INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

VICENTE BARRETTO*

O regime constitucional, estabelecido pela Constituição Brasileira de 1988, apresenta algumas características político-institucionais que se inserem no contexto dos movimentos de redemocratização ocorridos em diversos países durante a década dos oitenta. O texto constitucional brasileiro reflete a preocupação básica encontrada nas sociedades democráticas contemporâneas, principalmente naquelas que saíram de longos e dolorosos períodos de autoritarismo, com a questão da legitimidade do sistema político.

O estado democrático de direito, consagrado na atual Constituição Brasileira, pressupõe para a consecução dos seus princípios políticos sociais e econômicos, uma estrutura constitucional específica. Mais do que uma normatização positiva de direitos, liberdades e garantias, que configurem esse tipo de regime político, exige uma interpretação do texto constitucional, inspirada nos seus princípios fundantes. Logo, e essa é a hipótese que se pretende analisar no presente texto, a interpretação constitucional nas modernas democracias apresenta especificidades próprias, que não são atendidas pela hermenêutica dogmática tradicional, nem podem se descaracterizar através de procedimentos interpretativos zetéticos. Trata-se de procurar critérios lógicos de legitimação dogmática.

Quando se faz referência às peculiaridades do texto constitucional fundante do estado democrático de direito, deve-se levar em conta quais as condições necessárias para a objetivação de qualquer conteúdo normativo. Nesse quadro é que se destaca a questão da interpretação constitucional, como *condictio sine quo* para a realização do projeto político-institucional previsto na lei magna. Os chamados métodos hermenêuticos tradicionais — a interpretação gramatical, lógica e sistemática, a interpretação histórica, sociológica e evolutiva, e a interpretação teleológica e axiológica — não atendem em toda a sua abrangência os objetivos das constituições de sociedades comprometidas com a construção da democracia.

A análise constitucional contemporânea deve, portanto, estar atenta às características da sociedade pluralista e democrática do final do século XX. Por essa razão,

* Professor na UGF e na UERJ.

considerar os valores políticos e sociais na interpretação constitucional constitui uma forma de processo legitimador da ordem constitucional e instrumento hábil de avaliação contínua do exercício legítimo do poder constituído. Esse tipo de interpretação, entretanto, não pode deixar-se levar de roldão por métodos zetéticos, onde a necessária contribuição das ciências sociais para o entendimento do fenômeno do direito, acabe substituindo a especificidade da dogmática jurídica. O recurso a valores políticos é legítimo, na medida em que constituem "valores" positivados, integrados no conteúdo da norma constitucional: não será, portanto, legítimo o emprego de "valores políticos", que se relativizam, na medida em que expressam diretrizes de forças políticas hegemônicas em determinado momento histórico (Canotilho, 1989:147).

Nesse sentido é que se pode considerar imprópria a referência à ideologia que perpassa a constituição, a nosso ver por duas razões. Em primeiro lugar, porque a constituição não expressa uma ideologia homogênea, nem mesmo das forças majoritárias que a votaram; e, em segundo, porque o recurso à ideologia leva o intérprete para o terreno movediço das concepções subjetivas, principalmente quando o texto constitucional, como é o caso no estado democrático de direito, não expressa de fato uma mesma e orgânica ideologia. A referência à ideologia na hermenêutica constitucional representa, no fundo, uma fuga ao trabalho interpretativo, pois, quando muito, a identificação de raízes ideológicas no texto constitucional pode lançar alguma luz sobre o projeto político de algum ou alguns constituintes. Logo, ao contrário do que afirmam alguns autores (Ferraz Jr., 1989:23), a legitimação dogmática não irá depender de uma leitura ideológica. O problema central da hermenêutica constitucional contemporânea talvez resida na construção de um método, que parta da *vexata quaestio* da democracia constitucional no final do século XX: a questão da legitimidade a ser analisada no quadro da dogmática. Em torno do problema da legitimidade, é que alguns autores (Ferraz Jr., 1989; Dwarkin, 1977; Rede, 1994; Luhmann, 1980, Neves, 1994; Hesse, 1991; Passerin d'Entreves, 1967) procuram analisar de forma mais conseqüente a constituição e o primado da lei como sendo o produto da ordenação racional das relações sociais e políticas.

I. *A interpretação constitucional e seus modelos hermenêuticos*

O processo de criação de diferentes métodos de interpretação constitucional mostra como ocorreu uma progressiva modificação na utilização dos critérios lógico-interpretativos da lei magna. O método jurídico tradicional sustentava que sendo a constituição uma lei, ela deveria ser interpretada em obediência às regras da hermenêutica jurídica tradicional, onde se consideravam os seguintes elementos básicos no trabalho de interpretação, que teria por finalidade descobrir o sentido da norma legal: o elemento filológico, o elemento lógico ou sistemático, o elemento histórico, o elemento teleológico e o elemento genético. Esse primeiro tipo de interpretação retirado do direito civil atendia, perfeitamente, aos reclamos da sociedade liberal burguesa do século XIX, mas revelou-se deficiente face à complexidade da sociedade industrial e tecnotrônica do século XX.

Essas dificuldades fizeram com que surgissem outras opções interpretativas, principalmente levando-se em conta os desafios enfrentados pela ordem constitucional das sociedades modernas. Percebeu-se que o funcionamento da ordem constitucional, nesse tipo de sociedade, não poderia ficar prisioneira do dogmatismo da lei, considerada como universo fechado. O desafio enfrentado pelo hermeneuta contemporâneo consistiu, assim, em buscar novos instrumentos interpretativos, que levassem em conta os esquemas de pensamento e de argumentação da atualidade. Nesse contexto, é que surgiram diferentes métodos que, sem ignorar o método jurídico tradicional, contribuíram para sofisticar a interpretação constitucional contemporânea. O método tópico, onde se privilegia o processo de argumentação utilizado entre vários intérpretes e através do qual se procura aplicar a norma constitucional ao caso concreto, representou passo importante na superação do dogmatismo positivista; os diferentes intérpretes expressando vários pontos de vista, sujeitos à prova de opiniões, contra ou a favor, permitiam ao intérprete encontrar nas diferentes leituras da norma constitucional o sentido mais conveniente para a solução do problema.

O próximo passo no sentido do adensamento da interpretação da lei deu-se, sob forte influência da lingüística contemporânea, no sentido de separar na leitura do texto constitucional momentos ou pressupostos de sua compreensão, o que foi realizado pelo método hermenêutico-concretizador. Recorreu-se, assim, a três pressupostos: o intérprete procuraria estabelecer, no primeiro momento da atividade interpretativa, um papel criador, a pré-compreensão do sentido do texto; no segundo momento, o intérprete consideraria a situação objetiva em que se situava o texto; no terceiro momento, alcunhado de "círculo hermenêutico", o intérprete estabeleceria uma mediação criadora entre o texto interpretado e o contexto num movimento de ir-e-vir.

A influência das ciências sociais fez com que se incorporasse na metodologia da interpretação jurídica o método sociológico ou científico. Baseava-se esse método em duas exigências de interpretação. A primeira fazia com que o texto constitucional fosse interpretado tendo em vista a ordem de valores subjacentes à constituição; a segunda, considerava a constituição como produto de um processo de integração entre o seu sentido e a sua realidade. Chamado, também, de método científico-espiritual, procurava fazer a leitura do texto constitucional levando-se em conta o fato de ser a constituição integrante espiritual da comunidade.

As contribuições trazidas por esses diferentes métodos contribuíram para que se rompessem as limitações interpretativas, provocadas pelo dogma da primazia da lei e do direito positivo na hermenêutica jurídica. Foram abertas novas possibilidades de leitura constitucional, que se sistematizaram em um tratamento mais abrangente do problema e que se reuniram no que se denominou de "metódica jurídica normativo-estruturante" (Canotilho, 1989:152).

A interpretação jurídica normativa-estruturante reúne elementos e pressupostos dos métodos anteriores e procura analisar o texto constitucional, partindo dos seguintes elementos básicos (Canotilho, 1989:152): a) a interpretação constitucional tem como objetivo investigar os diferentes tipos de implementação da norma constitucional, que se realiza através das três funções do Estado, a legislativa, a administrativa e a jurisdicional; b) as normas constitucionais concretizam-se através de decisões práticas; c) na investigação do texto constitucional, o intérprete deve levar

em conta, prioritariamente, a relação entre a concretização normativa e as suas funções jurídico-práticas; d) esse método parte da constatação de que não existe identidade entre a norma e o texto normativo; e) o texto da norma positivada é apenas a parte explicitada de um universo normativo mais amplo — o chamado domínio normativo —, e que se refere apenas ao chamado programa normativo ou o comando jurídico; f) isto porque a norma compreende o texto e mais um "domínio normativo", que o programa normativo contempla somente parcialmente; g) a concretização da norma pressupõe a concretização resultante da interpretação do texto da norma e, também, a concretização conseqüente da pesquisa do domínio normativo. A interpretação constitucional nesse método vai, portanto, além do processo hermenêutico jurídico clássico, que se contentava em trabalhar com o texto da norma positiva; essa interpretação investiga os fundamentos de texto constitucional no âmbito mais abrangente, metajurídico, do domínio normativo.

A idéia do domínio normativo coincide com a idéia dos princípios legais (Dworkin, 1977-22 e 8-29), que se referem às normas existentes fora do ordenamento legal positivado. Essa dificuldade interpretativa — de lidar com normas que não são juridificadas — impediu a plena compreensão de uma ordem constitucional que se destina a normalizar relações sociais complexas.

A aplicação do método jurídico normativo-estruturante leva em conta a estrutura interna e, portanto, dogmática da ordem jurídica, mas dela não fica prisioneiro o que lhe permite tratar com as questões suscitadas na sociedade complexa, pluralista e democrática da atualidade. Isto porque a constituição moderna não se exaure na organização dos poderes do Estado e na declaração de direitos e garantias, peculiares do estado liberal clássico (Horta, 1995:240). O seu campo de normatização tornou-se mais amplo não somente em virtude do crescente papel do Estado na sociedade contemporânea, como, principalmente, porque a estrutura da sociedade democrática impõe ao intérprete constitucional a questão dos fundamentos do texto constitucional, que se encontram no domínio normativo.

O exame da evolução constitucional do estado contemporâneo mostra como as constituições liberais foram construídas do ponto de vista da sistemática constitucional em função de normas preceptivas, sendo que as normas de fundo circunscreviam-se aos direitos, liberdades e garantias individuais. O mesmo não ocorre nas constituições do estado democrático de direito, onde, sem sacrifício das normas preceptivas, herdadas do estado constitucional liberal, as normas de fundo assumem um papel relevante na concretização constitucional, ao mesmo tempo em que se aumentam as normas de garantias dos direitos sociais, econômicos e dos modernos direitos humanos (Barretto, 1990-47-50). A constituição do estado democrático de direito traz consigo a necessidade de se empregar um método de interpretação, que leve em conta os novos direitos constitucionalmente positivados, mas também, os valores que constituem o domínio normativo, do qual as normas da constituição são uma manifestação parcial.

A questão central da concretização da ordem jurídica do estado democrático de direito talvez resida no estabelecimento da conexão entre o domínio normativo, os princípios normativos constitucionais e a sua aplicação prática. Entende-se, pois, as razões pelas quais a tarefa hermenêutica tem um caráter político-institucional de

tamanha relevância no estado contemporâneo; trata-se de interpretar dogmaticamente normas e princípios constitucionais, que constituem duas faces de uma mesma moeda, sendo que o conteúdo do domínio normativo consiste em valores e normas éticas e políticas não plenamente explicitadas no texto constitucional.

A primeira conseqüência prática da necessária conexão entre normas e princípios, implícitos e explícitos, e a prática constitucional refere-se ao papel da lei. Essa deve servir para tornar o governo mais coerente em princípio e preservar a integridade da ação governamental, de modo que a comunidade seja governada "por princípios e não somente por normas que podem ser incoerentes em princípio" (Dworkin, 1994:471). Nesse sentido é que se pode dizer que os princípios constitucionais têm uma função vinculante de ordenação da ordem jurídica. Esses princípios, expressando parte do domínio normativo, constituem a fonte legitimadora do ordenamento jurídico e, portanto, do exercício do poder.

A segunda conseqüência do estabelecimento das relações entre princípios e práticas constitucionais consiste na determinação dos fundamentos das decisões políticas, tomadas pelo constituinte, além de explicitar os valores maiores que inspiraram a criação ou reorganização do Estado; insere-se, nesse contexto, a discussão sobre a inconstitucionalidade de normas constitucionais (Bachof, 1994).

O funcionamento da ordem constitucional, entretanto, não pode ser deixado à mutável expressão de forças políticas momentaneamente hegemônicas, pois um dos objetivos do estado de direito consiste em assegurar a previsibilidade e a segurança jurídica nas relações políticas, sociais e econômicas. A interpretação da ordem constitucional do estado democrático de direito deve observar, portanto, os cânones dogmáticos a serem empregados como instrumental heurístico na busca do sentido da norma constitucional.

II. *Legitimidade e estado democrático de direito*

Em virtude das peculiaridades da hermenêutica jurídica contemporânea, que necessita lidar com os mecanismos da sociedade democrática e a aplicação de princípios e normas nesse contexto sócio-político, tornou-se necessário lançar mão de categorias heurísticas relegadas ao esquecimento pela cultura jurídica positivista. O renascimento do conceito de legitimidade encontra-se nesse caso, pois somente nos últimos anos vem readquirindo *status* acadêmico, como elemento básico na análise do estado democrático de direito. Conceito estranho à hermenêutica clássica, a legitimidade tornou-se categoria essencial para a compreensão do estado democrático de direito. O "afrouxamento do formalismo jurídico" (Weber, 1986:223) fez com que surgissem novas estruturas jurídicas, que superassem a crise do direito na sociedade liberal-burguesa.

A polaridade entre legalidade e legitimidade constitui um tema recorrente e central no pensamento político ocidental. Empregada para justificar a obrigação política, a legitimidade foi objeto durante a Idade Média de sofisticados argumentos, onde se contestava a tirania em suas duas formas, *ex parte exercitii* e *ex defectu tituli*; o primeiro tipo de ilegitimidade sendo relativo ao exercício do poder, e o

segundo, relacionado com a ilegitimidade de suas origem. Em ambos os casos, discutia-se a legitimidade do exercício do poder, que somente com essa característica poderia constituir fonte de obrigação jurídica. Até o século XVIII tinha-se presente que o poder não se justificava por si mesmo, podendo ser ilegítimo e, portanto, condenável, justificando-se a própria rebelião como meio de sanar a ilegitimidade.

Com o advento do estado de direito, e a identificação do Estado como fonte única do direito, ganhou o conceito de legalidade primazia sobre o de legitimidade; o problema deixou de ser se o poder era legítimo e passou a ser se o poder era legal. Esse processo de consagração do direito positivo como origem da obrigação política terminou por fazer com que o conceito de legalidade absorvesse o de legitimidade, passando a legalidade a ser, nos regimes totalitários do século XX, não a contrafação da legitimidade, mais sim uma manifestação da mesma (Schmitt, 1971:XXIV).

O passo final dado no sentido de conceituar o direito sob a ótica do positivismo jurídico terminou por fazer com que o conceito de legitimidade fosse considerado um tema "metajurídico", objeto da análise de filósofos e não de juristas. Esvaziou-se o pensamento jurídico do seu conteúdo valorativo em favor do culto do direito como fruto da vontade estatal. A democratização da sociedade contemporânea, ocorrida no bojo de um processo de contestação dos regimes autoritários e totalitários, predominantes na primeira metade deste século, suscitou questões relativas à natureza da obrigação política, e portanto, à legitimidade da ordem jurídica.

Nesse quadro de reavaliação dos regimes políticos, que não se limitava ao exame da sua eficácia e validade, mas sobretudo na natureza dos seus valores fundantes, a hermenêutica jurídica achou-se singularmente desprovida de categorias conceituais que lidassem com essas novas realidades. Deixou de fazer sentido para a intérprete constitucional o dogmatismo de um sistema de normas, desprovido de juridicidade, pois fruto da vontade arbitrária do poder. Ganhou corpo a idéia de que o poder é um fato, "mas um fato imantado de valor" (Reale, 1994:60). O estado democrático de direito constitui-se, assim, na forma de organização político-institucional dessa nova tendência da sociedade política.

No plano estrito do direito, o reino da legalidade legitimou-se pela validade da ordem jurídica, condição necessária para atender à emergente sociedade industrial do século XIX, que para o seu funcionamento exigia um direito positivado substituto do direito costumeiro. O termo validade, vinculado ao direito positivo, serviu, na verdade, como instrumento mais rigoroso do que o de legitimidade, pois expressava o atributo de normas editadas dentro de uma hierarquia de competências fixadas em lei. Em torno do conceito de validade desenvolveu-se e amadureceu o sistema jurídico da sociedade industrial, assegurando previsibilidade e segurança nas relações jurídicas, condições *sine qua*, tanto do estado, como na economia liberal.

Ainda dentro do campo do direito, começaram a surgir dificuldades na aplicação da ordem positivada, tornada válida em virtude de uma construção hierárquica de ordenamentos — a pirâmide kelseniana. Esses obstáculos tiveram sua origem nas profundas modificações políticas, sociais, econômicas e culturais, pelas quais passou a sociedade liberal-burguesa. Podemos considerar que esses obstáculos são de duas ordens, constituindo o cerne da chamada crise do direito contemporâneo. Em primeiro lugar, a crise acontece no plano epistemológico, ou seja, relativa aos limites

do conceito de validade. A validade de uma norma é um conceito relacional necessariamente referido à validade de uma outra, o que nos leva no limite lógico do raciocínio a buscar uma norma primeira, chamada por Kelsen de norma fundamental (Grundnorm), válida por si mesma. Precisamente nesse ponto é que se impõe a constatação de que todas as normas em termos racionais são válidas, exceto a norma fundamental, problema que não pode ser solucionado pelo modelo kelseniano.

Chega-se, então, à absurda conclusão, sobretudo no nosso ordenamento jurídico, de que nos casos não previstos pela norma e onde a analogia não cabe, a indagação filosófica possa contribuir para determinar a norma. Atingimos, então, os limites da dogmática, onde se revela toda a sua importância, quando tem que trabalhar "nas margens de seus próprios limites" (Ascoli, 1991:17). A dogmática consagra os princípios gerais do direito, que permitirá o arbítrio do intérprete ou do comentador, mas somente se formulasse e demonstrasse (o que é contra a sua natureza) a natureza desses princípios, que se encontram fora da lei, poderia justificar sua integração na ordem jurídica. Dessa forma, como assinala Ascoli (1991:17), a dogmática nessa situação torna-se filosofia, e a filosofia torna-se normativa.

Do ponto de vista político-institucional, o conceito de validade foi valioso instrumental operacional na sociedade liberal-burguesa, onde a ordem jurídica atuou para regular as relações de uma sociedade estratificada e estável. O estado moderno organiza-se em torno de um poder soberano único e indivisível (Bodin), que para sua formalização jurídica exige um ordenamento calcado na idéia da validade das normas referida a uma norma fundamental usualmente interpretada como sendo a constituição. Foi a simplicidade da ordem jurídica do estado liberal que acabou contestada em suas raízes pelas novas realidades da sociedade tecnotrônica, pluralista e democrática ao final do século XX.

III. *Legitimidade e dogmática constitucional*

A constituição, cujo entendimento final será encontrado nas decisões dos tribunais superiores, prolatores da "verdade legal" (Seabra Fagundes, 1950:118), somente poderá ser plenamente interpretada na medida em que se utilize um método jurídico, atento à dogmática, mas que seja também normativo-estruturante. O problema consiste em estabelecer um sistema de regras dogmáticas de legitimação, ou seja, regras que não abdicando da especificidade própria da dogmática jurídica contemplem, também, os valores e princípios encontrados no domínio normativo.

Utilizaremos o modelo hermenêutico desenvolvido por Ferraz Jr. (1989), no qual o filósofo brasileiro propõe um método substituto ao da interpretação constitucional clássica, onde a interpretação restringia-se a estabelecer o sentido vocabular, lógico, genético e sistemático da lei magna. A hermenêutica clássica atendia, assim, às exigências operacionais do estado liberal, que pressupunha para o seu funcionamento a obediência ao princípio da legalidade. O processo interpretativo era restritivo, limitando-se à análise da validade e da legalidade. Essa ordem jurídica servia ao Estado gerdame, que se limitava a garantir a liberdade, a segurança e a propriedade dentro de um quadro jurídico-constitucional, o estado de direito.

As profundas modificações ocorridas no estado e na sociedade liberal fizeram com que o nascimento do estado do bem-estar social viesse acompanhado por um crescente aumento nas funções públicas. A democratização, não somente do Estado como da própria sociedade civil, trouxeram alterações substantivas na ordem jurídica, que deixou de ser individualista e passou a contemplar todo um conjunto de direitos sociais, econômicos e políticos, antes ignorados pelo direito. Para atender a essa nova sociedade é que os textos constitucionais tornam-se mais abrangentes, exigindo um novo tipo de interpretação, chamada de procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais (Ferraz Jr., 1989:11).

A dogmática para que possa incorporar o conceito de legitimidade deve utilizar um conjunto de regras que, para o autor acima referido, podem ser agrupadas em três grupos: regras de hierarquização de valores, regras de programação e regras de consecução. As primeiras compreendem aquelas que retiram do domínio normativo normas jurídicas que estabelecem as prioridades do sistema: a hegemonia constitucional, entendida como sendo a lei magna, a manifestação primeira e dogmática da liberdade; a regra que estabelece o caráter transparente e público da gestação e da prática constitucional; e a regra que se relaciona com a participação do cidadão no espaço público e as garantias do espaço privado.

As regras de programação tratam da permanência e das mudanças da constituição. Um dos aspectos da legitimidade do texto constitucional no estado democrático de direito consiste na possibilidade do mesmo adaptar-se às mudanças na realidade social. As regras de programação irão, entretanto, preservar a permanência de alguns princípios fundantes da constituição, por ela considerados invioláveis, para que se assegure à prática constitucional a necessária maleabilidade no sentido de responder às demandas da sociedade. Encontramos então regras de projeção, que vinculam o passado ao futuro, fazendo com que o texto constitucional seja um instrumento normativo de permanente racionalização de expectativas contrárias encontradas na sociedade.

Mas a constituição será, antes de tudo, um constante processo de aplicação de princípios a situações sociais objetivas. Logo, o exercício do poder público estará sujeito ao predomínio normativo da lei magna, numa dependência vertical, e, também, à sua abrangência, em nível horizontal. Esse é o terceiro conjunto de regras, chamado de consecução, pois tem a ver com o ordenamento da aplicação das normas constitucionais.

Esse conjunto de regras permite que o sistema constitucional funcione de forma lógica. Através delas e que podemos dogmatizar o procedimento legitimador, inserindo-o no contexto constitucional. Essas regras estruturais do sistema jurídico (Ferraz Jr., 1988:223) é que permitem garantir critérios dogmáticos de legitimidade, dentro do próprio universo normativo.

IV. *A Constituição brasileira de 1988 e seus parâmetros de legitimidade*

Resta estabelecer quais são os princípios legitimadores que poderão ser encontrados no texto constitucional de 1988. Para isto, torna-se necessário determinar os

parâmetros constitucionais em torno dos quais foi elaborada a ordem constitucional de 1988. Os fundamentos do estado democrático de direito (art. 1º, Constituição de 1988) são aqueles que o constituinte considerou relevantes, retirando-os do âmbito do domínio normativo e explicitando-os no texto; esses fundamentos, que se referem a princípios normativos, expressão de valores, embebem todo o ordenamento jurídico, tanto na produção legislativa, quanto na aplicação da lei.

O texto constitucional de 1988 privilegia quatro parâmetros legitimadores: o parâmetro da cidadania, o parâmetro da dignidade da pessoa humana, o parâmetro do trabalho e da livre iniciativa e o parâmetro do pluralismo político. O constituinte adianta-se no art. 3º da Lei Magna a explicitar qual será a função desses referenciais valorativos na construção da sociedade brasileira: estabelece então, que a República Federativa do Brasil será uma organização política que tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, através da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais. Tudo isso promovendo o bem comum sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação.

Verificamos, então, que a Constituição brasileira de 1988 apresenta dois grandes veios temáticos: o político-institucional e o sócio-econômico. Em torno desses dois pólos, o texto constitucional estabelecerá diferentes tipos de regras de legitimação, que o tornam na sua aplicação prática mais ou menos legítima. Prevê, inclusive, a lei magna brasileira formas de controle dessa legitimidade constitucional, formas que se referem aos instrumentos de controle da constitucionalidade, entendida para além do conceito estrito da validade. Nesse trabalho, porém, examinaremos somente os aspectos político-institucionais da questão, sem ignorar as suas dimensões sócio-econômicas reguladas nas regras que explicitam "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (art. 1º, IV da Constituição Brasileira de 1988) e a necessária interdependência entre um e outro aspecto da questão.[1]

Não basta, no entanto, ao intérprete, referir-se aos princípios fundantes do texto constitucional sem que determine qual o sentido de alguns temas-chave nas normas constitucionais. O primeiro tema-chave é o da cidadania. A qual cidadania está fazendo referência o constituinte? Desde o surgimento dos estados nacionais o vínculo da cidadania implica numa relação de direitos e obrigações entre o indivíduo e uma determinada ordem jurídica soberana.

A cidadania no estado liberal tinha, entretanto, uma concepção mais restrita do que aquela encontrada no estado liberal-democrático, que também será diferenciado da cidadania do estado democrático de direito (Barreto, 1993:29-37). A natureza da cidadania no estado democrático de direito poderá servir de base para a fixação das regras de valoração, explicitadas no texto constitucional brasileiro. O Preâmbulo da constituição, que tem a função dogmática de explicitar a *mens legis*, é bastante claro ao estabelecer os valores fundantes da ordem constitucional e, em conseqüência, qual o sentido dos fundamentos expressos na lei magna.

1 Veja a respeito: Ricardo Lobo Torres, 1991 e 1995: José Alfredo Baracho, 1995; Raul Machado Horta, 1995.

Enquanto a cidadania liberal reduzia-se a definir uma situação jurídico-política que estabelecia direitos e deveres do indivíduo face ao Estado, a cidadania do estado democrático de direito surge como a expressão constitucional de um ato da soberania popular; não da soberania de uma assembléia constituinte, mas de um corpo constituinte nascido da vontade popular e, por essa razão, a Constituição brasileira coloca como o primeiro fundamento do estado a soberania popular; não é, portanto, o Estado que constitui a República, mas esta que se constitui em Estado, pois o constituinte traz para a assembléia constituinte toda uma carga de valores e princípios, amadurecidos pela sociedade.

O texto do Preâmbulo estabelece quais os valores fundantes do estado democrático de direito. A ordem constitucional estabelecida destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, que na sua concreção devem obedecer a uma hierarquia de valores. O conjunto desses valores e os instrumentos constitucionais para a sua materialização é que irão definir os limites da cidadania.

O primeiro desses valores é o da liberdade. A liberdade dos modernos tem características próprias, sendo a principal delas a de ser a expressão de um poder; é a liberdade que irá manifestar-se na nova formulação do direito subjetivo, em virtude de não haver no direito romano e no direito helênico a idéia de direitos individuais.[2] Esse tipo de liberdade será a liberdade negativa (Berlin, 1971:122), diante da qual o poder público deve curvar-se, respeitando a esfera da individualidade do cidadão; é uma liberdade voltada para preservar o indivíduo de qualquer interferência indesejada. O estado liberal nasceu e cresceu tendo como espinha dorsal esse tipo de liberdade.

Mas o estado democrático de direito, precisamente por ser expressão do movimento de democratização da sociedade liberal, não se satisfaz com as liberdades negativas. Ele busca um novo conceito de liberdade, que, partindo da liberdade negativa, introduza na cena política a vontade de afirmação pública do indivíduo. As liberdades positivas nasceriam da vontade do indivíduo de ser o seu próprio senhor político, querendo "ter consciência de si mesmo como um ser pensante, de vontade, ativo, assumindo responsabilidade por minhas escolhas e capaz de justificá-las com referência às minhas idéias e objetivos" (Berlin, 1971:131). As determinações da Constituição brasileira sobre a ordem econômica e social expressam essa idéia de liberdade positiva mais do que a da liberdade negativa.

O outro tema central, herdado do estado liberal, é o da segurança. O estado moderno, liberal ou não, surge da necessidade de criação de um poder central capaz de superar as dissensões entre os homens, quando deixados no estado de natureza ou de guerra. A lei aparece como o instrumento racionalizador da vontade do Estado para garantir, entre outros, o direito à vida fortemente ameaçado pelos conflitos do estado de natureza; no estado liberal, a segurança será identificada com a submissão à lei, como condição para que se evite o estado de guerra, onde o homem é o lobo do outro homem (Hobbes). No estado democrático de direito essa concepção de

2 Michel Villey (1962:24) demonstra como a idéia de direito subjetivo encontra-se de forma embrionária na obra de Guilherme Occam, sendo então entendida, de forma pioneira, como exercício de poder.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

segurança sofre modificações que a endereçam para uma função mais totalizante da ação do homem na sociedade. A segurança para o estado democrático de direito é, sem dúvida, o respeito à lei, mas é mais do que isto, pois pressupõe o respeito mútuo entre os cidadãos.

O outro pólo político-institucional, que se realiza em grande parte através dos direitos sociais e econômicos, é a colocação do bem-estar e do desenvolvimento no mesmo nível valorativo da liberdade e da segurança. Na verdade, a formulação desses valores pela Constituição brasileira (art. 3º, III) não cria direitos, mas proclama objetivos finais, teleológicos, da ordem política e jurídica.

A igualdade sempre foi proclamada como uma das teses políticas fundamentais do pensamento liberal. Os homens eram considerados iguais, sendo que esse entendimento teve sua formulação jurídica nas diferentes constituições liberais sob a forma de que todos os homens são iguais perante a lei. Tratava-se, no entanto, da definição de uma igualdade jurídica que na sua aplicação prática revelou-se impotente para corrigir as desigualdades sociais e políticas, produzidas na sociedade liberal. A passagem do estado liberal para o estado democrático de direito fez com que essa igualdade formal tivesse uma outra leitura que contemplasse um duplo sentido, expresso na igualdade positiva e na igualdade negativa. Assim, a igualdade no estado democrático de direito significa, ao mesmo tempo, oportunidades para todos e, também, o dever do Estado e de todos os cidadãos em não-discriminar.

Finalmente, a Constituição brasileira consagra o valor da justiça, entre os valores supremos, como tendo papel determinante na concretização da ordem jurídica. A justiça manifesta-se globalmente, estabelecendo o equilíbrio dos direitos e trazendo para a aplicação da ordem jurídica o conceito da eqüidade, instrumento essencial na aplicação do direito. O Preâmbulo da Constituição brasileira estabelece que essa sociedade justa será caracterizada por ser "uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos", o que introduz no texto constitucional um novo componente, ou virtude social necessária, que é a da tolerância.

Os valores supremos deverão ser controlados dogmaticamente pelas chamadas regras de programação (Ferraz Jr., 1988:34; Canotilho, 1994:459), que irão assegurar a transposição desses valores para o texto normativo. Essas regras são de três tipos: a) regra da intangibilidade que, ao afirmar como invioláveis e intangíveis os valores fundantes da Constituição como, por exemplo, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos definidos na Constituição (art. 50. *caput*), provoca a ineficácia *ex-tunc* dos atos violadores; b) regra da alterabilidade, onde o constituinte estabelece os preceitos a serem observados nas modificações constitucionais (art. 60); c) regra de projeção, conjunto de regras que remetem os valores constitucionais para a legislação complementar e ordinária, obrigando o Estado a promover a juridificação dos valores constitucionais (art. 61).

As regras de consecução são entendidas como asseguradoras da concretização dos valores fundantes. Significa que a norma constitucional tem eficácia plena, como afirma o art. 5º, § 1º da Constituição, ainda que existam dificuldades técnicas em considerar todas as normas constitucionais como passíveis de execução plena. O fato, porém, é que o legislador ordinário, ao elaborar a legislação complementar e ordinária, tem os limites fixados no texto constitucional. Na execução da lei, o

processo de legitimação exige que se observe uma segunda regra de consecução, que é a da onicompreensividade dos valores fundantes, como se encontra expressa no art. 5º, *caput*, onde se proclama a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer espécie, não se excluindo ninguém dos direitos e deveres estabelecidos na Constituição.

Podemos, então, concluir com algumas considerações sobre os procedimentos dogmáticos legitimadores da Constituição brasileira de 1988. Verificamos que a constituição do estado democrático de direito pressupõe, para a sua interpretação, o entendimento desse tipo específico de regime político. O núcleo de legitimação da prática constitucional, por sua vez, encontra-se centrado no conceito de cidadania. Enquanto nos estados autoritários a espinha dorsal da sociedade política acha-se nos projetos e na vontade da organização estatal, e nos estados liberais no conjunto de direitos e liberdades, reconhecidos na constituição e que garantem e regulam relações entre grupos sociais privilegiados, o mesmo não acontece no estado democrático de direito.

O estado democrático de direito é conseqüência, e não fonte, de uma determinada concepção do homem e da sociedade. Do homem considerado como ente moral, dotado, portanto, de direitos naturais, que inspiram e regulam o funcionamento da sociedade política; e, também, de uma concepção da sociedade que procura estabelecer um ponto de equilíbrio entre os diferentes interesses e valores encontrados na sociedade. Nesse sentido, é que a constituição do estado democrático de direito "une questões legais e morais, ao afirmar que a validade da lei depende da resposta a complexos problemas morais como o problema de determinar se uma lei particular respeita a igualdade inerente a todos os homens" (Dworkin, 1977:185). A interpretação constitucional, portanto, em primeiro lugar não pode realizar-se desconsiderando o sentido moral da lei magna, sentido esse que se encontra no cerne do estado democrático de direito; e, também, necessita utilizar-se de procedimentos dogmáticos que integrem a legitimação da ordem constitucional no universo jurídico.

Bibliografia

Ascoli, Max, *La interpretazione delle leggi*, Milano, Dott. A. Giuffre Editore, 1991

Bachof, Otto, *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra, Almedina, 1994

Baracho, J.A. de Oliveria, *Princípio da subsidiariedade*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995

Barreto, Vicente — "Dos direitos individuais e coletivos", em *Constituição de 1988 — o avanço do retrocesso*, coord. Paulo Mercadante, Rio de Janeiro, Rio Fundo Editora, 1990

"O conceito moderno de cidadania", em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 192, abril-junho 1993

Berlin, Isaiah, *Four essays on liberty*. Oxford, Oxford University Press, 1971

Canotilho, J.J. Jomes, *Direito Constitucional*, Lisboa, Almedina, ed. 1989 — *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora Ltda., 1994.

Dworkin, Ronald — *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977

— "Law Philosophy and interpretation", em *Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 80, 4. Quartal, 1994

Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, Editora Atlas, 1988

— "Legitimidade na Constituição de 1988", em *A Constituição de 1988, legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, São Pauo, Editora Atlas, 1988

Hesse, Konrad, *A força normativa da constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991

Horta, Raul Machado, *Estudos de direito constitucional*, Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1994

Luhmann, Niklas, *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980

Neves, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1994

Passerin d'Entreves, Alexander, *The Notion of the State*, Oxford, Oxford University Press, 1967

Reale, Miguel, *Fontes e modelos do direito*, São Paulo, Editora Saraiva, 1994

Schmitt, Carl, *Legalidad y Legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971

Seabra Fagundes, M., *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, Rio de Janeiro, José Kofino Editor, 1950

Torres, Ricardo Lobo, *Normas de interpretação e integração do direito tributário*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991

— *Os direitos humanos e a tributação*, Rio de Janeiro, Renovar, 1995

Villey, Michel, *Leçon d histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962

Weber, Max, *Sociologie du Droit*, Paris, PUF, 1986