção do bem jurídico que resguardam, diversamente das normas irregulamentáveis, reputadas como auto-instrumentadas. Abrangem todas as regras que admitem disciplina infraconstitucional sobre o seu *modus operandi* ou uma normatização mais minudente e detalhada, podendo lhes ser conferida maior funcionalidade pela legislação disciplinadora, embora estejam caracterizados definitiva e exaurientemente no texto constitucional.

Posteriormente, explicitam (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 70-76) a primeira contribuição notável, consistente no desenvolvimento de mais um tipo de norma de aplicação diante da possibilidade do legislador vir a disciplinar determinadas matérias relativas a direitos consagrados constitucionalmente, alargando, em alguns casos, o benefício constitucional conferido ao cidadão, posto que certas regras constitucionais prevêm apenas uma mínima proteção, mesmo que exigindo um tratamento mais vantajoso e protetivo em sede infraconstitucional.. Essa situação é suficiente para caracterizar a existência de mais um tipo de norma de aplicação, destinada justamente a explicitar a circunstância de que a legislação infraconstitucional promove o reforço ou liberalização do direito, assegurando novas situações subjetivas e ampliando o esquema de proteção fundamental, associando-se a norma constitucional à lei infraconstitucional que lhe confere uma estrutura mais favorável, além do mínimo originário, sem que ocorra integração, mas identidade de conteúdo material. Essa nota tipologia é denominada pelos autores como norma de conteúdo reforçado.

As normas de integração, por sua vez, (BASTOS; BRITTO, 1982, 49-50) encerram duas espécies, quais sejam: a das normas completáveis e a das normas restringíveis. As completáveis caracterizam-se por exigir um aditamento ao seu campo de regulação ou ao seu modo de operação sobre a matéria regulada, encerrando sempre uma lacuna quanto a um ou mais elementos estruturantes de uma norma jurídica completa; as restringíveis, ao contrário das anteriores, admitem uma redução do âmbito de incidência, ou restrição da eficácia potencial.

Cotejando as duas espécies, salientam Celso Bastos e Carlos Britto que, enquanto nas normas completáveis há uma deficiência na regulação normativa, com insuficiência da formulação jurídica, com espaços lacunosos exigente de preenchimento por leis de integração, as normas restringíveis, diversamente, apresentariam uma exuberância ou superabundância

normativa, consubstanciada na atribuição ou disciplina de um direito mais amplamente configurado do que a extensão que lhe deva ser pertinente, como se “[...] o Constituinte não houvesse querido internar-se pelas diversas exceções a serem aportadas ao bem jurídico ou ao princípio com cujo asseguramento se preocupou, transferindo tal mister para o legislador comum”.

Atendo-se às normas de integração complementáveis, há de se destacar a asserção dos constitucionalistas (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 54-55) de que somente são exequíveis com o advento da legislação integrativa infraconstitucional, apresentando imprecisão ou vagueza que permeia um dos componentes lógicos, pressupostos ou condições de plena incidência, como sói ocorrer, usualmente, com as normas de direitos sociais.

No que respeita às normas programáticas, Celso Bastos e Carlos Britto (1982, p. 82-88) qualificam como tais aquelas que são carentes de auto-executabilidade, sendo limitada a sua eficácia e, de igual sorte, caracterizadas por ensaiarem um programa de ação estatal, ou indicar uma direção teleológica ao legislador sem especificação dos meios, seguindo uma orientação de programação finalística.

Não seriam inseridas, contudo, dentre as normas de integração, pois nem toda norma programática exige outra de integração, afirmando, ainda, a inaptidão das programáticas para gerar, por si mesmas, direito subjetivo. Outrossim, nem toda norma dessa natureza se dirige à criação de direito subjetivo, decorrente de alguma delas a imposição de um dever de legislar em determinado sentido ao legislativo, que o torna vinculado à realização ou aproximação do fim jurídico colimado. Desse dever nunca se exime, pelo caráter utópico.

Apontam dois reparos que deveriam ser feitos na concepção tradicional de normas programáticas, quais sejam: a) nem sempre se dirigem à criação de situações jurídicas de vantagem; b) algumas delas impõem um dever de legislar com conteúdo positivo já explicitado. Diante disso, reputam inviável acrescentá-las dentre as normas de integração, que comportam normas com aspiração finita, com esboço da disciplina jurídica que importe em parcial normatização

Entendem, diversamente, que nas normas programáticas “[...] o dever subsistirá sempre, e será sempre imaginável mais uma lei que promoverá”, o que se justifica diante do caráter utópico que encerram os programas finalísticos, em regra.

Os autores passam, então, a inovar a compreensão em derredor das normas programáticas de forma estritamente correta, salientando que as normas programáticas concernentes à imposição de um dever do Poder Público para promoção de atividade ou

finalidade devem ser qualificadas como normas de mera aplicação, sendo normas que ficam à sujeição pura e simples do poder público como se se tratasse de mandamento proibitivo

Assim, consideram que as normas programáticas podem ser de integração ou de mera aplicação. Se forem de integração, a toda evidência, serão complementáveis.

O relevo da distinção, para os autores, consiste em que, dentre as normas programáticas de aplicação e as de integração, somente perante as últimas se torna possível o sindicato de constitucionalidade em caso de inércia. Quanto aos programas de aplicação, como entende deles não derivarem direitos subjetivos, não há legitimidade para suscitar, pessoalmente, o controle de constitucionalidade em nome próprio, ainda que as leis contrariem os vetores firmados.

Por conseguinte, os autores trazem uma notável contribuição ao agregarem a categoria das normas de conteúdo reforçado, que têm o seu âmbito de proteção passível de extensão pela lei infraconstitucional, não admitindo, daí em diante, retrocesso; todavia, não se afigura possível conceber a distinção que exclua, *a priori*, do controle de constitucionalidade eventual lesão ao sistema que houver, mesmo em se tratando de programa de aplicação, fazendo-se, como reconhecem os próprios autores, por outras vias, notadamente após o estudo por eles desenvolvido, com o advento da Constituição de 1988, plasmada de meios pertinentes à provocação do controle concentrado-objetivo de constitucionalidade.

Também Maria Helena Diniz (2001, p. 109-115) emprestou a sua dedicação ao tema, adotando uma classificação diferenciada ao conceber que as normas constitucionais apresentam a) eficácia absoluta; b) eficácia plena; c) eficácia relativa restringível; e d) eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação.

As primeiras são intangíveis, não sendo susceptíveis a alteração pelo poder de reforma, apresentando força paralisante total em face de qualquer lei que com elas colida, expressa ou implicitamente.

As plenamente eficazes são as normas que, desde a sua promulgação, revestiram-se de idoneidade para disciplinar as relações jurídicas a que se referem em razão de possuírem os elementos imprescindíveis para que tenha a potencialidade eficaz, dispensando para tanto uma normação infraconstitucional subsequente.

As de eficácia restringível aproximam-se das de eficácia contida desenvolvidas por José Afonso da Silva, aceitando as contribuições de Michel Temer para denominá-las dessa forma porque entende que, em regra, são de eficácia plena, diferenciando-se pela possibilidade de redução eficaz, na forma da lei, ou em razão de conceitos nelas contidos.

Trata Maria Helena Diniz das normas constitucionais de eficácia complementável,

dependentes do advento de norma posterior para que possam produzir efeitos, em caráter mediato, apresentando, contudo, eficácia paralisante quanto a normas precedentes com elas incompatíveis, carecendo de normatividade suficiente para a aplicação imediata, do que se depreende caber ao legislativo o desenvolvimento de sua normatividade mediante a edição da lei habilitante.

Da mesma forma que José Afonso da Silva, sustenta que podem as de eficácia complementável serem subdivididas em normas de princípio institutivo e normas programáticas, que “[...] que comandam o próprio procedimento legislativo, por serem estabelecedoras de programas constitucionais a serem desenvolvidos mediante legislação integrativa da vontade do constituinte.”

Para Maria Helena Diniz (2001, p. 116-123) as normas programáticas não regulam diretamente os interesses a que se referem, limitando-se a traçar diretrizes e princípios que devem ser observados e cumpridos pelos poderes públicos, apontando os efeitos que podem produzir, buscados de José Afonso da Silva. Pelo que se verifica, adere ao entendimento de vinculação apenas aos poderes públicos, o que dificulta a garantia dos programas pelo Poder Judiciário, seja no que se refere a eventuais situações subjetivas de vantagem de caráter positivo, seja no que atine com o controle sobre as políticas públicas.

Não obstante isso, uma contribuição destacada é a concepção de que as normas constitucionais podem portar eficácia positiva, impondo ações ou omissões, negativa, dirigida aos poderes públicos com caráter prático de ensejar a paralisação e o bloqueio por não poderem se conduzir contrariamente ao que indica, como também uma eficácia programática.

Para a autora, a função eficaz programática remete à previsão de programas de ações relacionados ao estabelecimento dos fins sociais do Estado, dependendo de disciplina infraconstitucional. Entende, contudo, ser impossível ao magistrado negar-se à prestação jurisdicional diante de tais normas pela proibição de *non liquet*, devendo apreciar cada caso concreto para identificar a intensidade de eficácia produzida, Haveria o descumprimento dos programas não apenas pela ação contrária, mas também pela inércia quanto à direção que apontam.

Diante de eventual omissão legislativa, em descumprimento ao programa, sobressai a importância de vias constitucionais habilitantes da sanção ou mesmo do suprimento da lacuna, como a iniciativa popular, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, constituindo-se, assim, como técnicas de proteção e resguardo da função programática. Tais normas seriam, para a autora, passíveis de exigibilidade judicial, o que se entremostra importante para que não se limitem ao caráter de

válvula ideológica destinada apenas a controlar a pressão social diante de alguma demanda efetiva, frustrando a representação de projeção comunitária que lhe dá sustentação, do que poderia advir a erosão da consciência constitucional, já indicada.

Cumpre, ainda, mencionar o desenvolvimento teórico-reflexivo promovido por Paulo Pimenta (1999). O autor destaca, de logo, que o conteúdo das normas programáticas, que as caracteriza, em nada interferem em sua natureza jurídica, repelindo, como não poderia deixar de ser, a sua juridicidade, ao salientar (PIMENTA, 1999, p. 140-141) que “É importante observar, nesse particular, que o conteúdo das normas programáticas não afeta a sua natureza jurídica. Em verdade, apenas vai influir no grau de sua eficácia e, por conseguinte, nas situações subjetivas por ela geradas”, sendo esse o entendimento adotado por Canotilho (1994) no sentido de que todas as normas constitucionais vinculam o poder público, modificando-se apenas a intensidade da vinculação.

Propõe (PIMENTA, 1999, p. 143-144) uma classificação das normas programáticas, que seriam subdivididas em a) normas programáticas em sentido estrito, correspondente àquelas cujo programa impõe o advento de uma legislação que o implemente, como o art. 182 da Constituição Federal; b) normas programáticas meramente definidoras de programas, em que não há uma expressa referência pelo respectivo dispositivo ao advento de uma lei superveniente, como o art. 144 da Constituição Federal; c) Normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos, pelas quais são enunciados direitos sem a especificação da forma de sua realização ou concretização, vinculando todos os órgãos públicos a respeitá-los, ainda que sem advento de disciplina infraconstitucional, como os arts. 6º, 196, 205, da Constituição Federal; e d) normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado, pelas quais são previstos os objetivos da organização estatal, com referência à natureza econômica e social, consagrados pela Constituição Econômica, exemplificando com os arts. 170 e 193 do texto constitucional.

Paulo Pimenta (1999, p. 172-174), adentrando na questão atinente à fundamentação de direitos subjetivos a partir das normas programáticas, diverge de Crisafulli e da doutrina que deu abrigo à sua concepção quanto ao tema, sustentando que a norma programática não gera situação jurídica protegida por via reflexa, tutelando-a diretamente, concluindo que conferem aos administrados, de fato, autênticos direitos subjetivos para “[...] exigir o cumprimento dessas regras, se outras forem editadas em sentido contrário, o que deriva do efeito negativo da eficácia; bem como têm o direito de exigir interpretações nas decisões jurisdicionais direcionadas para os princípios consignados nas normas sob exame”.

Assim, rejeita a concepção de que as normas programáticas dariam ensejo somente

à caracterização de direitos subjetivos negativos, ao afirmar que o aspecto negativo de impedir legislação ofensiva está presente em qualquer direito subjetivo, na medida em que “[...] representa, simultaneamente, uma faculdade de exigir a prática de determinado comportamento, consistindo, também, na possibilidade de exigir que o titular do dever jurídico não se comporte de maneira contrária.” Por conseguinte, o autor expressa sua contribuição ao rechaçar a distinção entre direitos negativos e direitos positivos, entendendo que também a dita eficácia negativa participa de um direito subjetivo, sustentando consubstanciar, igualmente, um direito prestacional.

Quanto ao problema da inércia legislativa, aponta Paulo Pimenta (1999, p. 189) a ocorrência de omissão inconstitucional, consistente na ausência de medidas legislativas, de medidas concretas, de governo ou políticas, como também da implementação de medidas administrativas, até mesmo de ordem regulamentar, em face do que (PIMENTA, 1999, p. 191-201) busca a efetivação dos programas a partir dos instrumentos de garantia previstos pela Constituição de 1988, dos quais se destaca o mandado de injunção, que fora, ao seu tempo e – pode-se dizer, até 2007, quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 712, como será exposto – tornado completamente inócuo pelo descabido entendimento que em derredor dele se firmou, consoante se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Embora existam tais discordâncias, a verdade é que a Corte Excelsa transformou o mandado de injunção num instrumento ineficaz. Assim, os usuários dos signos ‘mandado de injunção’ alteraram-lhes o conteúdo semântico, transformando-os em instrumento ineficaz, no plano da pragmática.

Desse modo, engrossa as fileiras já consolidadas no sentido de preconizar a aptidão do mandado de injunção para promover a tutela da eficácia plena das normas programáticas, com a correção da interpretação que lhe fora dada, não sendo passível de adequada tutela pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, haja vista que a sua decisão apenas importa em comunicação.

Dentre as vias de expressão das normas programáticas, o autor (PIMENTA, 1999, p. 209-215) também as situa na constituição econômica, que abriga normas jurídicas instituidoras de princípios informadoras de toda a ordem econômica, financeira e social, asseverando se tratarem de “[...] *normas programáticas definidoras dos fins organizacionais*,



*econômicos e sociais do Estado*”<sup>164</sup>, impondo a mais estrita observância aos órgãos públicos quanto à disciplina da economia e dos direitos sociais que estabelece.

Pimenta (1999, p. 230-231) adverte, todavia, que as normas programáticas não devem ser desvirtuadas, salientando que o excesso de normas programáticas acarreta a acentuação do caráter simbólico do texto constitucional, de modo que dela não resulte uma normatividade programático-finalística, mas álibi para as agentes políticos, o que repercute no próprio sistema jurídico, gerando a indiferença aos preceitos constitucionais.

Verifica-se, pois, que Paulo Pimenta trouxe também notáveis contribuições, superando a distinção absoluta outrora firmada entre eficácia negativa e eficácia positiva, situando ambas nos quadrantes de direitos subjetivos advindos de normas programáticas, buscando a efetividade das mesmas através da defesa de uma adequada compreensão e o devido manejo do mandado de injunção, aprofundando a caracterização da inconstitucionalidade por omissão, além de continuar a introdução da análise das normas programáticas a partir da semiótica, recorrendo aos âmbitos da sintática, da semântica e da pragmática, de que se extraem importantes reflexões.

Paulo Bonavides (1997, p. 206-212) analisa o advento das normas programáticas a partir de Weimar, colocando sob pressão o conceito jurídico de constituição e a tornando mais um conjunto de decisões políticas, encerrando um verdadeiro drama jurídico, havendo uma programaticidade máxima e uma normatividade mínima.

Acentua, nesse quadrante, a necessidade de buscar uma compreensão adequada das normas programáticas como normas jurídicas, reconciliando o conceito jurídico com o político de constituição

O constitucionalista cearense (1997, p. 218-222) adere às reflexões de Crisafulli, defendendo de maneira incisiva a juridicidade das normas programáticas, posto que surgiram associadas aos direitos sociais, pelo que o seu enfraquecimento conduziria à fragilidade também desses direitos.

Luís Roberto Barroso (2000, 94-115) sugere uma classificação diferenciada para as normas constitucionais, mais voltadas às matérias de que versam do que em virtude da intensidade da eficácia que possuem. Para ele haveria normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos, abrangendo as liberdades, os direitos políticos, os direitos sociais e os coletivos e difusos, como também as normas programáticas.

---

<sup>164</sup> Destaques no original.

Analisando as normas programáticas (2000, p. 116-120), considera que delas não surgem quaisquer direitos para os indivíduos, na medida em que “[...] não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento jurídico, com as normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível”, não dando ensejo à configuração de um direito subjetivo, ainda que limitado à eficácia negativa. Ora, verifica-se que, em verdade, o autor alarga a concepção de normas definidoras de direitos e restringe a de normas programáticas. Não se afigura, contudo, suficiente a observação de que não definem condutas, posto que, *a priori*, abstratamente considerados, também os princípios constitucionais não definem condutas obrigadas, mas não se lhes nega que, mediante o processo de concretização, à luz da realidade subjacente, integrada à norma pelo âmbito da norma, possua uma feição nomogenética, dando azo ao surgimento de direitos em concreto. Aliás, essa é a única forma devida de compreensão do direito, conforme se depreende da reflexão hermenêutica, que une a compreensão, a interpretação e a aplicação. Logo, não se pode interditar *a priori* que das normas programáticas não surjam direitos, até porque, como será aprofundado, não se pode admitir a correspondência biunívoca entre texto e norma, única circunstância em que, ao que parece, seria pertinente a aludida rejeição da capacidade dos programas jurídico-normativos darem ensejo a direitos fundamentais.

Ressalte-se que assiste inteira razão ao autor quando aponta que nem todas as normas que dependem de desenvolvimento legislativo que viabilize o exercício de um direito é programática, mas os direitos fundamentais, como será ressaltado, comportam uma dimensão dirigente interna e, como tal, programática, além de alguns deles estarem expressamente atrelados a determinada meta ou objetivo, como o salário mínimo previsto pelo art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, o que não obsta a sua justiciabilidade a partir da verificação da suficiência razoável da lei que o majorar anualmente.

Flávia Piovesan (2003, p. 72-73) busca afirmar a capacidade operativa das normas programáticas, registrando que não se pode opor a programaticidade à juridicidade das constituições contemporâneas, sob pena dos programas aptos à construção de um futuro que se tornarão obstáculos à devida instituição do Estado de Direito, constatando que a inércia legislativa leva à inconstitucionalidade por omissão, que transita do cenário político para o jurídico, prevendo a Constituição de 1988 variados mecanismos de controle da deliberada inércia legislativa.

Cumpre, ainda, mencionar as contribuições de José Carlos Vasconcellos dos Reis (2003, p. 112-122) que, atualizando a concepção das normas programáticas com o advento da teoria dos princípios, reputa que consistem em mandados de otimização, como desenvolvido

por Robert Alexy e, inserindo-se na concepção de diretrizes, conforme trabalhado por Ronald Dworkin.

Ademais, assenta o autor (REIS, 2003, p. 175-178) que as normas constitucionais, no que se materializarem em mínimo existencial, dão ensejo a verdadeiros direitos subjetivos, reforçando a posição dos sujeitos de modo a ensejar a exigência de satisfação das respectivas prestações. Como será ressaltado, a programaticidade constitucional, como nota característica do Estado Social, que consubstancia dimensão inequívoca do Estado Democrático de Direito, remete não tanto para o mínimo existencial, mas, em verdade, para o que se pode denominar como o máximo existencial. A concepção dirigente conduzirá à conclusão de que os programas mais funcionam como projeção de utopias concretas, mas também abrigam uma dimensão de resistência, em que há eficácia plena, de que decorre a preservação do estágio de emancipação social já efetuado, como também a plena exigibilidade do mínimo existencial.

Há, ainda, os doutrinadores que têm uma visão substancialmente crítica das normas programáticas, como é o caso de Eros Roberto Grau e Lenio Luiz Streck.

Eros Roberto Grau (2004, p. 26-28) entende a existência de normas programáticas nas constituições formais, enquanto negado o seu caráter normativo e vinculante porque atributivas de direitos para cujo exercício se fazia necessária uma disciplina legislativa, a cujo advento o legislador não estaria obrigado, insere-se no âmbito dos mecanismos retóricos a serviço da dominação e hegemonia do capital por se converter num mito que seria uma forma específica de manifestação ideológica no âmbito do discurso, salientando que o mito consiste num recurso ideológico a serviço da perpetuação da dominação por motivar a adesão como uma crença ou manifestação de fé popular, não racional, de ordem emotiva, apresentando.

Já que “O mito, em verdade, não passa de uma invenção<sup>165</sup>, consciente ou inconsciente, do homem ou de um grupo de homens, cuja finalidade é a instauração de uma (nova?) ordem”, as normas programáticas padeceriam da incapacidade de realização de um futuro pelo seu caráter mítico, de modo que “A Constituição, então, instaura o ‘Estado Social’ e passa a ser exaustivamente ‘consumida’ pela sociedade. Pouco importa que suas disposições tenham caráter programático, contemplem direitos não juridicamente exequíveis”<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Embora produzido a partir de uma representação ilusória das aspirações e crenças, por sua vez, estimuladas, de modo a gerar a sua aceitação e engendrar legitimação.

<sup>166</sup> Tal dimensão problemática de ineficácia sistêmica das normas programáticas não resultava senão de um aprisionamento da teoria e da ciência do direito aos paradigmas liberais e individualistas, não percebendo o rompimento paradigmático que teria sido provocado pelas constituições dirigentes e sociais, evidentemente embasada numa ideologia que a alimentava, posto inexistir a neutralidade científica, como numa deficiência de análise, certamente pela comum postura de reprodução e não de criação de sentido, próprias à instância

Lenio Streck (2001, p. 289), por sua vez, critica a referência à classificação das normas constitucionais em programáticas, de eficácia plena, etc., considerando que corresponde a uma prática que já deveria estar superada porque não compatível com a Constituição Federal. Assiste razão a ambos os doutrinadores, desde que se tenha a perspectiva limitada quanto à eficácia das normas constitucionais programáticas.

Como será demonstrado, não mais se admite que as normas programáticas fiquem limitadas àqueles importantes mas restritos efeitos apontados por Crisafulli e adotados, com importantes contribuições, pela doutrina pátria.

A passagem pela evolução da concepção firmada em derredor das normas constitucionais programáticas bem demonstra o caminho que fora trilhado, desde a absoluta ausência de juridicidade até a mais ampla força jurídica, sustentada a partir da teoria da constituição dirigente.

No caminho para o dirigismo, vários obstáculos foram encontrados, políticos, institucionais, paradigmáticos e ideológicos; não obstante isso, a luta pela contenção do arbítrio do poder econômico pela direção do poder político, enquanto auto-representação solidária dos fins comunitários atinentes à promoção da dignidade da pessoa humana só poderia levar ao desenvolvimento da concepção dirigente de constituição, que se adequa, com as devidas adaptações, ao contexto sócio-econômico brasileiro. Aliás, mais do que se adequa, torna-se imperativa uma concepção que busque extrair do texto constitucional as condições de efetividade dos direitos fundamentais e, dentre esses, principalmente os direitos sociais, posto serem os que apresentam maior defasagem entre o texto e a realidade.

Desse modo, assiste plena razão a Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 102-106) que, ao ensejo de sustentar a existência de um direito fundamental à legislação, juridicamente sindicável nos termos que expõe, averbera não pairarem mais dúvidas acerca do caráter jurídico e vinculante das normas programáticas, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

[...] é possível sustentar-se que, na hipótese de omissão dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo), na realização das tarefas sociais, notadamente quando deflagradoras de direitos sociais, deva ocorrer um sensível deslocamento do centro de decisões destes órgãos para o plano da jurisdição constitucional. Isto porque, se com o advento do Estado social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco do poder/tensão passou para o Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e a falta de atuação do Poder Legislativo podem ser perfeitamente supridas pela atuação

do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos para esse fim, na própria Constituição.

Tal entendimento é reforçado por Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 142) ao defender que é premente a constatação de que as normas programáticas não podem consubstanciar meras opções políticas, pois, do contrário, não poderiam sequer merecer assento no texto constitucional.

Nesse contexto, a afirmação da programaticidade juridicamente vinculante do texto constitucional se efetivou com mais consistência quando do advento do dirigismo constitucional, adentrando Canotilho (1994) no cerne das relações entre constituição e lei a fim de firmar a existência de uma plena vinculação jurídica, indo mais além de Crisafulli, malgrado não tenha logrado sustentar a exigibilidade judicial, como se poderá verificar.

E vai ser a ampla juridicidade da constituição uma noção substancial para a compostura material do Estado Democrático de Direito, reabilitando o Estado Social como uma sua dimensão imprescindível, do que se depreende a interação e mútua implicação entre o Estado Democrático de Direito e o dirigismo.

Antes, porém, de ressaltar essa relação, cumpre apontar algumas contribuições estrangeiras que permeiam as normas programáticas, após o que se analisará as críticas em derredor delas firmadas para, uma vez, rechaçadas, assentar as bases e desenvolvimentos do dirigismo.

#### 4.2.2.3 Contribuições estrangeiras à efetividade das normas programáticas

No âmbito da doutrina estrangeira, além das reflexões e da construção da teoria da constituição dirigente, pode-se indicar a ocorrência de variadas contribuições para a afirmação da juridicidade e da vinculação proveniente das normas programáticas.

Dentre essas contribuições, destaca-se a de Rolando Pina (1973, p. 24-27), que rechaça qualquer concepção que assinala a dependência das normas programáticas do advento da lei para que produzam seus efeitos, quer típicos, quer não, identificando que representa um interesse político subjacente de afastar e interditar o desenvolvimento da constituição sobre a política.

Diante disso, analisando uma decisão de 19 de janeiro de 1969, proferida pela Corte Constitucional alemã diante da omissão do legislador que, há cerca de vinte anos, não havia disciplinado a norma programática relativa à igualdade de direitos entre filhos legítimos e ilegítimos, Rolando Pina (1973, p. 109-110) conclui ser correto o entendimento manifestado pela Corte no sentido de ser possível ao judiciário, desde que caracterizada uma deliberada omissão em virtude do transcurso de prazo razoável, promover a supressão da omissão no caso concreto<sup>167</sup>.

Michele Gaslini (2002, p. 239-240) reconhece as normas programáticas como originárias da transição do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social, não se constituindo como mera previsões acidentais, mas sendo uma constante que se manifesta como um fio condutor da socialidade, reavivando os efeitos sustentados por Crisafulli (GASLINI, 2002, p. 258-260).

Roberto Bin (1998, p. 263-265), reconhecendo não haver dúvida de que a existência das normas programáticas confere a possibilidade de um controle sobre a discricionariedade legislativa, o que, todavia, pouco resolve diante da complexidade das questões atinentes à relação entre a vinculação programática e a função legislativa tida como discricionária. Ressalta, nesse contexto, a necessidade de identificação dos fins da lei e da averiguação interna da sua racionalidade, congruência, e correspondência, apreciando-se tanto a racionalidade intrínseca da opção legislativa, como se os fins eleitos estão conformes com o programa, como a aptidão e adequação (congruência) dos meios eleitos, o que importa num juízo sob a prognose legislativa a partir das normas programáticas que regem determinada matéria (BIN, 1988, p. 273-283). Diante da diversidade de programas constitucionais, sustenta a necessidade de (BIN, 1988, p. 303) selecionar e ordenar os programas segundo uma ordem de prioridades. Como se torna impossível definir a vontade do legislador para identificar objetivamente os fins da lei, Bin (1988, p. 305) considera imprescindível proceder à reconstrução da *ratio legis*.

Já Pierre de Montalivet (2006, p. 333-335), introduzindo os objetivos de valor constitucional – que representam a mesma função das normas programáticas – sustenta que possuem três funções nítidas, quais sejam, a de interdição de adoção de leis contrárias aos

---

<sup>167</sup> Também adota esse posicionamento Luís Roberto Barroso (2000, p. 262-265), para quem o mandado de injunção seria, inclusive, desnecessário, estando todos os juízes e tribunais desde logo habilitados a suprir a lacuna pela ausência de norma regulamentadora. Só que, como exposto, como detém uma concepção mais restrita de normas programáticas, não estende a elas essa possibilidade, mas apenas às que enunciam direitos que, para o autor, não são e não podem ser as programáticas.

mesmos, a de obrigação, pela qual “[...] le législateur est soumis à l’obligation de mettre en oeuvre les objectifs de valeur constitutionnelle et ces deniers impliquent certaines obligations positives”<sup>168</sup>, não se limitando a assinalar-lhe abstenções, comandando o seu agir segundo um sentido determinado (MONTALIVET, 2006, p. 355-356).

Finalmente, para Montalivet (2006, p. 399-401) os objetivos de valor constitucional consubstanciam têm função de permissão, habilitando o legislador a limitar os direitos fundamentais em favor da realização dos mesmos, encerrando, assim, um certo caráter de conciliação entre os objetivos e os direitos fundamentais.

Não obstante indicado que os objetivos de valor constitucional exercem a mesma função das normas programáticas, Montalivet (2006, p. 370) se opõe a essa concepção por considerar que detêm maior normatividade jurídica do que as normas programáticas que, para ele, seriam pertinentes à estrutura econômica ou à filosofia social e política do regime. Desse modo, lamentavelmente considera que as normas programáticas são desprovidas de caráter jurídico, não sendo oponíveis aos órgãos de governo, enquanto os objetivos de valor constitucional, malgrado também se relacionarem com a fixação de finalidades, são portadores de força obrigatória, reconhecida pelo Conselho Constitucional, oponíveis aos poderes públicos.

Ora, em se verificando os objetivos de valor constitucional admitidos pelo autor, apenas se corrobora o equívoco em que incide. Para ele (MONTALIVET, 2006, p 13), atualmente, e seguindo as orientações dadas pelo Conselho Constitucional, seriam objetivos constitucionais em França: a) o respeito à ordem pública; b) respeito à liberdade de outro; c) pluralismo; d) transparência financeira da imprensa; e) proteção da saúde pública; f) identificação dos autores de infrações; g) a luta contra a fraude fiscal; h) promoção de moradia decente para todos; i) acesso às leis que devem ser inteligíveis; j) equilíbrio financeiro da seguridade social; l) igualdade de gênero quanto aos direitos políticos.

Ora, Montalivet (2006, p. 57-59) afirma que as constituições contemporâneas tendem a consagrar normas de objetivos ou diretivas, referindo-se expressamente às Constituições portuguesas, tanto pelo grande número de objetivos como por estabelecer as funções essenciais do Estado, a suíça, a americana, em seu preâmbulo, a búlgara, a canadense e, dentre outras, também indica a Constituição brasileira, embora exemplifique com o art. 22 da redação originária da Constituição de 1967, há cerca de vinte anos já revogada.

---

<sup>168</sup> Em tradução livre, “[...] o legislador está submetido à obrigação de desenvolver os objetivos de valor constitucionais, que implicam em obrigações positivas.”

Nesse sentido, não subsiste a diferenciação formulada, seja por estar completamente superada a doutrina que nega às normas programáticas caráter jurídico, tanto por ser inusitada uma diferenciação interna acerca da força jurídica dos preceitos constitucionais, como, também, por não ser subsistente e consistente os critérios que distinguem os objetivos dos programas. Ter ou não caráter jurídico e força obrigatória, vícios de uma interpretação errônea das normas programáticas, além de já terem sido superados, não são suficientes a proceder a indicada distinção.

Desse modo, pode-se adotar as contribuições erigidas pelo autor em torno dos objetivos de valor constitucional, aos quais se equiparam as normas programáticas, que abrigam também os objetivos constitucionais e fundamentais, como se depreende do art. 3º da Constituição Federal.

Outra destacada contribuição provém também da Itália, desenvolvida por Paolo Falzea a partir da práxis constitucional que alberga a possibilidade de suprimento da omissão inconstitucional no âmbito do controle de constitucionalidade.

Em um primeiro momento o principal responsável pela atuação concreta dos programas constitucionais era o legislador, mediante a *interpositio legislatoris*, cabendo ao juiz apenas a interpretação adequadamente ao material normativo disponível (FALZEA, 2005, p. 9-10). Assim, se não houvesse a sua atuação, ficaria prejudicada a aplicação da disposição constitucional respectiva, salvo se fosse suficiente por si mesma, dispensando a *interpositio legislatoris*, ficando constrangida a Corte Constitucional a denegar a justiça em atenção à intangível discricionariedade legislativa. Não obstante isso, o quadro atual é substancialmente distinto, salientando que a Corte encampou a tese de que a realização dos valores constitucionais não é atribuição exclusiva do legislador, sendo estendida também aos juízes, que passam não apenas a interpretar e aplicar adequadamente as normas constitucionais, mas a dar uma concreta atuação aos valores constitucionais, “[...] traendo da esse direttamente la norma da applicare al caso concreto in mancanza di una positiva determinazione del legislatore.<sup>169</sup>”

Em sede espanhola, Ignacio de Otto (1999, p. 44-46) admite a necessidade de alteração da compreensão havida quanto à função das normas constitucionais em virtude do advento da imposição de fins e objetivos ao Estado a partir do século XX. A Constituição não vai apenas limitar o exercício do poder político, procedendo à imposição de criação de uma

---

<sup>169</sup> Em tradução livre, “[...] extraindo deles diretamente a norma a ser aplicada ao caso concreto em ausência de uma positiva determinação do legislador.”



nova ordem, ou pelo menos uma diferente da que está instituída. A Constituição se transforma em programa, cabendo à legislação o desenvolvimento estrito desse programa, repercutindo sobre a caracterização dos próprios direitos fundamentais, como se atenta do excerto abaixo, *in verbis*

Del mismo modo que los derechos fundamntales en singular se reinterpretan como normas finalistas, toda la Constitución en su conjunto deja de considerarse como el marco jurídico en el que se ha de desenvolver la realidad política, y se reinterpreta como mandato de construir y mantener una realidad política, en este caso la de la democracia efectivamente actuante y viva.

Em contrariedade à potencialidade emancipatória do texto constitucional, Ignacio de Otto percebe uma frustração igualmente comum ao Brasil quando, cotejando o texto programático e a realidade, constata um amplo distanciamento entre ambos.

Tentando identificar os fatores responsáveis por esse processo de defasagem da atuação constitucional-programática, Otto aponta a debilidade da atuação política dos partidos e sindicatos e a pobreza do debate político, fatores que, como será exposto, exigem uma mais intensa sindicabilidade sobre a atuação e a omissão legislativas.

Jorge Miranda (2000, p. 254-257) mantém uma distinção entre as normas constitucionais programáticas e as não exequíveis em si, estabelecendo efeitos comuns e distintos para ambas. Desse modo, têm elas função interpretativa, integrativa, portam eficácia dupla, em sentido positivo e negativo, ensejando a inconstitucionalidade material em caso de edição de leis com elas incompatíveis, estabelecem pautas ou diretrizes a serem consideradas no exercício da função legislativa, cujo distanciamento acarreta desvio de poder e, conseqüentemente, inconstitucionalidade. Além disso, a concretização através de normas legais as imuniza contra a simples revogação ou em face do retorno ao *status quo ante*, o que representa uma das principais decorrências do dirigismo constitucional, enquanto resistência.

As distinções são que apenas as não exequíveis em si operam o que Jorge Miranda denomina como inconstitucionalidade superveniente – entendida no Brasil como ausência de recepção – e impõem ao legislador a edição das leis necessárias ao implemento da sua execução, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Quanto às programáticas, tais efeitos só seriam possíveis a partir do cotejo fático que indique ser possível dar-lhes exequibilidade.

Malgrado a fundada concepção firmada, não se afigura pertinente a distinção para fins de ausência de recepção e de inconstitucionalidade por omissão, pois os programas constitucionais, no âmbito do dirigismo, encerram projetos de futuro que manifestam utopias

jurídicas, em razão do que deve haver um contínuo caminhar na direção intangível das finalidades e objetivos, ensejando, de acordo com o cotejo com a realidade, um nível razoável de atuação e realização, assegurando não apenas o mínimo existencial, mas dirigindo para a promoção do máximo vital.

De fora parte tais contribuições, há de se constatar que não houve ainda, salvo as iniciativas já indicadas de Dirley da Cunha Júnior e José Carlos Vasconcellos dos Reis, de inserir o dirigismo no âmbito dos desenvolvimentos hauridos da teoria dos princípios e do neoconstitucionalismo, necessitando o aprofundamento da dimensão material do Estado de Direito, com a superação da dependência irrestrita dos direitos fundamentais à lei e à política-partidária.

O diálogo do dirigismo com a teoria dos princípios, como desenvolvida por Robert Alexy e por Dworkin, além da interação com a leitura moral e com a concepção de democracia sustentadas por Dworkin seria extremamente proveitoso para o desenvolvimento de uma teoria da constituição adequada ao texto e ao contexto brasileiros, o que se pretende proceder, sem intento de esgotar a questão.

De qualquer sorte, a apreciação das contribuições estrangeiras, que também se integram ao movimento pela efetivação das normas e dos direitos fundamentais, permite, ao menos, três inferências.

A primeira é de que a problemática relação entre constituição e lei é uma constante ainda nos quadrantes contemporâneos do direito constitucional, persistindo a relação de maior tensão, colocando sob pressão a força normativa da texto constitucional e sua aptidão de lograr concretização pela jurisdição em função da legitimidade democrática do legislador e da separação de poderes.

A segunda é que, a despeito das aludidas dificuldades e dos obstáculos que cada vez mais se tornam patentes, há um caminhar matizado pela internalização global de uma vontade de constituição, ou de um sentimento constitucional, ao menos por via de parte significativa da doutrina, que sustenta a imprescindibilidade de assegurar a juridicidade da constituição e sua supremacia, com a capacidade de incidir sobre âmbitos outrora reservados ao legislador.

Trata-se de uma questão recorrente, para cuja solução não existem fórmulas adequadas ou regras de ouro, necessitando do desenvolvimento reflexivos de propostas que, por sua vez, demandam outros problemas, exigindo a ampliação cognitiva e reflexivas das teorias voltadas ao adimplemento do dever de tornar a constituição realização, que consubstancia um débito secular para com o povo, que se ouve como depositário do poder,

mas não vê o poder o assistindo como deveria fazê-lo. Débito secular esse cujos juros e ônus são impagáveis, porque traduzem, no caso brasileiro, em exclusão social, pobreza, miserabilidade e desigualdade, faltando até o mínimo existencial.

Vislumbra-se, ao ensejo da terceira conclusão, que se o problema da eficácia jurídica e das relações para com o legislador são temas da maior relevância prática e existencial em França, Itália, Espanha, Alemanha, Portugal e Argentina, dentre outros, sendo questão atinente a um possível direito constitucional cosmopolítico, torna-se muito mais agudo no Brasil pela persistência da Questão Social e pela concentração de riqueza, aumentando a desigualdade, que foi propiciada pelo desvirtuamento do Estado Social no período autoritário.

De tais aspectos se infere a importância da caminhada do constitucionalismo brasileiro em favor da juridicidade das normas programáticas e dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, desde as normas não auto-executáveis até a programaticidade constitucional dirigente.

Ademais, malgrado os relevantes desenvolvimentos teóricos, uma dimensão importante das normas programáticas, não destacada, ainda que possivelmente inserida em caráter implícito, foi a repercussão dos programas de direção e dos direitos fundamentais sobre as políticas públicas.

Essas questões devem se integrar no desenvolvimento de um dirigismo constitucional adequado ao texto e ao contexto brasileiros, como também a sustentação da sua dimensão de resistência e de projeção de utopia diante das pressões sofridas pela pós-modernidade, pela globalização neoliberal, pelo capitalismo financeiro, além de problemas institucionais que travancam a concreção dos programas, como a falta de vontade política, a eleição de prioridades de governo sobre as prioridades comunitárias expressas nas normas constitucionais, a ineficácia da ação estatal derivada de falhas no processo de formulação de políticas públicas ou de deficiências no planejamento. Ademais, ainda se depara o dirigismo com obstáculos materiais, pertinentes à reserva orçamentária e à reserva do possível, ampliada progressivamente aquela com a corrupção.

Antes de adentrar nessas questões, faz-se mister expor as críticas advindas das mais variadas origens quanto às normas programáticas e ao dirigismo a fim de que também sejam devidamente rechaçadas na oportunidade de enfrentamento das condições que pressionam as dimensões redistributivas, emancipatórias e libertárias do Estado Democrático de Direito.

#### 4.2.2.4 Críticas doutrinárias às normas programáticas

Não obstante se constituírem as normas programáticas numa constante do constitucionalismo desde o advento do Estado Social, há críticas que lhe são formuladas desde Weimar, como já abordado, com referência a Carl Schmitt.

O movimento, entretanto, persiste até a atualidade, com fortes manifestações também no Brasil, opondo-se não apenas à programaticidade em si mesma, mas ao dirigismo em seu conjunto.

Além da Carl Schmitt, já restaram expostas as objeções de Ernst Forsthoff e de Böckenförd ao Estado Social e, conseqüentemente, às normas programáticas, em virtude de uma aparente incompatibilidade entre o Estado Social e o Estado de Direito, questão já analisada e superada, que se concretizará com a fórmula do Estado Democrático de Direito.

Werner Käge (2005, p. 176-178), embora seja um dos maiores defensores do constitucionalismo logo em seqüência ao pós-guerra, não recebe muito bem a novidade das normas programáticas que, para ele, não tinha caráter jurídico, notadamente ao salientar que “[...] es tarea de la ciencia entresacar lo jurídico, calicar ‘al contenido no vinculante de la ley’ como tal y separar las normas iusimperativas, es decir, aquéllas que contienen determinados mandatos y prohibiciones, de las meramente programáticas.”

Assim, para ele, ou as normas programáticas nada valeriam, ou poderiam abrigar o desempenho de toda e qualquer competência sob o título de justificar a realização dos programas constitucionais. Após referir às cláusulas que impõem objetivos, como o fomento do bem comum e a promoção da proteção e da liberdade dos direitos dos cidadãos, reputa que seriam apenas objetivos políticos, não tendo caráter jurídico.

Considera que o perigo de reputar uma norma programática, como o art. 2º da Constituição Federal da Suíça, seria extrair-se uma competência que se sobrepujasse às demais normas jurídicas; entretanto, observa que a discussão então vigente na Constituição de Weimar levava a questão a um sentido oposto, na “[...] lucha por los derechos fundamentales”, pois se pretendia que as normas jurídicas fossem meros enunciados de propaganda política, destituídas de força vinculante.

Por conseguinte, ao que se evidencia das considerações de Käge, a inserção de

normas programáticas na constituição poderia gerar dois efeitos negativos: a) a separação delas daquelas que não fossem programáticas, sendo uma parte da constituição vinculante e outra não; b) e a expansão para as normas não programáticas do caráter de mero enunciado político, obstando a força normativa da constituição e agravando o risco de seu ocaso.

Adere a entendimento similar Christian Starck, (1994, p. 26-29), pois, para ele, os programas e as proclamações vagas ensejam riscos de sérios prejuízos caso os juízes adotem a postura de vincular e obrigar estritamente o legislador ao seu cumprimento como se fosse um direito rígido. O caráter programático da Constituição é tido como incompatível com a sua pretensão de ser juridicamente vinculante.

Considera que o legislador acaba por se sentir privado da sua capacidade de decisão política e da liberdade de apreciação ao pretexto de que determinada disciplina deriva da Constituição e que não poderia deixar de ser executada, na medida em que “Toute la politique législative ne sera plus légitimée que par le fait qu’elle satisfait à la constitution.”<sup>170</sup>

Para Starck, a supremacia jurídica da constituição exige uma limitação contedística que respeite o exercício da função legislativa, sem que se traduza num texto de caráter instrumental ou processual, que conteria apenas normas de organização e de competências.

Essa visão de Starck sobre as normas programáticas deriva de sua competência de constituição como *cadre et mesure du droit*<sup>171</sup>, contrapondo-se à concepção de constituição como ordem fundamental do Estado e da sociedade, questão que é muito cara a Robert Alexy (2004, p. 13-32) na discussão firmada com Böckenförd e Habermas sobre a noção de constituição, como se assevera do excerto abaixo, *in verbis*:

La suprématie de la constitution, comprise dans un sens strictement juridique, exige une limitation du contenu de la constitution au nom de la libre conception de la politique par le législateur. Cela ne signifie pas que la constitution doive se limiter à des normes d’organisation et à des règles de compétence et de procédure.<sup>172</sup>

Não obstante isso, Starck rejeitar a inserção de normas programáticas vagas e abertas na constituição, o que corresponderia ao que Canotilho qualifica como imposições

<sup>170</sup> Em tradução livre, “Toda política legislativa não será mais legitimada do que pelo fato de que satisfaça à constituição”.

<sup>171</sup> Em outras palavras, como ordem quadro ou ordem marco.

<sup>172</sup> Em tradução livre, “A supremacia da constituição, compreendida em sentido estritamente jurídico, exige uma limitação do conteúdo da constituição em nome da livre concepção da política pelo legislador. Isso não significa que a constituição deva se limitar às normas de organização e às regras de competência e processo.”

constitucionais abstratas, admite imposições aos poderes públicos mediante normas de direção que imponham tarefas concretas e determinadas, suficientemente claras e que não dependam do contexto ou da situação econômica para serem executadas. Realmente, tamanha concreção chega a ser de difícil consecução, quase a inviabilizar a admissão de tais imposições constitucionais.

Se assim não for, seriam apenas proposições programáticas que, segundo Starck, não podem participar da supremacia constitucional, cabendo apenas ao legislador a avaliação e apreciação da realização desses programas, como enfatiza ao sustentar que “La réalisation de ces programmes doit être abandonnée aux appréciations du législateur”<sup>173</sup>, de acordo com as condições orçamentárias. Caberia ao legislador estabelecer as prioridades para implementação dos programas constitucionais.

Ademais, o juiz só pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando estejam caracterizadas razões suficientemente claras e fundadas, no que não se enquadram as normas programáticas, que não poderiam servir a tal desiderato, invocando a deferência para com o Executivo e o Legislativo desenvolvida nos Estados Unidos com a doutrina das ‘political questions’.

Torna-se evidente que Starck rejeita uma maior constitucionalização sobre a política, dando prevalência ao processo político-democrático diante da crença nas vias político-institucionais de decisão. Ademais, a depender da compreensão que seja firmada em derredor dos direitos fundamentais, associados às normas programáticas, restaria pouca margem de ação para o legislador, sendo praticamente determinada pela constituição a política orçamentária.

Em plagas brasileiras, identifica-se a resistência às normas programáticas e ao dirigismo tanto por parte de Ney Prado (1994), como de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995), e pelas condições contemporâneas que impõem os paradigmas da pós-modernidade, também Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997).

Essas críticas, deveras variadas, algumas inconsistentes e injustas, outras pertinentes, mas todas insuficientes à rechaçar a exigência de afirmação e consolidação do dirigismo enquanto resistência e projeção de utopias, merecerão análise detida quando da apreciação das tendências que colocam sob pressão o dirigismo e a dimensão social do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>173</sup> Em tradução livre, “A realização desses programas deve ser deixada às apreciações do legislador”.

Por conseguinte, procedida toda a evolução acerca da compreensão da programaticidade constitucional, transitando da política para o direito, importando numa constitucionalização da política, potencializada pela teoria dos princípios ambientada no neoconstitucionalismo, faz-se mister adentrar na postura teórica inaugural da teoria da constituição dirigente, em que se defende a estrita vinculação jurídica do legislador às normas programáticas, seguindo-se, após, para a fundamentação institucional do Estado Democrático de Direito, preenchido materialmente pelo dirigismo.

Desse modo, procede-se a uma avaliação e exposição crítico-reflexiva dos fundamentos e da caracterização da versão inaugural do dirigismo para, depois, apreciar as críticas e os fatores de pressão que o desafiam em plagas brasileiras, seguindo-se para a sustentação das potencialidades emancipatórias e libertárias do dirigismo sobre as políticas públicas. Só se torna possível insistir na potencialidade dirigente da política e das políticas públicas a partir do texto constitucional brasileiro em se ficando bem a sua natureza programática. E apenas com isso se poderá analisar as razões político-institucionais de defasagem entre o texto e o contexto, indicando as vias de controle para eventuais desvios políticos. Ao dirigismo para o Estado Democrático de Direito. De ambos, para a realização das utopias jurídicas subjacentes aos direitos fundamentais ou explícitas nos objetivos constitucionais.

Ao dirigismo, pela resistência aos movimentos que o pressionam, e pela aptidão e potencialidade para projeção utópica do sentido do porvir.

#### 4.3 A AFIRMAÇÃO DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E DA VINCULAÇÃO ÀS NORMAS PROGRAMÁTICAS

A Constituição portuguesa de 1976 proveio de um movimento revolucionário que pretendia romper não apenas o regime político-autoritário, destinando-se, igualmente, à modificação dos estratos econômicos que regiam as relações de produção. Da mesma forma que no Brasil, só que aqui num processo muito mais grave e intenso, o Estado Social português deixou a dever quanto às promessas de emancipação e desenvolvimento social, como sói ocorrer nos Estados que sofreram hiatos democráticos no curso do século XX, quando se deu a institucionalização do Estado Social. Como exposto, o Estado Social

ensejava a hipertrofia do poder executivo que, agregada a outros variados fatores, ensejava a assunção monocrática e unilateral do exercício do poder político.

Não obstante isso, da mesma forma que 1988 para os brasileiros, 1976 para os portugueses representou o término de uma época de opressão e o início de projeção de objetivos e expectativas materializadas na redemocratização. Havia uma dívida histórica a ser adimplida, em razão do que o texto constitucional português foi densamente programático, com a proposta de dirigir a economia no sentido da superação do capitalismo.

Além disso, eram patentes as manifestações de socialidade e a expressão de objetivos, ao que se acrescentava um valioso rol de direitos fundamentais, dentre os quais o elenco dos direitos sociais.

Para que tais dispositivos não ficassem apenas no papel, não se transformassem em alibi simbólico para justificação do *status quo*, houve a necessidade de refundação da reflexão teórica em derredor da constituição, do que proveio a teoria da constituição dirigente, sustentando a vinculação do legislador através de uma nova compreensão renovada das normas programáticas. Apenas assim os programas, as direções, e os direitos sociais, econômicos e culturais poderiam lograr uma atuação no sentido de transitá-los do texto para a realidade.

Registre-se, de logo, ser absolutamente inviável traçar um quadro completo e exaustivo dos desenvolvimentos de Canotilho (1994) firmados por hora da sua tese de doutoramento, publicada em 1982, cingindo-se a apontar os traços e elementos componentes dos aspectos fundamentais e substantivos da teoria para o presente estudo, remetendo-se para a própria obra quanto a outras reflexões ou considerações que não são comportadas no presente estudo.

#### **4.3.1 Fundamentação do dirigismo constitucional: questões de pré-compreensão, epistemológicas, teóricas e de metódica constitucional**

A teoria da constituição dirigente se fundamenta numa ampla e variada pré-compreensão, necessária para a reviravolta que vai consolidar quanto às relações entre constituição e lei.

Com efeito, apesar de Crisafulli (1952) ter a precedência na fundamentação da



natureza jurídica, da obrigatoriedade e dos efeitos concretos que podem advir das normas programáticas, faltava, ainda, um elemento de coesão que conferisse um unidade de sentido às constituições portadoras de normas programáticas e integradas por direitos fundamentais sociais.

A unidade de sentido dos programas constitucionais é um dos elementos que vai consubstanciar a noção de constituição dirigente, não se cingindo a vinculação do legislador a cada uma das normas programáticas e dos direitos sociais; ao contrário, há uma programacidade dirigente de todo o texto constitucional, em razão do que se sustenta neste estudo ser tanto uma dimensão de resistência, como de projeção das utopias. E isso não em virtude de um determinado programa ou direito, mas da constituição como um todo, por ser dirigente e, como tal, encerrar uma unidade de sentido. Essa unidade de sentido, registre-se, não suprime o pluralismo em virtude da abertura semântica e interpretativa do texto constitucional, aprofundada pela reflexão hermenêutica.

O dirigismo vai ser impositivo da ampla vinculação do legislador aos programas constitucionais como um todo, sujeitando-se às tarefas e aos objetivos assinalados, modificando-se apenas a intensidade da vinculação que, reitera-se, é plena.

Diante disso, Canotilho (1994) observa que o dirigismo impositivo da ampla vinculação do legislador remete à reflexão de quais tarefas e determinações podem ser cometidas ao legislador pela constituição, sendo uma indagação fundamental “[...] *o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.*”<sup>174</sup> Essa questão se reveste de uma importância fulcral, pois a imposição de demasiadas tarefas e objetivos que não tenham um respaldo numa auto-compreensão e numa auto-representação comunitária pode ocasionar um distanciamento da constituição quanto ao contexto sócio-cultural de que provém e ao qual se destina a regular.

Como Canotilho (2006, p. 125) depois veio a observar, pode acarretar uma sobrecarga do discurso constitucional fundado numa metanarrativa emancipatória situada numa filosofia do sujeito, questão a ser adiante explorada mais amiúde.

De qualquer sorte, essa indagação, consoante acentua Canotilho (1994, p. 12) dirige à reflexão acerca da função e da estrutura das constituições e da concepção que sobre ela se firme. Assim, se deve regular apenas os processos públicos, sendo processual; se além-

---

<sup>174</sup> Destaque no original.

se à criar os órgãos e distribuir as competências, sendo instrumental; se encerra elementos materiais de caráter axiológico, podendo ser uma ordem marco ou uma ordem fundamental. Daí se infere ser impossível sustentar as tarefas sem se ter uma pré-compreensão acerca do que seja uma constituição e quais as suas funções.

Como já delineado, segundo a concepção adotada nesse estudo, a constituição afigura-se como projeção da auto-representação comunitária direcionada à contenção do poder visando à promoção das condições e existência digna; para tanto, uma constituição dirigente têm uma função de resistência e outra de projeção, do que se vale para impor tarefas, vinculando positiva e negativamente o legislador, que se consubstancia em nota essencial para um Estado Democrático de Direito.

Adentrando, ainda em sede de pré-compreensão, no âmbito das questões acerca da legitimidade da constituição, rechaça Canotilho (1994, p. 17-20) a suficiência de uma racionalidade meramente processual, situando, entretanto, a multiplicidade de problemas que demanda a legitimidade material. O grande problema reside, nesse ponto, na identificação do fundamento que confira legitimidade para a encampação de fins e objetivos políticos pela constituição, que ficam, conseqüentemente, resguardados do domínio político-partidário. Como não se pode encontrar uma fundamentação última, que seria de natureza metafísica, e persistindo a necessidade de “*explicitar, na medida do possível, a ‘pretensão de legitimidade’, através da fixação dos fins e tarefas que incumbem ao Estado e do estabelecimento da forma de derivação do poder estadual*”, reconhece que a questão acaba convergindo para o aspecto processual. Busca, então, uma síntese dos fundamentos de legitimidade formal e material, que sustentam os programas constitucionais, com a previsão das condições para o exercício do poder e dos pressupostos materiais que o habilitam e dirigem, operando-se uma simbiose que vem a fundar o Estado Democrático de Direito.

Canotilho reafirma, nesse contexto, a necessidade de um sentido material de Estado de Direito, que não pode ser mitigado pela exaltação do processo e da racionalidade democrática, passível de diluir a materialidade constitucional mediante o recurso processual à disposição das regras do jogo, como se a democracia não contivesse uma direção substantiva.

Outro aspecto ainda em sede de pré-compreensão, e que é inerente à temática do dirigismo, é a afirmação da força conformadora do direito constitucional, já defendida desde Hesse (1991), conforme adrede suscitado. E a capacidade de conformação é ainda mais pressionada se se transita da seara política para a seara econômica, ou seja, do âmbito das constituições liberais e dos direitos de defesa para as constituições sociais e os direitos de prestação. Há, em verdade, além da força conformadora em si, o problema do trespasses para a

questão das condições de efetividade da constituição, envolvendo a sua caracterização, na esteira de Loewenstein, como observa Canotilho (1994, p. 27-30), como semântica, nominal ou normativa. Os fatos sobre a constituição ou a constituição sobre os fatos.

A atualização dessa problemática em plagas brasileiras, como adiante exposto, leva ao enfrentamento entre constituição e *lex mercatoria*, a hetero-regulação constitutiva da constituição e a pretensão sistêmica de auto-regulação do mercado, reforçada pelos paradigmas pós-modernos, em que se integra a autopoiese. A desmercantilização das condições existenciais que o constitucionalismo social pretende empreender tende a dominar a política, e como a constituição promove a constitucionalização da ordem econômica através da política, o enfraquecimento desta leva à debilidade da capacidade de conformação, pressuposto para sustentação do dirigismo.

Adiante, Canotilho (1994, p. 62-64) estabelece uma pré-compreensão fulcral para o dirigismo, sustentando uma reviravolta nas relações ordinariamente mantidas entre legislador e constituição – concebida por Canotilho como um verdadeiro giro copernicano – que conferiram àquele a livre e ampla disposição dos direitos e determinações constitucionais. Como exposto, desde o surgimento do constitucionalismo havia uma área imune à força normativa da constituição, consistente no poder legislativo, por uma série de fundamentos já detalhadamente analisados. O legislador detinha, até o pós-guerra, com uma relativa ressalva da experiência americana, a prevalência sobre o texto constitucional.

O advento das normas do segundo ciclo do constitucionalismo social, com a expansão do controle de constitucionalidade e a reflexão sobre o valor jurídico das normas programáticas e dos princípios constitucionais – que consubstanciam as etapas ou momentos iniciais de um movimento que iria redundar no neoconstitucionalismo – promovendo a re-substancialização da noção de Estado de Direito, que era, também um Estado Social, veio a estabelecer as condições de vinculação do legislador, desenvolvidas, no que tange à programaticidade, por Crisafulli, e tendo o seu ponto culminante no dirigismo de Canotilho.

Da doutrina da regulamentação das liberdades e da ausência de valor jurídico dos princípios constitucionais, transita-se para o valor jurídico das liberdades e a dependência dos direitos sociais, pelo seu caráter prestacional, por parte do legislador. E desse estágio, chega-se a uma vinculação do legislador à ordem fundamental, invertendo-se a relação originária em que o legislador tinha a ampla disposição dos direitos fundamentais. Isso não significa que o legislador seja reduzido a mero executor da constituição, sendo-lhe garantida uma margem de ação, como considera Alexy (2004, p. 31), ou um âmbito em que goze de liberdade de conformação. Para tanto, é necessário resistir ao ceticismo quanto a um Estado Jurisdicional,

que deriva de uma simpatia legislativa.

Para Canotilho, diversamente, “[...] o problema da vinculação do legislador não é um problema de autovinculação mas de heterovinculação; a legislação não conforma a constituição, é conformada por ele”<sup>175</sup>, do que se depreende que a força conformadora do direito constitucional, para que se opera sobre a realidade, pressupõe a sua operatividade sobre o próprio legislador. Persiste, contudo, a já aludida margem de ação e de decisão do legislador, que compõe a liberdade de conformação. Assim, “[...] a não disponibilidade constitucional é o próprio fundamental material da liberdade de conformação legislativa.”<sup>176</sup>

Finalmente, o último elemento integrante da fundamentação do dirigismo quanto à pré-compreensão, e que para o qual convergem os anteriormente firmados, consiste em ter o dirigismo a transformação da realidade como tarefa. O dirigismo constitucional altera substancialmente o direito como um todo, modificando os pressupostos sob os quais se desenvolve, inclusive, a teoria geral do direito, como percebido por Norberto Bobbio (2007, p. 71) ao sustentar a passagem da concepção estrutural do direito para a funcional, com o advento da função promocional do direito através do Estado programático.

Assim, Canotilho (1994, p. 69-71) indica a necessidade de uma compreensão dialética – talvez melhor fosse dialógica – entre os fatores da realidade conformados, na medida em que o constitucionalismo social abriga o problema da transformação da realidade.

Pode-se dizer que, se o Estado de Direito marca a passagem do governo dos homens pelo governo das leis, o dirigismo busca introduzir nas relações sociais o governo da liberdade, tanto pela garantia dos direitos sociais, como pela proteção das liberdades; para tanto, contudo, apresenta-se como premente a transformação da realidade e, dessarte, o direito deixa de ser concebido e institucionalizado como instrumento de dominação e manutenção do *status quo* e passa a ser compreendido como caminho para a transformação da realidade, matizada pelas utopias jurídicas que deságuam na dignidade, como desenvolvido por Ernst Bloch.

Justamente na pré-compreensão do direito como capaz de implementar a transformação da realidade é que há a fundamentação nos paradigmas da modernidade, cujo enfraquecimento e cujas deficiências deram azo a uma tentativa de erosão do constitucionalismo pela pós-modernidade, no que não se logrará êxito em virtude da dimensão de resistência que entrincheira o texto constitucional contra ataques e pressões externas.

---

<sup>175</sup> Grifos no original.

<sup>176</sup> Grifos no original.

Canotilho aponta os pressupostos filosófico-político que embasam a inserção da transformação da realidade como tarefa imposta pela constituição, que são a) a diferenciação entre o homem e a natureza; b) a existência de um sujeito que tenha a aptidão de colocar a realidade a sua disposição e decisão – no que se insere o problema da crise das metarrativas e da filosofia do sujeito; c) o domínio pelo homem sobre o mundo firmado por um processo de reciprocidade entre sujeito e objeto; d) o sujeito decidente são as forças e os grupos sociais – pelo que pretende romper com a metafísica tradicional –, afastando a existência fundamentante de um sujeito cognoscente; e) o mundo não é uma ordem dada, ou derivada da natureza das coisas; f) uma boa ordem abriga a perspectiva de definição de idéias concretas numa dada situação histórica sobre o que deve ser a ordem e os meios a sua realização; g) não estando em ordem o mundo, necessita de ordenação, promovida pelo direito, que consubstancia sempre, e conseqüentemente, um problema em aberto.

Ademais, que o direito conforma a realidade seria, em si mesmo, um truísmo, senão se conceber que essa conformação tem o caráter de transformação. Assim, identifica o constitucionalista português que a questão consiste em se saber especificamente como conformar a realidade, levando a perquirir quais as tarefas de transformação da realidade que devem ser abrigadas. Na medida em que as constituições juridificam tais tarefas, subtraem-nas do domínio da política.

Adiante, Canotilho (1994, p. 154-158), após analisar várias concepções teóricas em derredor da constituição, sustenta a necessidade de uma teoria que seja constitucionalmente adequada, sendo essa a razão que conduziu ao presente estudo diante das dificuldades de inserção no Brasil do dirigismo português e, mais ainda, do pensamento reformista do dirigismo português, que se constitui num risco ao constitucionalismo brasileiro.

O desenvolvimento de uma teoria constitucionalmente adequada não fica limitado ao plano abstrato, descendo ao contexto e ao ambiente da situação histórica, firmando dois pontos fundamentais, consistentes em que as tarefas constitucionalmente albergadas têm de se assentar num consenso fundamental numa sede pré-constituente, forte o suficiente para que sejam materializados e traduzidos em imposições constitucionais, como também que a realização dos fins e das tarefas, sendo atribuições políticas, devem ficar na órbita do legislativo e do executivo, encerrando, respectivamente, um caráter compromissório e uma fundamentação para o desenvolvimento legislativo dos programas constitucionais pelo qual são concretizados.

Nesse sentido, e conclusivamente, cabe colacionar o excerto abaixo, *in verbis*:

A uma teoria da constituição constitucionalmente adequada incumbe ‘investigar’, ‘justificar’, ou ‘criticar’ a *sociologização do direito constitucional* que acompanha ou pode acompanhar a programática constitucional. Não se trata de formular juízos negativos sobre a *ideologia da constituição* em nome da *ideologia do constitucionalismo*, para acusar aquela do ‘crepúsculo constitucional’ e atribuir a esta o mérito de manter a ‘força normativa da constituição’.

Outrossim, quando da sustentação da necessidade de uma teoria constitucionalmente adequada já se promoveu uma apreciação, ainda que limitada, da consistência teórica do dirigismo.

Em seguida, Canotilho (1994, p. 165-207) expõe a imbricação que a teoria da constituição dirigente possui com várias áreas do saber jurídico, como com a própria teoria da constituição no que respeita à forma de constitucionalização dos programas, que traz à reflexão limitações que provêm para as imposições constitucionais como decorrência da reserva do possível, eis que “[...] a efectivação dos direitos a prestações não pode fugir à dificuldade de conceber direitos subjetivos insusceptíveis de serem derivados normativamente da constituição como direitos imediatamente realizáveis, correndo-se o risco de os transformar em ‘cláusulas vazias’”, praticamente deixando-se à avaliação dos órgãos de direção política quanto às prioridades e distribuição dos recursos orçamentários, não sendo, para Canotilho, possível, nessa situação, a os pressupostos de realização das prestações exigidos judicialmente.

Ainda em sede de teoria da constituição, analisando a relação entre constituição e legislação, justifica a rejeição da concepção de uma discricionariedade legislativa diante do reconhecimento de que ao legislador não cabe apenas executar a constituição, não havendo uma relação paralela àquela estabelecida entre lei e ato administrativo. Há uma tensão nessa relação que pode desencadear o aprisionamento da constituição à legalidade, como, no sentido das críticas recebidas, a ingovernabilidade pelo engessamento da política, além de uma sobrecarga constitucional.

Para o autor, os programas acarretam imposições constitucionais cuja execução cabe aos órgãos de direção política, que implica uma atividade de planejamento, fixação e execução dos objetivos constitucionais consagrados, envolvendo uma série de atos normativos, administrativos e materiais.

Acentua, ainda, que a constituição dirigente revela vários problemas a serem trabalhados no âmbito da metódica constitucional, em especial no que respeita à concretização dos programas diante do alto grau de indeterminação e de abertura e uma baixa intensidade

normativa; essa abertura é deliberada, destinando-se a conferir uma liberdade decisória, notadamente quanto aos meios para implementação dos objetivos, que é necessária em virtude da dinamicidade social. Com efeito, pode-se conceber que uma das grandes problemáticas da constituição dirigente consiste no desenvolvimento de uma metódica adequada para assegurar a vinculação ao programa e, ao mesmo tempo, resguardar uma margem de ação para o legislador.

Além disso, numa perspectiva não explorada por Canotilho diante da suas reticências e resistências quanto à judicialização da política, a metódica adequada, entendida como caminho para trazer a fala a dimensão constitutiva-dirigente do texto constitucional, orientada pela reflexão hermenêutica, deve balizar a devida garantir jurisdicional não só da dimensão de resistência que resulta do dirigismo, mas também de concretização progressiva das utopias jurídicas, sem que haja um substancial comprometimento da margem de ação do legislador, quando ele também se valha dela para dar seguimento e concretude aos programas. Assim, deve abrigar a ponderação dos interesses a partir da ponderação dos resultados.

A análise geral dos elementos de pré-compreensão, de compreensão e teórico-interdisciplinares dão uma demonstração da intrincada rede de problemas que o dirigismo comporta, problemas esses que se intensificam em países do capitalismo periférico substancialmente, pela mais intensa fluidez da dinamicidade social derivada de uma certa anomia das instituições de regulação.

Evidencia-se que Canotilho intenta afastar o dirigismo da filosofia do sujeito projetante do futuro como se a ele pertencesse o domínio do porvir, inserindo a reflexão hermenêutica no âmbito da metódica estruturante.

Há, ainda, notáveis pontos de possíveis atritos, ou de complementariedade e reforço recíproco, a depender de como se dê as relações entre constituição e lei, entre dirigismo normativamente vinculante e a margem de ação do legislador, trazendo a lume a intrincada questão relativa à gradação do constitucionalismo e da democracia, que se pretende harmonizar sob a fórmula do Estado Democrático de Direito.

Uma constituição dirigente é, antes de tudo, uma constituição que se pretende normativa e, para tanto, afirma-se a força de conformação da realidade, e conformação que antes é transformação, o que repercute, como exposto, para a teoria do direito. Canotilho, todavia, mesmo percebendo a intrincada conexão de vários problemas teóricos e epistemológicos – a ensejar a caracterização da teoria da constituição dirigente como formada pela consistência advinda de uma rede de teorias, que são soluções parciais para uma conjuntura múltipla de problemas que desafiam a juridicidade constitucional, se além ao

estrito âmbito do saber jurídico, consubstanciando o que outrora denominado como ensimesmamento teórico, sob uma certa crença típica de um fetichismo legal relativizado e matizado pelas condições de sua realização.

Com efeito, como já apontado, e seguindo expandido por Häberle, não basta uma constituição dirigente, mas ele é necessária para que se promova a realização dos fins comunitários expressos no pacto fundador do Estado, que deve ser tido como auto-representação comunitária da institucionalização do poder político, notadamente porque é a ele que cabe a realização da direção política mediante a observância das direções programaticamente firmadas e dos programas dirigentes.

Nisso se identifica que faltou, como aludido, para fins de uma adequada teoria da constituição ao texto e ao contexto, uma interação com outras áreas do saber, dentre as quais a teoria do Estado, como aponta Bercovici (2003b, p. 133-137), a ciência política e a economia, além da busca de uma transdisciplinariedade com o direito tributário e orçamentário, dentre outros, a fim de permitir, inclusive, o aperfeiçoamento teórico de algumas questões que permanecem problemáticas ou como pontos de atrito, como as limitações à realização dos programas constitucionais e dos direitos sociais e econômicos pela reserva do possível.

Outrossim, a relação entre constituição e política e as condições de resistências às teses da ingovernabilidade e da sobrecarga constitucional pela projeção das utopias e pela imposição de tarefas são questões que impunham uma interação com a ciência política e a teoria do Estado. Talvez em razão de não haver a devida atenção, Canotilho tenha, posteriormente, aquiescido com parte das críticas pertinentes à sobrecarga e à impossibilidade de tradução em realidade.

Dessarte, firmada a pré-compreensão, e analisados os elementos teóricos e metódicos, numa perspectiva epistemológica aberta, expostos sintética e criticamente no que reputado mais relevante para o presente estudo, Canotilho prossegue com a formulação dos aspectos substanciais da teoria, voltando-se para a aprofundamento da reflexão acerca da natureza e dos limites da relação entre constituição e lei, adentrando no cerne da sua concepção dirigente, como será exposto, ainda que, reitere-se, em linhas sintéticas.

#### **4.3.2 O dirigismo programático vinculante: a juridicidade das imposições constitucionais e a liberdade de conformação do legislador**



O dirigismo constitucional consubstancia, como vem sendo sustentado no presente estudo, resistência e projeção de utopias jurídicas. Resistência que garante em face do exercício arbitrário da manifestação do poder; projeção que se destina a dirigir a manifestação do poder. Poder esse político, econômico ou de qualquer outra natureza.

Para tanto, remete às relações tanto da constituição com o legislador, como da constituição, e do direito como um todo, com o mercado. A primeira relação é objeto de detida reflexão de Canotilho (1994, p. 256), recorrendo aos desenvolvimentos teóricos de Lerche que, na Alemanha, introduziu o sentido do dirigismo, ainda que não sendo globalmente considerado como um traço da constituição em si mesma.

Partindo da afirmação do caráter dirigente da constituição, impositivos de tarefas para o legislador, que está adstrito a promover a direção política conforme os programas constitucionais, Canotilho (1994, p. 276) identifica que se pode compreender a situação do legislador perante a constituição a partir de três possibilidades, quais sejam, a) de executor dos comandos dirigentes; b) como aplicador e, finalmente, como c) conformador. A opção por cada uma dessas opções leva a uma força distinta da constituição em face da lei e a uma concepção de política também diferenciada. A adoção da opção por ter o legislador como mero executor iria engessar a ação política, fechando, de certo modo, os canais de manifestação popular no tempo, pois todas as eleições prioritárias já estariam previamente definidas, ficando à política partidária e representativa, quando muito, a definição dos meios. A essa concepção corresponderia, ainda, a compreensão de constituição como ordem fundamental em sentido quantitativo (ALEXY, 2004, p. 31), enfeixando em si todas as decisões sobre as questões político-decisórias.

Canotilho rechaça as duas primeiras visões, vindo a abrigar a caracterização da função legislativa em face de uma constituição dirigente – e, como tal, expansiva – como pertinente à existência de uma atividade de conformação legislativa dos programas e direções constitucionalmente vinculantes.

Ao rejeitar a possibilidade de consubstanciar uma atividade de execução, descaracteriza, conseqüentemente, a discricionariedade legislativa, preferindo substituí-la pela noção de liberdade de conformação.

Com efeito, como salienta Canotilho (1994, p. 220-221) a liberdade de conformação do legislador, conferindo-lhe maior amplitude político-decisória, inclusive para qualificar o interesse público que já não for predeterminado pela constituição, é uma exigência democrática integrante do conteúdo material do Estado Democrático de Direito. Ora, se há uma constitucionalização da política, se se estabelece uma direção para a política,

não há, todavia, um esgotamento ou um exaurimento da matéria política em sede constitucional.

Assim, após proceder a uma detida apreciação da noção de discricionariedade legislativa, identifica a sua manifesta inadequação (CANOTILHO, 1994, p. 223-237). A discricionariedade legislativa, se admitida, não conferiria ao legislador qualquer possibilidade de eleição de fins, mas apenas de avaliação dos meios aptos à promoção e à realização dos fins já assentados na constituição, e apenas nela, em caráter exaustivo.

Ao aderir à noção de liberdade de conformação, Canotilho (1994, p. 242-250) admite que ao legislador caiba não apenas a execução da constituição, mas, principalmente, a atividade de qualificação do interesse público, ainda que esse interesse público seja plural e esteja formado substancialmente pelos objetivos e fins constitucionais, como delimitado e dirigido pelos direitos fundamentais. Essa qualificação do interesse público estaria, então, estritamente vinculada pela constituição, material e formalmente, o que se manifesta na fórmula do Estado Democrático de Direito, pois “[...] *a lei, no Estado de direito Democrático-Constitucional, não é um acto livre dentro da constituição; é um acto, positiva e negativamente determinado pela lei fundamental.*”<sup>177</sup>

Desse modo, constata que a noção de vinculação constitucional é simples e clara, sendo difícil o enfrentamento de outros aspectos que dela derivam; significa, sinteticamente, que todos os poderes, no Estado Democrático de Direito, e no âmbito de uma constituição dirigente, estão vinculados; o complexo é precisar o conteúdo e a extensão da vinculação, o que se torna ainda mais dificultoso em se considerá-la não tanto como limites externos, mas como determinação positiva – porque decorrente de uma constituição dirigente – dos atos legislativos. Segundo o constitucionalista português, a constituição “[...] define, mais ou menos detalhadamente, os fins do Estado, os princípios materiais norteadores da sua realização e as tarefas dos órgãos estaduais.”

Desse modo, constata-se que se trata de uma vinculação positiva e negativa, material e contudística, mas também formal. Há a determinação dos objetivos do Estado, que devem ser concebidos como auto-projeção existencial da comunidade política, tornando a eles adstrita a atividade de direção política e, no que lhe competir, também o legislador.

A partir daí, Canotilho (1994, p. 252-256) promove uma sistematizando do âmbito de competências que permeia a noção de liberdade de conformação, havendo a) a

---

<sup>177</sup> Destaques no original.

competência de concretização legislativa; b) a de qualificação legislativa positivamente vinculada; c) a de qualificação negativamente vinculada; d) a de qualificação não-arbitrária.

A primeira competência consiste na existência de um estrito âmbito de liberdade de conformação na medida em que já se assenta no texto constitucional a prévia identificação dos interesses públicos, cuja implementação concretizadora cabe ao legislador – e também aos demais poderes, inclusive ao judiciário, o que é rejeitado por Canotilho diante da sua rejeição quanto à judicialização da política; como a constituição não exaure a matéria de qualificação do interesse público, há uma margem de decisão para que o legislador o faça, consubstanciando o segundo tipo de competências, em que também há um âmbito restrito para o legislador exercer a qualificação do interesse público, a partir do sistema constitucional.

A competência de qualificação negativamente vinculada obsta que o legislador eleja determinados interesses, por serem opostos ao sistema constitucional, quer aos direitos fundamentais, quer às direções e aos programas, estando apto para fazê-lo livremente em não ocorrendo contrariedade ao texto constitucional; finalmente, a última espécie de competência abriga uma ampla margem de ação para o legislador, que só não poderia qualificar como públicos interesses que se afirmam de forma arbitrária.

Com isso, Canotilho estrutura uma intrincada teia que agrega as determinantes heterônomas e as autônomas com as competências de qualificação, dando ensejo tanto à discricionariedade legislativa, como à liberdade de conformação, em que do que examina os vícios que podem resultar da inobservância do sistema de vinculação proposto.

Diante de um flagrante descumprimento do dever de legislar, constitucionalmente imposto, Canotilho (1994, p. 273) sustenta a competência dos tribunais constitucionais para declarar a inconstitucionalidade por omissão, exprimindo a responsabilidade do legislador sobre o quadro de descumprimento deliberado.

Não obstante identifique tal vício, não haveria o alargamento funcional da jurisdição constitucional, mantendo-se refratário a uma maior interferência do judiciário, rechaçando a existência de um direito à legislação judicialmente sindicável (CANOTILHO, 1994, p. 274-278), admitindo, entretanto, que a proibição do *non liquet* possibilita, no máximo, à aplicação direta e, ainda assim, quando possível. Canotilho também não é muito afeito a um amplo controle das prognoses legislativas, a despeito de afirmar que a liberdade de conformação e o juízo de prognose legislativa não são incompatíveis com uma vinculação material a partir da constituição, salientando que “*O problema não reside aqui em, através do controlo constitucional se fazer política, mas em apreciar a constitucionalidade da*

*política*”.<sup>178</sup>

Essa compreensão torna restrita a possibilidade de garantia dos programas e de realização dos direitos sociais e econômicos nos Estados de capitalismo periférico em que a democracia não seja via suficiente para compelir o legislador a adimplir o seu dever constitucional de legislar, do que se tem a consequência de que os programas constitucionais não vão até onde deveriam ou poderiam ir.

Canotilho (1994, p. 277-287) prossegue analisando a natureza da vinculação e do caráter determinando dos princípios materiais constitucionais sobre o legislador, extraindo deles uma limitação negativa heterônoma, mas não uma direção positivamente vinculante.

O constitucionalista procede, então, à distinção entre fins e tarefas do Estado, esclarecendo que as tarefas se consubstanciam como mais específicas, como um dever jurídico teleologicamente orientado, sendo, tanto os fins quanto as tarefas, os elementos pelas quais se manifesta o dirigismo como instância de direção política, na medida em que pela “[...] determinação de fins e fixação de tarefas que se capta o sentido da ‘pirâmide dirigente’ e a especificidade do carácter vinculante da legiferação concretizadora: os fins constitucionais requerem uma legislação actualizadora e concretizadora das tarefas por eles determinadas”.

Por conseguinte, vislumbra-se o estabelecimento da reviravolta firmada com o advento do constitucionalismo dirigente, deixando o legislador de ter a ampla disponibilidade sobre a constituição e sobre os direitos fundamentais e passando a ter sua atuação limitada e positivamente dirigida pelas tarefas e pelos fins, encerrados nos programas constitucionais, que o faz transitar da discricionariedade para a liberdade de conformação, habilitando uma inequívoca constitucionalização da política, cujo controle pela jurisdição constitucional, malgrado seja rejeitado em grande medida por Canotilho, vai representar a condição de possibilidade de afirmação do dirigismo, em especial diante de um apurado processo de desencantamento para com o processo político-eleitoral e parlamentar.

### **4.3.3 As imposições constitucionais e sua violação: o problema da resistência às direções pela omissão legislativa**

---

<sup>178</sup> Destaque no original.

Exposta a relação da constituição para com o legislador, expressa de forma sintética, mas permeada de problemas dos mais variados matizes, Canotilho adentra na apreciação da consistência das imposições constitucionais, oriundas de normas programáticas, a partir das quais provém o dirigismo sobre o âmbito de direção política que, como exposto, não foi devidamente tratado ao ensejo do desenvolvimento inaugural da teoria, quedando sem reflexão a juridicização constitucional das políticas públicas e a sua possibilidade de controle jurisdicional, contra o que, como exposto, manifesta-se o constitucionalista português.

Aponta que o destinatário das imposições constitucionais é tanto o legislativo como o executivo, pois ambos os poderes compõem as deliberações e opções no que respeita à direção política; não obstante ser patente tal direcionamento específico, até porque se destinam as imposições a ser concretizadas mediante atos normativos, administrativos e materiais variados, essa referência restrita a esses órgãos daria respaldo a um entendimento errôneo de que o judiciário não está atrelado às imposições constitucionais, ou de que só estaria no que se refere à eficácia interpretativa e integradora, à semelhança do que sustentado por Crisafulli e, dali em diante, pela doutrina pátria, sendo abrigado pelo próprio Canotilho (1994, p. 294-300). Em verdade, ainda que não seja o judiciário responsável pela concretização e atuação dos programas de que emanam as imposições, torna-se imprescindível, numa teoria constitucionalmente adequada, firmar-se a sua inserção à dupla vinculação, material-negativa e material-positiva, interdizendo a atuação judicial em determinados sentidos, e impondo a concretização, balizada pela lei, quando possível, ou não, se impossível e necessário, à vista das condições existenciais reais – no que se recorre ao pensamento possibilista de Häberle, há aludido, e à abertura da interpretação constitucional, efetuada pela comunidade de intérpretes. Ressalte-se que, em se distinguindo na função executiva a de governo e a de administração, as mesmas considerações para o judiciário são estendidas à administração.

A despeito do entendimento esposado, Canotilho persiste com a rejeição peremptória à jurisdição constitucional estender-se sobre a atividade legiferante, pois “[...] a ‘correção do direito incorreto’ não pode ir ao ponto de ‘criar direito legal’, e, por isso, o problema é sempre de imposição legiferante”; admite, contudo, como não poderia deixar de ser, a aplicação imediata dos preceitos constitucionais quando for possível sem a intermediação legislativa, o que, em se tratando de normas programáticas e no sentido dirigente da política, é uma possibilidade praticamente nula. Saliente-se, ainda, da fixação por um enunciado constitucional de um objetivo fundamental, ou de uma finalidade institucional ou, mesmo, interna a determinado direito fundamental, é possível que se origine várias

normas constitucionais, quer princípios, quer regras, programáticas ou não, demandando, portanto, a atuação judicial concretizadora.

Canotilho concebe as imposições constitucionais como normas necessariamente dependentes da *interpositio legislatoris*, sem olvidar a reviravolta decorrente da afirmação da vinculação dirigente da constituição, sustentando tratar-se de um dever jurídico, destinando-se à a) conformação jurídica de situações de fato; b) regulamentação de questões específicas; c) criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; d) adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental.

Desse modo, além da reviravolta havida quando à relação entre constituição e legislador ou, como prefere Canotilho, o giro copernicano, também se consolidou o entendimento pressentido desde Cooley e Ruy Barbosa, sustentando por Crisafulli, e exaltado pela doutrina pátria, no sentido de não haver nas constituições exortações morais ou algo que o valha, como bem expressa no excerto abaixo, *in verbis*:

O problema da ‘actualidade’ e ‘actualização’ das imposições constitucionais coloca-se, assim, sob um prisma substancialmente diferente do da velha concepção ‘programática’ das normas constitucionais. Não obstante se apontar ainda hoje um ‘momento utópico’ a certas imposições constitucionais, estamos já longe dos ‘simples programas’, ‘proclamações’, ‘exortações morais’, ‘declamações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘determinações programáticas’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade.

Por conseguinte, o dirigismo constitucional consolida-se contra o Estado legal e em favor da sujeição do legislador à supremacia constitucional, inclusive no que respeita à direção política, salientado que a exigência da *interpositio legislatoris* é uma consequência da positividade constitucional, atributiva de tal tarefa. Como já assinalado, Canotilho (1994, . 301) reconhece a função interpretativa como natural do dirigismo mediante a força obrigatória proveniente dos preceitos programáticos.

O constitucionalista português (CANOTILHO, 1994, p. 304) acolhendo as lições de Lerche, confere à atualização constitucional, ou seja, à concretização dos preceitos programáticos um carácter processual, materialmente informado.

O autor distingue (CANOTILHO, 1994, p. 306) as imposições constitucionais do que denomina como diretivas, que nada mais seriam do que as disposições que fazem remissão ao legislador e, como tal, necessitam de uma lei para regulamentação, mas não abrigam qualquer tarefa que lhe seja assinalada. Nesse sentido, seria exemplo a previsão do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, não sendo estabelecida, ainda, por lei, essa

proporção.

Adentrando na caracterização das imposições mediante as normas programáticas (CANOTILHO, 1994, pl. 315-324), que instituem fins e tarefas para o Estado, salienta que consubstanciam diretivas materiais de conduta e apresentando relevo na tríplice eficácia que possuem, originando, numa perspectiva atualizada e conforme o presente estudo, a) imposições constitucionais permanentes destinadas ao legislador; b) direções materiais para decisão e ação estatal vinculando a todos os órgãos públicos, e c) limites negativos à ação estatal. Entretanto, antevê duas modalidades de imposições constitucionais, ambas permanentes, mas uma delas é abstrata e a outra é concreta. As normas programáticas encerram imposições constitucionais abstratas, enquanto as imposições constitucionais em sentido estrito são concretas, sendo ambas, reitera-se, permanentes.

Diante disso, sustenta que o legislador encontra-se estritamente vinculado às imposições constitucionais no que respeita *ao se, ao quê e ao como*. Por conseguinte, caracteriza que os elementos essenciais à configuração das imposições constitucionais concretas consistem na a) existência de uma ordem material permanente e concreta dirigida precipuamente ao legislador para que edite as normas concretizadoras, donde se origina um b) dever de legislar para c) atuar as imposições conforme as respectivas direções materiais deles constantes.

Ora, mesmo que seja pertinente a distinção entre normas programáticas, entendidas como imposições constitucionais abstratas, e as imposições constitucionais em sentido estrito, verifica-se que ambas importam na indicação de uma finalidade, um objetivo ou uma tarefa a ser desempenha, modificando-se apenas o nível de abstração ou concreção e, conseqüentemente, a densidade normativa originariamente constitucional, do que advêm as demais distinções enunciadas. Assim, não se afigura pertinente a distinção, devendo-se conceber que, assinalando um fim, objetivo ou tarefa que implica na transformação da realidade, está-se diante de uma norma programática, mais ou menos abstrata. Daí se deve pretender, em verdade, mais uma tipologia das normas programáticas do que estabelecer um outro gênero, que delas seria diferenciado, comprometendo, ao que parece, o caráter sistemático e a unidade de sentido do texto dirigente que, por ser tal, é programático.

Canotilho sustenta que as imposições constitucionais concretas operam efeitos imediatos, concluindo pela eficácia imediata da que enunciam direitos, independentemente de mediação legislativa, sujeição vinculante a todos os poderes públicos, assegurando a possibilidade subsidiária de concretização jurisdicional.

Assere, ainda, que as imposições careceriam de atualização, que se caracteriza pela

ausência da lei por ela exigida, remetendo a questão para as possibilidades e limites da jurisdição constitucional. Torna-se possível essa atualização pela concretização desempenhada vinculativamente pelo judiciário e pela administração pública, segundo Canotilho, apenas em se tratando de direitos fundamentais, a depender da sua densidade normativa constitucional; caso contrário, embora haja uma vinculação de ambos primeiramente à constituição do que à lei.

O autor distingue ainda a concretização da atualização, não diferenciadas acima, por reputar que aquela se materializar apenas na aplicação a casos concretos, tendo por concretização o processo de densificação de normas dotadas de abertura semântica e indeterminação, sustentando a possibilidade de se realizar tanto pelo legislador quanto pelo judiciário, havendo, conseqüentemente, uma concretização legislativa e uma concretização judicial. Não obstante isso, são dois movimentos distintos de concretização em virtude da maior margem de ação do legislador quanto ao aspecto produtivo e criador do direito, decorrendo de valorações políticas, de ponderações e sopesamentos, além de prognoses.

Finalmente, suscita a questão do não cumprimento das imposições constitucionais, dando ensejo à caracterização da inconstitucionalidade por omissão.

Firmados os fundamentos e estruturada a teoria da constituição dirigente, Canotilho (1994, p. 329-334) passa a se dedicar ao problema da omissão inconstitucional, que tem como pressuposto o descumprimento de uma imposição concreta de legislar proveniente da superioridade material e formal da constituição em face do legislador. Outrossim, a omissão pode consubstanciar, igualmente, o que denomina como “agressão negativa” aos direitos fundamentais, seja em virtude do dever de legislar que pode decorrer de alguns deles para dar-lhes concreção, reforçada pela imediata aplicabilidade e pela eficácia resultante tanto da dimensão objetiva – enquanto princípios objetivos de justiça – e subjetiva, ao investir o titular na pretensão de exigir a satisfação da vantagem em que é investido.

Canotilho estabelece uma distinção entre as imposições constitucionais abstratas e as concretas quanto à omissão inconstitucional, asseverando no que respeita às concretas é que se operaria de logo, diante da deliberada inércia, uma omissão inconstitucional, situando-se as imposições abstratas numa situação de descumprimento que pode ainda ser constitucional, mas tende a se converter em situação inconstitucional caso haja a continuidade da sistemática omissão quanto à adoção de medidas direcionadas ao atendimento dos respectivos programas.

A despeito disso, não pretende o constitucionalista luso, com a distinção, estender para a inconstitucionalidade por omissão a jurisdição constitucional, relegando o problema



para o âmbito da luta política mediante o processo democrático, dando respaldo para que possa e deva “[...] acusar o legislador de omissões inconstitucional (haja ou não meios de controlo)”. Canotilho sugere, então, a instituição de uma ação constitucional de defesa, que seria a via adequada para a tutela do cidadão em face de omissões inconstitucionais, mas cuja decisão seria uma modesta declaração “platônica” de inconstitucionalidade por omissão.

Ora, apesar de engenhosa construção da teoria da constituição dirigente em prol da efetividade das normas constitucionais e em favor da consolidação da reviravolta nas relações entre constituição e lei, a mera deferência da resolução da inconstitucionalidade por omissão é uma solução tímida, a par de inadequada e insuficiente para combater a sistemática de deliberada inércia legislativa, que consubstancia o último bastião soerguido pelo arbítrio como contenção à dimensão emancipatória e libertária do direito constitucional, resistindo à projeção da força normativa.

A inadequação da deferência ao processo político, solução essa já aviltrada por Vezio Crisafulli, para combater a inconstitucionalidade por omissão é empiricamente comprovada pela experiência constitucional brasileira, permanecendo relevantes matérias constitucionais sujeitas à ação legislativa, questão que se relevou toda a sua agudeza pelo esvaziamento jurisprudencial do mandado de injunção, resgatado heroicamente numa correção da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado em 2007, ao ensejo da apreciação do Mandado de Injunção nº 712, concluída na sessão de 27 de outubro de 2007<sup>179</sup>.

Essa decisão expressa o acolhimento jurisprudencial da doutrina sustentada, dentre outros, por Dirley da Cunha Júnior (2004) que, contrariamente ao entendimento de Canotilho – afirmando ser possível apenas a condenação do legislador a suprir a omissão –, afirma a existência de um direito fundamental à efetivação da constituição, o que perpassa pela existência e exigência de um direito à legislação, mediante o qual o direito em questão “[...] pode, em casos de omissão normativa, ser efetivado diretamente pelo juiz, ainda que para tanto tenha que de substituir-se ao legislador omissor [...] editando normas para o caso concreto”, expondo, ainda, uma aparente evolução do entendimento do constitucionalista luso sobre a matéria.

E é justamente diante de posições teóricas que se mostram incompatíveis com o

---

<sup>179</sup> No caso, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o *writ*, por maioria, para propor a solução da omissão legislativa quanto à regulamentação do direito de greve pela aplicação da Lei nº 7783/89, vencidos três Ministros que entendiam pela limitação dos efeitos da decisão à categoria representada pelo sindicato impetrante, agregando condições específicas para a paralisação.

contexto institucional brasileiro que surge a responsabilidade e a necessidade da adequação a ser promovida pela doutrina, tendo sido falsificada, para recorrer a Popper, há muito tempo a suposta solução para o problema da omissão com o deslocamento para as instâncias políticas, pouco ou nada importando a acusação do legislador por essa que é uma das mais graves desídias. Não obstante isso, como apontado por Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 347-353), em reflexões posteriores, e diante do surgimento do mandado de injunção, o pranteado doutrinador português evoluiu o seu entendimento, malgrado não tenha chegando ao ponto de admitir a supressão da omissão pelo juiz.

Em se tratando do controle da omissão inconstitucional, seja pela via do controle abstrato, seja pela via do controle concreto, Canotilho (1994, p. 345-350) reafirma a concepção já esposada de que não é possível um suprimento judicial, cingindo-se a decisão à declaração de inconstitucionalidade, com o deslocamento do problema para as instâncias político-eleitorais e democráticas.

Não havendo garantia jurídica suficiente, a questão deveria submeter-se às garantias democráticas; entretanto, se não houve a edição das leis necessárias ao implemento da imposição constitucional concreta até o momento da declaração de inconstitucionalidade, tal circunstância já denota que as instâncias democráticas não foram o suficientemente fortes e consistentes para obter o adimplemento do dever de legislar.

Dessa forma, de pouco ou nenhum valor terá a mera declaração de censura do tribunal constitucional sobre o legislador, ficando a solução da omissão inconstitucional – à semelhança do que ocorrido nos albores da Questão Social, em que o indivíduo não proprietário era deixado a própria sorte – ao ‘Deus dará’. Não se justifica, portanto, que se conceba a impossibilidade do guardião da constituição e, conseqüentemente, da política constitucional, investido em sua legitimidade argumentativa, materialmente fundada (ALEXY, 2007, p. 53-54).

Esses aspectos expostos compõem os princípios fundamentais, traços e características da versão inaugural do dirigismo constitucional, ainda carente de uma interdisciplinariedade mais ampla, para além do direito e para dentro do direito, e de uma análise das vias adequadas de operar o problema da omissão inconstitucional e das condições susceptíveis de superá-la, revestindo-se de uma condição de aporia sem que, em verdade, houvesse o apuro da reflexão para superar propostas advindas de 1950, com Crisafulli, cuja experimentação já tratou de falsioná-la.

Além disso, e talvez pela falta de inserção e inclusão da ciência política, apesar do dirigismo se caracterizar pela designação de fins que devem resultar de uma auto-projeção

comunitária, instituindo linhas materialmente vinculantes para a direção política, em nenhum momento vinha a reflexão sobre a relação do dirigismo com as políticas públicas. Havia a invalidação das normas colidentes e o problema insolúvel da omissão, mas não se investigava a repercussão do dirigismo sobre o processo de formulação, implementação, execução, controle e avaliação das políticas públicas, questão essa que se afigura até mesmo prioritária e de maior relevo.

E justamente uma teoria da constituição dirigente ao texto e ao contexto brasileiros não pode descurar da inter-relação e da interação entre os programas constitucionalmente vinculantes da atividade de direção política e as políticas públicas.

Para tanto, contudo, torna-se premente sustentar a dimensão de resistência do dirigismo em face das pressões que a ele são impostas para, depois, repercutir a sua dimensão projetiva do futuro sobre a teoria das normas constitucionais, com a releitura propiciada pelo neoconstitucionalismo, sobre os direitos fundamentais e, principalmente, sobre as políticas públicas e a viabilidade, conseqüentemente, do seu controle jurisdicional.

Só que tais desenvolvimentos só podem ser bem fincados e fundamentados em se compreendendo que o dirigismo, com a resistência e a projeção, compõe o sentido material do Estado Democrático de Direito, agregando como uma sua dimensão essencial o Estado Social.

Por conseguinte, cumpre que seja analisado o Estado Democrático de Direito, fórmula adotada pela Constituição de 1988 e que tem a aptidão, juntamente com a reflexão hermenêutica e as contribuições propiciadas pelo neoconstitucionalismo, notadamente na seara da teoria dos princípios, para reforçar e expandir o dirigismo constitucional que, por sua vez, confere-se compostura material e institucional, num movimento de mútua e recíproca interação, implicação e complementariedade.

#### 4.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESISTÊNCIA E A PROJEÇÃO DO ESTADO SOCIAL PELO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O Estado Democrático de Direito já foi sucintamente apresentado alhures como expressão da simbiose do Estado Social com o Estado Liberal, agregando-se a ele a substancial dimensão democrática. Resulta de um processo evolutivo dirigido a constituir uma fórmula pela qual o Estado estivesse a serviço dos direitos fundamentais, com a capacidade

para, democrática e legitimamente, prover não somente as condições existenciais, mas os pressupostos para o livre desenvolvimento da personalidade e a ampla vivência comunitária.

Em verdade, como já deve resultar da evolução empreendida do constitucionalismo, o Estado Democrático de Direito é a fórmula de êxito contemporâneo do Estado de Direito. Só que um êxito ameaçado e sob pressão. Pressão essa que não é tanto sobre ele, mas sobre o dirigismo constitucional que o anima, pela eficácia de resistência que abriga a permanência do Estado Social como uma sua dimensão inelutável.

Como visto, o Estado de Direito que, segundo algumas concepções, técnico-formalistas, chegou a ser Estado de não-direito pela opacidade contetudística e material, subordinada à mera concepção de legalidade, encontra a sua fortuna (LUÑO, 2001, p. 219) no Estado Democrático de Direito.

Compreende-se o Estado de Direito como conceito-modelo, sendo uma referência e, como tal, caracterizado e preenchido pelas várias formas político-institucionais de juridicização-constitucional do poder político institucional. Desse modo e como exposto, o Estado de Direito no constitucionalismo moderno foi tanto Estado de Direito Liberal como, também, legal, pois o direito se reduzia e se resumia à lei.

De outra parte, o advento do Estado Social, com toda a já mencionada querela acerca da sua compatibilidade para com o Estado de Direito, vem a compor uma nova noção de Estado de Direito, objetivando a superação do modelo liberal, sem qualquer rejeição das liberdades e dos direitos fundamentais de primeira dimensão; não obstante isso, continua a ser um Estado legal.

O segundo ciclo do constitucionalismo social intenta corrigir as falhas e deficiências havidas no primeiro, notadamente pelas tendências autoritárias derivadas da hipertrofia do poder executivo, dando azo à consolidação e à expansão do Estado Social. Nessa época do pós-guerra se inicia a consolidação da jurisdição constitucional, como também um processo de re-substancialização do direito, repercutindo no Estado Social. Com isso, no segundo ciclo do constitucionalismo social, o Estado de Direito passa a transitar para o seu ponto culminante, consubstanciado na fórmula do Estado Democrático de Direito, agregando os direitos, as garantias e as técnicas de contenção do poder provenientes do Estado Liberal com o intervencionismo dirigente da atividade econômica do Estado Social. O Estado de Direito passa a ser um Estado Constitucional. E o Estado Democrático de Direito tanto é Estado Constitucional como Estado Social.

Em países como o Brasil, entretanto, nem com o segundo ciclo do constitucionalismo social houve a implementação adequada do projeto de construção de

futuro resultante da auto-compreensão comunitária, direcionada pela solidariedade dirigente e dirigida para e pela dignidade da pessoa humana. Somente com o desenvolvimento do dirigismo e com a redemocratização, ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, é que se busca institucionalizar as condições que viabilizam a instauração efetiva e premente do Estado Social.

Além de assegurar o mínimo existencial, prover à segurança social, e objetivar a redistribuição da riqueza, com o desenvolvimento social, o Estado Social é potencializado pelo dirigismo, que a ele assinala fins e tarefas vinculantes da atividade de direção política, de modo a albergar também uma dimensão projetiva que se materializa no máximo existencial, Ou seja, não basta a promoção mediante prestações materiais das condições existenciais vitais; o Estado Social do dirigismo intrínseco ao Estado Democrático de Direito não busca apenas prover à subsistência e a sobrevivência do indivíduo, mas a possibilitar, no que seja necessário e diante da realidade – conforme o pensamento possibilista de Häberle (2002, p. 78-84) – o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Malgrado haja um déficit até mesmo quanto à garantia universal do mínimo existencial, a dimensão utópica que participa do Estado Social enquanto projeção de futuro não pode ficar olvidada ou esmaecida em razão disso.

Depreende-se que o dirigismo consubstancia uma resistência para o Estado Social, como também uma sua projeção de futuro no sentido de ampliação das responsabilidades sociais pelo reforço do ligame de solidariedade subjacente a sua institucionalização. As duas dimensões do dirigismo, de resistência e de projeção, asseguram que o Estado Social componha de maneira incindível o Estado Democrático de Direito.

Assiste razão a Perez-Luño (2001, p. 229), para quem o Estado Democrático de Direito não representa uma outra proposta ou modelo distinto do Estado Social, expressando o aprofundamento da conexão entre os princípios democrático e social com o Estado de Direito, contrariamente às teses que sustentam a incompatibilidade e a impossibilidade de complementariedade.

Para o constitucionalista espanhol (PEREZ-LUÑO, 2001, p. 219), o Estado Democrático de Direito expressa a fortuna de uma fórmula por ter a aludida compostura institucional, buscando agregar os fatores positivos, os direitos fundamentais e as técnicas de contenção do poder, seja o político, seja o econômico, para potencializar a dimensão emancipatória, inclusiva e libertária a que é conduzido pela programaticidade dirigente do texto brasileiro, seja por força do art. 1º, seja em virtude do art. 3º, seja, ainda, pela via do art. 170, seja, simplesmente, pela dimensão programática que é ínsita a todo direito fundamental

enquanto mandado de otimização (ALEXY, 2001).

E nesse contexto é que o Estado Social brasileiro surge, pela primeira vez em condições e com bases democráticas e constitucionais que estabelecem os pressupostos para sua devida afirmação e institucionalização enquanto elemento integrante do Estado Democrático de Direito, sofrendo, não obstante isso um processo de esvaziamento e esfacelamento da socialidade e da solidariedade que lhe são inerentes.

A crise dos paradigmas da modernidade, com a crise do modelo do capitalismo organizado, levando a um capitalismo desorganizado (SANTOS, 2000b, p. 79), trouxe consigo a crise do Estado Social, ou da dimensão do Estado Social que integra o Estado Democrático de Direito, realçando a impostergável função de resistência intrínseca ao dirigismo, a fim de resguardar sua substancialidade social, sem olvidar o dirigismo vinculante sobre as políticas públicas voltadas ao atendimento dos objetivos e das tarefas constitucionais, sejam programas abstratos, sejam programas concretos; todavia, não se procederá à apreciação dos fatores de crise e da potencialidade de resistência proveniente do dirigismo constitucional brasileiro, nesta oportunidade, fazendo-se mister participar da compreensão da postura institucional do Estado Democrático de Direito, enquanto fórmula contemporânea do Estado de Direito, com a compreensão de todas as suas dimensões e da incindível relação para com o constitucionalismo dirigente.

Com efeito, o dirigismo constitucionalmente adequado ao texto e ao contexto brasileiros, com a aptidão não apenas de resistência, mas de projeção do Estado Social enquanto voltado para a concreção processual das utopias jurídicas, sejam as respeitantes aos objetivos constitucionais, sejam as pertinentes aos direitos fundamentais, consubstancia em si mesmo a constituição fundamental do Estado Democrático de Direito, cuja atividade de direção e decisão política é impostergavelmente vinculada positiva e negativamente à programaticidade constitucional.

Destarte, promove-se à apreciação da tessitura do Estado Democrático de Direito com a apreciação das suas cinco dimensões, todas elas matizadas pelo dirigismo, que lhes confere, como outrora exposto, uma unidade de sentido e uma convergência axiológica fundamental voltada para a dignidade da pessoa humana, fulcrada na solidariedade.

#### **4.4.1 As dimensões do Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito é a expressão contemporânea do Estado de Direito, conferindo-lhe um sentido material e uma unidade de sentido orientada para a realização de objetivos que consubstanciam uma auto-representação da comunidade política, sendo estruturado e conformado a partir da programaticidade constitucional. O Estado Democrático de Direito é essencialmente, de acordo com o texto, e conforme exigência do contexto brasileiro, um Estado programático (BOBBIO, 2007, p. 71).

Como uma das suas dimensões existenciais é justamente o Estado Social, e por consubstanciar, também, um Estado Constitucional, evidencia-se que o Estado Democrático de Direito se institucionaliza no Brasil como decorrência inexorável da estrutura e da materialidade dirigente da Constituição brasileira, desde sempre atrelado às imposições abstratas e concretas, além da programaticidade interna aos próprios direitos fundamentais, decorrente da preponderante natureza principiológica, que os qualifica como mandados de otimização (ALEXY, 2001, p. 86).

Nesse sentido, em corroboração ao que se vem de afirmar, a luminar passagem de Friedrich Muller (2007, p. 310-311) que, após explicitar o seu entendimento de que o Estado Democrático de Direito é naturalmente um Estado Constitucional, sendo supérfluo associá-lo à constituição dirigente, reconhece que o dirigismo constitucional é de enorme importância para o Brasil, estando inextrincavelmente relacionado com o Estado Democrático de Direito, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Quanto ao presente e ao futuro próximo, em todo caso, a noção de “constituição dirigente” – com o conteúdo aqui explicado – tem muito sentido. Ela é mesmo o centro, o núcleo jurídico do Estado Democrático de Direito que a República Federativa do Brasil vem desenvolvendo cada vez mais, não podemos esquecer, também pelo trabalho engajado e perseverante de seus juristas democráticos.

E a compreensão do dirigismo constitucional como sustentando e compondo o Estado Democrático de Direito é importante não apenas porque firma a resistência e a projeção das dimensões emancipatórias do Estado Social, mas, principalmente, porque através dele, e assegurando um Estado Constitucional, é que se objetiva a realização das utopias jurídicas, dentre as quais se insere a promoção do máximo existencial. Ademais, os programas e as direções constitucionalmente vinculantes acabam por atuar sobre as políticas públicas, sujeitando-as à aferição da compatibilidade na formulação, implementação, execução, controle e avaliação com as prioridades constitucionais.

Desse modo, uma compreensão constitucionalmente adequada e dirigente, pertinente ao texto e às exigências do contexto brasileiro, conduz à inferência de que o Estado Democrático de Direito possui cinco dimensões, que são as que Canotilho (1999), em estudo ímpar, desenvolve em derredor da noção de Estado de Direito. Para o constitucionalista luso (CANOTILHO, 1999, p. 21-27), o Estado de Direito na contemporaneidade é materialmente informado e preenchido, sintetizando-o na fórmula expressiva de que constitui um “[...] *Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado*”, pelo que se trataria de um Estado de Direito, de um Estado Constitucional, de um Estado Democrático, de um Estado Social e de um Estado verde, voltando ao desenvolvimento sustentável.

Afigura-se que, apesar de Canotilho ter relacionado tais dimensões como componentes do Estado de Direito em sua postura contemporânea, também o Estado Democrático de Direito, tal como institucionalizado no Brasil, subordinando-se aos programas e direções políticas resultantes do texto de 1988, alberga todas essas dimensões, sobressaindo-se todas elas sobre o modelo autoritário e concentrador de riqueza outrora instituído. Registre-se que o constitucionalista português indica que o Estado Democrático de Direito – por ele denominado como Estado de Direito Democrático por força da previsão na Constituição portuguesa – vai além do Estado de Direito; não obstante isso, tem-se como mais pertinente a concepção do Estado de Direito como modelo a que se agrega, temporal e espacialmente, conteúdos e garantias voltadas à realização do governo das leis pelos homens e com os homens.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito é Estado Constitucional, É Estado Democrático, é Estado Social, é Estado de direitos fundamentais e de princípios constitucionais, e é um Estado ambientalmente sustentável.

A cada uma dessas dimensões pertence uma fundamentação em programa ou diretiva constitucionalmente vinculante, do que se destaca a dimensão constitucional do Estado Democrático de Direito, em relação de tensão e alimentação com a dimensão democrática. O Estado Constitucional, proveniente do constitucionalismo, e o Estado Democrático, oriundo da soberania popular, vez por outra refratários, encontram-se na fórmula do Estado Democrático de Direito.

O direito limita a democracia que, por sua vez, funda o direito na legitimidade haurida do consentimento popular pelas vias democráticas de manifestação. O direito é democrático, mas a democracia é constitucional. Nem todas as deliberações podem ficar a cargo do povo ou de seus representantes num Estado Constitucional, mas todas as



deliberações e decisões políticas devem provir do povo ou de seus representantes, conforme o sistema constitucional estipular.

Desse modo, não se pode, no particular, aderir ao entendimento de Norberto Bobbio (1983, p. 55-57) de que a democracia estabelece as regras do jogo político, caracterizando-se por “[...] um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) que consentem a mais ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, em forma direta ou indireta, nas decisões que interessam a toda a coletividade.” Mesmo com o esmero de Bobbio em estabelecer quais são as regras do jogo democrático<sup>180</sup>, a democracia não pode ser entendida apenas como procedimento, até porque todo procedimento conduz à um resultado final, que não se legitima apenas pela forma como foi obtida.

A democracia não é só processual e essa ilação é mais do que corroborada pelo Estado Democrático de Direito, em que a democracia vai ser dirigida num sentido de regime substantivo, assistindo razão a Cornelius Castoriadis (2002, p. 270-271), para quem a democracia é processual, mas não o é apenas processual. Essa seria uma visão distorcida em que se pretende obscurecer os valores a que deve se orientar, especialmente porque ela se desenvolve num determinado ambiente cultural e comunitário.

Em nítida concordância com o que se vem de aduzir, sustenta que o Estado de Direito distingue do Estado da lei justamente por agregar ao aspecto processual a questão da justiça, que “[...] é colocada e afeta até mesmo as regras jurídicas já consideradas. Mas a questão da justiça é a questão da política, desde que a instituição da sociedade deixou de ser sagrada ou tradicional”.

Dessa relação entre valores, política e direito se constata o relevo da operatividade do dirigismo constitucional que, animando a dimensão constitucional do Estado Democrático de Direito, busca dirigir a ação política em função de objetivos e dos direitos fundamentais que são reputados como valiosos numa perspectiva de auto-compreensão da comunidade, dando uma orientação explícita ao direito positivo, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

A idéia de que se pode separar o ‘direito positivo’, e seus procedimentos, dos valores substanciais é miragem. É igualmente uma miragem a idéia de que um regime democrático poderia receber da História, *ready made*, indivíduos

---

<sup>180</sup> Que seriam a) a condição de cidadão atribuída aos que detêm maioria; b) igualdade de voto (*one man, one vote*); c) liberdade de voto; d) liberdade real de voto pela existência de alternativas; e) adoção do princípio majoritário para eleições dos representantes, ainda que com quoruns qualificados; f) preservação dos direitos da minoria e de sua aptidão para vir a ser maioria.

democráticos que o fariam funcionar. Tais indivíduos não podem ser tomados senão em e por uma *paidéia* democrática, que não cresce como uma planta, mas deve ser o objeto central das preocupações políticas.

Os procedimentos democráticos formam uma parte, importante na verdade, mas apenas uma parte de um regime democrático. E eles devem ser verdadeiramente democráticos em seu espírito.

Por conseguinte, a dimensão substancialmente democrática do Estado de Direito contemporâneo não é vazia ou meramente procedimental, mas substantiva, rechaçando-se as reflexões que sustentam essa perspectiva, balizadas por um ceticismo que pode ser rompido com o recurso da razão prática promovida pela reflexão hermenêutica.

A própria noção de processo, que concerne também à concepção formal da democracia, deve remeter para um sentido substancial, como acentua Laurence Tribe (1999, p. 372) ao reconhecer que o aperfeiçoamento do processo decisório é radicalmente indeterminado e incompleto, salientando que a temática processual não determina quase nada a menos que sejam específicas as suas proposições e que seu conteúdo seja complementado por uma teoria de direitos e valores substantivos.

O constitucionalista americano chega a ficar perplexo diante das premissas em que se funda a visão processual de constituição, participante, também e pelos mesmos fundamentos, da perspectiva puramente formal da democracia, limitada a estabelecer as regras do jogo. Essa perspectiva restrita não se coaduna com a existência de direitos fundamentais e objetivos comunitários constitucionalmente expressos, pois “What is puzzling is that anyone can say, in the face of this reality, that the Constitution is or should be predominantly concerned with *process* and not *substance*”<sup>181</sup>. Essa perplexidade é ainda maior em se constatando a feição dirigente da Constituição brasileira de 1988.

Assim, tenha-se pela democracia as mesmas considerações que Tribe (1999, p. 378-379) tece à noção procedimental de constituição, abaixo explicitadas, *in verbis*:

If process is constitutionally valued, therefore, it must be valued not only as a means to some independent end, but for its intrinsic characteristics: being heard is part of what it means to be a person. Process itself, therefore, becomes substantive. There is a curious irony here. One who holds that constitutional law should aim chiefly to perfect process is apparently unable to treat process as itself valuable. For, to see why process would itself be valuable – intrinsically so – is to see why Constitution is inevitably

---

<sup>181</sup> Em tradução livre, “o que é enigmático é que alguém possa dizer, diante dessa realidade, que a constituição seja ou deva ser predominantemente preocupada com o *processo* e não com a *substância*”.

substantive.<sup>182</sup>

Por conseguinte, o Estado Democrático de Direito é tanto um Estado Constitucional como um Estado Democrático, instaurando uma democracia constitucional que, a despeito de só admitir o direito positivado conforme processos democraticamente instaurados e legitimados, é garantia e limitada, concomitantemente, pelo direito, a fim de que não se transforme em tirania da maioria ou político-partidária.

Ademais, na medida em que há um caráter dirigente, estendendo-se a programaticidade sobre a política e vinculando as deliberações democráticas, o Estado Democrático de Direito legitima, por essa via, a expansão da jurisdição constitucional, deixando a função de guardião passivo para ser o promotor ativo da programaticidade dirigente constitucional, seja proveniente de imposições abstratas, seja de imposições concretas, seja até mesmo oriunda dos direitos fundamentais.

O Estado Constitucional enseja uma vinculação positiva e negativa para os poderes públicos, interdizendo a atuação em determinados âmbitos e exigindo-a em outros, definindo objetivos e finalidades que repercutem em prioridades a ser consideradas quando do processo de formulação de políticas públicas.

Só que, além da sujeição, impõe também formas e veículos de controle do poder, merecendo destaque o entendimento de Manuel Aragon (1995, p. 40) ao apontar o caráter fundamental do controle do poder para o Estado Democrático de Direito em virtude da ampliação do raio de ação política com o Estado Social.

E se o dirigismo destina-se a conter não apenas o poder político, mas também o poder econômico, dirigindo a atividade econômica à promoção de uma ordem econômica conforme o art. 170, e como o direito opera sobre o mercado precipuamente a partir das políticas públicas, os meios de controle também têm de resguardar que a instância política se submeta à racionalidade econômica e sofre, também ela, um processo de mercantilização.

Destarte, resolve-se o aparente paradoxo entre constituição e democracia, ou entre Estado de Direito democracia, resgatando-se esses dois corações políticos que compõem a

---

<sup>182</sup> Em tradução livre, “Se o processo é constitucionalmente valioso, então, deve ser valioso não apenas como um meio para um fim independente, mas por suas características intrínsecas: ser ouvido é parte do que significa ser uma pessoa. O processo por si mesmo se torna substantivo. Há uma ironia curiosa aqui. Os que sustentam que o direito constitucional deve dirigir-se principalmente ao processo é aparentemente incapaz de compreender o processo como valioso por si mesmo. Por isso, ver porque o processo deve ser por si mesmo valioso – intrinsecamente – é ver que a constituição é inevitavelmente substantiva.”

historicidade do constitucionalismo, como apontado por Canotilho (s.d., p. 98), com o advento do Estado Democrático de Direito.

Além de ser constitucional e democrático, o Estado Democrático de Direito é também Estado Social, sem ser autoritário e asfixiante das liberdades fundamentais. Essa dimensão do Estado Social, como exposto, é reforçada e preservada pela função de resistência que possuem as constituições dirigentes, interdizendo qualquer atuação contrária ao estágio de desenvolvimento constitucional já angariado em direção progressiva à consecução das utopias jurídicas. Desse modo, os direitos sociais abrigados ficam a salvo das críticas neoliberais que pretendem deixá-los ao saber do mercado.

Não obstante isso, é patente a crise do Estado Social, que se iniciou por volta dos anos setenta, compondo o quadro já delineado de crise dos paradigmas da modernidade e de advento do capitalismo desorganizado, colocando cada vez mais sob pressão o constitucionalismo dirigente brasileiro.

Outra dimensão do Estado Democrático de Direito que é informada pelo dirigismo, e essa numa relação inextrincável, é a perspectiva de constituir-se num Estado de direitos fundamentais e de princípios constitucionais, ou seja, um Estado tendencialmente de justiça, dado o conteúdo material que compõe e integra o Estado Democrático de Direito. Essa dimensão é ainda mais valorizada e ressaltada por força do neoconstitucionalismo, que potencializa e maximiza a o sentido dirigente da Constituição brasileira, a ponto de se admitir um neoconstitucionalismo dirigente; todavia, as contribuições do neoconstitucionalismo já se tem como incorporadas ao dirigismo, em sentido histórico-evolutivo e cultural.

Nesse Estado de direitos e de princípios, os direitos fundamentais são progressivamente expandidos, tanto objetiva, como subjetivamente, estendendo-se a todos âmbitos em que sejam susceptíveis de tutela jurídicas as situações de risco grave à liberdade e à dignidade humanas. Daí terem sido os direitos de primeira e segunda dimensão sucedidos por outros mais, até talvez a quarta ou quinta dimensões, no sentido da reflexão de Ingo Sarlet (2006, p. 54-62).

A percepção da evolução dos direitos fundamentais em distintas, mas complementáveis, dimensões, ou gerações, foi observada por T. H. Marshall (1992, p. 8-9), percebendo a distinta velocidade com a qual cada dimensão se desenvolvia.

Finalmente, o Estado Democrático de Direito é, igualmente, um Estado verde, por haver a direção de desenvolvimento econômico de forma equilibrada e sustentada, como explicitamente definido no sistema constitucional pátrio.

O sentido e as dimensões que dão estrutura e matéria ao Estado Democrático de Direito, sobremaneira dirigente, na forma da Constituição Federal de 1988, denotam a função de resistência que assegura a permanência do Estado Social como dimensão essencial a sua compostura político-institucional, consubstanciando uma verdadeira conquista, como exaltado por Pablo Lucas Verdú (2007, p. 137).

Assentada, portanto, a projeção do constitucionalismo dirigente sobre a noção de Estado Democrático de Direito, no âmbito do constitucionalismo pátrio, como também a sua instância garantista e de resistência pela preservação e entrincheiramento do Estado de Direito, cumpre enfrentar as questões postas em desafio da persistência o dirigismo constitucional brasileiro, tanto oriundas dos ditos novos paradigmas da pós-modernidade, como daquelas advindas da globalização neoliberal, identificando a repercussão sobre a teoria do direito e, especificamente, sobre o próprio Canotilho, que veio a rever alguns dos seus postulados de forma incompatível com o contexto e com o texto constitucional brasileiro, apontando a transição da teoria da constituição dirigente para um constitucionalismo moralmente reflexivo (CANOTILHO, 2006b, p. 101-129) a ponto de sugerir ter enjeitado o seu filho (CANOTILHO, 2001a, p. 5-9) cujo nascimento foi mais festejado.

Se o filho foi enjeitado ou morreu é uma questão, mas certamente, não há de abalar a vida do seu primo pródigo<sup>183</sup>, instituído em plagas brasileiras em 1988, como doravante se passará a analisar.

#### 4.5 O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO SOB PRESSÃO: A PÓS-MODERNIDADE

O modelo dirigente de constituição está tão sob pressão que até já conta contra si, em se atendo à sua formulação inicial, o argumento de autoridade paternal. Só que muitas das críticas e objeções que lhe são dirigidas e que foram reconhecidas por Canotilho não têm aderência ao texto e ao contexto constitucional brasileiro. Dentre as que podem guardar uma relação, ao menos, de pertinência, encontram-se as referentes à perda de embasamento filosófico e, conseqüentemente, a perda de sentido do dirigismo, derivando da crise da

---

<sup>183</sup> Insta salientar que pródigo no sentido de grandioso e magnânimo e não no de esbajador e perdulário.

racionalidade fundada nos paradigmas da modernidade.

É cediço que a modernidade assentava-se na filosofia do sujeito, concebendo a capacidade de domínio do futuro pela tecnificação do saber e da política, metodologicamente orientadas, diante do êxito obtido pelas ciências naturais que, entretanto, propiciou também um esquecimento da condição existencial do homem e da própria comunidade.

O próprio constitucionalismo, as instituições políticas, e a cosmovisão que lhes era comum tinha como ambiente os paradigmas da modernidade, que sustentavam a capacidade de direcionar a razão para promover a emancipação social e a plena autonomia individual, condições para a realização e satisfação do homem. Entretanto, o evoluir social foi demonstrando que os paradigmas não se corroboravam mais com as vivências, pois, apesar do homem cada vez mais gozar de progressos técnicos estendendo a sua capacidade de dominação da natureza, cada vez mais se enredava nas próprias condições que marcaram o seu desenvolvimento e passaram a aprisioná-lo. Só que tais condições tornavam-se cada vez mais inconstantes, posto serem abaladas pela inconsistência existencial que apresentavam.

Como salienta Boaventura de Sousa Santos (2000b, p. 78-80), a modernidade começou antes do capitalismo, mas com o seu surgimento vai com ele caminhar durante muito tempo, identificando três períodos distintos. O primeiro avança por todo o século XIX e é caracterizado como capitalismo liberal. O segundo inicia-se em fins do século XIX e adentra os anos sessenta, caracterizando o capitalismo organizado de Estado. O terceiro período, que surge a partir do final da década de sessenta, é denominado, consoante visto, como capitalismo desorganizado. Alguns o reputam como capitalismo financeiro.

De qualquer forma, esse terceiro período marca a crise da modernidade, com o desvelamento da sua incapacidade de realizar parte significativa das promessas que a acompanhavam, com o esquecimento da dimensão política e existencial da comunidade. Aos três períodos históricos do capitalismo corresponderão três momentos da modernidade, a que denomina como modernidade, modernismo e modernização.

Tal processo deu ensejo a que houvesse, novamente, uma mudança na visão que a coletividade tinha de si, instaurando uma perspectiva individualista que, em verdade, era substancialmente diferenciada até daquele que permeou o Estado Liberal. Naquela época, o individualismo pregava a exaltação da liberdade dos modernos, com o pleno desenvolvimento da personalidade propiciada pela pressão de evolução social derivada dos mecanismos econômicos de auto-regulação do mercado. Esse novo individualismo é fragmentário e atomizado, sem qualquer tornando opacas quaisquer relações sociais que estabelecessem laços entre os membros da coletividade.

Já se explicitou anteriormente como o progresso das ciências da natureza, verificado empiricamente, com a tecnificação das relações sociais, interferiu na construção dos paradigmas necessários ao embasamento das ciências sociais, que são humanas. Como ciências humanas, são existenciais e, por conseguinte, padecem da condição de integrar-se num contínuo devir, que lhes confere uma fluidez e uma flexibilidade incompatíveis com a precisão e o rigor que marcavam a segurança almejada pela modernidade.

Nesse sentido, Sigmund Freud (1996, p. 94-95) registra o êxito dessa modernidade a que caracteriza como civilização, em que houve um progresso sem par na técnica e nas ciências naturais, “[...] estabelecendo seu controle sobre a natureza de uma maneira jamais imaginada”; apesar disso, o êxito decorrente do domínio da natureza e da apreensão da relação espaço-tempo, não acarretou maior felicidade, constatando um certo desconforto que começa a surgir.

Esse desconforto resultava da compreensão de que a realização da emancipação social e da plena autonomia individual era um projeto cada vez mais distante de se cumprir, colocando sob pressão os laços sociais e as responsabilidades assentadas comunitariamente. A auto-compreensão da coletividade como comunidade era vista como asfixiando o indivíduo, sem lhe trazer o proveito prometido.

Como observa Freud (1996, p. 101-102), a regulação das relações sociais oriunda da instância comunitária se opunha ao poder do indivíduo, concebido como força fraca; a civilização se erige, então, contra a absolutização da liberdade individual, inserida em contextos de recíprocas limitações por motivos de justiça que se materializam na legalidade, garantia contra a oposição dos indivíduos.

Pode-se identificar a fundamentação do constitucionalismo e, especialmente do dirigismo como partícipe do contexto da modernidade, bem destacado por Bauman (2005, p. 33-34), em excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

A mente moderna nasceu juntamente com a idéia de que *o mundo pode ser transformado*. A modernidade refere-se à rejeição do mundo tal como ele tem sido até agora e à decisão de transformá-lo. A moderna forma de ser consistente na mudança compulsiva, obsessiva: na refutação do que ‘meramente é’ em nome do que poderia – e no mesmo sentido deveria – ser posto em seu lugar. O mundo moderno é um mundo que contém um desejo um desejo e uma determinação [...]. A condição moderna é estar em movimento. A opção é modernizar-se ou perecer. A história moderna tem sido, portanto, a história da produção de projetos e um museu/túmulo de projetos tentados, usados, rejeitados e abandonados na guerra contínua de

conquista e/ou desgaste que se trava contra a natureza<sup>184</sup>.

E, efetivamente, nada caracteriza mais o dirigismo constitucional do que o intento de projeção do futuro, como dimensão que se apropria da política e, através dela, busca conter e dirigir também o mercado.

Esse processo de juridicização das relações sociais e de direção do futuro teria, entretanto, revelado suas falhas, como o próprio capitalismo organizado entrou em declínio, permitindo que viesse soar as trombetas do fim da modernidade, com a superação dos paradigmas por outros, que ainda não estão claros e definidos, vindo-se a instaurar a pós-modernidade.

Para Boaventura de Sousa Santos (2000b, p. 77) a modernidade se fundava em dois pilares e cada um deles portava três princípios orientadores. Os pilares eram os da regulação e os da emancipação. O primeiro era composto pelos princípios do Estado, do mercado e da comunidade; o segundo é integrado pelos princípios da racionalidade estético-expressiva, concernente às artes, racionalidade moral-prática, ligada à ética e ao direito, e racionalidade cognitivo-instrumental, pertinente às ciências e à técnica. Quanto esses pilares ameaçam ruir, há uma perda de fundamentos que estimula a transição paradigmática, o que se realiza no ambiente do capitalismo desorganização e da modernização, com a crise nos princípios do pilar da regulação.

Desse modo, após caracterizar as transformações sofridas pelos princípios da comunidade e do mercado, Sousa Santos (2000b, p. 88-89) identifica a perda da capacidade de ação e regulação dos Estados nacionais, seja por incapacidade em si, seja pela falta de vontade política para disciplinar os âmbitos de produção e de reprodução social, causando retrações das políticas sociais e acarretando, ou sendo consequência, da crise do Estado Social, para o que são fatores relevantes a transnacionalização da economia e a perda da centralidade do Estado. Com efeito, infere que nenhum dos princípios de regulação social se mostra capaz de ser eficiente em virtude da volatilidade das relações firmadas.

Nessa condição, a pós-modernidade, como será exposto, submete o dirigismo constitucional a pressões, admitidas por Canotilho e por parte variada da doutrina, que passa a rejeitar a aptidão de projeção do futuro e de construção de utopias jurídicas que se materializem em promessas institucionais que venham a ser constitucionalizadas; todavia, não parece que a saída para a crise da modernidade seja abandonar os projetos e transferir as

---

<sup>184</sup> Destaques no original.



instâncias de regulação do Estado para a sociedade, o que só mudaria de foco o problema, convertendo numa situação ainda mais aguda.

Diante disso, cumpre adentrar na caracterização da pós-modernidade, a fim de sustentar o que pode consubstanciar entrave à permanência do dirigismo, e o que pode viabilizar o seu aperfeiçoamento, haja vista consistir numa exigência impostergável pela situação de exclusão social que revive e aprofunda no Brasil a Questão Social.

#### **4.5.1 A pós-modernidade**

A discussão acerca da pós-modernidade e da compatibilidade ou adaptação do constitucionalismo dirigente exige uma reflexão inicial de identificação e da consistência desse movimento.

Perry Anderson (1999, p. 9-11) expõe a origem da expressão “pós-modernismo”, que não guarda relação com a sua concepção atual. Surgindo contrariamente ao modernismo, o pós-modernismo manifesta-se primeiramente no mundo hispânico, antes da sua aparição na Inglaterra e Estados Unidos, como um movimento conservador dentro do modernismo, que era movimento estético da poesia.

Registra de forma minuciosa a mudança dos sentidos por que a expressão pós-modernidade passou desde os anos trinta até os anos setenta, envolvendo desde uma concepção que indicava a falência do socialismo e do capitalismo num evoluer social vazio e ocioso, passando pela significação de algo fortuito e estranho, até a [...] emancipação do vulgar e à liberação dos institutos” (ANDERSON, 1999, p. 18-19).

De qualquer forma, pode-se inferir que a pós-modernidade se estrutura como um movimento de rejeição da modernidade que, ao buscar superá-la, leva a própria modernidade consigo. A referência ao prefixo pode indicar um movimento de transição, um movimento de contestação ou uma tendência de superação; entretanto, a manutenção da expressão “modernidade” após o prefixo indica que, talvez, não tenha um sentido ou uma subsistência própria, senão a crítica da incapacidade moderna de realização das suas promessas.

De qualquer sorte, reconhece-se a dificuldade de identificação da sua consistência enquanto movimento, porque a referência ao prefixo conduz a uma reflexão sobre as condições de um passado ainda presente com vistas a uma antecipação de futuro no âmbito da incerteza e da fugacidade do presente, como também assinala Perry Anderson (1999, p. 20).

O pós-modernismo parece iniciar a sua consolidação, ainda que fluida e contingente, a partir dos anos setenta – justamente a época em que se consolida, segundo Boaventura de Sousa Santos, o capitalismo desorganizado –, definindo-se como movimento meramente estético ou também como fenômeno social, destacando-se na sua afirmação como processo social com advento da obra seminal de Jean François Lyotard sobre a condição pós-moderna.

Registre-se, de logo, que o texto de Lyotard resultou de uma solicitação do Conselho Universitário de Quebec sobre a condição dos saberes nas sociedades mais desenvolvidas.

Para Lyotard (2005, p. 7), a pós-modernidade designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras do jogo nas ciências, literatura e nas artes desde o final do século XIX.

Tal movimento expressa a incapacidade das ciências buscarem a sua legitimação em discursos filosóficos que se embasem nas metanarrativas, como a dialética do espírito ou a hermenêutica do sentido ou, ainda, a emancipação do sujeito racional. Não haveria, assim, uma racionalidade ou uma teleologia histórica universal que pudesse ser descoberta pela ciência e que governasse a transformação do mundo.

Diante dessa incapacidade das ciências, afirma que também as instituições sociais submetem-se ao mesmo processo de questionamento, de modo que, se a verdade não pode ser uma condição de legitimidade do discurso científico, também a busca pela legitimação das instituições sociais em alguma metanarrativa, como a justiça, encontra-se superada, defendendo que a pós-modernidade, em sentido simplificado, remete à incredulidade das metanarrativas propiciadoras de uma filosofia da história. A crise de metafísica importa no desuso das metanarrativas.

Salienta Lyotard que, diante disso, pretende-se gerir os vínculos de sociabilidade segundo a lógica da comensurabilidade dos elementos e da determinabilidade do todo, reduzindo a vida ao aumento de poder. A legitimação quanto à justiça social e à verdade científica seria indicada pela otimização das performances do sistema, pela sua eficácia. Esse critério, entretanto, acarreta um certo terror até onde ele se estende, porque o que não for operatório deve desaparecer, pelo que se infere seguir uma certa lógica darwinista muito própria às instâncias do mercado.

Reconhece que essa lógica do melhor desempenho, da performance, é inconsistente quanto a muitos aspectos, notadamente no âmbito socioeconômico, posto que exigiria ao mesmo tempo menos trabalho e mais trabalho, ora para abaixar os custos de

produção, ora para aliviar a carga social sobre os inativos, respectivamente.

A incredulidade que resulta dessa contradição não leva a uma saída única e salvadora, como advogada pelo marxismo, mas à convivência com tal caráter contraditório.

Buscando um critério de legitimação em face do ocaso das metanarrativas, rejeita o critério do consenso, indicado por Habermas, invocando o critério da operatividade ou da performance, refratário de considerações atinentes ao justo e ao verdadeiro (LYOTARD, 2005, p. 8-9). Para ele, a pós-modernidade vem com a descrença na verdade, na justiça e na razão.

Indagando sobre a natureza dos vínculos sociais, expõe a alternativa moderna, fundada numa clivagem entre a sociedade como um todo funcional e a sociedade dividida em duas, sendo a expressão da primeira o funcionalismo, enquanto o segundo seria representado pelo marxismo.

A concepção de que a sociedade forma um todo orgânico adota o princípio sistemático e encerra um caráter otimista por afirmar a estabilização das economias em crescimento sob a égide de um Estado Social, superando o modelo do organismo vivo por concepção de sistemas auto-reguláveis, como o cibernético, sendo objeto de crítica do modelo material que o reputa tecnocrática, cínica e mesmo desesperada.

O modelo cibernético expressa a possibilidade de racionalização e de programação da sociedade, que não se apresenta naturalmente submetida a uma evolução social (LYOTARD, 2005, p. 24-27).

Canotilho (s.d., p. 1383-1384) se dedica a analisar as duas propostas funcionais de explicação dos sistemas sociais, só que antepondo o cibernético e o autopoietico. O cibernético assimilava os sistemas naturais aos artificiais, atribuindo uma capacidade racionalizadora, de programação, planejamento, domínio e controle, cabendo-lhe operacionalizar a conversão das demandas do ambiente para o sistema.

Já a teoria dos sistemas auto-organizados sustenta que os sistemas produzem e reproduzem os elementos de que se compõem, apresentando auto-referencialidade, regulando a produção dos seus elementos, sendo desenvolvido pela Escola de Santiago a partir dos estudos dos sistemas biológicos realizados por Maturana e Varela, trazidos para as ciências sociais por Luhmann e Teubner.

Retornando a Lyotard (2005, p. 29-30), a teoria marxista se funda numa divisão da sociedade porque abriga a perspectiva de uma luta de classes, ficando para a decisão acerca de qual dos modelos, funcional ou crítico, homogêneo ou dualista, é o mais adequado, questão que reputa de difícil resolução, ou mesmo de arbitrária resolução.

Diante disso, adentra na natureza do vínculo social segundo a perspectiva pós-moderna, entendendo que o novo paradigma afasta cada vez mais as funções de regulação do Estado, passando a serem confiadas à tecnocracia, compondo a classe dirigente não os políticos tradicionais, mas “[...] uma camada formada por dirigentes de empresas, altos funcionários, dirigentes de grandes órgãos profissionais, sindicais, políticos, confessionais”.

Assim, a busca de um critério de legitimação do vínculo social pelo desenvolvimento de uma teoria que se voltasse à explicação da totalidade do sistema social seria inconsistente, não havendo a possibilidade sequer de programar o futuro.

Anthony Giddens (1991, p. 51-55) concebe a pós-modernidade como a consciência da transição para um novo tipo de ordem social, em que as instituições modernas não mais se afirmam como outrora; todavia, não há a indicação de qual seria essa outra ordem social e quais as instituições que ela conformaria.

A pós-modernidade, para o autor, expressa um conjunto de sentidos que denotam a ausência e a impossibilidade da certeza, com a descrença nos fundamentos epistemológicos das ciências, como também a inexistência de um sentido e de uma racionalidade da história, rechaçando a concepção do progresso, advindo uma nova agenda política formada por preocupações ecológicas e dialogicamente composta em entendimento com os movimentos sociais.

Embora Giddens reconheça as frustrações que a modernidade acarretou, não vislumbra a existência de um processo de rejeição completa dos seus paradigmas, parecendo sugerir a ocorrência de um processo de auto-entendimento e auto-compreensão da modernidade consigo mesma e com os seus limites, o que se afigura como o entendimento mais adequado.

A esse entendimento adere David Harvey (1992, p. 110-112), para quem não se pode apagar as conquistas e os sucessos das práticas modernistas, que lograram êxito por um tempo razoável na contenção dos excessos capitalistas, identificando mais continuidade entre modernidade e pós-modernidade do que ruptura, parecendo consubstanciar mais um momento de crise do que de rejeição ou superação. Ademais, para Harvey, “A retórica do pós-modernismo é perigosa, já que evita o enfrentamento de realidades da economia política e das circunstâncias do poder global.”

Além disso, como ressalta Bauman (2005, p. 30), projetos são necessários porque algo de novo tem de ser criado, ainda que haja, vez por outra, ou com maior intensidade, defeitos do projeto ou falha do operador, como adverte Giddens (1991, p. 151-152).

A característica mais perceptível da pós-modernidade, ou da modernidade atualizada, seria a transição da certeza e da segurança para a ambivalência, a fluidez e a liquidez, como aponta Bauman (2007, p. 7-10), pela decomposição das formas das instituições sociais, o que se choca com a pretensão dirigente das políticas públicas. Aliás, a vida e o tempo líquido trazem consigo a dissociação entre o poder e a política, tornando-se cada vez mais impotente, notadamente diante do mercado, sofrendo também as relações políticas um processo de esvaziamento, desencantamento e posterior mercantilização.

Há, para Bauman, no ambiente da pós-modernidade, uma crise da política, “[...] entendida como a capacidade de decidir a direção e objetivo de uma ação”, posto que, embora as demandas sejam planetárias, situa-se apenas localmente, não podendo concorrer, como se infere, com a volatilidade do capital financeiro, esse sim apto a se universalizar.

Daí se identifica outro fator de desafio para o Estado Social, enquanto dimensão de socialidade do Estado Democrático de Direito, sustentada pelo dirigismo constitucional, que decorre da auto-projeção do sentido social do porvir na medida em que fixa objetivos comunitários compartilhados e, conseqüentemente, assentados numa solidariedade, que é, concomitantemente, dirigente e dirigida à dignidade da pessoa humana.

Só que tais fatores de crise também levam ao desmanche dos laços sociais, com a perda da inserção numa compreensão comunitária de responsabilidade, que se materializava na perspectiva republicana do Estado.

Com Bauman, pode-se admitir que “A exposição dos indivíduos aos caprichos dos mercados de mão-de-obra e de mercadorias inspira e promove a divisão e não a unidade.” A isso se acresce o colapso da capacidade de planejamento de ação, frustrando ainda mais a caracterização e a possibilidade de realização das promessas de futuro assentadas na Constituição que, a par de ser dirigente, é necessária, mas não suficiente para concretizar o máximo possível as utopias jurídicas.

Nesse quadro complexo, as normas deixam de se orientar pelas finalidades e objetivos reputados como comunitariamente valiosos e assim assentados pelo direito e passam a se submeter a critérios técnico-tecnológicos de eficiência e performance, abandonando-se a direção política pela direção da técnica; além disso, o estágio líquido importa numa instituição da flexibilidade.

Não obstante isso, mesmo diante de tão desanimador contexto, Bauman aponta que aí se torna premente uma necessidade impostergável de agir, “[...] planejar as ações, calcular ganhos e perdas esperados dessas ações e avaliar os seus resultados em condições de incerteza endêmica.”

A pós-modernidade, seja como crise da modernidade, seja como transição para uma nova ordem que já é chamada, mas que não se formou, repercute diretamente sobre o direito e fundamentalmente sobre a constituição, principalmente em Estados de capitalismo periférico por desencadear um processo de alteração dos marcos pelos quais o direito se estruturava.

Esse ambiente da pós-modernidade acarreta a perda da capacidade de regulação do Estado e a apropriação da vontade política pelo poder econômico tem a potencialidade de fazer definhar o dirigismo constitucional, exigente que seja manifestada a sua capacidade de resistência sobre a política e pela política.

A fluidez, a ambivalência e a liquidez, a descentralização, a flexibilização, a instantaneidade, o individualismo atomizado, e pertença a um espaço localmente global afetam substancialmente o Estado, a política e o constitucionalismo. Primeiramente sobre a política, depois sobre o tempo e, finalmente, sobre o espaço, os paradigmas e o ambiente da pós-modernidade vão minando a capacidade centralizada e racional de direção, notadamente quando já firmada no texto constitucional.

A política, o tempo, o espaço, afetados pela pós-modernidade, prejudicam o dirigismo no que respeita à constitucionalização da política – ou seja, da direção e dos objetivos –, diluem as utopias em irracionalidades pela instantaneidade do porvir, e operam a descentralização do poder para além do território.

Ora, se a política enquanto instância de decisão de direções e objetivos é jurídico-constitucionalmente determinada, assegurada pela jurisdição constitucional, com a indicação e tutela de rumos, tarefas e objetivos a que aos quais são dirigidos os órgãos de direção política, depreende-se daí uma função do maior relevo do dirigismo, semelhante àquela que promove com relação à manutenção e persistência do Estado Social como integrante do Estado Democrático de Direito.

Se a política perder a sua capacidade de escolha e direção, pouco adiantará o dirigismo constitucional, pois sofrerá a política um processo de mercantilização, atraída e subordinada aos fluidos e flexíveis interesses do mercado, sujeitos apenas à racionalidade econômica voltada para a eficiência, que nada mais representa senão o lucro.

Pode a política, ao invés, encontrar no dirigismo um ponto de apoio e reforço, entrincheirando-se nas instituições capazes de promover a tutela da política constitucionalmente definida e, com isso, reabilitá-la enquanto instância de direção do governo e da comunidade.

A fluidez e o estágio líquido das relações e instituições vivenciadas contemporaneamente trazem insegurança, incerteza e fragilidade. As dimensões existenciais do espaço-tempo sofrem uma rápida relativização e deixam de ser referenciais para a percepção da situação individual no mundo. Vive-se o efêmero, o instante, porque não há razão na história e a razão não pode conduzir a histórica, como não pôde dominar a natureza, que contra ela se voltou com os cataclismas ecológicos como resposta à pretensão de exploração irrefletida e desenfreada.

Numa dimensão dessa natureza, perde valor o sentido de futuro, o planejamento e os programas, como se convertem em meras noções vagas as idéias fluidas que outrora eram memórias de um passado.

Além de refletir e afetar a política, a pós-modernidade repercute sobre o espaço e sobre o tempo, sendo responsável pela inserção de sentidos que abrigam e não se opõem à globalização e à racionalidade dinâmica e expedita do mercado.

Como observa Hobsbawm (2007a, p. 26), no século XIX estar perto de um porto era estar perto do mundo, de modo que Hamburgo estava mais próximo à Bahia do que o interior da Pomerânia. O mundo da época era enorme, as distâncias gigantescas e, com o advento do racionalismo, passou-se, paradoxalmente, a planejar futuramente no presente.

Hodiernamente opera-se justamente o contrário, favorecendo a circulação sem peias do capitalismo financeiro. O desenvolvimento das tecnologias de informação e dos meios de transporte, encurtando distâncias e tempo, foi importantíssimo para a expansão dos mercados, com o surgimento e a consolidação das empresas transnacionais e dos organismos financeiros internacionais. Por sua vez, o advento do capitalismo financeiro se deu mediante um processo em que cada vez mais se encontrava livre flutuação e circulação, em razão do que acaba sendo tido como capitalismo volátil, inconstante, refratário à regulação do Estado.

Jameson (2001, p. 150) observa que o capital se separa do seu contexto concreto e torna-se abstrato, deslocando-se para as bolsas de valores em busca de maior rentabilidade, ocasionando o risco contínuo de fuga de capitais.

O tempo também perde sua representatividade, tornando-se instantâneo e fundindo-se num presente efêmero um passado fluido e um futuro incerto e fugaz.

A repercussão dos paradigmas da pós-modernidade na política e nos referenciais de tempo e espaço, causam, ainda, a frustração das promessas utópicas, ou a rejeição das utopias em si, tidas como irracionais e impertinentes. Afeta, também por essa manifestação, as bases do dirigismo, posto que encerra a capacidade de projeção de utopias concretas advindas de uma perspectiva de planejamento e programação racional do futuro. Já que a existência é

fluida e o porvir indeterminado e inseguro, não há espaço e nem margem para utopias e, dessarte, deveriam ser extirpadas dos textos constitucionais por transferirem para eles uma sobrecarga excessiva, de consecução impossível.

Bauman (2007a, 101-103) registra que as utopias surgiram juntamente com a modernidade e só no seu ambiente tiveram condições de se estabelecer e respirar, concebendo-as como uma imagem de um universo distinto daquele em que se vive e que seja decorrente apenas do conhecimento e da devoção humanas<sup>185</sup>. Expressa a capacidade de construção de um mundo que deve ser em substituição ao mundo que é, noção e idéia praticamente ausente do pensamento humano antes da modernidade.<sup>186</sup>

Ademais, analisa as condições necessárias para o surgimento das utopias, que seriam basicamente duas. A primeira condição é um descontentamento irresistível com o mundo, que não estaria de acordo com o que se pretendia, estimulando um sentido de alteração substancial das condições existências. A segunda é a confiança na capacidade humana de realização dessas alterações, de promoção, pela razão, desse novo mundo em substituição ao atual, já insatisfatório, projetando e planejando racionalmente o futuro, pois “[...] armados como estamos da razão capaz de verificar o que está errado no mundo e descobrir o que usar para substituir suas partes doentes, assim como da capacidade de construir as armas e ferramentas necessárias para enxertar esses projetos na realidade humana”. Sem descontentamento e sem a confiança na capacidade de mudança, não teriam surgido a utopia.

E o dirigismo constitucional se alimenta justamente no sentimento comunitário de insatisfação e descontentamento existencial dos seus membros, mais do que justo e real nos Estados de capitalismo periférico com alto grau de exclusão social e com renovadas manifestações da Questão Social.

Com a perda da crença na capacidade da razão de projetar o futuro e, conseqüentemente, de programar a transformação da realidade, opera-se, segundo Bauman (2007a, p. 104-105) a afirmação da idéia comum e generalizada, tornada praticamente auto-evidente, de que se chegou ao fim das utopias, com o desvanecimento da imaginação utópica.

---

<sup>185</sup> Ou seja, de um mundo construído pelo homem em que houvesse a realização dos seus desejos e satisfação dos seus interesses, em que se encontrasse protegido e a salvo de riscos e problemas, um mundo mecanizado.

<sup>186</sup> E das descobertas da ciência, que ensejaram a impressão de se ter o domínio sobre a natureza. Quando as ciências e os seus paradigmas entraram em crise, em crise também entrou o pensamento utópico, criticado e confundido como ilusão e recebendo os risos de escárnio e desprezo motivados por uma descrença na capacidade humana de direção, extensiva e transplantada para a capacidade do Estado de dirigir a comunidade e o mercado, em face da impotência da política e, conseqüentemente, da política juridicizada, de regulá-los.



Ademais, a utopia também perdeu o sujeito que se direcionasse para a sua consecução, salientando que a expectativa de ser o Estado-nacional o sujeito responsável pela sua promoção, com os recursos necessários para tanto, fundado na sua autoridade soberana, não se confirmou (BAUMAN, 2007a, p. 106-107). Com o desaparecimento do sentido originário, as utopias passam mais aos sentidos do fantasioso, fantástico, quimérico, não-prático, irrealista, desarrazoado e irracional, o que, efetivamente, ensejaria a fortalecimento da indagação atinente ao seu fim, o que Bauman sustenta não ser pertinente, constatando que a expressão utopia está numa situação de exatidão.

Para preencher o *locus* deixado pela utopia, viria a fuga, como delineado por Bauman (2007a, p. 108-109) no excerto abaixo, *in verbis*:

[...] pode-se dizer sua nova versão, atualizada e no estado-da-arte, remodelada sob medida para nossa desregulamentada e individualizada sociedade de consumidores. Já não espera seriamente fazer do *mundo* um lugar melhor para se viver; não consegue sequer tornar realmente seguro aquele melhor *lugar* do mundo que resolveu construir para si mesmo. A insegurança veio para ficar, não importa o que aconteça.

Bauman (2007a, p. 114-114) percebe haver uma tendência para perseguir o mais fácil, que é a acomodação e a adesão ao individualismo irrefletido, sendo extraordinariamente difícil a libertação para reflexão e soerguimento do sentido da vida e, conseqüentemente, do sentido originário da utopia, de caráter comunitário, ocasionando toda a sorte de pressões contrárias, pela mudança não do mundo, mas de si mesmos.

Não obstante isso, todos os problemas suscitados e as repercussões causadas sobre a política, a relação dos referenciais tempo e espaço, e a rejeição das utopias, o dirigismo constitucional manifesta sua dimensão de resistência, como o fez para preservar o Estado Social como dimensão do Estado Democrático de Direito.

Como já exposto, a política consubstancia a capacidade de deliberação entre alternativas pertinentes à direção e aos objetivos do governo da comunidade que se manifesta através do Estado, constituindo-se, como reavivado por Edgar Morin (1997, p. 20-21) como a arte de governar. Arte essa que está sob pressão e que, nessa pressão, é reforçada pela dimensão de resistência do dirigismo.

O dirigismo importa num avanço da constituição sobre outros ramos do direito e, inclusive, sobre a política. Há uma constitucionalização do direito e uma constitucionalização da política. Na medida em que essa política esteja constitucionalmente fundada, haverá o seu entrenchamento em face dos riscos de mercantilização e de sujeição à racionalidade

econômica, ou de cessão da sua capacidade de direção para instâncias neocorporativas, à moda de um retorno ao Estado mínimo.

Ademais, Morin registra que o ambiente da política estendeu-se progressivamente, adentrando nos âmbitos econômico, social, assumindo o dever de promoção do desenvolvimento e responsabilizando-se por problemas vitais, como fome, flagelos naturais, dentre outros.

Diante de tantas responsabilidades e atribuições, tem-se que a política é a instância que pode permitir a reabilitação da auto-compreensão da coletividade como comunidade, resguardados os objetivos a que deve se orientar e a partir dos quais formular as prioridades nas políticas públicas, com a observância da margem de apreciação e de ação do legislador, que consubstancia a liberdade de conformação,

Desse modo, assiste razão a Morin (1997, p. 21) quando rejeita uma despolitização da política – que levaria a uma despolitização do Estado e da constituição, que se assujeitariam a uma mercantilização – considerando que “Mesmo que hoje se recuse a ideia de salvação da política, esta tem, no entanto, de assumir a salvaguarda e o destino da humanidade”, destino esse que, em plagas brasileiras, vem previamente delimitado como auto-projeção comunitária nas normas programáticas, as quais estão dotadas por uma unidade de sentido marcada pelo dirigismo constitucional.

A sobrecarga da política (MORIN, 1997, p. 22-23) é uma sobrecarga antes da Constituição brasileira, em virtude de constitucionalizar a política, cabendo o desenvolvimento das diretrizes e dos programas, mediante a formulação, implementação, execução e controle de políticas públicas, precedidas tais etapas pelo necessário planejamento.

Quanto à relação dos referenciais espaço e tempo, cumpre salientar que o dirigismo não pressupõe e nem exige a descoberta de uma historicidade portadora de sentido único e marcada pelo progresso. Como aponta François Ost (2005, p. 16), o tempo também é uma instituição conformada pelo direito, de modo que lhe cabe promover a “[...] instituição jurídica de um tempo social portador de sentido.” Em razão disso, é imprescindível crer nas promessas de futuro (OST, 2005, p. 196) que projetam as utopias jurídicas.

As utopias jurídicas, por sua vez, ao permear o texto constitucional pátrio, nada mais são do que expressão, como adrede exposto, do sentido comunitário de existência social, visando não apenas à garantia do mínimo vital, mas à promoção do máximo existencial, que se relacione ao pleno desenvolvimento da personalidade.

As utopias merecem a devida reabilitação, pois elas estão inextricavelmente ligadas à vivência comunitária e se expressam nos textos constitucionais a partir dos mais

caros objetivos que venham a ser consagrados, portanto uma função tanto crítica como produtiva, consoante sustenta Peter Häberle (2004, p. 244-246), ensejando o encadeamento necessário entre esperança e responsabilidade e com a abertura às possibilidades a partir das realidades e necessidades.

Para a reabilitação da política, para a construção de um sentido jurídico social de tempo e para a reafirmação das utopias jurídicas, inerentes às constituições dirigentes, impõe-se um profundo reabilitar da consciência jurídica, conforme aponta Ernst Bloch (2005, p. 178).

Ainda segundo Bloch (2002, p. 248), ao refletir a fundamentação do direito natural a partir da dignidade, enquanto as utopias sociais visam ao bem-estar, as utopias jurídicas (as quais o autor se refere com a menção ao direito natural) visam à dignidade, e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais, e as garantias jurídicas de segurança e liberdade. Daí o relevo do dirigismo constitucional pátrio abrigar uma dimensão utópica, justamente porque convergem tais utopias para a dignidade, e se fortalecem a partir da solidariedade.

Outrossim, além de ser relevante que as constituições alberguem utopias, como a brasileira de 1988, é antes uma exigência da própria comunidade política, que no texto constitucional deve se sentir projetada e dele pertencente, pois, como recorda Häberle (2004, p. 245), as utopias compõem o patrimônio cultural do Estado Constitucional.

Esses fundamentos, em oposição ao quanto suscitado em derredor da pós-modernidade, servem para resguardar o dirigismo e buscar a afirmação de sua persistência e resistência, não se sujeitando às razões que alhures foram suficientes para promover a retração das prestações sociais.

Diante disso, já sustentados os argumentos contrários a uma crise insuperável do dirigismo e do Estado Social por uma falha paradigmática, impõe-se apreciar a questão tal como explicitamente desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho com o desiderato de averberar que o constitucionalismo dirigente brasileiro não morreu, sendo um filho pródigo que caminha em direção à realização dos programas e na busca das utopias, assinalando as tarefas e as finalidades, asseguradas pela jurisdição constitucional.

#### **4.5.2 A Reflexividade pós-moderna e o constitucionalismo dirigente: a persistência da utopia constitucional**

Canotilho recebeu acerbas críticas das mais variadas origens doutrinárias quando do desenvolvimento da sua teoria da constituição dirigente, algumas das quais promovidas por brasileiros como Ney Prado e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Prado (1994, p. 26-28) impugna o texto brasileiro desde a origem, por reputar que é destituído de autenticidade, vindo a expressar concepções estrangeiras hauridas de Canotilho (1994), além de se insurgir contra a tendência utópica (PRADO, 1994, p. 46-47).

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 18-21), logo quando da promulgação do texto pátrio, reputou que seria a Constituição um fator de comprometimento para a governabilidade, assimilando o dirigismo com um caminho de força para o socialismo.

Tais críticas são inconsistentes, decorrendo de uma compreensão ideologicamente orientada, mas desvirtuada, de modo a não se revelarem em óbices que coloquem sob pressão o texto constitucional.

Outros doutrinadores vão buscar doutrinas mais afeitas aos paradigmas da pós-modernidade, sustentando a participação, a reflexividade autopoiética, a consensualidade e a subsidiariedade como notas que devem marcar o Estado Democrático de Direito, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997, p. 188-193), fundando-se no funcionalismo de Luhmann. A essa concepção parece mais próximo Canotilho ao rever a sua construção teórica, mas o que vai denominar como constitucionalismo moralmente reflexivo não têm compatibilidade com o dirigismo constitucional pátrio.

Assim, é justamente com base na pós-modernidade que Canotilho (2006b, p. 125) revisa a sua teoria, passando a defender um constitucionalismo moralmente reflexivo, que seria resistente a duas unilateralidades, quais sejam, a) a sobrecarga do discurso metanarrativo fundado numa utopia do sujeito e da razão emancipatória, ou, como considera Canotilho, “[...] o peso do discurso da metanarratividade que hoje só poderia subsistir como relíquia da má utopia do sujeito do domínio e da razão emancipatória”; e b) o advento de uma razão cínica de ordem tecnocrática e econômica submetida a um esquema processual de deliberação que rejeite a estruturação moralmente assentada dos pactos de fundação da ordem constitucional.

Nesse sentido, invoca a doutrina de Ulrich Preuss, que, ao analisar a relação entre constitucionalismo e progresso, reputa imprescindível que a própria sociedade, reflexivamente, defina deliberativamente a sua linha de progresso.

Para Preuss (1995, p. 124) é ser imprescindível uma compreensão reflexiva da constituição no sentido de que deve haver a instituição de processos e de órgãos e autoridades que adotem decisões vinculantes; entretanto, que o poder não pode servir como instrumento

de imposição à sociedade do curso correto e progressivo do seu desenvolvimento, devendo-se criar ambientes e instituições que habilitem a sociedade a desenvolver suas fontes morais e intelectuais.

Em corroboração ao entendimento de Preuss, Canotilho (2006, p. 128-129) assevera que devem ser adotadas formas de regulação de eficácia reflexiva ou de direção indireta, como a subsidiariedade, o neocorporativismo e a delegação, posto conduzirem a um esquema de desenvolvimento cooperativo, portador de maior eficácia e restaurador das justas dimensões do princípio da responsabilidade, estimulando a dinâmica da sociedade civil, independentemente do Estado.

Reputa necessário que o âmbito local seja objeto de preocupação na formulação de ações e políticas, superando as fórmulas globais de planificação e, ao mesmo tempo, coadunando-se com a diversidade cultural, em atenção aos princípios da relevância e da tolerância, entendendo que “No fim das contas, o projecto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro e através de instrumentos regulativos diferentes.”

A constituição dirigente deveria ceder lugar ao contrato e o espaço nacional abrir-se à globalização, sem afastar o intento de mudança, que passaria a radicar nos quatro contratos globais, consistentes no contrato para as necessidades globais, no contrato cultural, no contrato democrático e no contrato planetário, encerrando, respectivamente, as questões relativas às desigualdades, à tolerância e ao multiculturalismo, à expansão da democracia, e ao desenvolvimento sustentável.

Ora, uma tal concepção, de transferência das instâncias de regulação, não se afigura adequada, pois representaria a própria diluição da normatividade e da capacidade de conformação do direito constitucional sobre as instâncias políticas e econômicas, que passariam a informá-lo e enformá-lo, dando azo ao aludido processo de mercantilização da política e do dirigismo, criando um ambiente propício para o neoliberalismo.

Como registra Zygmunt Bauman (2000, p. 25-32), o ambiente sócio-cultural instaurado pela pós-modernidade traz consigo incerteza, insegurança e ausência de garantia, o que repercute na perda da capacidade de agir e pensar, acarretando a redução de confiança na própria “[...] capacidade e nas intenções dos outros, uma crescente incapacitação, ansiedade, esperteza”, compondo um quadro que denomina de “*corrosiva desesperança existencial*”<sup>187</sup>, expondo os efeitos das políticas neoliberais ao contribuir para o aludido quadro.

---

<sup>187</sup> Destaques no original.

Por sua vez, François Ost (2005, p. 28-29) salienta que o passado tem um sentido que deve ser regenerado, como o futuro que, malgrado indeterminado, não pode ser aleatório, indicando a existência de uma fecundação recíproca entre ambos, eis que “[...] trata-se, antes, de regenerar o tempo que passa, conferindo-lhe a espessura de uma duração real, graças à fecundação recíproca de um passado que, se bem que terminado, não esgotou suas promessas, e de um futuro que, se bem que indeterminado, não é totalmente aleatório.”

Ainda que as condições complexas da modernidade afastem a crença absoluta na capacidade da razão humana, exaltada pelos êxitos das ciências naturais, aplicados ao desenvolvimento tecnológico, não se pode conceber a absoluta impossibilidade de adoção, pelo Estado, de linhas de direção no âmbito da política econômica, resultantes do consenso funcional a que passa a se vincular a comunidade, ao contrário, como já aludido, consubstancia uma necessidade comunitária existencial, compondo a estruturação das constituições dirigentes.

A própria noção de comunidade expressa a existência de um elemento de união, que pode ser dos mais variados; em se tratando de comunidade política, esse elemento de união é composto pelas finalidades e objetivos que justificam a existência comunitária, materializada pelo Estado.

Ost também se refere a Ricoeur e Koselleck, que expressam a noção de espaço de experiência e horizonte de expectativa relativamente ao caráter neguentrópico do tempo. “Um passado ainda ‘interessante’ e um futuro já ‘creditado’, eis o tempo humano ‘valorizado’, eis a duração portadora de sentido”, apontando a fragilidade da ligação entre passado e futuro, notadamente em virtude da crise da cultura, conducente de um cisma entre os dois tempos, que parecem nada poderem expressar. “[...] um passado repentinamente tornado estranho, um futuro opaco e improvável – e entre os dois: um presente reduzido às pancadas do instântâneo, aos sobressaltos da urgência, à insignificação do dia-a-dia.”

Outrossim, o futuro não provém de um determinismo cego e nem é esvaziado por uma entropia que torna fluído o instante e o torna incapaz de programação do futuro, que cada vez mais se antecipa; o futuro não pode ser reservado ao acaso, como também não pode ser conduzido apenas e tão-somente pela lógica da acumulação do capitalismo, matizada pela globalização do capital financeiro internacional.

Ora, o futuro envolve a formulação de promessas normativas (OST, 2005, p. 196-197) que se apresentam como compromissos assumidos comunitariamente e exprimem consensos que passam a ficar a salvo do processo democrático, dos representantes do povo ou o do próprio povo.

Outrossim, o dirigismo constitucional pátrio, pertinente ao texto e ao contexto, não afasta a existência de uma nova utopia crítica, oposta à utopia neoliberal, que resulte da globalização dos novos movimentos sociais, como observa Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 26-30), cuja exemplar mais relevante é o Forum Social Mundial.

Todavia, a constitucionalização de objetivos fundamentais, como os previstos pelo art. 3º da Constituição Federal, associados à força expansiva e à maximização dos direitos fundamentais, impositivos da transformação da realidade pelo Estado, intervindo na economia, também se justifica.

Por conseguinte, as utopias constitucionais se legitimam enquanto expressivas de um dirigismo constitucional que se estabelece em relação de mútua implicação com a realidade, que integra a interpretação do texto constitucional, seja com vistas ao caráter republicano que constitui o Estado enquanto expressão da comunidade política (BAUMAN, 2000, p. 169), seja pela análise ontológica de Castoriadis (2002, p. 276-277), abaixo transcrita, *in verbis*:

A análise ontológica demonstra que nenhuma sociedade pode existir sem uma definição, mais ou menos certa, de valores substantivos compartilhados, de bens sociais comuns (as *public goods* dos economistas constituem apenas uma parte deles). Esses valores formam uma parte essencial das significações imaginárias sociais a cada vez instituídas. Eles definem o avanço de cada sociedade; fornecem normas e critérios não formalmente instituídos [...]; enfim, eles subentendem o trabalho institucional explícito. Um regime político não pode ser totalmente agnóstico em termos de valores (morais ou éticos). O direito, por exemplo, só pode exprimir uma concepção comum [...] sobre o mínimo moral implicado pela vida em sociedade.

Destarte, é inerente a toda e qualquer instituição comunitária a existência de finalidade e objetivos, que acabam por ser materializados como projetos de construção de um futuro compartilhado, não estando refratário à atualização do sentido de tais objetivos e fins mediante a promoção de um espaço público alternativo.

Em se tratando de uma sociedade cuja Questão Social é composta pelos efeitos nocivos do capitalismo, acarretado empobrecimento, exclusão social e marginalização, de um lado, e, de outro alto grau de concentração de renda, há uma mais intensa carga de finalidades e objetivos, como uma maior demanda de direitos fundamentais, diante do distanciamento entre o texto e o contexto constitucionais pátrio.

E a realidade social brasileira, compreendida em cotejo com o dirigismo constitucional, interdita a adoção de políticas neoliberais, pois a austeridade fiscal, a retração das prestações sociais, em especial da seguridade social, e a flexibilização dos direitos sociais do trabalhador, chocam-se frontalmente com a proteção aos valores sociais do trabalho

e com os fundamentos da ordem econômica, previstos no art. 170, colidindo, ainda, com os próprios objetivos fundamentais.

Como assinalado, o mercado é uma instituição social conformada pelo direito e sua capacidade de auto-regulação para promoção do bem-estar com fundamento no princípio da concorrência e na idéia da eficiência já se mostrou inconsistente, não conseguindo lidar com o poder econômico. Em verdade, como sustentado por Perry Anderson (2003, p. 22-23) o neoliberalismo vem conseguindo um êxito político e ideológico talvez sem precedentes, mas os seus resultados econômicos são inexpressivos e tem se mostrado socialmente desastroso, “criando sociedades marcadamente desiguais.”

O dirigismo se opõe ao neoliberalismo porque vai em sentido contrário às diretrizes e aos programas constitucionalmente assinalados, obstando que os órgãos de direção política adiram e implementem o seu ideário de forma a causar um retrocesso social, revelando, novamente, a instância de resistência. A desmontagem do Estado Social, ao invés de seu aperfeiçoamento diante das crises estrutural, de legitimidade e financeira, é medida inconstitucional, susceptível de ensejar o controle jurisdicional das políticas públicas que encampem quaisquer dos postulados neoliberais.

O Estado Social, enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito, é assegurado e preservado pelo dirigismo político-programático, sendo, igualmente, projetado para a realização das utopias jurídicas resultantes da expressão do sentido comunitário mediante a transformação da realidade, o que não se compadece com valores neoliberais, mais sensíveis à estabilidade monetária.

O dirigismo aponta em direção distinta, certamente uma num sentido correspondente ao que Emir Sader (2003, p. 181-202) denomina de pós-neoliberalismo, no que se constitui em projeção consoante com as normas constitucionais programáticas.

Por conseguinte, firmado e consolidado o dirigismo, a par das pressões sofridas, cabe passar à interação do dirigismo para com as políticas públicas.

#### 4.6 O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

O dirigismo constitucional importa na constitucionalização da política, entendida como instância de decisão sobre a direção e os objetivos da associação política, ou, num



sentido mais clássico e filosófico, a arte de governar. Se as políticas públicas passam a estar juridicizadas e dirigidas programaticamente pelo texto constitucional, habilita-se, também, o controle pela jurisdição constitucional.

Com efeito, se os programas constitucionais não são implementados, invariavelmente essa defasagem decorre por ausência de vontade política, por eleição de prioridades de governo sobre as prioridades, por ineficácia da ação estatal, mal planejada, ou por se deparar com a reserva orçamentária ou com a reserva do possível, como se passara a analisar a seguir.

#### **4.6.1 Constitucionalização da política e do político: o dirigismo da ação estatal e das políticas públicas**

A constitucionalização do político, numa Constituição dirigente, não se reduz apenas à estruturação de órgãos, fixação de competências e disciplina da forma de exercício e transferência do poder político.

A Constituição dirigente opera, seja a partir dos objetivos fundamentais do art. 3º, seja em virtude do sistema dos direitos fundamentais, cuja eficácia objetiva vincula os Poderes Públicos, impondo o dever fundamental de desenvolvê-los o máximo possível diante da estrutura principiológica que possuem.

Os princípios e objetivos fundamentais, além dos próprios direitos fundamentais, caracterizam-se como mandados de otimização, devendo ser realizados na maior medida do que seja jurídica e faticamente possível.

A dimensão principiológica dos direitos fundamentais foi destacada com acuidade por Robert Alexy (2001, p. 86) em lição abaixo colacionada, *in verbis*:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan algo que sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

A caracterização dos princípios como mandados de otimização também é

ressaltada por Canotilho (2002, p. 1239), abaixo transcrito, *in verbis*:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica.

Logo, tanto os direitos fundamentais como os objetivos fundamentais apresentam uma eficácia prospectiva na medida em que devem ser realizados na maior medida do possível, pouco importando se um determinado dispositivo expressa ou não um caráter de imposição constitucional abstrata ou concreta.

Seja pelo sistema de direitos fundamentais, seja pela adequação axiológica que confere unidade e ordem ao sistema constitucional a partir do relevo dos princípios e objetivos fundamentais, verifica-se a potencialização do caráter dirigente da Constituição Federal.

Entretanto, o dirigismo não pode ser confundido com a eficácia objetiva ou com a analiticidade da Constituição, aferindo-se a sua substância a partir da relação das imposições constitucionais, abstratas ou concretas, sobre o âmbito da realidade, na medida em que a justificação do dirigismo constitucional reside justamente na necessidade da disciplina constitucional de política econômica, objetivando a transformação da realidade que, no caso do Brasil, relaciona-se notadamente com a questão social.

Canotilho (1994, p. 70-71) destaca exatamente esse traço do dirigismo constitucional ao referir que a principal questão que envolve é se deixar a realidade à evolução, ou à construção racionalmente orientada, de modo que “[...] a constituição tem sempre como tarefa a ‘realidade’.”

Assim, independentemente do caráter principiológico dos direitos fundamentais e da dimensão positiva que deles advém, o dirigismo se identifica pela relação de tais direitos com os objetivos na compostura da ação estatal voltada para a realidade, a fim de propiciar a existência efetiva das liberdades e dos direitos fundamentais.

Cornelius Castoriadis (2002, p. 263), rejeitando a concepção meramente procedimental de democracia, concebe o poder político explícito, político-institucional, como aquele que institui imposições sancionáveis, adentrando na exposição da sua consistência no excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

O objetivo da política não é a felicidade, e sim a liberdade. A liberdade efetiva [...] é o que denomino autonomia. A autonomia da coletividade, que só

pode se realizar pela auto-instituição e pelo autogoverno explícitos, é inconcebível sem a autonomia efetiva dos indivíduos que a compõem. A sociedade concreta, a sociedade que vive e que funciona, não é mais do que os indivíduos concretos, efetivos, reais.

A política se destina à eleição das prioridades e dos meios que se façam necessários para o melhor governo, ocupando um papel relevante nos Estados democráticos contemporâneos os partidos políticos e os instrumentos de democracia representativa e participativa; entretanto, a política, com o advento da constitucionalização da ordem econômica, passa a ser também objeto das constituições, razão pelas quais a liberdade política para eleição das prioridades a ser objeto de realização não fica integralmente sujeita ao juízo dos representantes do povo, e nem do próprio povo.

E, em se procedendo à redução sociológica, não se pode deixar de concluir que a realidade a cuja modificação o dirigismo constitucional se destina é aquela propiciada pela exclusão social, pela progressiva pauperização e pela incapacidade de grande parte da população de obter as condições mínimas de subsistência, o que compõe a questão social, cada vez mais complexa e renovada.

Em se analisando a situação social brasileira, não se consegue sequer afirmar que a Questão Social tenha sido resolvida ou ao menos mitigada em qualquer momento da histórica republicana, até porque, como bem observa Lenio Streck (2002, p. 68-69), o Estado social brasileiro não chegou a instituir, partilhando de uma modernidade arcaica e tardia que só agrava os desequilíbrios estruturais que resultam de uma economia de mercado.

Nesse sentido, apenas a título de ilustração da gravidade da questão social nos quadrantes brasileiros, destaca-se a taxa de pobreza em cada Estado da Federação, alcançando 28,1% em Santa Catarina e 78,1% em Alagoas, com uma taxa nacional de 47,9%, como aponta Márcio Pochmann (2005, p. 117).

Ademais,

Entre 1950 e 2000, mesmo registrando uma das mais altas taxas de crescimento econômico do mundo, o Brasil não conseguiu alcançar resultados sociais significativos, em comparação com o desempenho dos países desenvolvidos. Deve-se deixar claro que o problema nacional não foi o crescimento econômico, muito pelo contrário – especialmente entre os 1950 e 1980 –, mas sim a natureza e as características das políticas sociais adotadas no país, associadas ao padrão de acumulação concentrador de renda. (POCHMANN 2005, P. 58-59)

Observam, ainda, os autores do Atlas da Exclusão Social o caráter fracionado do sistema de proteção social brasileiro, de caráter clientelista e assistencialista, pouco

redistributivo e emancipatório.

Os fatores pelos quais o Estado Social brasileiro não produziu efeitos redistributivos e emancipatórios desejados e esperados exorbitam o âmbito do presente estudo, mas podem ser indicados como tendo um dos fatores na falta de vontade política, na crise e desencantamento do processo político-decisório, na eleição de prioridades de governo em detrimento das prioridades constitucionais, dentre outros fatores.

O surgimento do constitucionalismo dirigente em Portugal derivou da discrepância do estágio social de Portugal em cotejo com os estados centrais do capitalismo, mas não se aproxima da existência de uma questão social com a gravidade e complexidade de que se reveste a situação brasileira.

Assim, justifica-se que os anseios mais relevantes da comunidade política venham a ser incorporados no texto constitucional e, conseqüentemente, vinculem o sistema político e os representantes que ocupem os órgãos de direção política, confirmando-se uma constitucionalização da política.

Pode-se recorrer, inclusive, à doutrina de Ricardo Guastini, que aponta as características de uma constituição para que ocorra a constitucionalização do ordenamento jurídico<sup>188</sup>; a constitucionalização da política pela Constituição Federal de 1988 se confirma pela existência daqueles elementos, agregados aos objetivos e princípios fundamentais, cuja compreensão/interpretação/aplicação sistemática com os direitos fundamentais conduz à existência de imposições constitucionais, abstratas e concretas, de transformação da realidade para redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da pobreza e da marginalização para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ou seja, há a constitucionalização da política para que se possa dirigir a política econômica, a ação estatal e as políticas públicas mediante os mecanismos de intervenção na atividade econômica e sobre a atividade econômica, o que não parece repercutir na eliminação da margem de apreciação política do legislador.

---

<sup>188</sup> Ricardo Guastini (2001), recorrendo às idéias de Favoreu para entendê-la como significante de um processo de transformação do ordenamento jurídico pelo qual ele fica impregnado pelas normas constitucionais, registra que “Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.” Os elementos condicionantes da constitucionalização do ordenamento jurídico seriam a existência de rigidez, de jurisdição constitucional, o reconhecimento do caráter vinculante da constituição, da postura dos juízes na interpretação constitucional, notadamente pelo recurso à interpretação conforme, pelo admissão da eficácia imediata das normas constitucionais e, ainda, a influência sobre as relações políticas.

Numa constituição plasmada de direitos fundamentais e dotadas de objetivos fundamentais que expressam o vínculo de solidariedade comunitária, não há espaço para eleição de prioridades políticas que se distanciem ou que contrariem as prioridades constitucionais.

Exposta e fundamentada a relação de constituição e política, pela constitucionalização da dinâmica política pelo caráter de parametricidade que as constituições dirigentes possuem, cumpre tratar, ainda que sucintamente, da eficácia dos direitos fundamentais, posto ser comum considerar-se que as apenas os direitos sociais exigem prestações positivas do Estado, o que poderia levar ao errôneo entendimento de que apenas a eles se reduziria o dirigismo constitucional. De qualquer sorte, explica-se o foco do dirigismo nos direitos sociais exatamente porque deles advém a imposição de transformação da realidade aos Poderes Públicos mediante a ação estatal e a formulação e implementação de políticas públicas.

#### **4.6.2 Os direitos fundamentais e as imposições constitucionais**

O caráter dirigente da constituição não resulta somente da existência de objetivos fundamentais, pois, como já ressaltado, na idêntica condição de mandados de otimização, os direitos fundamentais, globalmente considerados, impõem ao Poder Público uma imposição constitucional abstrata de realização máxima; cada um, de *per si*, considerando diante de uma situação particular pode dar ensejo a uma imposição constitucional que repercuta na formulação de uma política pública ou social.

De logo, insta destacar a parcial correção da relação feita por Canotilho (1994, p. 364-365) entre direitos fundamentais e programaticidade constitucional, cingindo ao âmbito dos direitos sociais a caracterização de direitos a prestações, conferindo às liberdades a clássica concepção de direitos negativos (2002, p. 1258-1261); posteriormente, corrigindo a concepção original e, ao que parece, aderindo à Alexy, sustenta a existência de direitos a ações negativas, direitos a ações positivas, seja por prestações materiais, seja por prestações normativas, competências, sem relacionar tais âmbitos necessariamente com as liberdades ou com os direitos sociais, embora se referida àquelas como uma posição específica e distinta das demais.

A questão começou a ser bem elucidada por Cass Sunstein e Stephen Holmes (1999), que afirmaram o caráter positivo de todos os direitos fundamentais, expondo que as liberdades e a propriedade exigem também ações estatais que se destinam a protegê-las de ofensas de terceiros.

A fim de comprovar que todos os direitos são positivos e, conseqüentemente, demandam custos para o financiamento de sua implementação, Sunstein e Holmes (1999, p. 233-234) trazem um quadro que relaciona os direitos e os seus custos respectivos.

O objetivo dos constitucionalistas americanos é desvelar o caráter ideológico que subjaz à caracterização apenas dos direitos sociais, econômicos e culturais como positivos e, assim, condicionar a formulação e implementação de políticas sociais à reserva orçamentária, a que não estariam adstritos os direitos individuais caso realmente fossem apenas direitos negativos.

Como já apontado em outra oportunidade<sup>189</sup>, Alexy também considera que os direitos fundamentais comportam, todos eles, prestações positivas, sejam materiais, sejam normativas.

Sustenta Alexy que os direitos à prestação se dividiriam em direitos de proteção e direitos de organização e procedimento, abrangendo, também prestações em dinheiro e bens, que se poderia considerar como direitos à satisfação de necessidades.

Os direitos à prestação consistiriam de forma impositiva numa atuação do Poder Público que poderia ser não apenas material e concreta, mas também normativa.

Não obstante isso, afigura-se mais pertinente o entendimento de que todos os direitos fundamentais têm uma dupla dimensão eficaz, defluindo uma eficácia negativa e

---

<sup>189</sup> Com efeito, Alexy “Sustenta que os direitos à prestação se dividiriam em direitos de proteção e direitos de organização e procedimento, abrangendo, também prestações em dinheiro e bens, que se poderia considerar como direitos à satisfação de necessidades.

Os direitos à prestação consistiriam de forma impositiva numa atuação do Poder Público que poderia ser não apenas material e concreta, mas também normativa.

Os direitos à proteção corresponderiam à imposição ao Poder Público de que atuasse, material ou normativamente, para resguardar as situações subjetivas de alguém em face de intervenções ou lesões de terceiros, tendo como esfera protetiva a vida, a saúde, a dignidade, a família, a propriedade, e quaisquer outros bens dignos de resguardo pela sua jusfundamentalidade.

A atuação protetiva, por sua vez, poderia ocorrer tanto pela instituição de normas de direito penal e administrativo-sancionador e processual, como de atuação material e concreta da Administração Pública; nesse contexto, Alexy considera enganoso um esforço de distinção entre direitos de defesa e direitos à proteção.

Já os direitos à prestação em sentido estrito corresponderiam mais diretamente aos direitos sociais, portadores de uma imposição para a satisfação de determinada necessidade que o indivíduo não consegue satisfazer no mercado.

Por sua vez, também admite a existência de direito à organização e ao procedimento, sobre os quais salienta que nenhum outro há despertado tanto interesse, remetendo a Peter Häberle como responsável pelo seu primeiro desenvolvimento” (CALMON DANTAS, 2007, p. 405-407).

outra positiva; a eficácia negativa abrangeria os deveres de respeito e preservação da autonomia privada, que demandam condutas omissivas; já a eficácia positiva seria composta pelos deveres de proteção, garantia, promoção e satisfação.

Da dimensão negativa advêm os deveres de respeito à integridade do respectivo bem jurídico, expressando ao Poder Público e aos particulares um dever de abstenção, e de respeito à autonomia, que impede a interferência do Poder Público e de particulares no âmbito recôndito das decisões fundamentais acerca do livre desenvolvimento da personalidade.

Da dimensão positiva, por sua vez, extrai-se quatro deveres fundamentais, quais sejam: a) de proteção; b) organização e processo; c) de promoção; d) de satisfação.

Os deveres de proteção são aqueles que exigem do Poder Público medidas, usualmente normativas, que tutelem bens jurídicos em face da possível lesão por parte de outros indivíduos, grupos ou pessoas em geral, como, *verbi gratia*, o direito penal e a responsabilidade civil.

Os deveres de organização e processo, por sua vez, impõem ao Poder Público a criação de órgãos e vias dialógicas que possibilitem não apenas a tutela garantista de direitos fundamentais que tenham sido lesados, como no caso dos órgãos judiciários e do processo judicial, mas também que viabilizem a realização dos direitos fundamentais, na forma da dimensão processual dos direitos fundamentais destacada primordialmente por Peter Häberle<sup>190</sup>.

Já os deveres de promoção exigem do Estado a adoção de medidas de estímulo, facilitação e fomento para o acesso a determinado direito fundamental, como se dá com os programas de financiamento imobiliário e as ações afirmativas.

Os deveres de satisfação são aqueles que importam numa conduta material e concreta do Estado em favor do titular de determinado direito no sentido de prover o bem da vida a que se refere, como se dá com a saúde e a educação prestadas em regime gratuito pelo Poder Público.

Observe-se que tais dimensões dispensam expressa referência no texto constitucional, podendo resultar apenas e tão-somente da consagração do direito a partir de

---

<sup>190</sup> O *status activus processualis* foi defendido por Peter Häberle, no âmbito do desenvolvimento da atividade prestacional própria do Estado Social, partindo da doutrina dos *status* de Jellinek, compreendendo todo o tipo de procedimento respeitante a direitos fundamentais, cujo conteúdo material seria composto por “un derecho de participación cuya inmediata consecuencia, más que una ‘reserva de ley’, implica una autentica ‘reserva procesal de prestación’, ya que resulta dimandar de una intensa forma de entender los tres elementos por antonomásia de los que procede, que son el Estado, el Derecho ya la própia Constitución.” (HÄBERLE, 2002, p. 194-195).

um determinado caso concreto, pois não há a relação biunívoca entre texto e norma, podendo resultar de um mesmo dispositivo várias normas, como um ou nenhuma norma constitucional, sempre a depender do caso concreto.

Posto isto, ainda que os direitos sociais e econômicos sejam os que mais diretamente conferem ao Estado a atribuição de transformação da realidade como tarefa, juridicizando a liberdade de conformação legislativa, há de se reconhecer a todos uma dimensão positiva, de que se infere serem, em certo sentido, também dotados de caráter dirigente, quando não em virtude da compostura deles próprios, ao menos pela correlação de adequação axiológica exigida pelo art. 3º do texto constitucional.

A elucidação dessas dimensões de direitos fundamentais possibilita uma melhor compreensão da capacidade dirigente da ordem constitucional, como também a averiguação adequada das opções políticas e da alocação de recursos promovida pelo legislativo na formulação e implementação de políticas públicas, permitindo verificar se há conformidade com os programas constitucionais ou se há omissão ou contrariedade com as cláusulas de utopia.

#### **4.6.3. O dirigismo constitucional e as políticas públicas**

A constitucionalização da política em sentido dinâmico, com a predisposição de condições de validade e legitimidade material das decisões político-governamentais, tem ocasionado o crescimento da preocupação entre a constituição e as políticas públicas.

Segundo Eros Roberto Grau (2004, p. 65), a transformação que se opera em sede da ordem econômica constitucional, enquanto parcela da ordem jurídica, ocorre a partir do momento em que passam a juridicizar políticas públicas e viabilizar os instrumentos de sua implementação, promovendo a melhoria e aperfeiçoamento da ordem econômica real, inclusive para preservá-la, o que anteriormente não acontecia, à vista da noção de auto-regulação que implicava a ordem econômica do ser, de modo que “O direito é afetado, então, por uma transformação, justamente em razão de instrumentar transformação da ordem econômica (mundo do ser).”

Entretanto, não há concordância quanto à repercussão do dirigismo constitucional sobre as políticas públicas, sendo uma das vozes dissonantes a do próprio Canotilho (2006b,



p. 124-125).

Salienta o constitucionalista luso que a consagração de um catálogo de direitos sociais não importa na positivação de imposições constitucionais que conformem e dirijam o desenvolvimento de políticas públicas relativamente aos direitos sociais, económicos e culturais, exemplificando com o direito à educação, que seria de inequívoca sede constitucional quanto ao acesso a todos os graus de ensino, mas não o seria a previsão da gratuitidade de acesso a todos os graus, diante do risco de engessar a respectiva política pública, além de conduzir às questões problemáticas de limites da ação do Estado e da ingovernabilidade, trazidas ou mais dificultadas pelo texto constitucional.

Ao reconhecer que as constituições não podem mais ser concebidas como portando um carácter sagrado ou como responsável pela consagração sintética das políticas públicas, afirma poderem deixar de abrigar exigências constitucionais mínimas, conforme sustenta Rawls, entendidas como “[...] complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e económica intocáveis pelas maiorias parlamentares”, compondo um critério fundamental de aferição de legitimidade moral e material assecuratório em face da diluição moral mediante desregulações, flexibilizações e liberalizações, bem como da deslegitimação ética. Posteriormente, entretanto, embora parecendo manter a sua posição, admite a tensão que existe sobre a constitucionalização de políticas públicas (CANOTILHO, 2003, p. 20).

Os obstáculos suscitados, pertinentes à ingovernabilidade e à limitação do processo democrático serão adiante apreciados, não se podendo, todavia, admitir a restrição erigida pelo constitucionalista português, posto que a irradiação normativa das imposições constitucionais, abstratas e concretas, sobre as políticas públicas é uma das principais dimensões do carácter emancipatório e garantista dos programas constitucionais.

Ora, não há como constituir um projeto de direção do futuro, como impedir que o futuro não seja guiado pelas forças cegas do mercado ou pelo acaso<sup>191</sup>, como consolidar na temporalidade social a imbricação dialética entre tradição e futuro na realidade da atualidade constitucional em se entendendo que a Constituição Federal de 1988 não deve ser compreendida como susceptível de orientar vinculadamente o planejamento, a formulação, a implementação, a execução e o controle das políticas públicas.

As políticas públicas, por sua vez, inserem-se no âmbito mais amplo da ação estatal e dependem do planejamento, que, ao contrário do que poderia induzir o art. 174 da

---

<sup>191</sup> OST, François. *O Tempo do Direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 28.

Constituição Federal, não é modo de intervenção do Estado (GRAU, 2004, p. 169-130), mas imposição prévia para a eficiência de toda e qualquer ação estatal, seja para o desenvolvimento de uma política pública, seja no que respeita ao próprio desenvolvimento nacional.

Assim, cumpre trazer à colação a doutrina de Gilberto Bercovici (2005, p. 69-70), abaixo transcrita, *in verbis*:

O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada. O planejamento está, assim, sempre comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca da transformação do *status quo* econômico e social.

Logo, o dirigismo constitucional repercute desde o planejamento até a execução e o controle e avaliação das políticas públicas, justamente pela constitucionalização do político e, mais ainda, pelas cláusulas de programaticidade constitucional que importam em promessas e compromissos de construção de um futuro.

Em verdade, Madeleine Grawitz e Jean Leca (1985, p. 6-8) concebem as políticas públicas como “[...] forma de um programa de ação próprio a uma ou mais autoridades públicas ou governamentais”, esclarecendo que dela decorre uma estrutura abstrata de comportamentos e normas.

Já na seara jurídica, Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 27) considera que as políticas públicas são microplanos que se destinam à racionalização técnica da ação pública em vista dos objetivos que são assinalados, estimando determinados resultados.

As políticas públicas apresentam-se, então, como um processo, que se desenvolve desde o planejamento, em que são identificadas as prioridades, os objetivos concretos, os recursos disponíveis, os meios necessários, verificadas possíveis intercorrências. A partir daí, se dá a formulação da política, seguida da sua implementação, execução e controle.

A força dirigente das normas constitucionais repercute necessariamente nos âmbitos do processo de formulação e execução de políticas públicas, não necessitando sequer da previsão explícita de uma determinada política pela Constituição Federal, pois os objetivos fundamentais demandam a realização por políticas que os levem em conta e procurem atendê-los, como também se dá com os direitos fundamentais.

O âmbito do presente estudo, entretanto, não comporta o aprofundamento da

questão, afigurando-se suficiente apenas ressaltar que, notadamente no que se refere à identificação das prioridades e dos objetivos, há uma estrita vinculação constitucional, não sendo admissível que prioridades de governo sejam prestigiadas em detrimento de prioridades que resultaram do pacto comunitário e fundacional do Estado. Da mesma forma, no âmbito das demais etapas integrantes do processo de formulação de políticas públicas, o caráter dirigente pode ter relevo, como se dá com uma política pública já planejada, formulada e com a devida alocação de recursos, mas que ainda não está em execução sem que haja uma causa fundada em prioridade igualmente constitucional para tanto.

Não se está pretendendo eliminar a liberdade de conformação legislativa, mas apenas evitar e impedir que o jogo político-partidário, tão sem identidade e destituído de qualquer função atinente ao interesse público, partilhe com exclusividade das decisões sobre o que é mais importante para a comunidade política.<sup>192</sup>

Por conseguinte, tem-se devidamente configurada a função de resistência e de projeção do dirigismo constitucional, assegurando o mínimo vital e promovendo mediante a programaticidade que incide sobre as políticas públicas, o máximo existencial.

Com isso, e pelo que exposto, não há como se admitir que tenha morrido o dirigismo constitucional brasileiro. Em verdade, mesmo com todas as dificuldades delineadas, o caráter meta-garantista da doutrina e o desempenho da jurisdição constitucional tem como resguardar as duas dimensões, de resistência e de projeção do Estado Social, das utopias jurídicas e dos direitos fundamentais. A Constituição brasileira de 1988 permanece viva, emancipatória, libertária, includente e processualmente efetivada, em direção ao cumprimento dos programas e da realização ótima das utopias constitucionais, projetadas pela comunidade política.

---

<sup>192</sup> Sobre o tema, abordando a existência de margens de apreciação para o legislador que impedem a invasão excessiva da constituição sobre a política, ALEXY (2004).

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 é dirigente. E isso significa que ela segue uma deriva de uma aspiração histórica do constitucionalismo, sendo a fórmula mais aperfeiçoada de contenção ao exercício arbitrário do poder, seja ele poder político, seja ele poder econômico. Galgar-se o patamar do dirigismo constitucional, sustentando-se a sua persistência diante das pressões a que está submetido, com o reconhecimento de sua função de resistência e de projeção, consubstancia uma conquista.

Os problemas que são demandados diante da Constituição brasileira de 1988, especialmente a pressão pela sua efetividade, a crítica ao seu caráter utópico, as deficiências da atuação prestacional e redistributiva da dimensão social do Estado Democrático de Direito, com a crise de financiamento, e a superação dos paradigmas da modernidade, que respaldavam e fundamentavam o dirigismo, ao invés de conduzirem ao seu abandono, com o ocaso do dirigismo acompanhado com um réquiem, exigem um aprofundamento reflexivo sobre os mesmos visando a encontrar novas soluções que capacitem o desenvolvimento mais efetivo da programaticidade constitucional.

O primeiro problema identificado, ou o problema de base, de natureza prévia porque atinente à pré-compreensão, consistiu na percepção de que a ciência jurídica deve se portar em favor do dirigismo, buscando restabelecer suas bases, rechaçar as críticas inconsistentes e viabilizar uma maior efetividade. Do contrário, estaria rejeitando a sua função meta-garantista.

O caráter meta-garantista da ciência jurídica, própria ao pós-positivismo, volta-se ao desenvolvimento das condições de validez e de legitimidade do discurso jurídico pelo cotejo com o que deve se apresentar constitucionalmente adequado com o texto e o contexto constitucionais brasileiros, de natureza dirigente.

A reflexão teórica em favor do dirigismo se funda na necessidade de emprestar maior efetividade ao texto constitucional e aos direitos fundamentais, garantindo-se para além do mínimo vital, como desiderato de promover o máximo existencial, conferindo aos programas finalísticos e impositivos de tarefas, mais ou menos abstratos, e aos direitos fundamentais eficácia ótima, muito própria à natureza principiológica de que se revestem.

Orienta-se pela hermenêutica filosófica e tenta reabilitar a razão prática, rejeitando o sentido comum teórico e o imobilismo científico.

E nisso se estabelece a necessidade de buscar a viabilidade do dirigismo e de sua capacidade de resistência e projeção do Estado Social como dado constitucional integrante do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil. Se em outras plagas o dirigismo foi considerado, de certa forma e em certo sentido, filho enjeitado, com a declaração de sua morte, tal situação não pode repercutir no Brasil, haja vista a existência diversas condições sociais, culturais e institucionais, de fora parte a distinção dos regimes constitucionais em si, todas elas demandando uma constituição dirigente que seja normativa.

Torna-se premente a compreensão de uma teoria da constituição dirigente que seja constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiro, separando o destino desse primo pródigo daquele do filho enjeitado.

Para tanto, há de se perceber que tanto o dirigismo quanto o Estado Democrático de Direito correspondem a um processo histórico de evolução do constitucionalismo no sentido de buscar a contenção do exercício arbitrário do poder e a proteção, garantia, satisfação e promoção dos direitos fundamentais.

O sentido do dirigismo há de ser para um caminho libertário, de projeção de utopias jurídicas firmadas em derredor da dignidade da pessoa humana e assentadas no texto como resultado da mudança da auto-compreensão da coletividade, transitando de sociedade de indivíduos que se relacionam segundo o princípio da competição, almejando eficiência e adaptação, para a comunidade de membros, cujas relações importam na existência de uma solidariedade que reforça o ligame social.

Esse processo se materializa a partir da crise do capitalismo monopolista, quando se agravou a Questão Social e se percebeu que o seu caráter auto-destrutivo não pouparia sequer a ele mesmo. A competição exacerbada levava à concentração de capital e ao poder econômico, situação que não se adequa ao modelo liberal de economia de mercado.

De outra parte as liberdades consagradas contra o Estado vão se mostrar muito distante de seus pretensos titulares, seja pela necessidade, num primeiro momento, também para elas, da *interpositio legislatoris*, seja por não se preocupar o Estado de Direito Liberal com o estatuto e as condições do não-proprietário. Se o constitucionalismo surge em favor da contenção do poder e em proteção à pessoa humana, demorará muito para lograr minimamente as condições institucionais de realizar esses objetivos.

Longe do dirigismo, o Estado de Direito era um Estado legal e um Estado Liberal,

enquanto a ciência jurídica ficava tranqüilamente demitida dos seus encargos em razão da pré-compreensão adotada de que era uma ciência meramente explicativa, e não crítico-normativa.

Assim, desde a sua origem o constitucionalismo possui uma relação de tensão e, mesmo, de sujeição ao legislador que, fundado no ideário do liberalismo, numa compreensão restrita da separação de poderes, e possuidor de qualidades praticamente sobrenaturais, vai deter a supremacia durante um longo tempo. Ao legislador cabia desenvolver os direitos fundamentais, inicialmente as liberdades, depois apenas os direitos sociais, como melhor lhes aprouvesse, sem que estivesse subordinado ao texto constitucional.

O poder econômico também se encontrava completamente a salvo, não havendo qualquer possibilidade de atuação do Estado que viesse a prejudicar o livre funcionamento do mecanismo subjacente à economia de mercado.

O constitucionalismo, entretanto, não prosseguiria acomodado a uma condição subserviente, quer da legalidade, quer da *lex mercatoria*. O segundo movimento constitucional, quando estendido o sufrágio e paulatinamente efetuada a mudança da auto-representação coletiva, foi responsável pela instauração do Estado Social, que ainda se mantinha como Estado legal; surgiam, entretanto, as normas programáticas, que nada programariam por disposição de sua própria juridicidade, de que eram carentes, permanecendo à inteira disposição do legislador, sendo consideradas como cláusulas compromissórias, deferindo para um futuro incerto e indeterminado a adoção de determinada política.

Depreende-se que o caminho até o dirigismo vai se constituir por uma tumultuada relação entre constituição e lei, de que se favorece a *lex mercatoria*, notadamente nos países que, embora tenha instituído Estados Sociais, tiveram momentos de autoritarismo. Igualmente, é um período marcado pela redução dos direitos fundamentais à legalidade, pois a existência de lei era *conditio sine qua non* para que fossem observados.

Os direitos fundamentais, entretanto, não poderiam continuar entregues ao livre talento do legislador. Diante da necessidade urgente de superação da falta de efetividade da Constituição, com a percepção de que as normas programáticas consubstanciavam o novo, uma nova tentativa de mudar as relações entre constituição e lei, como também de dirigir a atividade econômica.

A juridicidade das normas programáticas e o desenvolvimento dos seus efeitos concretos surgem e se expandem até desaguarem na concepção teórica da constituição dirigente.

Concebida para o contexto político-institucional e sócio-cultural de Portugal,

pode-se afirmar que a constituição dirigente, em teoria e em prática, era e é muito mais necessária aqui do que na pátria de origem.

E isso porque a Constituição dirigente refunda o Estado Social brasileiro e o insere como componente essencial do Estado Democrático de Direito, cabendo-lhe seguir as direções políticas já previamente determinadas; as tarefas e os objetivos que ela impõe ao poder público se agregam com as que derivam dos direitos fundamentais, portadores de uma dimensão programática.

O dirigismo constitucional se caracteriza justamente pela existência de imposições constitucionais derivadas de normas programáticas que atribuem tarefas ou fins para os poderes públicos. Na condição de normas jurídicas, delas resultam uma ampla gama de efeitos, estando também o legislador a elas sujeito, advindo para ele o dever de legislador, cuja inércia deliberada redundaria em inconstitucionalidade por omissão.

A transformação da realidade como tarefa, a preservação do mínimo vital, da dimensão do Estado Social, a garantia da política sobre o mercado, consistem nos aspectos decorrentes da função de resistência do dirigismo; a busca pela realização dos objetivos fundamentais e das utopias jurídicas processualmente efetivadas, em caráter ótimo, mediante políticas públicas submetidas à jurisdição constitucional, destinadas ao máximo existencial, representa a dimensão projetiva do dirigismo.

E ao contrário do que outrora já se asseverou, o dirigismo constitucional brasileiro não morreu e nem está prestes a tanto; ao invés do réquiem, a ode, ode pela potencialidade emancipatória, libertária, incluída que advém da Constituição brasileira compreendida conforme uma teoria dirigente adequada ao seu texto e contexto e que tenha por desiderato, nesse momento, revelar a sua viabilidade em face dos desafios e dos problemas que se lhe antepõem.

A liquidez, a fluidez, a ambivalência da modernidade, a volatilidade do capitalismo financeiro internacional, o individualismo atomizado, o desencantamento com a política, a perda da capacidade de direção política pelo Estado. O presente estudo objetivou e demonstrou que tais dificuldades não levam o caráter dirigente da Constituição brasileira aos últimos suspiros; antes, demandam o desenvolvimento de uma teoria do dirigismo adequada ao texto e ao contexto pátrios que, ao menos, explicita a sua resistência e a sua projeção para o porvir venham com o devir, com o vir-a-ser na realização das normas programáticas constitucionais, ou dos programas internos aos próprios direitos fundamentais. Como teoria, não se feixa, mas está sempre aberta a abrigar outros problemas, não pensados ou que ainda não desafiaram esse modelo.

De qualquer sorte, a quase vintenária Constituição brasileira merece uma ode, posto que persiste dirigente e projetante de um futuro, objetivando a transformação da realidade para reduzir a defasagem que uma constituição normativa não pode apresentar.

Certamente quando forem comemorados os próximos vinte anos terá mais e maiores motivos para que seja festejada com uma ode, ode pelos direitos fundamentais e ode pela construção de uma comunidade que se aproxime dos objetivos republicanos fundamentais.



## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Jusnaturalismo. In: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 593.
- \_\_\_\_\_. Racionalismo. In: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 821-822.
- \_\_\_\_\_. Teoria. In: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 952-953.
- ABELLÁN, Angel-Manuel. La problemática del Estado de Bienestar como fenómeno internacional. In: HERRERA, Miguel Ángel García. *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997, 179-210.
- ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986.
- ACTON, John Elmerich Dalberg, Lord. Carta ao Bispo Creighton. In: Barros, Benedicto Ferri de. *Lord Acton: 'O Poder tende a corromper. E o poder absoluto corrompe absolutamente*. São Paulo: GRD, 2003.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AGRA, Walber de Moura (coord.). O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: Tavares, André Ramos. *Justiça Constitucional: Pressupostos Teóricos e Análises Concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 23-41).
- AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón Práctica*. Cidade do México: Fontamara, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Tres Escritos de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.
- \_\_\_\_\_. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004a.
- \_\_\_\_\_. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004a.
- \_\_\_\_\_. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua Conversão em Lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ANDERSON, Perry. *As Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- \_\_\_\_\_. Balanço do Neoliberalismo. In Sader, Emir et Gentili, Pablo. *Pós-neoliberalismo*. 6. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 9-22.
- ARAGON, Manuel. *Constitución y Control del Poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ARIZA, Santiago Sastre. Más Allá de una Ciencia Jurídica Contemplativa. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madri: Trotta, 2005, p. 285-292.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Entre Modernidad y Globalización*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2000.
- ASENSIO, Rafael Jiménez. *El Constitucionalismo: Proceso de Formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2003.
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES. *La Constitutionnalisation des*

- Branches du Droit*. Paris: Economica, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- \_\_\_\_\_. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ATIAS, Christian. *Théorie contre arbitrarire*. Paris: PUF, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Philosophie du Droit*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- AYALA, Andoni Pérez. Los orígenes del Constitucionalismo Social. Una aproximación desde una perspectiva histórico-comparativa. In: HERRERA, Miguel Ángel García. *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997, p. 333-380.
- ÁVILA, Humberto. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- AZZARITI, Gaetano. *Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè: 1951.
- BASTOS, Celso et BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BARBOSA, Ruy. Parecer: Limites Interestaduais. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. 1915, v. XLII, t. 01.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso et BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Em Busca da Política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Comunidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007a.
- \_\_\_\_\_. *La Décadence des intellectuels: des législateurs aux interprètes*. Cahors: Actes Sud, 2007b.
- BEAUD, Olivier. *La Puissance de L'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- BENDA, Ernst et all. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2001.
- BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. In: In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos-Renovar, 2006, p. 240-243.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, abr/jun 1999.
- \_\_\_\_\_. A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição. In: TAVARES, André Ramos et al. (Coord). *Constituição Federal – 15 anos de mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003a, p. 09-31.
- \_\_\_\_\_. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In BERCOVICI, Gilberto et al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b, p. 75-150.
- \_\_\_\_\_. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BILLIER, Jean Cassien; AGLAÉ, Maryioli. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2001.
- BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto: come impone regole al potere*. Bolonha: Mulino, 2004.

- \_\_\_\_\_. *Atti normativi e norme programmatiche*. Milão: Giuffrè, 1988.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BIX, Brian. *Jurisprudence*. 4. ed. Carolina do Norte: Carolina Academic, 2006.
- BLUMENBERG, Hans. *O Riso da Mulher de Trácia: uma pré-história da teoria*. Lisboa: Difel, 1994.
- BLOCH, Ernst. *Droit Naturel et Dignité Humaine*. Parys: Payot & Rivages, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O princípio esperança*. Rio de Janeiro: UERJ-Contraponto, 2005, v. 1.
- \_\_\_\_\_. *O princípio esperança*. Rio de Janeiro: UERJ-Contraponto, 2006, v. 2.
- BOBBIO, Norberto. *Qual Socialismo?* 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- \_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- \_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Liberdade e Igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- \_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília-São Paulo: Universidade de Brasília-Imprensa Oficial, 2000a, v. 1.
- \_\_\_\_\_. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília-São Paulo: Universidade de Brasília-Imprensa Oficial, 2000b, v. 2.
- \_\_\_\_\_. *O Futuro da Democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000c.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000d.
- \_\_\_\_\_. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007a.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.
- BÖCKENFÖRD, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Trotta, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Stato, Costituzione, Democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2006.
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 1997.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Teorie Costituzionalistiche del Diritto*. Bolonha: Clueb, 2000.
- BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Contrafogos 2*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In Bucci, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUENO, José Antônio Pimenta, Marquês de São Vicente. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. São Paulo: Ed. 34, 2002.
- BURDEAU, G.; HAMON, F.; TROPER, M. *Droit Constitutionnel* 26. ed. Paris: LGDJ, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CALERA, Nicolás María Lopez. *Yo, el Estado*. Madri: Trotta, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia del Derecho*. 9. ed. Granada: Comares, 2004.
- CALMON DANTAS, Miguel. Mandado de Injunção e Eficácia dos Direitos Fundamentais ante a Supremacia da Constituição. In *Revista da OAB-BA*, nº 01, Ano 01, julho de 2002, T. II, pp. 145-175.
- \_\_\_\_\_. Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente. In: *Revista do Curso de Direito da Unifacs*, Porto Alegre, v. 5, p. 51-61, 2005.
- \_\_\_\_\_. Direito Fundamental à Processualização. In DIDIER JR., Fredie, WAMBIER, Luiz Rodrigues, et GOMES JR., Luiz Manoel. *Constituição e Processo*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 405-407.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, Estructura y Falsación de las Teorías Jurídicas*. Madri: Civitas, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes et Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- \_\_\_\_\_. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 1998.
- \_\_\_\_\_. *Estado de direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.
- \_\_\_\_\_. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: *Constitution y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundação Manuel Garcia Pelayo, 2000, p. 217-225.
- \_\_\_\_\_. Prefácio: Um Filho Engeitado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001a.
- \_\_\_\_\_. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001b.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, [s.d].
- \_\_\_\_\_. JORNADAS SOBRE A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE EM CANOTILHO, 2002, Curitiba.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. Metodologia ‘Fuzzy’ e ‘Camaleões Normativos’ na Problemática atual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004a, p. 95-114.
- \_\_\_\_\_. Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004b, p. 35-68.
- \_\_\_\_\_. “Brançosos” e a Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2006a.
- \_\_\_\_\_. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e a Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Almedina: Coimbra, 2006b, p. 101-129
- \_\_\_\_\_. *Estado Pós-moderno e Constituição sem sujeito*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e a Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Almedina: Coimbra, 2006c, p. 131-162
- CANTARO, Antonio. El declive de la ‘constitución económica del Estado Social’. In: HERRERA, Miguel Ángel García. *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997, p. 153-178.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Prohibido: Uma aproximação histórico-teórica ao Estado do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CAPELLARI, Eduardo. *A Crise da Modernidade e a Constituição*. Rio de Janeiro: América, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris, 1999.
- CAPITANT, HENRI. *LA THÈSE DE DOCTORAT EN DROIT*. 4. ED. PARIS: DALLOZ, 1951.
- CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CASAMIGLIA, Albert. Ciencia Jurídica. In: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: El Derecho y la Justicia*. Madri: Trotta, 2000, p. 17-27.
- CASSESE, Sabino. *La Nouva Costituzione Economica*. Bari:Laterza, 2006.
- CASTEL, Robert. *A Insegurança Social: O que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.
- CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto*. São Paulo: Paz e Terra, 1997, v. 1.
- \_\_\_\_\_. *As Encruzilhadas do Labirinto: A ascensão da insignificância*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, v. 4.
- \_\_\_\_\_. *Post-scriptum sobre a insignificância*. São Paulo: Veras, 2001.
- CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2003.
- \_\_\_\_\_. *L'État post-moderne*. 2. ed. Paris: LDGJ, 2004
- CHOMSKY, Noam. *O Governo do Futuro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- CHULVI, Cristina Pauner. *El Deber Constitucional de Contribuir al Sostenimiento de los Gastos Públicos*. Madri: CEPC, 2001.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria Geral do Tributo e da Exoneração Tributária*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- COOLEY, THOMAS M. *A Treatise on the Constitutional Limitations Wich Rest Upon the Legislative Power of the United States of the American Union*. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russel, 2002.
- COMMAILLE, Jacques. *Les Nouveaux Enjeux de la Question Sociale*. Paris: Hachette, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONGLETON, Roger et SWEDENBORG, Birgitta (org.) *Democratic Constitutional Desing and Public Policy*. Cambridge, Massachusetts, Londres: MIT, 2003.
- CONTRERAS, Ana M. Carmona. *La Configuración Constitucional del Decreto-Ley*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CÓRDOBA, Gema Marcilia. *Racionalidad Legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. Prefácio. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, p. 09-20.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milão: Giuffrè, 1952.
- CUENCA, Encarnación Carmona. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madri: Consejo Economico y Social, 2000.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jospodivm, 2008.
- DOGLIANI, Mario. Los problemas del Constitucionalismo en la crisis del Estado Social. In: HERRERA, Miguel Ángel García. *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del Pais Basco, 1997, p. 687-719.
- DICEY, A. V. *Introduction to the Study of de Law of the Constitution*. 10. ed. Londres: Macmillan Press, 1959.
- DIDEROT, Denis. Direito Natural. In: DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean le Rond. *Verbetes Políticos da Enciclopedia*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 77-82.
- DIAZ, Eliaz. *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático*. Madri: Civitas, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Bogotá: Taurus, 1998.
- DIAZ, José Ramón Cossio. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1997.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos-Renovar, 2006, p. 650-654.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153-167.

\_\_\_\_\_. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999a.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. A Democracia e os Direitos Fundamentais. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org.). *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

\_\_\_\_\_. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new Political Debate*. Nova Jersey: Princeton University, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

DUGUIT, Leon. *La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996.

\_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005, v. 1.

DUTT, Carsten. *En Conversación con Hans-Georg Gadamer: Hermenéutica, Estética y Filosofía Práctica*. Madri: Tecnos, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los Derechos: La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Madri: Alianza, 1999.

\_\_\_\_\_. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: Civitas, 2001.

ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. Paris: LGDJ, 2001.

ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Les Tríos Mondes de L'État-providence*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

FALZEA, Paolo. *Norme, principi, integrazione: Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*. Torino: Giappichelli, 2005.

FAVOREU, Louis et al. *Droit des Libertés Fondamentales*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

\_\_\_\_\_. *Droit Constitutionnel*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2004.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

\_\_\_\_\_. O que significa uma Constituição. In: FAORO, Raymundo. *A República Inacabada*. São Paulo: Globo, 2007, p. 169-178.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*. Madri: Trotta, 2006a.

\_\_\_\_\_. O Estado de Direito entre o Passado e o Futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*. 3. ed. Madri: Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Trotta, 2001.

FINZI, Claudio. Della Tecno-crazia alla Bancocrazia: Le Banche al Potere. In: TORRES, Miguel Ayuso. *Dalla geometria legela-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica*. Madri:

- Marcial Pons, 2006, p. 263-274.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FREIBURGHAUS, Dieter. Le Developpement des Moyens de l'Action Etatique. In: Morand, Charles-Albert. *L'Etat Propulsif: Contribution à l'étude des instruments d'action de L'Etat*. Paris: Publisud, 1991.
- FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar da Civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *El Giro Hermeneutico*. Madri: Catedra, 2001a.
- \_\_\_\_\_. *Elogia da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001b.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O problema da Consciência Histórica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- GALBRAITH, John Kenneth. *A Economia das Fraudes Inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madri: Alianza, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madri: Alianza, 1997.
- GASLINI, Micheli. *Sulla 'Struttura' degli enunziati Costituzionali*. Milão: Giuffrè, 2002.
- GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.
- GRAWITZ, Madeleine et LECA, Jean. *Traité de Science Politique: Les Politiques Publiques*. Paris: PUF, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura 'sui generis'*. São Paulo: Dialética, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Solidariedade Social e Tributação*. In GRECO, Marco Aurélio et GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- \_\_\_\_\_. et GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Dinâmica da Tributação: Uma Visão Funcional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O Pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti: Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- GUASTINI, Riccardo. Los juristas a la búsqueda de la ciencia. In: GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Estudios de Teoría Constitucional*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2001.
- \_\_\_\_\_. Rigidez Constitucional e Normatividade de la Ciencia Jurídica. *Isonomia*, n. 22, abr. 2005a. Disponível em:  
<<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12921633227828273543435/015153.pdf?incr=1>>. Acesso em: 09 jul. 2006.
- \_\_\_\_\_. Rigidez Constitucional e Normatividade de la Ciencia Jurídica. In: CARBONELL,

- Miguel; SALAZAR; Pedro. *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madri: Trotta, 2005b, p. 245-249.
- \_\_\_\_\_. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- Guerra Filho, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Passado como Futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- \_\_\_\_\_. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002a, p. 285-297.
- \_\_\_\_\_. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002a, p. 285-297.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madri: Trotta, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madri: Tecnos, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002.
- \_\_\_\_\_. *L'État Constitutionnel*. Paris: Economica, 2004.
- HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- \_\_\_\_\_. *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford: University of Oxford, 2007.
- HAYEK, Friedrich. *O Caminho da Servidão*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exercício, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Derecho, Legislación y Libertad*. Madri: Unión Editorial, 2006.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares, 2003.
- HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. 2. ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1998.
- \_\_\_\_\_. Estado de Derecho o Dictadura. In: HELLER, Hermann. *Europa y el Facismo*. Granada: Comares, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- \_\_\_\_\_. *A Era das Revoluções*. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007a.
- \_\_\_\_\_. *A Era do Capital*. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007b.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. Nova Iorque/Londres: Norton, 2000.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os Limites da Ação do Estado*. Porto: Res Jurídica, [s.d].
- HUME, David. *Ensaio Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- IHERING, Rudolf. *É o Direito uma Ciência*. São Paulo: Rideel, 2005.
- IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 5. ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.
- JAMESON, Fredric. *A Cultura do Dinheiro: ensaios sobre a globalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- JOUVENEL, Bertrand. *La Soberania*. Granada: Comares, 2000.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2000.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993.



- \_\_\_\_\_. *Théorie et Pratique*. Paris: Flammarion, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madri: Marcial Pons, 2005.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia del Diritto ed Ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Atlas, 1992.
- KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LAUDAN, Larry. *Progress and Its Problems: Towards a Theory of Scientific Growth*. Los Angeles: Universidade da Califórnia, 1977.
- LOBO TORRES, Ricardo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5.
- LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the governmental process*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago, 1965
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- LYOTARD, Jean François. *La Condition Postmoderne*. Paris: Editions de Minuit, 2005.
- \_\_\_\_\_. *A Condição Pós-moderna*. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la Modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Piados, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madri: Alianza, 2002.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MALBERG, Raymond Carré de. *Teoría General del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 12. ed. São Paulo: Hemos, 1996.
- MARX, Karl et ENGELS, Friedrich. *O Manifesto do Partido Comunista*. 14. ed. Bragança Paulista: São Francisco, 2008.
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. *Citizenship and Social Class*. Londres: Pluto Press, 1992.
- MARTÍN, Carlos de Cabo. Transformaciones actuales del Estado y del Derecho: perspectivas teóricas. In: HERRERA, Miguel Ángel García. *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997, p. 557-573.
- \_\_\_\_\_. *Sobre el Concepto de Ley*. Madri: Trotta, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Teoría Constitucional de la Solidariedad*. Madri: Marcial Pons, 2006.
- MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Madri: Universidad Carlos III, 1999.

- MARTINEZ, Soares. *Economia Política*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Utopia e Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Madri: Trotta, 1998.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público*, n. 57-58, jan-jun. 1981.
- \_\_\_\_\_. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Madri-Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- MERRIEN, François-Xavier. *L'État Providence*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Estampa 1994.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. 1.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 2.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*. Paris: Marcel Giard, 1931.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito Como Obstáculo à Transformação Social*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Readequação Constitucional do Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios Institucionais Brasileiros. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 185-198.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORANGE, Jean. *Direitos Humanos e Liberdades Públicas*. Barueri: Manole, 2004.
- MORIN, Edgar; NAÏR, Samir. *Uma Política de Civilização*. Lisboa: Piaget, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001a.
- \_\_\_\_\_. *Ciência com Consciência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001b.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2006.
- MORRINSON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MONTALIVET, Pierre. *Les Objectifs de Valeur Constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004
- \_\_\_\_\_. A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In
- NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra: 2007.
- \_\_\_\_\_. Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania. In NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra: 2007.

- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003.
- NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Direito Financeiro e Justiça Tributária*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.
- NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo & Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Uma Introdução à Economia Política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- OAKESHOTT, Michael. A regência da lei. In: OAKESHOTT, Michael, *Sobre a História e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Topbooks, [2003?].
- ORTEGA Y GASSET, José. *El hombre y la gente*. Madri: Alianza, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Que és filosofia*. Madri: Alianza, 2005.
- ORTEGA, Manuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*. Madri: Tecnos, 1998.
- OST, François. *O Tempo do Direito*. Bauru: Edusc, 2005.
- Otero, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007, vol. I.
- OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1999.
- PALMER, RICHARD. *Que es la Hermenéutica?* Madri: Arcolibros, 2002.
- PAINE, Thomas. *Direitos do Homem*. Bauru: Edipro, 2005.
- PEDRO, Maria Esther Gómez. *El Estado del Bienestar: Presupuestos éticos y políticos*. Madri: Fundación Universitaria Española, 2002.
- PERAGÓN, José Manuel Galego. *Los Principios Materiales de Justicia Tributaria..* Granada: Comares, 2003
- PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 7. ed. Madri: Tecnos, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7. ed. Madri: Tecnos, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Dimensiones de la Igualdad*. Madri: Dykinson, 2005.
- PERSSONS, Torsten et TABELLINI, Guido. *The Economic Effects of Constitution*. Cambridge, Massachusetts, Londres: MIT, 2003.
- PIGNATELLI, Concepción Martínez-Carrasco. *Postmodernidade y Derecho Público*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- PIMENTEL JÚNIOR. *Constituição e Ineficácia Social*. Curitiba: Juruá, 2003.
- PINA, Rolando. *Cláusulas Constitucionales Operativas y Programáticas*. Buenos Ayres: Astrea, 1973.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- POCHMANN, Márcio et al (org.). *Atlas da Exclusão Social: Agenda não liberal da inclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2005
- POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Conjecturas e Refutações*. Lisboa: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Conhecimento e formação da realidade: A busca por um mundo melhor*. POPPER, Karl. *Em Busca de um Mundo Melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006a, p. 13-49.
- \_\_\_\_\_. *Em Busca de um Mundo Melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.
- \_\_\_\_\_. *A Lógica da Pesquisa Científica*. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006c.
- PRADO, Ney. *Razões das Virtudes e Vícios da Constituição de 1988*. São Paulo: IL/Inconfidentes, 1994.
- PREUSS, Hugo. The Significance of the Democratic Republic for the Idea of Social Justice. In: Jacobson, Arthur; Schlink, Bernhard. *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley-Los Angeles-Londres: University of California, 2000, p. 116-127.
- PREUSS, Ulrich. *Constitutional Revolution: The Link Between Constitutionalism and*

- Progress*. Nova Jersey: Humanity Press, 1995.
- POCHMANN, Márcio *et al* (org.). Atlas da Exclusão Social: Agenda não liberal da inclusão social no Brasil. São Paulo: Cortez, 2005.
- RADBRUCH. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Lisboa: Arménio Amado, 1997.
- REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RENAUT, Alain. Liberdade, Igualdade, Subjectividade. In: RENAUT, Alain (org.). *História da Filosofia Política: Nascimento da Modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 7-19.
- ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean. *Droits de L'Homme et Libertés Fondamentales*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1999.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ROSANVALLON, Pierre. *La Nouvelle Question Sociale: Repenser L'État-providence*. Paris: Seuil, 1995.
- \_\_\_\_\_. *O Liberalismo Económico*. Bauru: São Paulo, 2005.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SACCHETTO, Cláudio. O Dever de Solidariedade no Direito Tributário: Ordenamento Italiano. In GRECO, Marco Aurélio *et* GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- SADER, Emir. Pós-neoliberalismo. In Sader, Emir *et* Gentili, Pablo. *Pós-neoliberalismo*. 6. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 181-202.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro. Teoría de la Constitución. Beunos Aires: Astrea, 2001.
- \_\_\_\_\_. Sobre el Concepto de 'Constitución Viviente' (Living Constitution). In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan.-jun. 2003, p. 269-284.
- SAJÓ, András. *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*. Budapeste: Central European University, 1999.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a.
- \_\_\_\_\_. Teorias Constitucionais em Perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.
- SAMPAIO, Marco Aurelio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madri: Tecnos, 1998.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma Ciência Pós-moderna*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- \_\_\_\_\_. Cinco Desafios à Imaginação Sociológica. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000a, p. 17-22.
- \_\_\_\_\_. O Social e o Político na Transição Pós-moderna. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000b, p. 75-114.
- \_\_\_\_\_. O Estado e os Modos de Produção do Poder Social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000c, p. 115-133.
- \_\_\_\_\_. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 13. ed. Porto: Afrontamento, 2002.

- \_\_\_\_\_. *A Crítica da Governação Neoliberal: O Forum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna*. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n° 72, out. 2005, p. 07-44.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social – (Pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414.
- SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- SAVATIER, René. *Le Droit Comptable au Service de L'Homme*. Paris: Dalloz, 2006.
- SCAFF, Fernando Facury et Maués, Antônio G. Moreira. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2004.
- \_\_\_\_\_. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In PIRES, Adilson Rodrigues et TÔRRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115-131.
- \_\_\_\_\_. Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos no Brasil. In SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-35.
- SCHIER, Paulo Roberto. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Salamanca: Alianza, 1996.
- \_\_\_\_\_. *La Defensa de la Constitución*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du Droit Vivante*. Paris: Economica, 2003.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003a, v. 1.
- \_\_\_\_\_. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003b, v. 2.
- STARCK, Christian. *La Constitution: Cadre et Mesure du Droit*. Paris: Economica, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- \_\_\_\_\_. Constitucionalismo e Concretização de Direitos no Estado Democrático de Direito. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et STRECK, Lenio Luiz. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 111-142.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Sandoval Alves da. *Diretos Sociais: Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

\_\_\_\_\_. *O princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

SUANZES, Joaquín Varela. Introdução. In: SUANZES, Joaquín Varela. *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998a, p. 17-30.

\_\_\_\_\_. *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998b.

SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights*. Nova Iorque: Basic Books, 2004a.

\_\_\_\_\_. O Constitucionalismo Após o *New Deal*. In: Matos, Paulo *et al.* (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004b, p. 131-202.

TAMANAH, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University, 2004.

\_\_\_\_\_. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TOCQUEVILLE, Aléxis. *A Democracia na América: Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TRIBE, Laurence H. *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*. In *Readings in the Philosophy of Law*. Coleman, Jules C. (org.). Garland Publishing: Nova Iorque-Londres, 1999, p. 371-388.

\_\_\_\_\_. *American Constitutional Law*. 3. ed. Nova Iorque: Foundation, 2004.

TROPER, Michel. *Por una Teoría Jurídica del Estado*. Granada: Comares, 2001a.

\_\_\_\_\_. *La Théorie du Droit, Le Droit, L'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001b.

\_\_\_\_\_. *Filosofía del Derecho*. Madri: Tecnos, 2004.

UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VÉLEZ, Maria Isabel Álvarez et YUSTAS, Maria Fuencisla Alcón. *Las Constituciones de los Quince Estados de la Unión Europea*. Madri: Dykinson, 1996.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madri: Dykinson, 1998.

\_\_\_\_\_. *A luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2004.

VICEN, Felipe González. La Filosofía del Estado en Kant. In: Kant, Emmanuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madri: Marcial Pons, 2005, p. 62-159.

VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito*. São Paulo: LTr, 1979.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VILLA, Vitório. Entre Descriptivisme et Constructivisme. In: AMSELEK, Paul. *Théorie du Droit et Science*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 281-291.

WARAT, Luiz Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. In: WARAT, Luiz Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v. 2.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Ciência e Política: Duas Vocações*. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

WERNER, Kägi. *La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado*. Madri: Dykinson, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madri: Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. *Historia y Constitución*. Madri: Trotta, 2005.

ZOLA, Émile. *Germinal*. São Paulo: Campanhia das Letras, 2000.

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.