

# A Constituição Deve Constituir

## Constitución Should Constitute

LÉO BRUST

*Doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Salamanca - Espanha*

*Mestre em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa - Portugal*

*Professor de Direito Constitucional da ULBRA e Advogado*

*leobrust@via-rs.net*

### RESUMO

---

*Partindo da consolidação do constitucionalismo na Europa, é abordada a ductilidade da constituição em sociedades plurais, defendida por G. Zagrebelsky, sua viabilidade em países desenvolvidos e a necessidade de uma constituição dirigente em países em desenvolvimento como o Brasil.*

*Palavras-chave: Constituição, pluralismo, ductilidade.*

### ABSTRACT

---

*From the consolidation of constitutionalism in Europe, it is approached the constitution ductility in plural societies, defended by G. Zagrebelsky, its viability in developed countries and the necessity of a directive constitution in developing countries as Brazil.*

*Key words: Constitution, pluralism, ductility.*

### INTRODUÇÃO

---

A supremacia da constituição dos Estados Unidos da América man-

Direito e Democracia	Canoas	vol.5, n.1	1º sem. 2004	p.29-48
----------------------	--------	------------	--------------	---------

têm-se há dois séculos e, praticamente, confunde-se com a conquista de sua independência. Na Europa foram necessárias duas guerras sangrentas no Século XX, para que a constituição passasse a ser considerada suprema. O fim do colonialismo na América Latina fez surgir novos Estados e novas constituições, que inicialmente sofreram influência norte-americana, em particular na implantação do controle difuso de constitucionalidade, e européia, no que se refere à supremacia do Parlamento apregoada pela Revolução Francesa. Atualmente, as cartas latino-americanas têm em comum a baixa efetividade, pois parte de suas normas – especialmente os princípios – acabam não sendo aplicadas, por serem consideradas meramente programáticas ou carentes de regulação em lei. O Brasil não foge à regra, apesar de o controle da constitucionalidade das normas remontar à primeira constituição republicana (1891).

A história constitucional européia teve um desenvolvimento vertiginoso na segunda metade do Século XX, após o advento das constituições de Alemanha e Itália, que levou à constitucionalização plena de seus diversos ordenamentos jurídicos. A ampla supremacia da constituição teve por consequência o aumento do poder dos juízes encarregados de controlar a constitucionalidade das normas. Nos últimos vinte anos têm surgido algumas concepções teóricas que procuram mitigar esse poder, como é o caso da chamada *constituição dúctil*, desenvolvida por Gustavo Zagrebelsky. Essa teoria parte do pluralismo das sociedades atuais e da perda do centro ordenador do Estado, para defender a coexistência de leis, direitos e justiça, entendendo que deve haver equilíbrio entre os princípios fundamentais da constituição, apenas possível se for reservado amplo espaço para a apreciação política do Parlamento através de lei.

Numa época em que se defende a *ductilidade* do direito constitucional na Europa, a Constituição Brasileira de 1988 contém princípios e objetivos fundamentais a serem observados pelos três poderes do Estado, independentemente da ideologia do governante ou da maioria parlamentar do momento. São princípios de justiça inscritos pelo poder constituinte originário, que visam erradicar a pobreza e as desigualdades, construindo uma sociedade livre e desenvolvida. Um verdadeiro programa dirigente transformador da sociedade.

Com tais objetivos, uma *constituição dirigente* parece ter perdido o sentido em países que já alcançaram ou, mesmo, ultrapassaram o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). E no Brasil?

# 1. A constituição se impõe

Nos Estados Unidos da América, a disputa entre o Poder Legislativo, como expressão da vontade geral do povo, e o Poder Judiciário, que tinha a pretensão de controlar constitucionalmente o acerto da interpretação dessa vontade concretizada na lei, foi vencida pelos magistrados. A emblemática decisão do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte, em 1803, consagrou a supremacia da Constituição, como fator básico de garantia dos direitos e do equilíbrio do sistema político, possibilitando ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade das leis e de outros atos do Poder Público contrários às normas constitucionais. O modelo norte-americano exige que o juiz, nos casos concretos, aplique diretamente a Constituição, quando a lei ordinária lhe for incompatível. Se a questão chegar à Suprema Corte, o princípio do *stare decisis* permite que a decisão passe a ter efeito vinculante para todos os órgãos judiciais e *erga omnes*. Se for declarada inconstitucional, a lei passa a ser considerada nula para todos os fins legais.

A história jurídica da Europa, por outro lado, foi contada por suas leis praticamente até o segundo pós-guerra. A Revolução Francesa se caracterizou pela imposição das leis como veículos da vontade popular e limites aos governantes, que, assim, ficaram impedidos de governar baseados somente em sua própria autoridade. Haveria de ser respeitada a reserva legal. Rousseau em seu “Contrato Social” chegou a dizer que “a Lei não pode ser injusta, posto que ninguém é injusto em relação a si próprio” e que “cada um, unindo-se a todos, não obedece mais que a si mesmo e permanece tão livre como antes”.<sup>1</sup> O primado da lei ficou sacramentado no art. 4 da Declaração de Direitos de 1789, cuja redação prevê que a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica aos outros, cabendo à lei estabelecer os limites dos direitos naturais. Nesse contexto, a constituição era considerada um texto meramente programático e, portanto, sem qualquer efetividade.

Os acontecimentos ocorridos na Alemanha, cujo sistema constitucional/legal (Weimar) permitiu a um partido político instalar legalmente uma ditadura e levar aquele país às atrocidades da 2ª Guerra Mundial, fez com que no pós-guerra as renascentes democracias européias passassem a dotar suas constituições de valores indisponíveis pelo Parlamento e

---

<sup>1</sup> *apud* GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000, p. 25,

pelo Executivo. Os direitos fundamentais passaram a ser conteúdo essencial das constituições, assim como já o era a organização do Estado, e definir o direito deixou de ser uma prerrogativa exclusiva da lei. Esta passou a estar condicionada pelos termos da constituição – agora rígida – e foram instituídos mecanismos de controle para aferir a sua constitucionalidade. Esse movimento ocorreu na Europa continental, não chegando a afetar o Reino Unido, que permaneceu com o seu tradicional sistema *common law* e uma constituição não-escrita (flexível).

Grécia, Suécia, Noruega e Dinamarca possuem sistemas de justiça constitucional inspirados no modelo norte-americano. A França – de Rousseau e da Revolução – possui um sistema que procura preservar o valor da lei e, por conseguinte, prestigiar o Parlamento. Sua peculiaridade é a de impedir a anulação de uma lei já vigente. O controle é feito por um Conselho da Constituição de forma totalmente preventiva (*a priori*), isto é, no decurso do processo legislativo e antes de sua promulgação. O sistema francês, obviamente, não garante a constitucionalidade futura da lei, pois seus efeitos inconstitucionais quase sempre são percebidos apenas quando de sua aplicação a um caso concreto. Se tal ocorrer, como inexiste um controle *a posteriori*, o vício apenas poderá ser sanado com a feitura de uma nova lei pelo Legislativo. José Afonso da Silva<sup>2</sup> o considera um controle de natureza não-jurisdicional, com o que não concorda Louis Favoreu.<sup>3</sup>

A maioria dos países europeus, contudo, aderiu às idéias de Kelsen – que as tinha posto em prática na constituição da Áustria (1920) – e atribuiu a fiscalização da constitucionalidade das normas a um *tribunal único e independente dos três poderes (ad hoc)*, mas normalmente integrado por seus representantes, com o acréscimo de advogados e professores universitários. Possuem um controle concentrado num Tribunal Constitucional: Áustria (1945, restabelecimento), Itália (1948), Alemanha (1949), Portugal<sup>4</sup> (1976), Espanha (1978), Bélgica (1983) e vários países do antigo bloco comunista. É conhecido como modelo ou sistema europeu de controle da constitucionalidade (concentrado e abstrato), por contrapor-se ao norte-americano (difuso e concreto), e, segundo Cruz Villalón<sup>5</sup>, “baseia-se num processo autônomo de constitucionalidade ante um órgão

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 51.

<sup>3</sup> FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 102 e seg.

<sup>4</sup> Portugal possui também um controle difuso.

<sup>5</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 35.

jurisdicional único e específico, encaminhado por um órgão constitucional ou fração do mesmo, ou então por um juiz ou tribunal por ocasião da resolução de um processo concreto, com efeitos imediatos ou ‘gerais’ sobre a validade ou, quando menos, a vigência da norma submetida a controle, a partir de uma sentença<sup>6</sup> declaratória de inconstitucionalidade”.

Para Cruz Villalón, a legitimidade dos Tribunais Constitucionais como órgãos de jurisdição constitucional é fruto de sua função, de sua origem e de seu exercício. A legitimidade da *função* provém: a) da aceitação da legitimidade da própria constituição; b) da garantia dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, independentemente da vontade da maioria; e c) da neutralidade do Tribunal perante os demais órgãos. A legitimidade da *origem* é garantida pelo sistema de escolha de seus componentes pelos três poderes do Estado e pela permanência do Tribunal para além dos mandatos dos governos e das maiorias parlamentares. A legitimidade do *exercício* ocorre por conta de um procedimento jurisdicional baseado em decisões fundamentadas, argumentadas e racionalizadas, distintas de um ato de natureza política.<sup>7</sup>

É necessário frisar que o Tribunal Constitucional idealizado por Kelsen - fora da estrutura do judiciário, mas com as mesmas garantias de seus magistrados - deveria atuar exclusivamente como “legislador negativo”, isto é, suas sentenças deveriam limitar-se a anular as leis incompatíveis com a constituição, cabendo ao Parlamento desenvolver uma nova. Sua “pirâmide legislativa”, portanto, a par de garantir em seu ápice a supremacia da constituição, “salvava” a lei como ato criador de direito. Todavia, a possibilidade de o Tribunal Constitucional anular leis, com efeito vinculante aos três poderes e *erga omnes*, determinou o fim da supremacia do Parlamento na Europa. Decorre daí a gradual ampliação de sua atuação jurisdicional, imediatamente constatável na efetividade plena dos direitos fundamentais - sem intermediação de lei - e nas técnicas de interpretação conforme à constituição<sup>8</sup> (declarar a interpretação da lei considerada constitucional) e de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (declarar a interpretação considerada inconstitucional), e a conseqüente emissão de sentenças interpretativas, manipula-

<sup>6</sup> Designa na Europa também as decisões dos Tribunais (Portugal usa acórdão).

<sup>7</sup> CRUZ VILLALON, Pedro. “Legitimidad de la justicia constitucional y principio de la mayoría”. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 86 e seg.

<sup>8</sup> A lei não deve ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com a Constituição.

tivas ou aditivas.<sup>9</sup> Ainda assim, por paradoxal que possa parecer, o tribunal *ad hoc* configura um privilégio ao legislador, que tem, deste modo, o seu próprio juiz, não correndo o risco de ser desautorizado por um outro poder, como ocorre no sistema norte-americano e no brasileiro. É, pois, uma concessão, mas não deixa de ser também um fruto contemporâneo da Revolução Francesa e a sua notória desconfiança em relação ao Poder Judiciário.

O sistema europeu permite a apenas alguns legitimados a interposição de ações diretas de inconstitucionalidade, que devem limitar-se a um questionamento abstrato das normas. Em alguns países há a chamada “questão de inconstitucionalidade”, que possibilita ao juiz, no decurso de uma ação concreta, submeter diretamente à apreciação do Tribunal Constitucional a lei aplicada ao caso, que considere inconstitucional. Na Espanha e na Alemanha os cidadãos têm legitimidade para interpor recurso ao Tribunal Constitucional, se autoridades públicas vulnerarem os seus direitos fundamentais (respectivamente, Recurso de Amparo e *Verfassungsbeschwerde*). No que se refere ao Poder Judiciário, este deixou de ser o poder nulo apregoado por Montesquieu. Os juízes europeus estão, cada vez mais, dizendo o direito que deve estar contido na lei e a jurisprudência dos tribunais de há muito é ferramenta indispensável aos operadores do direito. Essa maior participação do Judiciário é apontada por alguns autores, como sintoma de uma certa aproximação com o sistema norte-americano. Por outro lado, a Suprema Corte dos Estados Unidos é - hoje - um autêntico juiz especial das grandes questões de constitucionalidade, a exemplo do Tribunal Constitucional.

A ampla rede de controles de constitucionalidade existentes nos diversos ordenamentos jurídicos demonstra a supremacia alcançada pela constituição. A soberania do legislador cedeu passo à supremacia da constituição, aduz Vital Moreira<sup>10</sup>: “a idéia base é a de que a vontade política da *maioria governante* de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da *maioria constituinte* incorporada na Lei fundamental. A limitação da vontade da maioria ordinária decorre da supremacia de uma maioria mais forte.” Luigi Ferrajoli<sup>11</sup>, ao referir-se à superação do *estado legis-*

<sup>9</sup> A polémica existente na Europa sobre os efeitos desses tipos de sentença, não ocorre no Brasil. O art. 28, parágrafo único, da lei 9868/99 estabelece que elas têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

<sup>10</sup> MOREIRA, Vital. “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 179.

*lativo de direito, pelo estado constitucional de direito*, esclarece que “as constituições, e os princípios e direitos fundamentais por elas estabelecidos, passaram a configurar-se como pactos sociais em forma escrita que delimitam a *esfera do indecidível*, isto é, tudo aquilo que nenhuma maioria pode decidir ou não decidir: por um lado, os limites ou as proibições, para garantia das liberdades, por outro, os vínculos ou as obrigações, para garantia dos direitos sociais.” Ou seja, a constituição – pacto social escrito - delimita previamente o que pode ou não ser decidido pelo Parlamento. A simples existência da lei não garante a sua validade, na medida em que também o Poder Legislativo está sujeito ao paradigma constitucional.

Além da subordinação a uma norma superior, a lei padece de outros “males”, que a fazem afastar-se ainda mais da época em que os códigos reinavam de forma absoluta na Europa. Garcia de Enterría<sup>12</sup> entende que a sua multiplicação incontida é o mais grave: “a velha idéia de uma sociedade livre movendo-se no quadro de vários Códigos e Leis, claros, concisos e tendencialmente estáveis, que deixavam à liberdade cidadã todo o amplo espaço da vida social enquadrada com precisão e rigor, tem dado passagem à situação atual em que a sociedade se mostra inundada por uma maré incontida de Leis e de Regulamentos, não somente não estáveis, mas também em estado de perpétua ebulição e de cambio frenético.” Outro mal, provavelmente conseqüência do anterior, é a falta de técnica legislativa, que se traduz em textos pouco claros, tortuosos e que podem conduzir a verdadeiros labirintos legais. Ao pretender regular todas as situações, o Parlamento provoca uma inflação legal que, longe de valorizar a lei, acaba por deixá-la numa situação de inferioridade ainda maior, contribuindo para a sua reduzida generalidade e baixo grau de abstração. Essa situação leva Enterría a decretar que “o legalismo exacerbado matou o positivismo! Conseqüência inesperada do predomínio formal absoluto das Leis, com o que se pensou chegar a eliminar a todas as demais fontes do direito.”<sup>13</sup>

Como os direitos fundamentais não podem ficar a mercê de uma infidelidade de leis altamente cambiantes e sujeitas a maiorias ocasionais, a constituição passou a ser indispensável também pela sua estabilidade, pois qualquer modificação que se lhe queira impor depende de um *quo-*

<sup>11</sup>FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público*. Ano 22º, n. 85. Lisboa, Janeiro-Março 2001, p. 12.

<sup>12</sup>GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Op. cit. p. 47 e 48.

<sup>13</sup>GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Op. cit. p. 103.

rum privilegiado. Além disso, garantir os direitos fundamentais a partir do próprio texto constitucional permite que sejam interpretados de forma mais ampla. A regulação em lei envolve sempre o risco de diminuir o seu âmbito de aplicação, para além de converter o Parlamento (poder constituído) numa espécie de poder constituinte de fato e permanente. A efetividade plena dos direitos fundamentais constitucionais é aceita na Europa, em particular na Alemanha, há várias décadas. Em alguns países, no entanto, é um fenómeno recente. Ángela Figueruelo<sup>14</sup> informa que, na Espanha, ocorreu somente alguns anos após o advento da constituição de 1978: “a tradição judicial espanhola era marcada pelo mais puro jacobinismo, no qual o juiz era considerado um mero aplicador da lei. Havia a crença de que os direitos fundamentais eram meras normas programáticas que exigiam a *interpositio legislatoris* para adquirir plena eficácia e assim poderem ser alegadas ante os tribunais de justiça.” Em síntese, os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata, e “se antes valia dizer: direitos fundamentais só no marco das leis, agora se quer dizer leis só no marco dos direitos fundamentais”.<sup>15</sup>

No que tange à amplitude da proteção aos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional alemão admite não apenas declarar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais, como também de dispositivos da própria constituição, se desrespeitarem em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça. Ainda que esta seja uma hipótese bastante rara, implica a aceitação de um direito “suprapositivo” ao qual devem estar sujeitos os próprios constituintes.<sup>16</sup>

O tema dos princípios e valores superiores vem sendo utilizado por Ronald Dworkin<sup>17</sup>, para criticar pesadamente o positivismo jurídico. O autor norte-americano sustenta que as leis não dão resposta a todas as situações, até porque a vida é complexa demais para caber em normas pré-definidas. Quando a lei apresenta lacunas, contradições ou não se aplica diretamente a uma determinada situação – os chamados casos difíceis - os positivistas deixam a decisão à discricionariedade judicial. Esta

<sup>14</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001, p. 31.

<sup>15</sup> *apud* ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático.” In *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 34.

<sup>16</sup> BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald, *Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

liberdade habilitaria o juiz a ditar normas, até mesmo de forma retroativa, pondo em risco a própria democracia. Dworkin defende que o magistrado não deve ter uma função criadora, mas garantidora, devendo utilizar princípios que informem as normas jurídicas concretas, de forma a construir teorias capazes de justificar a sua decisão. Isso implica que o juiz pode, inclusive, desatender a literalidade da norma se esta violar um princípio importante para o caso específico.<sup>18</sup>

Em definitivo, a lei perdeu o poder que a Revolução Francesa lhe havia outorgado. Seja em função de existir uma norma superior chamada constituição; seja porque os direitos fundamentais conquistaram efetividade plena; seja porque a fúria legislativa a tem aviltado; seja porque princípios e valores superiores a podem condicionar, a lei deixou de ter o significado e a importância que lhe atribuía Rousseau.

## 2. A constituição se suaviza

As constituições europeias do segundo pós-guerra (como Itália e Alemanha), dos últimos fascismos europeus (Portugal e Espanha) e do pós-comunismo (antigos integrantes do bloco soviético), pretenderam dar aos direitos fundamentais uma proteção, que as leis de seus Estados não haviam sido capazes de proporcionar. O advento dessas novas constituições coincidiu com o início de um processo de integração econômico-social, que se aprofunda e se expande há mais de meio século. As instituições dos Estados membros da atual União Europeia se formaram durante o processo de integração. Vale dizer, a consolidação da supremacia constitucional e da soberania de cada Estado é concomitante à sua relativização, pois os tratados firmados assim o exigem. Adicionalmente, as novas constituições foram redigidas sob o signo do pluralismo, uma vez que as Assembléias Constituintes – democraticamente eleitas – refletiam as ideologias dos diversos segmentos da sociedade.

Integração entre Estados e pluralismo estão na base de algumas das teorias da constituição surgidas no final do século passado, como ductilidade, responsividade, reflexividade e processualização.<sup>19</sup> Tais propostas

---

<sup>18</sup> Há quem o acuse de praticar um jusnaturalismo disfarçado. Cfr. RICHARDS, David A. J. *The Moral Criticism of Law*. Encino: Dickinson, 1977 e MACCORMICK, Neil. *Legal Right and Social Democracy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 59 e seg.

têm em comum a relativização da supremacia constitucional a partir do enfraquecimento da soberania do Estado e a não aceitação da idéia de constituição como centro de um conjunto normativo regulador e dirigente da sociedade. Defendem, pois, um direito constitucional não-intervencionista. A tarefa básica da chamada *constituição dúctil* (ou suave) de Gustavo Zagrebelsky<sup>20</sup>, por exemplo, é simplesmente assegurar a possibilidade de uma vida em comum, internamente e na relação com os demais Estados, sem impor um projeto predeterminado. As diferentes idéias nela contidas são um ponto de partida para a realização de políticas também diferenciadas. Um *compromisso* de possibilidades a exigir que cada um dos seus valores e princípios informadores não se assumam com caráter absoluto, para garantir a sua *coexistência*. A constituição não é executada, mas torna-se efetiva num desses cambiantes princípios e valores em equilíbrio, cuja extensão e limites serão dados pela **lei**. Seu caráter aberto e cooperativo possibilita a conexão entre direito interno e internacional, integrando Estados que permaneceriam isolados, se a soberania estatal fosse tomada de maneira absoluta. Em suma, os elementos constitutivos do direito constitucional são plurais e, para poderem coexistir, devem ser relativizados entre si. Isto é, devem tornar-se suaves (dúcteis).

Para entender o surgimento de concepções como a da ductilidade, é importante lembrar que o Estado constitucional europeu tem origem na superação do jusnaturalismo - ocorrida a partir do segundo pós-guerra -, que aproximou a concepção norte-americana dos direitos individuais (que a lei não pode vulnerar) da concepção francesa Rousseauniana da lei (como o único instrumento de afirmação de direitos). A inclusão de princípios de justiça, como deveres aos poderes públicos, e de direitos humanos nas constituições européias fez com que as duas concepções antagônicas não mais pudessem ser tomadas de forma absoluta. O legislador europeu viu-se obrigado a observá-los na feitura das leis, o que levou ao controle da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional e ao fortalecimento do papel dos juizes, a exemplo dos norte-americanos.

A positivação de princípios fundamentais determina que as atuais constituições estejam compostas por princípios e regras. Os princípios, esclarece Canotilho<sup>21</sup>, “são normas jurídicas impositivas de uma otimização,

<sup>20</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1145.

compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*).” Ou seja, às regras se obedece e aos princípios se presta adesão. Exemplificando, as normas que prevêm os direitos à greve ou ao livre exercício de qualquer profissão são princípios. As que dispõem sobre a garantia de execução de serviços públicos considerados essenciais durante a greve ou sobre a exigência de qualificação profissional para o exercício de determinados trabalhos são regras.

Para Zagrebelsky<sup>22</sup>, as regras prevalecem entre as normas legislativas, enquanto os princípios prevalecem entre as normas constitucionais sobre direitos e justiça. Quando uma regra aparece na Constituição, nada mais é do que uma “lei reforçada”, pois sua função não é constitutiva. Deve ser cumprida integralmente e se esgota em si mesma. Em caso de conflito, apenas uma pode ser aplicada, pois as regras não permitem qualquer grau de relativização. Já os princípios, por refletirem valores de uma sociedade heterogênea, são tendencialmente contraditórios e podem ser ponderados em caso de conflito, pois precisam coexistir. Prieto Sanchís fornece um bom exemplo: “na freqüente colisão entre o direito à honra e a liberdade de expressão não existe uma fronteira nítida, de maneira que uma certa conduta deva ser incluída necessariamente no âmbito da liberdade ou no tipo penal protetor da honra alheia; ao contrário, a conduta pode ser simultaneamente ambas as coisas, exercício de direito e ação delitiva, sem que entre ambas exista uma relação de preferência com caráter geral e abstrato.”<sup>23</sup>

É por isso que os princípios não podem ser concebidos de forma absoluta numa constituição pluralista. Se isso acontecesse, um deles fatalmente se tornaria o dominante, convertendo-se em autêntico tirano dos demais. Seria como optar pelo princípio direito à honra, desenvolvendo-o cabalmente, ignorando a existência do princípio liberdade de expressão. Na falta de lei, cabe ao juiz garantir o equilíbrio, fazendo uso de princípios jurisdicionais como os da proporcionalidade e da razoabilidade. Se decidir optar por um dos princípios na solução de um caso concreto, havendo ou não lei, provavelmente estará servindo à sua própria ideologia.

<sup>22</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 110.

<sup>23</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 3.

No mesmo sentido, ao decidir uma “questão de inconstitucionalidade” – submetida *per saltum* pelo juiz ordinário europeu no curso de uma ação concreta -, o Tribunal Constitucional deve limitar-se a eliminar a lei inconstitucional, sem impor qualquer regra extraída diretamente da constituição, permitindo ao legislador a aprovação de nova lei. Do contrário estará dando uma interpretação fechada do marco constitucional e reduzindo o papel do Parlamento a mero produtor de normas facultativas. O pluralismo exige respeito à liberdade da dinâmica política e à competição entre propostas alternativas. A extremada importância do magistrado no Estado constitucional traz o receio de que a existência de princípios substantivos seja uma porta aberta ao ativismo judicial.

Os limites da atuação do juiz e do legislador são uma questão controversa. “Constitucionalistas” e “legalistas” têm argumentos respeitáveis e vem mantendo um longo debate. Para o *constitucionalismo*: a) a legislação está envolta numa rede de vínculos jurídicos que deve ser considerada pelos juízes, sobretudo pelos juízes constitucionais; b) sob a ótica da doutrina das fontes, a constituição é um programa positivo de valores a ser “atuado” pelo legislador; c) os juízes devem sentir-se autorizados a realizar um controle de fundo e ilimitado sobre todas as decisões do legislador e em todos os seus aspectos. Para o *legalismo*: a) o controle da jurisdição sobre o legislador deve ocorrer dentro de limites compatíveis com sua autonomia; b) sob a ótica da doutrina das fontes, a constituição é uma referência orientadora que há de ser simplesmente “respeitada” pelo legislador; c) os juízes devem ser induzidos a reconhecer ao legislador amplos âmbitos de liberdade não pré-julgados por normas constitucionais.<sup>24</sup>

Zagrebel'sky<sup>25</sup> considera que “em ausência de leis, excluir a possibilidade de integração judicial do ordenamento teria como consequência o esvaziamento de direitos reconhecidos na constituição”. Entende, porém, vital a apreciação política realizada pelo Parlamento, pois vê na constituição um contexto aberto de elementos, no qual a lei tem fundamento constitucional próprio e está no mesmo plano de outros direitos e princípios. *Vale por ser lei e não pelo que dispõe*. A lei expressa as combinações possíveis entre os princípios constitucionais, que se limitam a estabelecer os pontos irrenunciáveis de qualquer combinação. A lei mantém assim seu caráter de ato criador de direito e não vem degradada a mera execução da constituição.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 151.

<sup>25</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 153.

<sup>26</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 97.

Em suma, a lei volta a valorizar-se como ato criador de direito, deixando de ser um mero ato executor da constituição. Contudo, o legislador deve resignar-se a vê-la tratada como “parte” do direito e não como “o” direito, como ocorria até o início do Século XX na Europa. Por outro lado, o constitucionalismo deve passar a aceitar um maior protagonismo do Parlamento na mediação política efetuada através da lei. E aos juízes cabe a tarefa de garantir o equilíbrio entre os princípios constitucionais e a necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça.

### 3. A constituição dirigente ainda é necessária

As normas de uma *constituição dirigente* - concepção de direito constitucional desenvolvida por Canotilho<sup>27</sup> - ademais de oferecer esquemas de regulação do poder político e dos vários *status* dos indivíduos, aspiram a ter uma força normativa e planificadora ou, ao menos, *reitora* da transformação política, econômica e social. “Esta perspectiva de direito constitucional – que temos investigado e que tem influído decisivamente em nossa formação – está hoje ante uma encruzilhada,”<sup>28</sup> assegura o mestre de Coimbra. Entre as novas teorias que divergem da constituição dirigente e podem ser apontadas como causa dessa encruzilhada, está a *constituição dúctil* de Zagrebelsky.

Esta teoria revela um tipo de pensamento próprio das sociedades européias ocidentais, que alcançaram ou, mesmo, ultrapassaram o chamado Estado do Bem-Estar Social (Providência) e estão em processo de integração com outros Estados. Parece evidente que leis, direitos humanos fundamentais e princípios de justiça possam conviver em harmonia e equilibradamente numa sociedade desenvolvida. Afinal, teria sentido uma constituição que pretendesse transformar política, econômica ou socialmente um desses países? Logo após a 2ª Guerra a resposta com certeza teria sido positiva. Atualmente, essas sociedades atingiram um grau de constitucionalização de seus ordenamentos jurídicos e um desenvolvimento econômico-social, que até lhes permitiria viver o pluralismo nos termos de uma constituição dúctil - delegando ao legislativo a escolha do princípio a ser priorizado -, sem que isso representasse necessariamente

<sup>27</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoria...* p. 25 e 26.

um retrocesso. Nesses casos, uma constituição dirigente, por admitir a auto-execução dos princípios, poderia eventualmente provocar um desnecessário desequilíbrio em favor de determinado princípio de justiça, considerado prioritário pela constituição, num momento em que a sociedade já está a exigir outras prioridades.

E se essa mesma pergunta fosse feita relativamente aos dez países da Europa Oriental, que passaram a integrar a União Europeia em maio de 2004? Ou a um país latino-americano? Se a consolidação de um Estado Democrático de Direito for o objetivo constitucional desses ordenamentos, a resposta deverá ser sim. O motivo é simples: para alcançá-lo, os países em desenvolvimento devem priorizar certos princípios de justiça, necessários ao enfrentamento de problemas sociais crônicos. Isso exige que o programa positivo de valores econômico-sociais contido na constituição deva ser seguido pelos três poderes estatais nas atividades que lhe são inerentes. O pluralismo, nos termos de uma constituição dúctil, poderia aprofundar esses problemas, pois dá total liberdade aos governantes e ao legislador - maioria ideológica do momento - para escolher o princípio prioritário.

Num país desenvolvido e sem problemas fundiários, poderia ser considerado até certo ponto normal - próprio do pluralismo democrático - a aprovação de uma lei que, por exemplo, reduzisse a níveis baixíssimos os índices de produtividade definidores do cumprimento da função social de uma propriedade rural. A relativização entre os princípios “direito à propriedade privada” e “exigência de que a propriedade cumpra a sua função social” traduziria a ideologia do grupo parlamentar conservador majoritário do momento, permitindo a necessária apreciação política preconizada por Zagrebelsky (ductilidade). Num país em desenvolvimento, com latifúndios improdutivos e milhares de trabalhadores sem acesso à terra, poderia ser um desastre. A ductilidade estaria corroborando uma injustiça, o que não ocorreria com uma constituição dirigente, pois ela proporciona previamente os parâmetros sociais de observação obrigatória pelo legislador.

No caso do Brasil, esses parâmetros foram estabelecidos pelo poder constituinte originário nos princípios e objetivos fundamentais da Constituição de 1988. A consolidação do Estado Democrático de Direito depende da efetividade da constituição, como um todo, e exige que os fundamentos da República (art. 1º) - particularmente os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana - e os objetivos fundamen-

tais (art. 3º) sejam considerados substantivos e não meramente programáticos:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O cumprimento desses objetivos é fundamental para tornar o país socialmente mais justo e fortalecer o pluralismo democrático consagrado no art. 1º, V, pois são as ferramentas para a conformação dos demais princípios e regras constitucionais e da legislação infraconstitucional. Para que a sociedade brasileira logre atingi-los, é necessário que os três poderes os levem em consideração: o Executivo, em suas políticas governamentais; o Legislativo, na feitura das leis; e o Judiciário, no controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A constituição dirigente, como é evidente, não contém apenas normas de organização do Estado e direitos do cidadão frente ao Estado, mas, também, obrigações *ao* Estado. Neste sentido, voltando ao exemplo acima, a lei brasileira que reduzisse a um patamar insignificante os índices indicativos do atendimento à função social da propriedade, haveria de ser considerada inconstitucional, quanto mais não seja, por ferir o art. 3º.

Numa sociedade desequilibrada (injusta) os objetivos fundamentais servem para condicionar a lei no sentido de buscar o equilíbrio social de um Estado Democrático de Direito (democracia, liberdade, igualdade, justiça social). Mesmo sendo alcançados, como ocorre em grande parte da Europa, podem sempre ser invocados, pois são substantivos e configuram mais uma garantia ao cidadão. A vulnerabilidade da população sob uma constituição considerada dúctil é maior, justamente por depender de decisões extra-constitucionais. A *função* desempenhada pelos objetivos fundamentais numa constituição dirigente é idêntica à desempenhada pela maioria parlamentar numa constituição dúctil: *condicionar a interpretação da constituição e o conteúdo das leis*. Porém, enquanto os objetivos

fundamentais condicionam para garantir democracia, liberdade, igualdade e justiça social a toda a população (com a legitimidade do poder constituinte originário), a maioria parlamentar do momento condiciona para ver refletida a sua ideologia ou os seus interesses específicos (apenas com a legitimidade do poder constituído).

### *Constituição dirigente*

Objetivos Fundamentais (CF Art. 3º):

Condicionam a interpretação dos demais artigos da Constituição e o conteúdo das Leis.

### *Constituição dúctil*

Maioria Parlamentar:

Condiciona a interpretação da Constituição e o conteúdo das Leis.

A função dos objetivos fundamentais numa constituição dirigente é assumida pela maioria parlamentar numa constituição dúctil.

Uma situação *sui generis* ocorre na Europa. Enquanto a doutrina discute as novas teorias da constituição – quase todas muito próximas à ductilidade -, um programa dirigente transformador em nível internacional está em curso. A entrada na União Européia obrigou, por exemplo, Espanha, Portugal, Grécia e a própria Itália de Zagrebelsky a adaptar-se a normas comunitárias nos mais variados setores, com o objetivo de atingir níveis aproximados aos dos demais componentes, inclusive através de programas de incentivo ao desenvolvimento econômico-social baseado em fundos estruturais. A *efetividade das normas comunitárias* concernentes à modernização da economia, meio-ambiente, trabalho, respeito ao consumidor, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, entre outras, jamais foi questionada. Os dez novos sócios passarão por um período semelhante e deverão cumprir idênticos objetivos. Ora, se esses Estados cumprem um programa supraconstitucional e supranacional de modernidade, que os leva a modificar suas leis e, até mesmo, suas constituições, com muito mais razão o Estado brasileiro deve cumprir o programa contido em sua própria constituição. Um programa com a legitimidade de ter sido instituído por uma Assembléia Nacional Constituin-

te em 1988 e que representa o consenso da sociedade brasileira: um verdadeiro “pacto constituinte-fundante de uma nova ordem”<sup>29</sup>

Por conseguinte, o que está em jogo é a efetividade de todas as normas constitucionais (princípios e regras). A constituição somente terá condições de dirigir a sociedade e, inclusive, transformá-la, na medida em que detenha, de forma substantiva, a supremacia do ordenamento jurídico. Quanto a esse aspecto, Riccardo Guastini<sup>30</sup> aduz que “um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio da cultura jurídica, (...) da idéia de que toda norma constitucional – independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos”. No mesmo sentido, Vital Moreira<sup>31</sup> esclarece que o órgão jurisdicional, ao aferir a legitimidade constitucional das decisões dos poderes públicos, deve ter claro que, “em princípio, *todos os preceitos constitucionais detêm uma função normativa*. Incumbe ao juiz constitucional, em sede de interpretação da lei fundamental apurar o sentido e o alcance de cada preceito, mas não lhe assiste o direito de desqualificar como norma não constitucional nenhum preceito da constituição.” E o próprio Canotilho<sup>32</sup> corrobora: “os princípios ou são princípios materiais ou não são nada. Não são apenas esquemas de um regime qualquer, não são esquemas de um proceder qualquer, não são esquemas de um processo qualquer, são verdadeiras dimensões materiais.”

Portanto, se **todas** as normas constitucionais produzem efeitos jurídicos, é inconcebível a virtual não aplicação do art. 3º e dos demais princípios dirigentes da Constituição de 1988. Cabe ao Poder Judiciário o desafio de fazer valer a constituição em sua integralidade. A não-efetividade de parte dos dispositivos constitucionais, inclusive por alegada falta de regulação em lei, é um problema que persiste no sistema brasileiro, contribuindo para uma sensação de não obrigatoriedade do texto constitucional. Como visto, até mesmo Zagrebelsky, um ardoroso defensor da mediação do Parlamento, não admite que um artigo da constituição dei-

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 379.

<sup>30</sup> GUASTINI, Ricardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In: *Neonstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, p. 53.

<sup>31</sup> MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 193.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*, COUTINHO, Jacinto Nelson (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24.

xe de ser aplicado por falta de lei. Por isso, o Supremo Tribunal Federal precisa rever a sua jurisprudência de normas constitucionais consideradas sem aplicabilidade imediata<sup>33</sup> e todos os juízes devem passar a julgar as causas com a constituição – substantiva - em suas mesas, pois “o texto infraconstitucional somente pode ser aplicado depois de passar pelo processo hermenêutico-constitucional”.<sup>34</sup> A vigência da lei deve deixar de ser confundida com a sua validade. E se esse “filtro” constitucional trazer o infundado receio de vulneração da segurança jurídica, tenha-se presente que “o jurista deve manter a ordem jurídica, atento ao valor da segurança jurídica, sem, no entanto, confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do *statu quo*. Não há que confundir o valor da segurança jurídica com a ideologia da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social.”<sup>35</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

As constituições têm sido o sustentáculo das democracias, graças à organização que proporcionam aos Estados, aos princípios de direitos humanos e de justiça que contêm e à supremacia que desfrutam em seus respectivos ordenamentos jurídicos. A ductilidade constitucional procura resgatar o papel da lei, como concretização da mediação do Parlamento no seio de sociedades plurais. Caberia à maioria parlamentar definir o conteúdo dos princípios constitucionais, que, por refletirem o pluralismo da sociedade, são contraditórios, não se prestando à aplicação direta. É possível afirmar que a função da maioria parlamentar do momento numa constituição dúctil é idêntica à dos objetivos fundamentais de uma constituição dirigente, como a brasileira: condicionar a interpretação dos artigos da própria constituição e o conteúdo das leis. As finalidades é que são diferentes, pois enquanto a maioria do parlamento (poder constituído) procura impor a sua ideologia ou os seus interesses específicos, os

---

<sup>33</sup>O Tribunal Constitucional espanhol é um bom exemplo: “Deve assinalar-se que a reserva de lei que efetua (...) a Norma Fundamental, não tem o significado de diferir a aplicação dos direitos fundamentais e liberdades públicas até o momento em que se edite uma lei posterior à Constituição, já que, em todo o caso, seus princípios são de aplicação imediata (BCJ, 1981, n. 3, p. 214).” In: PEREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*, 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 64 e 65.

<sup>34</sup>STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. p. 385.

<sup>35</sup>AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 74.

objetivos fundamentais constitucionais procuram impor os parâmetros de democracia, liberdade, igualdade e justiça, estabelecidos pelo poder constituinte originário para toda a sociedade.

A ductilidade constitucional parece adequar-se ou, ao menos, não causar maiores danos, a países em que o Estado do Bem-Estar Social já se encontra consolidado. Sociedades que ainda não o atingiram, não podem ficar a mercê de maiorias parlamentares, que, eventualmente, agravem seu desequilíbrio social. No caso do Brasil faz-se necessário que os princípios e objetivos fundamentais da constituição vinculem os três poderes: o Executivo, na execução de suas políticas; o Legislativo, na feitura das leis; e o Judiciário, no controle da constitucionalidade das leis e dos atos governamentais. A constituição brasileira não pode ser vista como meramente programática, mas como um programa dirigente substantivo, com condições de levar o país à modernidade. Este é o requisito para o fortalecimento do pluralismo garantido em seu art. 1º, V.

A questão básica de que se trata, portanto, é o reconhecimento da efetividade plena de todos os artigos da constituição (pacto constituinte-fundante de uma nova ordem). A constituição constituir ainda é condição indispensável para o Estado Democrático de Direito atingir a sua plenitude no Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 31 a 47.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

- \_\_\_\_\_. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Coimbra, 1982.
- \_\_\_\_\_. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. COUTINHO, Jacinto Nelson (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- \_\_\_\_\_. Legitimidad de la justicia constitucional y principio de la mayoría. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 85 a 90.
- DWORKIN, Ronald. *Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público*. Ano 22º, n. 85. Lisboa, Janeiro-Março 2001, p. 7 a 24.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000.
- GUASTINI, Ricardo. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49 a 73.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Right and Social Democracy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 177 a 198.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*, 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.
- RICHARDS, David A. J. *The Moral Criticism of Law*. Encino: Dickinson, 1977.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.