

O Estado democrático constitucional e a atualidade do debate acerca da constituição dirigente

Cristiano Tutikian*

1. Introdução

O Estado Democrático de Direito está imerso em problemática referente à legitimidade substancial da atuação estatal, em face da contenciosidade incorporada pelas constituições do segundo pós-guerra, inclusive pela Constituição Federal de 1988. As Constituições tornaram-se políticas, não apenas estatais, englobando princípios de legitimação do poder, a ponto de ocorrer uma ampliação do campo constitucional, que passou a abranger não somente o Estado, mas também toda a sociedade¹.

Por essa razão, o constitucionalismo da contemporaneidade deve sobrepuzar o caráter metafísico atribuído ao Direito – legado da modernidade – ultrapassando os limites de uma limitada programaticidade atribuída aos textos normativos constitucionais², constituindo-se nessa seara o grande debate constitucional: a Constituição deve ser considerada apenas como instrumento de governo, regulador de procedimentos e competências, ou

* Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. E-mail: CT@leiteadv.com.br.

¹ BERCOVICI, 2004, p. 09.

² Nesse sentido, Vieira afirma que, tradicionalmente, a partir da concepção forjada pelo liberalismo, a interpretação da Constituição sempre foi limitada ao enquadramento da lei ordinária ao texto constitucional. Entretanto, prossegue o autor, “em razão do caráter mais arrojado da jurisdição constitucional em nossos dias e de uma definição mais ampla do sentido do Texto Constitucional, a interpretação constitucional passou a assumir um aspecto teleológico dentro da estrutura normativa de sua dinamização e de adequação constante com a própria realidade social” (VIEIRA, 1996, p. 17).

deve ser compreendida como um plano global que determina tarefas, programas e fins para o Estado e para a sociedade³?

2. Situando o debate constitucional: supremacia da Constituição e Constituição Dirigente

A idéia da Constituição como *norma suprema*, superior ao direito positivo e por ele inderrogável, remonta à doutrina jusnaturalista. No constitucionalismo inglês, o direito natural foi invocado como limite frente ao poder do rei e às supostas faculdades do parlamento. No célebre *Bonham's Case* (1610), o juiz Coke afirmou que, quando uma lei do parlamento opunha-se ao direito comum ou à razão, tal fato seria verificado pelo próprio direito comum, que sancionaria o ato com nulidade.

Também a versão puritana e laica do direito natural sustentada por Locke conduzia à idéia de um *fundamental law*. Os homens que ingressassem em sociedade abririam mão da igualdade, da liberdade e do poder executivo (sancionador) inerente ao estado de natureza, em favor da sociedade, para ser disposto e regulado pelo poder legislativo, como o bem requerido pela própria sociedade. O poder da sociedade jamais poderia ultrapassar o bem comum, sendo obrigado a assegurar a propriedade de todos.

Essa concepção de um direito primário, superior a qualquer outro, não chegou a se consolidar na Inglaterra, mas nas colônias americanas, onde as condições eram mais propícias. A pretensão dos colonizadores era a de legitimar e limitar a ação coletiva, por meio de instrumentos escritos *fundamentais*. O objetivo da Constituição americana não foi o de limitar o poder, mas o de criar e constituir todo um novo centro de poder, visando à compensação da república confederada, cuja autoridade teria de ser exercida sobre um amplo território, em razão do poder perdido pela separação das colônias da coroa inglesa⁴. Dessa forma, a Revolução Americana consolidou a idéia de uma Constituição formalizada em um documento escrito e solene, definida como limitada, por conter certas proibições expressas aplicáveis à autoridade legislativa e que, em razão disso, exigia dos tribunais a manutenção de suas cláusulas constitucionais frente a qualquer ato

³ BERCOVICI, 2004, p. 10.

⁴ Conforme ARENDT, 1990, p. 154.

de oposição ou contrariedade, concepção que está na origem da doutrina do *judicial review*⁵.

No final do século XVIII, os princípios constitucionais desenvolvidos por Sieyès afastaram-se das Constituições formadas “*en la larga noche de la barbarie feudal*”, assim como da gótica e equilibrada Inglaterra, demasiadamente complexa para seu espírito racionalista. Sieyès introduziu na cultura francesa revolucionária um conceito que já havia sido enunciado na Revolução Americana: o pacto constitucional somente pode ser escrito por um poder constituinte, por delegados extraordinários. Da soberania do povo passou-se a um poder constituinte ilimitado que deveria estabelecer os poderes constituídos, os quais, por sua vez, deveriam atuar dentro dos limites demarcados pela própria Constituição⁶.

A tradição inglesa institucionalizou o sistema de *checks and balances*, pelo qual a limitação do poder é confiada ao mecanismo espontâneo dos *contra-poderes*. As limitações dos poderes não são externas, mas internas, derivadas de sua própria composição, pois somente o poder possui condições de limitar o poder.

Já na tradição francesa e continental, adotou-se a estratégia da regra: a limitação do poder é confiada a uma norma superior, a própria Constituição, que fixa seus titulares e o âmbito de seu exercício. Está presente no pensamento de Sieyès, desde o início, essa idéia de *supralegalidade constitucional*. Sieyès criticou a estratégia da balança, pois não limitaria previamente a totalidade do poder. Entendia que primeiramente era necessário limitar o poder, para que fossem estabelecidos os âmbitos nos quais ele poderia ser exercido, para posteriormente a limitação ser construída de uma forma funcional. Assim, Sieyès formulou uma saída institucional para a estratégia das regras, por meio de um controle de constitucionalidade, ao propor a instituição de um órgão competente para controlar a conformidade da lei com a Constituição⁷.

Um século e meio depois, Kelsen traçou uma Teoria do Estado e uma Teoria da Constituição, estruturadas e desenvolvidas com base em critérios geométricos puros. Sua construção foi fundamentada como verdadeira

⁵ É com o constitucionalismo norte-americano que são assentadas as bases da primazia da Constituição, seu caráter normativo e sua pretensão de reger, com eficácia, a conduta de todos os poderes públicos. (Cf. SEGADO, 1999, p. 105).

⁶ MATTEUCCI, 1998, p. 228.

⁷ BARBERIS, 2005, pp. 225-227.

reação positivista: tinha por objetivo a orientação do Direito com base em dados observáveis e experimentáveis – positivos –, fossem eles provenientes da vontade, das relações sociais ou da própria norma jurídica, rechaçando-se, assim, qualquer influxo do direito natural⁸.

A partir dessas premissas, Kelsen concebeu sua *Grundnorm* como fundamento de validade de um conjunto normativo escalonado, de acordo com uma dinâmica interna na qual cada escalão intermediário era concebido como executor do anterior e, por sua vez, criador do seguinte, até chegar ao momento da aplicação. Conseqüentemente, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado, de modo que a produção das demais normas jurídicas deve por ela ser regulada. Assim, o fundamento de validade de uma lei somente pode residir na Constituição. Nesse ponto, Kelsen levantou a questão de saber a quem deveria a Constituição conferir competência para decidir se, em determinado caso, foram ou não cumpridas objetivamente as normas constitucionais, lançando os fundamentos do controle de constitucionalidade. Entretanto, de acordo com a Teoria Pura, os enunciados normativos, em razão de sua abstração, adquirem verdadeira autonomia em face de referências morais⁹.

Em 1928, Schmitt lançou sua *Teoria da Constituição*, primeira obra sistemática que compreende a teoria da Constituição como ramo da teoria geral do direito público¹⁰. A crítica que Schmitt faz ao positivismo jurídico é a de deslocamento indevido de questões fundamentais do direito político para o interior de uma Teoria Geral do Estado. Com sua obra, Schmitt busca “superar a divisão, gerada pelo positivismo normativista, entre Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Política, reabilitando o político na análise dos temas da teoria constitucional”¹¹.

Smend também enfrentou as posições normativistas de Kelsen, refletindo sobre o sentido, função e finalidade da Constituição. No mesmo ano em que Schmitt lançava sua Teoria da Constituição, Smend publicava seu

⁸ Kelsen foi um autor que sofreu as influências de seu tempo, o que se refletiu em sua teoria jurídica. No final do século XIX, o positivismo sociológico dominou o pensamento jurídico europeu por meio de uma crítica veemente ao formalismo da Pandectística, a ponto de o Direito correr o risco de dissolver-se em um discurso sociológico. Por isso, as primeiras décadas do século XX foram marcadas pela preocupação metodológica com a Ciência do Direito, a fim de recuperar a autonomia de sua base gnosiológica (HESPANHA, 1997, p. 193).

⁹ KELSEN, 1992, *passim*.

¹⁰ SCHMITT, 1993, *passim*.

¹¹ BERCOVICI, 2004, p. 08.

*Constituição e Direito Constitucional*¹². Apresentou a *teoria da integração* em contrapartida ao positivismo jurídico, destacando não a normatividade da Constituição, mas sua realidade integradora, permanente e contínua, em razão de seus valores materiais próprios¹³.

As concepções de Schmitt e Smend, que partiram da idéia de Constituição como totalidade dinâmica, levaram à politização do conceito de Constituição. Ligada ao predomínio das Constituições sociais do segundo pós-guerra, notadamente a partir do debate de Weimar, essa idéia dá origem à Teoria Material da Constituição, a qual visa à compreensão da Constituição em conexão com a realidade social, voltada a sua conteudístico¹⁴, e não apenas às questões formais e metodológicas que ocuparam as discussões jurídicas dos séculos XVIII e XIX.

O debate constitucional, dessa forma, estabelece-se entre aqueles que compreendem a Constituição apenas a partir de sua estrutura formal, como mero instrumento delimitador de competências e de procedimentos, e aqueles que compreendem a Constituição como um plano global que constitui não somente o Estado, mas também a sociedade, a partir do estabelecimento de programas e fins a serem concretizados.

Desse debate exsurge a noção de Constituição Dirigente, que exprime a força de direção e conformação política do direito constitucional. Ao cunhar a expressão Constituição Dirigente (*dirigierende Vefassung*), Lerche¹⁵ visava ao acréscimo de um novo domínio aos tradicionalmente existentes nas Constituições, como imposições permanentes ao legislador¹⁶.

Já Canotilho, a partir da construção de Lerche, propõe uma noção de Constituição Dirigente mais ampla e profunda, com o escopo de reconstruir a Teoria da Constituição, por meio de uma teoria material da Constituição, concebida como teoria social¹⁷. No dizer de Bercovici:

¹² SMEND, 1994, *passim*.

¹³ BERCOVICI, 2004, p. 09.

¹⁴ BERCOVICI, 2003, p. 287.

¹⁵ LERCHE, 1999, *passim*.

¹⁶ BERCOVICI, 2005, p. 34. O próprio Canotilho alerta para o fato de que o esforço dogmático de Lerche não tinha como fundamento qualquer Constituição de perfil programático e, tampouco, de cunho socializante, pretendendo apenas captar a normatividade de algumas normas da Constituição de Bonn (1949), impositivas de deveres de ação legislativa (Cf. CANOTILHO, 2001, p. XIII).

¹⁷ *Idem*, pp. 14-15.

O núcleo da idéia de Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. Em síntese, segundo Canotilho, o problema da Constituição Dirigente é um problema de legitimação. (...). No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. Seu sentido, seu objetivo é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade¹⁸.

Contudo, Canotilho, ao anunciar no prefácio da 2ª edição de seu *Constituição dirigente e vinculação do legislador a morte* do dirigismo constitucional, criou um certo mal-estar na doutrina brasileira defensora da Constituição dirigente. Adotando a tese de um constitucionalismo moralmente reflexivo, Canotilho estabeleceu como desafio de um novo Direito à substituição do autoritarismo dirigente por um contratualismo:

Referimo-nos ao *contrato para as 'necessidades globais'* – remover as desigualdades – *o contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas – *contrato democrático* – democracia como governo global, e o *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado¹⁹.

Deve, no entanto, ser considerado que as condições históricas em que a obra foi escrita, subseqüentemente à Revolução de 25 de abril de 1974 em Portugal, alteraram-se substancialmente. Desde então, Portugal inseriu-se na Comunidade Européia, sofrendo a Constituição de 1976 várias reformas que lhe subtraíram o peso do conteúdo revolucionário e socializante²⁰. Ainda assim, o próprio Canotilho afirma que algo remanesce da programaticidade constitucional; “os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais”.

Nessa mirada, a Constituição Dirigente não sustenta um normativismo constitucional que opere, por si só, transformações emancipatórias; antes,

¹⁸ BERCOVICI, 2004, p. 35.

¹⁹ CANOTILHO, 2001, p. XXII.

²⁰ GUEDES, 2005, pp. 9-10.

vincula o legislador à sua própria materialidade, de modo a continuar, o Direito, a ser um instrumento de implementação de políticas públicas²¹. Daí anunciar Canotilho que sua posição não significa que a “Constituição já não serve para nada, já não limita nada”. O que pretende é transpor políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, em razão da complexidade de uma sociedade diferenciada, não são transparentes ou controláveis: “Então eu digo que a constituição dirigente não morreu”²².

Dessa forma, quando se fala em Constituição Dirigente, com base em Canotilho, é preciso ter-se em mente as diferenças entre o caráter revolucionário originário do texto constitucional português e o caráter social e não-revolucionário da Constituição brasileira, como ponto de partida para o debate constitucional.

3. Críticas comumente formuladas à constituição dirigente

Não são poucas as críticas comumente formuladas à Constituição Dirigente, embora, em sua substância, não justifiquem o retorno ao superado paradigma de um Estado minimalista²³.

Nesse sentido, Tavares emprega a expressão, *Estado econômico*, onde ressalta a imprescindível atuação econômica do Estado na atualidade, em contraposição à tese esposada por teorias liberais que propugnam por um *Estado mínimo*, cuja atuação econômica seja excepcional e de caráter secundário²⁴. Heller já alertava que a relação entre função estatal e economia é

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição Dirigente?* Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em 17.08.2005.

²² CANOTILHO, 2005, p. 31. Diz também Canotilho que, em que pese ser também a Constituição um esquema de legitimação procedimental e processual, não pode ser esvaziada subtraindo-se de seu conteúdo premissas materiais da própria política. A problemática constitucional, pois, não é somente procedimental, mas também material, a ponto de estarem as duas dimensões em constante confronto. “O fato de dizermos que deve haver uma constituição procedimental não significa que o texto se reduz apenas a um esqueleto normativo, sem sustância, sem verbo, sem espírito, sem matéria”. (*Idem*, pp. 18-21).

²³ Em defesa do Estado mínimo, vide a posição de Nozick: “our main conclusions about the state are that a minimal state, limited to the narrow functions of protection against force, theft, fraud, enforcement of contracts, and so obrigações naturais, is justified; that any more extensive state will violate person’s right not to be forced to certain things, and is unjustified; and the minimal state is inspiring as well as right” (NOZICK, 1980, p. IX).

²⁴ TAVARES, 2006, p. 101. Prossegue o autor afirmando que a idéia central de um Estado mínimo tem sido buscada atualmente, como forma de deslegitimação da intervenção estatal em diversos setores, notadamente da intervenção no âmbito econômico, em uma espécie de “regressão histórica” (*ibidem*).

uma das questões mais controvertidas e, até tempos recentes, pouco debatida pela doutrina jurídica²⁵.

Nesse contexto, insere-se a Constituição Dirigente, mormente em face da Constituição econômica, que rejeita o mito da auto-regulação do mercado, impondo uma nova ordem econômica, quando a própria estrutura econômica revela-se problemática²⁶.

Assim, as principais críticas à Constituição Federal de 1988 – que, a partir do modelo de bem-estar que apresenta, tendo como elementos centrais desse modelo os artigos. 1º, 3º e 170²⁷, caracteriza-se como Constituição Dirigente –, residem no fato de tratar-se de uma Constituição *detalhista*, que exige alterações a cada vez que as políticas governamentais não coincidam com as eleitas pelos constituintes.

Ferreira Filho, em artigo publicado por ocasião dos dezesseis anos de vigência da Constituição de 1988, sintetiza bem essa posição²⁸. Diz o eminente constitucionalista que, da Constituição, não se esperava menos do que a solução de todos os problemas nacionais, a partir de uma nova base democrática. Entretanto, saltava aos olhos sua extensão, sendo mais do que uma Constituição analítica, verdadeiramente detalhista, descendo a pormenores próprios da legislação ordinária. Seu intuito, de dirigir a atuação dos governos e de impor a efetividade de suas normas sem a necessidade de interposição legislativa estava associada à tese, em voga, do dirigismo constitucional, divulgada por Canotilho.

Afirma ainda, que a expressão, *Estado Democrático de Direito* foi adotada como um *codinome* para uma *transição para o socialismo*. E os reflexos desse *dirigismo* mostravam-se claramente na ordem social programada, que se ajusta mal à ordem econômica, pois prevê um Estado que, segundo o autor, seria “onipresente, talvez onipotente”.

Não bastasse, a inadequação do estilo da Carta decorreria também da constante necessidade de alteração de seu texto, razão pela qual “qualquer inflexão da política governamental que não coincida com a preferida pelo constituinte em 1988 exige alteração constitucional”. Nesse aspecto residiria o defeito conhecido das Constituições analíticas e, por conseguinte, da Constituição Dirigente.

²⁵ HELLER, 1968, pp. 254 – 255.

²⁶ BERCOVICI, 2005, p. 33.

²⁷ GRAU, 2007, p. 47.

²⁸ FERREIRA FILHO, 2005, pp. 40 – 53.

Assim, conclui o autor afirmando que, se tem a Constituição de 1988 méritos importantes, ela também apresenta *deméritos graves*, entre os quais enumera a concentração do Poder em mãos do Executivo, a fragilização do Legislativo, a politização do Judiciário, o estatismo e o assistencialismo corporativista.

4. Neoconstitucionalismo e dirigismo constitucional

Cabe, primeiramente, ressaltar que a noção de *Estado Democrático* não corresponde a uma fase na suposta transição para o *socialismo*. Estado Democrático deve ser compreendido como um *plus normativo* diante das fases anteriores da evolução do conceito de Estado. O Estado Democrático faz uma síntese das etapas anteriores, complementada por uma instrumentalidade apta a suprir as lacunas dessas fases anteriores, lacunas estas caracterizadas pela necessidade de resgate das promessas da modernidade²⁹.

O próprio Canotilho faz o alerta de que inaceitável a transposição da teoria da Constituição Dirigente à ideologia social-comunista, o que corresponderia a um indevido salto da metodologia constitucional para a ideologia constitucional³⁰. No caso concreto do Brasil, a Constituição Dirigente está articulada com o projeto de modernidade política, como suporte normativo do desenvolvimento desse projeto de modernidade. Somente a partir dessa concepção torna-se possível compreender a *angústia* dos países de modernidade tardia, como o Brasil:

A constituição dirigente desempenhará uma função de compreensão incontornável relativamente às tarefas do Estado (“Estado Social”, “Estado ecológico”, “Estado de saber”). Mas não só. Recortam-se, igualmente, os instrumentos (e os métodos!) para a prossecução destas tarefas (políticas públicas de ensino, trabalho, saúde, segurança social)³¹.

Portanto, no cenário moldado pelo neoconstitucionalismo³², conflitos antes ignorados pela comunidade jurídica, como pautas para a alteração

²⁹ STRECK, 2004, p. 39.

³⁰ CANOTILHO, 2001, p. XIII.

³¹ CANOTILHO, 2002, p. 29.

³² O termo “neoconstitucionalismo” será utilizado no sentido de ruptura com o positivismo e com o modelo de constitucionalismo liberal, como criação de um novo paradigma, a partir do constitucionalismo

das estruturas sociais, foram incorporados pela Constituição de 1988³³. Como regra contra-majoritária, a Constituição reconhece a existência de desigualdades, indicando os caminhos de atuação político-social, por meio do estabelecimento de condições para a transformação da sociedade, em direção à construção de um Estado Social³⁴.

Desse modo, é possível afirmar que o problema central de uma Constituição é reconduzido à questão nuclear da Teoria do Estado e da Filosofia do Direito: a *legitimação-legitimidade*. A discussão acerca da legitimação não consiste apenas em um debate filosófico-jurídico sobre fundamentação última no âmbito de um ordenamento jurídico; trata-se, ao contrário, de buscar a legitimação de uma ordem jurídica a partir da *função do direito*, isto é, em vez de “se colocar a historicidade no direito, seria talvez mais correcto colocar o direito na sociedade”³⁵.

Portanto, o problema essencial da legitimação de uma ordem constitucional deriva do fato de a Constituição consagrar um *domínio* e apontar *fins* políticos³⁶. Daí denunciar Bercovici um dos grandes problemas dos estudos jurídicos constitucionais da atualidade: a falta de uma reflexão

do segundo pós-guerra. No dizer de Maia: “Este novo paradigma, como já destacado, tem sido chamado de ‘neoconstitucionalismo’, ‘constitucionalismo avançado’ ou ‘constitucionalismo de direitos’. Tais rubricas pretendem apontar para um novo patamar na história do pensamento jurídico ocidental e surgem para dar resposta às insatisfações teóricas observadas nas últimas décadas” (MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 22.09.2007). Não será adotada a classificação de Comanducci, que divide o neoconstitucionalismo em teórico, ideológico e metodológico (COMANDUCCI, 2002, pp. 89-112).

³³ “En este sentido, las constituciones formales de los Estados constitucionales han incorporado las dos grandes estrategias del constitucionalismo político: la de los diseños institucionales idóneos para la garantía de esos valores y fines y la del carácter regulativo de esos valores y fines. Se trata, pues, de constituciones constitutivas y regulativas. Así, incorporan las formas básicas de la acción jurídica y política que desde el constitucioaliismo se consideran legítimas, es decir, idóneas para asegurar los valores y fines reconocidos: básicamente han incorporado las formas de acción jurídica propias del Estado de Derecho y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la arbitrariedad) y las formas de acción política propias del Estado democrático y los derechos que las acompañan (está comprometidas con la erradicación de la exclusión política). Pero, también, la constitución del Estado constitucional ha seguido la estrategia del constitucioismo regulativo, de modo que sus valores y fines se han incorporado a la constitución en la forma de principios regulativos de la acción política legítima. Así, las constituciones han incorporado los derechos y principios liberales (está comprometidas con la erradicación del autoritarismo) y los derechos y principios del Estado social (está comprometidas con la erradicación de la exclusión social). Todos estos elementos, en mayor o menor medida, son reconocibles, me parece, en las constituciones de los Estados que llamamos constitucionales”. (REGLA, 2001, p. 451).

³⁴ STRECK, 2007, p. 34.

³⁵ CANOTILHO, 2001, pp. 15-16.

³⁶ *Idem*, p. 18.

aprofundada sobre o Estado, o que se reflete na inefetividade do Direito estatal, sendo imperativo o fortalecimento do Estado para que se amplie a cidadania, possibilitando-se, assim, a integração igualitária da população na sociedade³⁷.

Esse é o delineamento da *nova crise* que atravessa o Estado brasileiro, em face da fragilização dos instrumentos jurídico-políticos de ordenação do poder político e de organização estrutural da sociedade³⁸. É absolutamente incompatível com o paradigma de Estado Democrático forjado pela Constituição de 1988 a obsessão por um fundamento atemporal, a partir de uma concepção metafísica do Estado e da própria Constituição³⁹.

A pretensão por um fundamento supratemporal decorre justamente da rejeição da própria temporalidade, o que caracteriza a situação pautada por uma lógica de saída da historicidade, onde reside a busca por normas, paradigmas e critérios supostamente absolutos⁴⁰. Isso significa negar a historicidade inerente ao Direito e, por conseguinte, negar a idéia de Constituição como totalidade que dinamiza a sociedade⁴¹.

Isso se verifica facilmente nas concepções que imputam à Constituição um papel meramente instrumental ou ornamental em um discurso de justificação externo⁴², que acabam por retomar a noção kelseniana de *Grundnorm*⁴³, ou a noção da regra de reconhecimento hartiniana⁴⁴, ignorando o fato de que a verdade das proposições não é inteiramente fundamentada na sua forma lógica, dependendo, por isso, do contexto histórico, cultural e mesmo subjetivo em que estão inseridas⁴⁵.

³⁷ “É preciso que os juristas retomem a pesquisa sobre o Estado, voltem a se ocupar com uma Teoria do Estado. Isto é da maior importância, especialmente no caso do Estado brasileiro que, além de tudo, é subdesenvolvido. E, como estamos vendo, toda reflexão sobre política de desenvolvimento exige que se refira ao Estado” (BERCOVICI, 2005, p. 64).

³⁸ STRECK e BOLZAN DE MORAIS, 2003, p. 129.

³⁹ “A Constituição Federal de 1988, de matriz principiológica, nitidamente inspirada nas constituições Ibéricas – frutos dos vitoriosos movimentos democráticos da década de 70 –, introduziu uma nova configuração no âmbito do direito público: um texto que extravasa os limites do constitucionalismo tradicional, de corte liberal, albergando na Lei Maior um extenso elenco de direitos fundamentais, bem como incorporando, através dos princípios, opções valorativas e, por meio de diretrizes, compromissos políticos” (MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 22.09.2007).

⁴⁰ GRONDIN, 1999, p. 39.

⁴¹ BERCOVICI, 2004, p. 09.

⁴² Atienza estabelece a diferença, na teoria da argumentação, entre explicar e justificar. A diferença está calçada na distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação das teorias científicas. Assim, a explicação está vinculada ao procedimento mediante o qual é estabelecida uma determinada premissa ou

Desse modo, deve ser ressaltado o fato de que a Constituição não é adequada à ordem anterior a 1988; sua tarefa é justamente a de implementar uma transformação social. Ademais, não é a Constituição que deve se adequar às inflexões da política governamental, mas as políticas governamentais devem ser adequadas ao programa constitucional, como bem afirma Grau: “Assim, os programas de governo deste e daquele Presidente da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso”⁴⁶. A Constituição não é apenas *tema*, mas efetiva *premissa* da política, conformando, com isso, a liberdade de decisão política, em consonância com uma teoria material temporalmente adequada⁴⁷.

A função da Constituição dirigente não é somente a de garantir o existente: a Constituição é um programa ou uma linha de direção para o futuro, ou seja, é também uma Constituição política, pois a fixação de formas e procedimentos somente possui relevância quando relacionada com determinados fins. As *seqüelas* do Estado de Direito formal são superadas porque a Constituição não é uma organização neutra quanto aos fins. Com isso, a Constituição reflete a interdependência que existe, no Estado Democrático, entre Estado e sociedade, configurando-se simultaneamente como uma Constituição estatal e uma Constituição social, o que aponta para o seu papel conformador: “o modelo social subjacente ao complexo normativo-constitucional (qualquer que seja o tipo de sistema político-económico escolhido) deve tornar-se constitucionalmente transparente”⁴⁸.

conclusão, enquanto a justificação está vinculada ao procedimento que consiste precisamente em justificar essa premissa ou conclusão. Como regra, diz o autor que os órgãos jurisdicionais não precisam explicar suas decisões, mas, sim, justificá-las, pois, ao basear uma decisão em interpretação (discricionária, vale dizer) de determinado dispositivo legal, ao invés de baseá-la em crenças pessoais, estará o juiz enunciando uma razão justificadora. Nessa distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação, a justificação distingue-se em justificação interna e externa: a interna é aquela justificação obtida dedutivamente da passagem de uma premissa normativa e de uma premissa fática para uma conclusão normativa, o que poderia ser observado, segundo o autor, nos “casos jurídicos simples ou rotineiros”; na externa, a tarefa de estabelecer a premissa fática ou normativa exige novas argumentações que podem não ser dedutivas, de modo que é preciso ir além da lógica em sentido estrito, procedimento que seria observado nos “casos difíceis” (ATIENZA, 2006, pp. 29 e 40).

⁴³ Vide nota nº 10.

⁴⁴ HART, 1991, *passim*.

⁴⁵ STEIN, 1996, p. 19.

⁴⁶ GRAU, 2007, p. 47.

⁴⁷ CANOTILHO, 2001, p. 148.

⁴⁸ *Idem*, p. 152.

Assumindo a realidade como tarefa, a Constituição, a exemplo da própria realidade, não é uma ordem fixa e fechada, abrindo-se às diferenças sociais e aos antagonismos que perfazem a realidade ideal e material de uma sociedade democrática. É, assim, instrumento de direção social⁴⁹. Nesse cenário, a legislação não pode ser mais concebida como um problema de interpretação lógico-sistemática, o que significaria persistir no caminho do positivismo, de modo a prevalecer “sua falsa indiferença política e conseqüente espaço livre do direito para a política legislativa”⁵⁰.

A Constituição não é mero limite, não está limitada a contornos negativos ao conferir ao Estado uma conformação juridicamente concreta; além dos fins do Estado e dos princípios materiais norteadores de sua realização, ela define as tarefas dos órgãos estatais. Daí porque a Constituição Dirigente é também uma *Constituição determinante*, pois as imposições constitucionais referem-se ao cumprimento global da Constituição. É natural, portanto, que nenhuma política governamental possa desconsiderar ou desconhecer os motivos que impulsionam uma decisão, devendo selecioná-los de acordo com sua adequação constitucional⁵¹.

Por isso, a Constituição é destinada à democracia, contribuindo para a evolução da Teoria do Estado, que, não podendo existir à margem da Constituição, traz como conseqüência a politização da própria Constituição⁵². A Constituição passa a ser compreendida como um documento jurídico-histórico-cultural, pondo em evidência o problema da realização do projeto constitucional, impondo a revisão das funções clássicas do Estado⁵³.

Desse modo, a dimensão política da Constituição é “o ponto de estofamento” em que convergem as dimensões democrática, liberal e social⁵⁴, como verdadeira essência do neoconstitucionalismo: o dirigismo constitucional.

⁴⁹ *Idem*, pp. 155-158.

⁵⁰ *Idem*, p. 184.

⁵¹ *Idem*, pp. 185, 249 e 256.

⁵² STRECK, 2007, p. 22. Complementa o autor dizendo ser o Estado Democrático o *locus* privilegiado para esse acontecimento.

⁵³ BOLZAN DE MORAIS, 2006, p. 101.

⁵⁴ STRECK, 2007, p. 22. O autor entende como dimensão democrática a formação de uma unidade política; por dimensão liberal a coordenação e limitação do poder estatal; e por dimensão social a configuração social das condições de vida (*ibidem*).

5. Constituição Dirigente e transformação social

O princípio democrático tem como ponto de partida processos destinados a assegurar uma participação universal dos cidadãos⁵⁵. A democracia, contudo, não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal aos órgãos estatais, até o último intérprete formalmente competente da Constituição, o Supremo Tribunal Federal⁵⁶. A cidadania, para ser considerada *ativa*, exige uma *vinculação normativa* entre Estado de Direito e democracia, modo pelo qual os cidadãos podem se reconhecer como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica⁵⁷.

Assim, a Constituição não é apenas uma lei. Sua força doadora de sentido impõe uma tomada de posição do intérprete, a partir da qual não somente sua relação com a realidade é transformada, mas a própria realidade é transformada, como resultado da realização de um projeto global (constitucional) para a sociedade.

Para que o Direito seja sensível socialmente, a sua compreensão – e conseqüentemente a compreensão do papel da Constituição – não pode ser limitada à técnica jurídica⁵⁸. A aplicação do Direito e a concretização do sentido universalizante de Constituição dependem do conhecimento dos fatos sociais e da estrutura social global, para que seja possível a realização de um convívio justo, com base em escalas axiológicas.

Uma Constituição democrática não é uma Constituição liberal; uma Constituição democrática é o constituir de uma sociedade democrática. Nela se encontra o que ela tem a dizer, o que tem de ser realizado. Isso exige um trabalho permanente de construção, de transformação da realidade. Daí pertinente lembrar, com Gadamer, que a finalidade do conhecimento mergulhado na historicidade não é a de explicar um fenômeno concreto como um caso particular de uma regra geral; ao revés, sua finalidade reside na compreensão de um fenômeno histórico em sua singularidade e unidade:

⁵⁵ CANOTILHO, 2001, p. 25.

⁵⁶ HÄBERLE, 1997, pp. 36 – 37.

⁵⁷ CITTADINO, 2004, p. 109.

⁵⁸ Nesse ponto, pertinente a lição de Cittadino: “É importante ressaltar, em primeiro lugar, que esse processo de ‘judicialização da política’ – por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas – é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de ‘juridificação’ das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade” (*Idem*, p. 106).

“Lo que interesa al conocimiento histórico no es saber cómo los hombres, los pueblos, los Estados se desarrollan en general, sino, por el contrario, cómo este hombre, este pueblo, este Estado ha llegado a ser lo que es; cómo esto ha podido pasar y llegar a suceder allí”⁵⁹.

A transformação que se opera no Estado Democrático leva em consideração a pluralidade humana⁶⁰. A diferença é o traço característico da sociedade democrática contemporânea, onde a multiplicidade de valores culturais, compromissos morais e concepções sobre vida digna a configura de maneira a ser o consenso buscado em meio à heterogeneidade e ao conflito⁶¹. Dessa forma, a aplicação de uma lei significa muito mais do que a mera compreensão de seu sentido jurídico significa a criação de uma nova realidade⁶².

A crescente complexidade sócio-econômica deve estimular os poderes públicos a substituir a racionalidade formal pela racionalidade material em seus processos decisórios. Segundo Faria, ao “assumir as funções de regulamentação, controle e direção, quebrando a rigidez hierárquica da ordem liberal, o Estado intervencionista abriu caminho para a institucionalização do planejamento”, convertendo a lei em um instrumento de gestão governamental e direção social⁶³.

Ao próprio Direito é anteposto um conteúdo social, atribuindo-se ao Estado uma nova conformação axiológico-política. Com isso, esvai-se a noção de legalidade própria do Estado de Direito formal do liberalismo jurídico do século XIX, não mais sendo a lei concebida apenas com ordem geral e abstrata. O conteúdo da legalidade assume a forma de uma busca pela concretização da igualdade. O Estado Democrático de Direito possui um conteúdo transformador da realidade, o qual ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem, irradiando os valores da democracia sobre toda a ordem jurídica⁶⁴.

⁵⁹ GADAMER, 1993, p. 50.

⁶⁰ DWORKIN, 2001, pp. 213-214: “(...) its command of integrity assumes that each person is as worthy as any other, that each must be treated with equal concern according to some coherent conception of what that means. (...) But the model of principle satisfies the conditions of true community better than any other model of community that it is possible for people who disagree about justice and fairness to adopt”.

⁶¹ CITTADINO, 2000, p. 78.

⁶² GADAMER, 2002, p. 359.

⁶³ FARIA, 1988, p.59.

⁶⁴ BOLZAN DE MORAIS, 1996, pp. 72-75.

A Constituição, assim, abandona, a imagem de ordenamento repressivo restrito à regulação das inconstitucionalidades formais; as dimensões mais importantes do direito constitucional são suas dimensões positivas, de impulso, incentivo e direção no processo social.

Portanto, pode-se deduzir do conjunto normativo-constitucional que a tarefa de concretização das imposições constitucionais não é somente uma tarefa da legislação; é também uma tarefa de direção política, como tarefa global de planificação, fixação e execução dos fins constitucionalmente normatizados⁶⁵.

6. Considerações finais

No Estado Democrático, a tarefa do intérprete constitucional não é somente a de fazer uma *leitura* da legislação infraconstitucional à luz da Constituição. Sua tarefa é a de realizar o programa constitucional de construção e consolidação de uma sociedade democrática, a partir das imposições da Constituição Dirigente.

A Constituição Dirigente deve ser compreendida como projeto de determinação de identidade, abrigando todas as conquistas democráticas de uma sociedade que durante longos períodos lutou contra o autoritarismo. Assim, a unidade do ordenamento jurídico não se consubstancia formalmente, mas materialmente, o que significa dizer que todo o ordenamento está condicionado e dirigido à realização do programa constitucional.

A Constituição de 1988 pode não ser, como afirma Barroso, a carta de nossa *maturidade institucional*. Mas seu papel na conformação democrática das instituições não pode ser subestimado e, “a despeito da compulsão reformadora que abala a integridade de seu texto, vem consolidando um inédito sentimento constitucional”⁶⁶.

Dessa forma, lembrando-se a lição de Hesse, pode-se afirmar que a Constituição Dirigente não está *morta*:

“Estas normas quedan en letra muerta cuando su contenido no se incorpora a la conducta humana mediante su aplicación y observancia diarias. Sólo en tanto el

⁶⁵ CANOTILHO, 2001, pp. 30 e 177-179.

⁶⁶ BARROSO, 2001, p. 25.

*Derecho constitucional es ‘realizado’ por y en dicha conducta alcanza la realidad de un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica, capaz, por tanto, de cumplir su función en la vida de la Comunidad*⁶⁷.

Referências bibliográficas

- ARENDRT, Hannah. *On Revolution*. London: Penguin Books, 1990.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. Tradução de M. Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.
- BARBERIS, Mauro. “Os limites do poder: a contribuição francesa”. In DUSO, Giuseppe (Org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Tradução de Andrea Ciacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, 2001, pp. 05-27.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. “Constituição e política: uma relação difícil”. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, v. 61, 2004, pp. 05-24.
- _____. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. “Crise do estado, constituição e democracia política: a realização da ordem constitucional! E o povo (...)”. In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; COPETTI, André (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “Teled debate (Curitiba-Coimbra)”. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. “O Estado adjetivado e a teoria da Constituição”. *Revista da PGE/RS*, v. 25, n. 56, 2002, pp. 25-40.

⁶⁷ HESSE, 1992, pp. 99 – 100.

- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CITTADINO, Gisele. “Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia”. *ALCEU*, v. 5, n. 9, jul/dez 2004, pp. 105-113.
- _____. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 16, abril 2002, pp. 89-112.
- DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. 12ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Edusp, 1988.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A Constituição de 1988 – um balanço após dezesseis anos de vigência”. *Revista Direito Público*, n. 8, abr/mai/jun 2005, pp. 40 – 53.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.
- _____. *El problema de la conciencia histórica*. Traducción de Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Tecnos, 1993.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- GUEDES, Néviton. “Prefácio”. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição (contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HART, H. L. A. *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução: L. Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2ª ed. Mem Martins: Europa-América, 1997.

- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.
- LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Eforderlichkeit*. 2ª ed. Golbach: Keip Verlag, 1999.
- LOCKE, John. *The second treatise of government*. New York: The Liberal Arts Press, 1952.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acesso em 22.09.2007
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Tradução de Francisco Javier Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, state and utopia*. Oxford: Basil Blackwell, 1980.
- REGLA, Josep Aguiló. “Sobre la Constitución del Estado constitucional”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, 2001, pp. 429-457.
- SCHMITT, Carl. *Verfassungslehr*. 8ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
- SEGADO, Francisco Fernández. “Reflexiones en torno a la interpretación de la constitución”. *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* v. 8 n. 2, 1999, pp. 97-120.
- SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição Dirigente?* Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em 17.08.2005.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

- TAVARES, André Ramos. “O direito administrativo no Estado mínimo”. In CARDOZO, José Eduardo Martins ‘et alli’. *Curso de direito administrativo econômico*, v. I. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VIEIRA, José Ribas. “Leituras e debates em torno da interpretação no direito constitucional nos anos 90”. *Impulso – Revista de Ciências Sociais e Humanas*, n. 20, v. 09, 1996, pp. 15-20.

Recebido em novembro/2007

Aprovado março/2008