

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 142

abril/junho – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro

Gilberto Bercovici

Sumário

1. Considerações Iniciais. 2. Do Estado Liberal ao Estado Social. 3. Constituição garantia e constituição dirigente. 4. Eficácia e efetividade do programa constitucional. 5. Constituição dirigente e decisão política. 6. A nova análise de Canotilho e a “Responsabilidade Social”. 7. Crise de governabilidade e retorno ao Estado Liberal. 8. Eficácia vinculante das normas constitucionais programáticas. 9. Concretização da Constituição. 10. Conclusões.

1. Considerações iniciais

Ao debruçarmo-nos sobre a problemática da Constituição dirigente, ou seja, a constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade, precisamos fixar-nos ao texto de uma determinada constituição. Isso porque o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica¹. Esse é, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, o “conceito de constituição constitucionalmente adequado”². Dessa maneira, ater-nos-emos à Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade num dado período histórico, pois estabelece os pressupostos de criação, vigência e execução do resto do ordenamento jurídico, além de conformar e determinar amplamente o seu conteúdo. É a Constituição que fixa os

Gilberto Bercovici é doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

princípios e diretrizes sob os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas do Estado, mas não se limita a ordenar apenas a vida estatal, regulando também as bases da vida não-estatal³.

A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas⁴, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população⁵. Na mesma linha das Constituições anteriores de 1934 e 1946, a Constituição de 1988 construiu um Estado Social, ao englobar entre as suas disposições as que garantem a função social da propriedade (artigos 5º, XXIII, e 170, III), os direitos trabalhistas (artigos 6º a 11) e previdenciários (artigos 194, 195 e 201 a 204), além de uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por objetivo “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). Conforme assinalou Paulo Bonavides⁶, a partir da Constituição de 1988, o Estado passou não apenas a conceder, mas a fornecer os meios de garantir e efetivar os direitos sociais (entre outros, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão).

2. Do Estado Liberal ao Estado Social

O Estado Liberal, segundo, entre outros, o Professor Fábio Comparato, é estático, conservador, cuja única tarefa é a de *government by law*, isto é, produzir direito, por meio da edição de leis⁷. Os mecanismos de freios e contrapesos, além de impedirem o Estado de fazer o mal, isto é, ameaçar as liberdades e garantias individuais, também o impedem de empreender políticas ou programas de ação a longo prazo, revelando, assim, a inadequação estrutural dos poderes públicos nesse tipo de Estado⁸.

A grande mudança ocorreu com a superação do Estado de Direito formal pelo Estado Social de Direito. A suposta anti-

nomia entre Estado de Direito e Estado Social tem um caráter ideológico de que a reestruturação democrático-social não pode ser feita por meio do Estado de Direito, refletindo a idéia de que a Constituição representa uma limitação do poder estrutural, devendo os fins político-sociais serem relegados para a administração, sendo o Estado Social, conseqüentemente, contrário às liberdades individuais.

Nesse sentido, destaca-se a posição do jurista conservador alemão Ernst Forsthoff, que diz serem incompatíveis o Estado de Direito e o Estado Social no plano de uma mesma constituição⁹ e destaca que o Estado Social deve limitar-se ao âmbito administrativo, não podendo alçar-se à categoria constitucional, pois a Constituição não é lei social, devendo, além de tudo, ser breve¹⁰. O Estado Social de Direito não é, para Forsthoff, um conceito jurídico, no sentido em que dele não podem ser deduzidos direitos e deveres concretos, nem instituições jurídicas¹¹. Esses argumentos se assemelham em muito aos daqueles que defendem a desconstitucionalização de inúmeras matérias da nossa Constituição, pois, além de ser “detalhista em excesso”, é muito extensa, com muitos artigos. Ao que parece, para eles, os nossos problemas resumem-se ao fato de a Constituição possuir 200 ou 20 artigos...

Para Luís Roberto Barroso, não há qualquer justificativa a esse tipo de argumento. O grande exemplo invocado na defesa de um texto mais enxuto, a Constituição norte-americana, foi fruto de condições conjunturais e históricas únicas. Além disso, embora o texto da Constituição tenha permanecido praticamente inalterado (com exceção das Emendas), ocorreram materialmente inúmeras mudanças constitucionais mediante a jurisprudência. Para ele, os que defendem a adoção do modelo constitucional americano como solução à “prolixidade” dos nossos textos constitucionais são, na melhor das hipóteses, ingênuos¹². Na realidade, segundo Paulo Bonavides, a Constituição tornou-se mais volumosa graças à preocupação de dotar certos

institutos de proteção mais eficaz, ao anseio de conferir maior estabilidade a determinadas matérias e à conveniência de atribuir ao Estado, por meio do texto constitucional, encargos considerados pelo constituinte como indispensáveis à manutenção da paz social¹³.

No Estado de Direito, as regras jurídicas estabelecem padrões de conduta ou comportamento e garantem também uma distância e diferenciação do indivíduo, por meio do Direito, perante os órgãos públicos, assegurando-lhe um estatuto subjetivo essencialmente caracterizado pelos direitos e garantias individuais. Isso não significa hoje oposição entre o Direito e o Estado. A função do Direito num Estado de Direito moderno não é apenas negativa ou defensiva, mas positiva: deve assegurar, positivamente, o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, econômica e cultural. O Estado de Direito atual não se concebe mais como anti-estatal.

Com as novas tarefas do Estado, o livre desenvolvimento da personalidade não mais se baseia no apego à propriedade contra a intervenção estatal, excludente de boa parcela da população, mas se funda nas próprias prestações estatais. O arbítrio dos poderes públicos é evitado mediante a reserva da lei e do princípio democrático, característicos do Estado de Direito. A busca de melhorias sociais e econômicas dá-se sem o sacrifício das garantias jurídico-formais do Estado de Direito. Afinal, a liberdade é inconcebível sem a solidariedade, e a igualdade e progresso sócio-econômicos devem fundar-se no respeito à legalidade democrática¹⁴.

Governar, no entanto, passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas também, e sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. Com o Estado Social, o *government by policies* substituiu o *government by law* do liberalismo. A execução de políticas públicas¹⁵, tarefa primordial do Estado Social, com a conseqüente exigência de racionalização técnica para a consecução

dessas mesmas políticas, acaba por se revelar incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal¹⁶.

A base do Estado Social é a igualdade na liberdade e a garantia do exercício dessa liberdade. O Estado não se limita mais a promover a igualdade formal, a igualdade jurídica. A igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas por meio da lei¹⁷. A igualdade não limita a liberdade. O que o Estado garante é a igualdade de oportunidades, o que implica a liberdade, justificando a intervenção estatal¹⁸.

3. *Constituição garantia e constituição dirigente*

O grande debate constitucional trava-se entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, e os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade. No primeiro caso, a lei fundamental deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o *status quo*. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável. Subjacente à essa tese da Constituição como mero “instrumento de governo” está o liberalismo e sua concepção equivocada de separação absoluta entre o Estado e a sociedade, com a defesa do Estado-mínimo, competente apenas para organizar o procedimento de tomada de decisões políticas. Deve-se deixar claro que o Estado não é o único opressor¹⁹, assim como nem sempre o Estado-mínimo e

sua Constituição são os melhores guardiães da liberdade. A Constituição não pode restringir-se ao Estado, deve ser a lei fundamental também da sociedade²⁰.

As teorias redutoras da Constituição a mero instrumento de governo são insuficientes, pois hoje se constata que organizar e racionalizar os poderes pressupõe alguma medida material para o exercício desses poderes. Passa-se a se exigir a fundamentação substantiva para os atos dos poderes públicos. Tradicionalmente, essa fundamentação material é dada essencialmente pelos direitos fundamentais. A fundamentação pode limitar-se a princípios, denominados por Canotilho princípios materiais estruturantes (Estado de Direito, Democracia, República), ou estender-se à imposição de tarefas e programas que os poderes públicos devem concretizar. A constitucionalização de tarefas torna mais importante a legitimação material, embora não substitua (e nem deveria) a luta política. Esse problema de legitimação gera o fenômeno da dinamização da Constituição, expresso na consagração de linhas de direção, na tendência para sujeitar os órgãos de direção política à execução de imposições constitucionais e na constitucionalização dos direitos econômicos e sociais. A Constituição deixa de ser instrumento de governo, definidor de formas e competências para o exercício do poder, insistindo-se na programática (tarefas e fins do Estado)²¹.

As tarefas e fins do Estado inseridos no texto constitucional e os princípios constitucionais são propostas de legitimação material da Constituição de um país. A compreensão material da Constituição passa pela materialização dos fins e tarefas constitucionais. Se o Estado constitucional democrático não se identifica apenas com o Estado de Direito formal e quer legitimar-se como Estado Social, surge o problema da Constituição dirigente, que passa pela questão da legitimação além dos limites formais do Estado de Direito, baseando-se também na transformação social, na distribuição de renda e na direção pública do

processo econômico²². A Constituição deixa de ser apenas do Estado, para ser também da sociedade.

A dualidade marca as discussões em torno da Constituição, contrapondo a idéia de sociedade civil e liberdade (mercado) à idéia de sociedade e igualdade (Estado). Ao invés de considerarmos esses pontos como absolutos, devemos ter em mente que o problema da Constituição dirigente é um problema de transformação da realidade. Quando se questiona a Constituição dirigente e sua matriz programática, opõe-se sempre a Constituição-garantia, instrumento de governo. O problema está em como deve ser conformada a realidade: se essa adequação deve estar explícita ou não no texto constitucional. Não podemos deixar de destacar que todas as constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar globalmente o domínio político mediante a sua atuação. Hoje abandona-se o ordenamento majoritariamente repressivo e afirmam-se novas funções do Direito, de condução e incentivo do processo social²³.

4. Eficácia e efetividade do programa constitucional

Os problemas da Constituição não são apenas os derivados da ordenação dos limites e competências, mas também os de fundamentação da ordem jurídica. Independentemente da função de dar forma e procedimento à atuação estatal (a Constituição jurídica também é uma Constituição política), a fixação adquire sentido material quando relacionada a determinados fins. É óbvio que uma constituição apenas definidora de competências e garantidora de liberdades formais atinge mais facilmente o ideal de efetividade imediata. Uma constituição programática, por sua vez, torna mais transparente a vinculação dos órgãos de direção política ao fornecer linhas de atuação e direção. A Constituição enquanto lei fundamental tende a refletir a interdependência do Estado e da sociedade (ela é estatal e social). De acordo com Canotilho, o

sentido normativo de uma constituição concebe-se como prospectivamente orientado, sem fechar o sistema, pois não é apenas o garantidor do existente, mas deve ser o esboço do porvir²⁴.

O caráter programático suscita problemas específicos que põem em jogo a força normativa da Constituição, pois implica que se confie a concretização a instâncias políticas, dependendo da vontade dos detentores do poder político²⁵. A amplitude e a indeterminação do texto constitucional não supõe, segundo Konrad Hesse, a incapacidade da Constituição para regular a vida do Estado e da sociedade. Segundo ele, a Constituição não se limita a deixar matérias abertas, mas a estabelecer, com caráter vinculante, o que não pode ficar aberto e indeterminado, além de estabelecer os procedimentos por meio dos quais podem ser decididas as questões abertas²⁶.

O pensamento constitucional tradicional, de acordo com Konrad Hesse, está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, dando-se ênfase em uma ou outra direção. Assim, chega-se a uma norma despida de elementos de realidade ou a uma realidade sem elementos normativos. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Sua essência reside na vigência e na pretensão de eficácia (a situação regulada pretende ser concretizada na realidade), que não podem ser separadas das condições históricas. É graças a essa pretensão de eficácia que a Constituição vai procurar ordenar e conformar a realidade. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia²⁷.

A eficácia pode ser compreendida tanto no sentido jurídico quanto no social. No primeiro caso, diz respeito à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou seja, é a qualidade de produzir, mais ou menos, efeitos jurídicos ao regular situações ou comportamentos. No segundo, trata-se da conformidade das condutas à norma, isto é, se ela foi realmente observada²⁸. A eficácia da lei, para Marcelo Neves, abrange situa-

ções das mais variadas (observância²⁹, execução³⁰, aplicação e uso do direito), podendo ser compreendida genericamente como concretização normativa. Para ele, esse processo sofre bloqueios sempre que o conteúdo do texto legal positivado for rejeitado, desconsiderado ou desconhecido nas diversas interações da sociedade³¹. Detentoras de eficácia jurídica, as normas programáticas têm, assim, possibilidade de ter alcançados os seus objetivos, ou seja, possuem perspectiva de efetividade³², ou nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“Os efeitos da norma constitucional, contudo, são sempre plenos, vale dizer, o que nela se contém e se constituiu é efetivável”³³.

Já a efetividade, ou eficácia social, refere-se à implementação do programa finalístico que orientou a atividade legislativa. A norma só será efetiva quando seu objetivo for alcançado por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso), ou seja, quando ocorrer a concretização do comando normativo no mundo real³⁴.

5. *Constituição dirigente e decisão política*

As constituições dirigentes, como a nossa de 1988, vêm sendo duramente criticadas nos últimos tempos. O grande debate travado diz respeito à continuidade ou não de um modelo de desenvolvimento centrado no Estado intervencionista. Em termos jurídicos, surgem os grandes defensores da “desconstitucionalização” e da “desregulamentação”. Em 1982, Canotilho já tratava do tema:

“A ‘desconstitucionalização’ de matérias em nome de uma ‘desestadualização’ e ‘desregulamentação’ mostra as conseqüências a que uma apressada crítica contra a juridicização conduz: aquela – a desestadualização – propõe a substituição da normatividade constitucional pela ‘economicização da política’ e da vinculação jurídica do sistema político

pelas ‘leis económicas’; esta – a desregulamentação – pede a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos para tornar mais claudicante o estatuto político-social já alcançado (direitos dos trabalhadores, medidas sociais, garantias de qualidade de vida)”³⁵.

Uma das críticas mais comuns feitas à concepção de constituição dirigente é a de o texto constitucional promover de tamanha forma o dirigismo estatal que estaria pretendendo substituir o processo de decisão política. Nesse sentido, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“O caminho do desenvolvimento institucional só estará aberto quando as fórmulas impositivas de políticas públicas forem varridas da Constituição, abrindo espaço para que se possa praticar uma autêntica democracia de escolhas de como queremos ser governados e não apenas de escolha de quem queremos que nos governe”³⁶.

A Constituição dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material. O poder estatal é um poder com fundamento na Constituição, e seus atos devem ser considerados constitucionalmente determinados. Inclusive, ao não regular inúmeras questões (afinal, nenhuma constituição pode-se pretender completa ou perfeita), cabe à discussão política solucioná-las. A função da Constituição dirigente é a de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal³⁷.

A definição dos fins do Estado não pode nem deve derivar da vontade política conjuntural dos governos³⁸. Os fins políticos supremos e as tarefas do Estado encontram-

se normatizados na Constituição. Afinal, a Constituição legitima o poder político do Estado. O programa constitucional não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária. Essa atividade de definição de linhas de direção política tornou-se o cumprimento dos fins que uma república democrática constitucional fixou em si mesma. Cabe ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização³⁹.

Segundo Cristina M. M. Queiroz:

“Não obstante, o direito constitucional não abrange o ‘todo’. O legislador constitucional encontra-se, de facto, na impossibilidade de prever qual o tratamento das relações constitucionais futuras no quadro de uma sociedade cambiante e mutável em matéria de valores. Mas tal não o impede de conformar e sancionar (:legitimar), nomologicamente, a totalidade da relação de vida política. A política encontra-se submetida a um complexo sistema de imposições e limitações constitucionais. Da sua conformidade ou desconformidade com a parametricidade da norma constitucional depende em larga medida a questão da sua constitucionalidade”⁴⁰.

6. A nova análise de Canotilho e a “Responsabilidade Social”

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua última obra, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, afirma que o problema fundamental da constituição na atualidade é o de saber ponderar as medidas liberais e estatais que devem informar o texto constitucional para que a Constituição continue sendo o documento fundamental da *res publica* sem se converter em instrumento totalizador com concepções unidimensionais do Estado e da sociedade⁴¹.

Reverendo posições anteriores, Canotilho defende que a Constituição deve evitar

converter-se em lei da totalidade social, para não perder sua força normativa⁴². Afirma que os textos constitucionais de cunho dirigente (como a Constituição portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988) perderam a capacidade de absorver as mudanças e inovações da sociedade, não podendo mais integrar o todo social, tendendo a exercer uma função meramente supervisora da sociedade, não mais diretiva. As constituições dirigentes padeceriam de uma “crise de reflexividade”, ou seja, não mais conseguiriam gerar um conjunto unitário de respostas, dotado de racionalidade e coerência, às cada vez mais complexas demandas e exigências da sociedade. A eficácia das constituições é cada vez mais contestada⁴³, podendo fazer com que passem a ser consideradas meramente como “constituições simbólicas”⁴⁴.

A Constituição, para Canotilho, não tem mais capacidade para ser dirigente. Deve, assim, limitar-se a fixar a estrutura e parâmetros do Estado e estabelecer os princípios relevantes para a sociedade⁴⁵. Os sistemas jurídico e político, assim, não podem mais ter a pretensão de supremacia e universalidade sobre os outros sistemas sociais (como o econômico)⁴⁶, ou seja, não podem mais pretender regulá-los de maneira eficaz.

Grande parte das críticas ao modelo de Estado e de constituição existentes hoje é proveniente de teorias como a teoria do direito reflexivo. *Grosso modo*, essa teoria tem por fundamento o postulado de que o Estado e seus instrumentos jurídico-normativos não mais têm capacidade de regular a complexidade da sociedade contemporânea. Diante dessa incapacidade do Estado, a própria sociedade busca reduzir a sua complexidade por meio da diferenciação interna em vários sistemas, cada um deles atuando em áreas determinadas e auto-organizando suas estruturas, ordenamento, identidade, etc. Essa diferenciação da sociedade em vários sistemas faz com que não haja mais necessidade das normas gerais e padronizadoras do Estado. Além

disso, nenhum sistema pode pretender dirigir a sociedade como um todo, o que invalida as pretensões do Direito, do Estado e da Política de promoverem a integração social. O ordenamento jurídico passaria a ser um ordenamento de coordenação, viabilizando a autonomia dos sistemas para maximizar sua racionalidade interna. Embora não possa impor soluções para os sistemas, o ordenamento jurídico levaria esses sistemas, com base nos princípios da “responsabilidade social” e da “consciência global”, a uma reflexão sobre os efeitos sociais de suas decisões e atuação, induzindo-os a não ultrapassar situações limite em que todos perderiam⁴⁷.

Esse modelo do direito reflexivo não está livre de críticas. Destacaremos apenas uma⁴⁸, que diz respeito ao fato de que, para funcionar sem grandes traumas, a sociedade depende do acatamento pelos vários sistemas dos princípios da “responsabilidade social” e “consciência global”. Ou seja, critica-se a “utópica” pretensão do Estado e da Constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo com as determinações constitucionais e, em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, na nossa opinião, que os vários sistemas agirão coordenados pela idéia de “responsabilidade social”.

Utilizemos, para demonstrar a fragilidade desse tipo de argumentação, as afirmações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Nesse sentido, e recuando elegantemente de posições anteriores, como convém a um sábio de seu porte, Gomes Canotilho considerou ‘perturbador da identidade reflexiva – capacidade de prestação de uma Constituição e impeditivo de um desenvolvimento constitucional – ... fazer acompanhar a positivação de direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais’. Parece claro que a reflexividade,

assim pretendida, poderá contribuir imensamente para reforçar os demais emergentes acima referidos, abrindo espaços para a participação, *substituindo o dirigismo estatal pela consensualidade, avivando o sentido de identidade e de responsabilidade da sociedade civil e, sobretudo, a sua sensibilidade moral*, indispensável à sólida fundamentação de uma duradoura teoria da justiça, sem a qual o direito não é mais que uma coleção anódina de regras⁴⁹.

Não basta alegar que devemos substituir a determinação e realização exclusiva das políticas públicas e sociais por parte do Estado pela supremacia do chamado “princípio da responsabilidade”, baseado apenas na atuação da sociedade civil, como o fizeram Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Joaquim Gomes Canotilho. Ao invés de propor a concretização constitucional, Canotilho limitou-se a substituir a inefetividade das políticas estatais previstas nas chamadas constituições dirigentes pela responsabilização da sociedade civil pela implementação dessas mesmas políticas⁵⁰.

7. Crise de governabilidade e retorno ao Estado Liberal

Outras críticas feitas à Constituição de 1988, enquanto constituição dirigente, dizem respeito à questão da governabilidade. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição de 1988 agravou a governabilidade brasileira ao sobrecarregar o Estado de tarefas, sem providenciar os recursos para as mesmas, ou seja, preocupou-se com a distribuição de riquezas, não com a produção delas⁵¹. Na sua opinião, a crise de governabilidade brasileira seria solucionada com uma nova constituição:

“A superação da crise de ingovernabilidade não prescinde, ao invés, reclama, uma nova Constituição. A de 1988 nasceu fora de época, ainda inspirada por um marxismo vulgar intitulado de socialismo ‘real’, que logo se esborou. É necessário jogar

no arquivo essa obra do copismo de esquerda”⁵².

Para ele, o Estado deve ser mínimo, baseado no princípio da subsidiariedade. No entanto, mesmo o princípio de subsidiariedade deve ter suas prioridades hierarquizadas, dependendo da importância da matéria para o bem comum e os recursos disponíveis pelo Estado⁵³. O Estado, assim, deve limitar-se a ser o fiscalizador e incentivador da iniciativa privada, nunca agente de políticas públicas.

Na realidade, o que pretendem os atuais críticos da Constituição é a volta ao Estado mínimo do liberalismo do século XIX. Pretendem eles relegar o poder do Estado a simples garantidor, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, do funcionamento das três instituições fundamentais do Direito Privado e da economia de mercado: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil⁵⁴.

Essa concepção, hoje em voga, pretende ignorar as mais atuais concepções do Direito Privado. A evolução do Direito Privado moderno, a partir de 1918, evidencia uma série de traços comuns. O principal diz respeito à relativização dos direitos privados pela sua função social. O bem-estar coletivo deixa de ser responsabilidade exclusiva do Estado e da sociedade, para conformar também o indivíduo⁵⁵. Os direitos individuais não são mais entendidos como pertencentes ao indivíduo em seu exclusivo interesse, mas como instrumentos para a construção de algo coletivo. Hoje não é mais possível a individualização de um interesse particular completamente autônomo, isolado ou independente do interesse público⁵⁶. A norma constitucional tornou-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica, incidindo diretamente sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as conforme os valores constitucionalmente consagrados⁵⁷. Isso ocorre tanto na esfera da propriedade, quanto na do contrato, da responsabilidade civil⁵⁸ e até do Direito de Família.

A autonomia privada deixou de ser um valor em si⁵⁹. Os atos de autonomia privada, possuidores de fundamentos diversos, devem encontrar seu denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções socialmente úteis⁶⁰.

Na questão da propriedade privada, a função social é mais do que uma mera limitação. Trata-se de uma concepção que consubstancia-se no fundamento, razão e justificação da propriedade. A função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A função social passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a⁶¹. A propriedade dotada de função social legitima-se pela sua função. A que não cumprir função social não será mais objeto de proteção jurídica, conforme salienta Perlingieri:

“A ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”⁶².

De acordo com a doutrina tradicional, a propriedade privada, o contrato e a responsabilidade civil são regulados pelo Código Civil e a Constituição serviria apenas como limite ao legislador ordinário, ao traçar os princípios e programas a serem seguidos. No entanto, essa visão hoje não procede⁶³. A perda de espaço pelo Código Civil decorre da chamada publicização ou despatrimonialização⁶⁴ do direito privado, invadido pela ótica publicista. A Constituição sucedeu o Código Civil enquanto centro do sistema de direito privado, conforme acentuou Perlingieri:

“O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância

publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”⁶⁵.

8. *Eficácia vinculante das normas constitucionais programáticas*

Sendo patente a impossibilidade de retorno ao Estado Liberal, devemos ater-nos à questão das normas programáticas. A concepção simplista que considera inexistentes ou de irrelevância social os textos legais carentes de eficácia normativa deve ser rejeitada. Todas as normas constitucionais, inclusive as normas programáticas, são dotadas de eficácia vinculante⁶⁶. De acordo com José Afonso da Silva:

“Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”⁶⁷.

Equivocam-se, assim, aqueles que afirmam que as normas programáticas de uma constituição como a de 1988 não são jurídicas. Elas possuem juridicidade, caráter vinculativo e são uma imposição constitucional aos órgãos públicos⁶⁸. Os instrumentos fornecidos pela própria ordem jurídica, consagrados na Constituição, visando a consecução da justiça social, não podem ser, sob hipótese alguma, desprezados⁶⁹. A justiça social é determinante essencial que conforma todas as normas da ordem econômica, de modo que só possam ser entendidas e operadas tendo em vista esse princípio constitucional, além de ser uma exigência constitucional para todo

exercício de atividade econômica⁷⁰. O Estado brasileiro possui o dever jurídico-constitucional de realização da justiça social, mesmo que seus dispositivos estejam em normas programáticas. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas –, está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”⁷¹.

No mesmo sentido, denuncia Paulo Bonavides:

“Vemos com freqüência os publicistas invocarem tais disposições para configurar a natureza política e ideológica do regime, o que aliás é correto, enquanto naturalmente tal invocação não abrigar uma segunda intenção, por vezes reiterada, de legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais. Tal acontece com enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional”⁷².

Podemos destacar, seguindo a lição de Luís Roberto Barroso, os seguintes efeitos das normas constitucionais programáticas:

“Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos: (A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente,

se com elas incompatíveis⁷³. Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (A) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por elas protegidos”⁷⁴.

9. Concretização da Constituição

A força normativa da Constituição, para Konrad Hesse, não se limita somente à sua adaptação à realidade concreta. A Constituição impõe tarefas que devem ser efetivamente realizadas. No entanto, isso se dará somente se existir a, por ele denominada, “vontade de constituição” (*Wille zur Verfassung*). Essa “vontade de constituição” possui três vertentes: a compreensão da necessidade de uma ordem normativa contra o arbítrio, a constatação de que essa ordem não é eficaz sem o concurso da vontade humana e de que a ordem normativa adquire e mantém sua vigência sempre mediante atos de vontade⁷⁵. O que Hesse afirma é que a força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática. Se não forem respeitados os princípios constitucionais, desperdiça-se um capital que nunca mais será recuperado. As freqüentes revisões expressam a idéia de que as exigências conjunturais têm mais valor que a ordem constitucional vigente⁷⁶. Hesse conclui afirmando que a intensidade da força normativa deriva diretamente da “vontade de constituição”⁷⁷. Entre nós, infelizmente, essa “vontade de constituição” praticamente inexistente nos altos escalões da República, quer sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário.

Muitos afirmam que um dos problemas da concretização constitucional é o da

ausência de sanção pelo não-cumprimento das suas normas. Esclarece, no entanto, Luís Roberto Barroso que uma das sanções existentes no Direito Constitucional é a responsabilidade política⁷⁸. O governante que descumprir ou violar dispositivos da Constituição estará cometendo crime de responsabilidade (como os previstos no artigo 85 da Constituição, no caso do Presidente da República), estando sujeito, portanto, às penalidades previstas, inclusive a perda do mandato ou cargo público⁷⁹.

Ainda há a questão das omissões legislativas. De acordo com Crisafulli, as omissões legislativas configuram um comportamento inconstitucional do Poder Legislativo. Na sua opinião, o mecanismo constitucional é organizado de maneira a não compreender a inércia legislativa. A sanção, para ele, é a responsabilidade política dos legisladores e dos agentes públicos que não cumpriram com seu dever constitucional⁸⁰. A Constituição de 1988 instituiu como garantia contra as omissões legislativas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção⁸¹.

A Constituição pode ainda ser concretizada por meio da interpretação constitucional. O conteúdo de uma norma constitucional não pode realizar-se com base apenas nas pretensões contidas na norma, mas necessita de concretização. Esta só será possível, para Konrad Hesse, se levarmos em consideração, junto ao contexto normativo, as circunstâncias da realidade que essa norma pretende regular⁸².

A interpretação constitucional é dominada pelos princípios, que dão coerência geral ao sistema⁸³, ou, nas palavras de Vezio Crisafulli, *“l’adozione di un principio generale significando sempre l’adozione di una determinata linea di sviluppo dell’ordinamento giuridico”*⁸⁴. As normas constitucionais programáticas contêm princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica⁸⁵.

De acordo com Vezio Crisafulli:

“In ogni altri casi, le norme costituzionali programmatiche avranno pur-

*tuttavia una efficacia indiretta, in quanti principi generali d’interpretazione delle norme legislative, il significato delle quali dovrà essere stabilito, nel dubbio e finché ciò si è consentito dalla loro formulazione testuale, nel modo più conforme alla norma programmatica”*⁸⁶.

Os princípios, assim, são ordenações que se irradiam e coordenam os sistemas de normas. Apesar de serem base das normas jurídicas, os princípios podem estar positivados em um texto normativo, consubstanciando as chamadas normas-princípio, constituindo, assim, elementos básicos da organização constitucional. A constitucionalização dos princípios tem um importante significado jurídico. Os princípios assumem força normativo-constitucional, superando definitivamente a idéia de constituição como mero “instrumento de governo” (Constituição-garantia), prevalecendo a adoção da Constituição dirigente. No entanto, os princípios possuem grau de abstração relativamente elevado, carecendo de mediações concretizadoras⁸⁷.

Os princípios político-constitucionais integram o Direito Constitucional positivo, explicitando as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Consubstanciam a ideologia inspiradora da Constituição. Esses princípios são normas conformadoras do sistema constitucional positivo. Traduzem, como afirmamos acima, as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição. Os princípios fundamentais são diretamente aplicáveis, funcionando como critério fundamental de interpretação e de integração, dando unidade e coerência a todo o sistema constitucional⁸⁸. No caso da Constituição de 1988, os princípios fundamentais são os estabelecidos nos seus artigos 1º e 3º:

“Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da

pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

“Artigo 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”.

Os princípios político-constitucionais visam essencialmente definir e caracterizar o Estado e enumerar suas principais opções e objetivos político-constitucionais. Os artigos que fazem parte dessa divisão podem ser considerados como matriz dos restantes dispositivos constitucionais, formando, nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o cerne da Constituição”⁸⁹.

Dessa maneira, os princípios constitucionais configuram o núcleo irreduzível da Constituição, que não pode ter suas normas interpretadas isoladamente, como se fossem artigos meramente justapostos. Afinal, conforme vimos acima, o texto constitucional é fundado em determinadas idéias positivadas em princípios que lhe garantem harmonia e coerência⁹⁰. A Constituição é o texto jurídico que estabelece a estrutura e a conformação do Estado e da sociedade. Não pode, portanto, ter suas normas compreendidas pontualmente, a partir de um problema isolado⁹¹. Uma norma constitucional isolada não pode expressar significado normativo se está destacada do sistema. Dessa forma, não há interpretação de textos isolados, e sim de todo o ordenamento constitucional⁹².

Cabe ao intérprete analisar a Constituição de forma a evitar contradições entre as normas constitucionais⁹³. As normas

constitucionais em tensão têm de ser harmonizadas, equilibradas. A busca do equilíbrio dentro do sistema constitucional tem por objetivo primordial que todos os seus preceitos obtenham efetividade⁹⁴. A busca por esse equilíbrio é denominada otimização por Konrad Hesse. Para esse autor, a otimização (que deve ser estabelecida de forma que todas as normas constitucionais alcancem a efetividade) é obtida ao conciliarmos o princípio da unidade da Constituição com o princípio da proporcionalidade⁹⁵. Na medida em que a otimização produz um equilíbrio, ao mesmo tempo impõe limites a determinada norma constitucional, sem negar por completo sua eficácia. Esse equilíbrio dá-se por meio da ponderação de valores pelo intérprete, realizada caso a caso, sem que nunca possa ser realizada em uma única direção pré-determinada⁹⁶.

10. Conclusões

As soluções dadas pelo intérprete e pelo aplicador da Constituição devem estar adequadas e ser coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada, que os vincula⁹⁷. A Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade. São os princípios fundamentais da Constituição, como vimos, os consagrados nos seus artigos 1º e 3º. São esses os princípios constitucionais que constituem o “cerne da Constituição” e que devem servir de diretriz, por meio do princípio da unidade da Constituição, para a interpretação coerente das normas da Constituição de 1988 sem isolá-las do seu sistema e contexto. A perspectiva jurídica da Constituição precisa ser completada por considerações de política constitucional dirigidas para manter, possibilitar ou criar os pressupostos de uma realização legítima da Constituição⁹⁸.

O grande problema da Constituição de 1988 é o de como aplicá-la, como realizá-la, ou seja, trata-se da concretização constitucional. E, como vimos acima, não faltam meios jurídicos para tanto. Não se reclamam

mais direitos, mas garantias de sua implementação. Na realidade, na opinião de Paulo Bonavides, a crise vivenciada sob a vigência da Constituição de 1988 não é uma crise da Constituição, mas da sociedade, do governo e do Estado⁹⁹.

A prática política e o contexto social têm favorecido uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. Não havendo concretização da Constituição enquanto mecanismo de orientação da sociedade, ela deixa de funcionar enquanto documento legitimador do Estado. Na medida em que se amplia a falta de concretização constitucional, com as responsabilidades e respostas sempre transferidas para o futuro, intensifica-se o grau de desconfiança e descrédito no Estado¹⁰⁰, seja enquanto poder político, seja enquanto implementador de políticas públicas. Nesse sentido, as constatações de Sergio Buarque de Holanda, infelizmente, continuam atuais:

“As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul”¹⁰¹.

Notas

¹ Cf. Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª ed, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 3-4 e 7-8.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, reimpr., Coimbra, Coimbra Ed., 1994, pp. 154-158 e *Direito Constitucional*, 6ª ed, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pp. 75-76.

³ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, pp. 15-17.

⁴ Normas constitucionais programáticas são, nas palavras de José Afonso da Silva, “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do

Estado” in SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 138. Vide também CRISAFULLI, Vezio, “Efficacia delle Norme Costituzionali ‘Programmatiche’” in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, Milão, Giuffrè, janeiro/março de 1951, pp. 360-361. As normas programáticas constituem um compromisso entre as forças liberais e tradicionais e as reivindicações sociais e populares, cf. José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade cit.*, pp. 135-137 e 145-146 e Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 210. Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “Os agrupamentos conservadores sofrem aparente derrota quando da elaboração legislativa, mas impedem, na prática, no jogo político do poder econômico e da influência, a consecução dos avanços sociais” in BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 62.

⁵ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, p. 136.

⁶ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 332-338. No mesmo sentido de que a Constituição de 1988 projeta a instalação de uma sociedade estruturada segundo o modelo do bem-estar social, vide GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 2ª ed, São Paulo, RT, 1991, pp. 286-289 e 321-322.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder, “Um Quadro Institucional para o Desenvolvimento Democrático” in JAGUARIBE, Hélio; IGLÉSIAS, Francisco; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; CHACON, Vamiré & COMPARATO, Fábio, *Sociedade Democrática*, 2ª ed, Rio de Janeiro, José Olympio, 1986, pp. 400 e 407; COMPARATO, Fábio Konder, “Planejar o Desenvolvimento: A Perspectiva Institucional” in COMPARATO, Fábio Konder, *Para Viver a Democracia*, São Paulo, Brasiliense, 1989, pp. 93-95 e GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 74-77.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder, “Planejar o Desenvolvimento...” *cit.*, pp. 97-98 e 104-105.

⁹ FORSTHOFF, Ernst, “*Problemas Constitucionales del Estado Social*” in ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst & DOEHRING, Karl, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45.

¹⁰ FORSTHOFF, Ernst Forstthoff, “*Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho*” in ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst & DOEHRING, Karl, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 78-81 e 88.

¹¹ *Idem*, p. 97.

¹² BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 50-53.

¹³ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 229-234;

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed, São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 102-111 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 358-359, 369 e 390-395.

¹⁵ Vide GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 13-14, 19-20 e 31-34.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder, “Um Quadro Institucional...” *cit.*, pp. 397-399. Conforme o Professor Comparato: “A inadequação resulta do fato de que o Estado social não se legitima simplesmente pela produção do direito, mas antes de tudo pela realização de políticas (policies), isto é, programas de ação” *in idem*, pp. 407-408.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 340-344.

¹⁸ DOEHRING, Karl, “Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático” in ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst & DOEHRING, Karl, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 161-168.

¹⁹ Karl Doehring, ao contrário dos liberais conservadores, acredita ter sido o Estado criado pelos homens para garantir a liberdade, sendo esta a origem e o sentido da soberania do povo e da fórmula de que todo o poder emana do povo. O papel do Estado é o de proteger a liberdade, pois é o único que pode garanti-la: “*Por lo tanto, el Estado es la expresión misma de la libertad, se identifica con ella, ya que sin un Estado fuerte, la libertad no existiría*”. *Idem*, pp. 148-150.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 79-82.

²¹ *Idem*, pp. 73-79 e 84-86 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Constituição Dirigente cit.*, pp. 12, 14 e 18-21. Sobre os fins e a legitimação do Estado, vide especialmente HELLER, Hermann, *op. cit.*, pp. 217-221 e 234-246.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 21-24 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Constituição e Constitucionalidade*, Belo Horizonte, Ed. Lê, 1991, pp. 34-36.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 27-30 e 69-71.

²⁴ *Idem*, pp. 150-154 e 169-170; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 75-79 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 35-36 e 46.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 154-158 e 176-180.

²⁶ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, pp. 18-20.

²⁷ HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 13-16. Nas palavras de Canotilho: “‘Realizar a Constituição’ significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos

constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres” *in* CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 201-202.

²⁸ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, p. 66; BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 81-83 e 231; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 39-41 e NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Ed. Acadêmica, 1994, p. 42.

²⁹ Observância é, para Marcelo Neves, o fato de se agir conforme a norma sem que essa conduta esteja vinculada a uma atitude sancionatória. Cf. Marcelo NEVES, *idem*, p. 43.

³⁰ Execução, ou imposição, é a reação concreta a comportamentos que contrariam os preceitos legais, destinando-se à manutenção do direito ou recuperação da ordem violada. Cf. Marcelo NEVES, *idem, ibidem*.

³¹ NEVES, Marcelo, *op. cit.*, p. 45. Vide também GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 294-299.

³² BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 114-116.

³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 41.

³⁴ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 65-66; BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 82-83 e 231; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 40-41 e NEVES, Marcelo, *op. cit.*, pp. 46-47.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, p. 471.

³⁶ MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo “Desafios Institucionais Brasileiros” *in* MARTINS, Ives Gandra (org.), *Desafios do Século XXI*, São Paulo, Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997, p. 195.

³⁷ CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, pp. 370-374; HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, pp. 17-18 e 20; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 193-196 e 462-471; GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 287-289 e QUEIROZ, Cristina M. M., *Os Actos Políticos no Estado de Direito: O Problema do Controle Jurídico do Poder*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, pp. 16-18 e 111-113. Crisafulli afirma que as normas constitucionais programáticas vinculam o legislador na medida em que este deve conformar suas decisões às suas determinações, eliminando, assim, a discricionariedade absoluta do legislador. Cf. Vezio CRISAFULLI, *idem*, pp. 367-369.

³⁸ De acordo com o Professor Eros Grau, a ordem econômica constitucional não pode ser visualizada como um produto de imposições circunstanciais ou do capricho dos constituintes, mas como o

resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que foram compostos para serem abrigados no texto constitucional de maneira peculiar, pois a Constituição é um sistema dotado de coerência, não havendo contradição entre suas normas. Cf. Eros Roberto GRAU, *op. cit.*, pp. 213-214 e 309. Para Crisafulli, a Constituição é que garante o funcionamento correto e legítimo do sistema político, portanto, pode limitar a atuação do governo ao estabelecer diretrizes e programas de atuação política. Afinal, a discricionariedade do governo não pode ser absoluta. Cf. Vezio CRISAFULLI, *op. cit.*, pp. 374-378.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 462-471 e QUEIROZ, Cristina M. M.M., *op. cit.*, pp. 139-147.

⁴⁰ QUEIROZ, Cristina M. M., *op. cit.*, p. 147.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, pp. 1191-1192.

⁴² *Idem*, pp. 1192-1193.

⁴³ Entre outras críticas às constituições dirigentes, Canotilho destaca a da “sociologia crítica”, que aponta para o fato de as normas constitucionais não conseguirem obter eficácia real, havendo uma relação inversamente proporcional entre o caráter ideológico das normas constitucionais e sua eficácia. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *idem*, p. 1204 e FARIA, José Eduardo, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 91-92, 99-102 e 152-155.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 1199-1205 e 1208-1209. Sobre a chamada constitucionalização simbólica, esclarece Marcelo Neves que, onde a ineficácia e a inefetividade atingirem graus muito elevados, ocorrerá a falta de vigência social da lei, ou seja, a carência de normatividade do texto legal. Deve-se, no entanto, levar em consideração que as normas produzem efeitos indiretos ou latentes que poderão estar ou não vinculados à sua eficácia e efetividade. Um exemplo é o do significado econômico das normas jurídicas (Cf. Marcelo NEVES, *op. cit.*, pp. 47-49). A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz. Se for eficaz, mas inefetiva, não cabe falarmos em legislação simbólica. A legislação simbólica pode-se apresentar de três maneiras: como confirmação de valores sociais, como alibi e como compromisso-dilatatório (*Idem*, pp. 33-42 e 49). Em qualquer dessas três maneiras, a legislação simbólica produz efeitos relevantes para o sistema político, efeitos não necessariamente jurídicos. A legislação simbólica descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constituindo respaldo político-eleitoral para os legisladores ou servindo para demonstrar que as instituições são merecedoras da confiança

do povo (*Idem*, pp. 51-52).

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 1272-1273.

⁴⁶ *Idem*, pp. 1205 e 1289-1290.

⁴⁷ Essa breve, portanto não isenta de erros e simplificações de nossa parte, descrição da teoria do direito reflexivo foi baseada na análise dessa teoria feita por José Eduardo FARIA, em sua obra *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, mimeo, tese de titularidade, 1997, pp. 203-220.

⁴⁸ Para outras críticas a essas teorias do direito reflexivo, vide FARIA, José Eduardo, *idem*, pp. 321-328.

⁴⁹ MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo, *op. cit.*, p. 195, grifos nossos.

⁵⁰ Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo” in *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo, RT, abril/junho de 1996, pp. 7-17.

⁵¹ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves, *Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)governabilidade Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 21-23 e 34-38.

⁵² *Idem*, p. 142.

⁵³ *Idem*, pp. 127-130.

⁵⁴ MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo, *op. cit.*, pp. 197-198.

⁵⁵ WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 2ª ed, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 623-627.

⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 38-39 e 53-56.

⁵⁷ *Idem*, pp. 11-12.

⁵⁸ Para uma excelente análise sobre os contornos atuais da responsabilidade civil, o seu tratamento doutrinário e jurisprudencial mais avançado e o seu entendimento de acordo com a Constituição, vide MATOS, Enéas de Oliveira, “Responsabilidade Civil do Transportador por Ato de Terceiro” in *Revista dos Tribunais* nº 742, São Paulo, RT, agosto de 1997, especialmente pp. 146-152.

⁵⁹ De acordo com Perlingieri: “A autonomia não é livre arbítrio”. Vide *op. cit.*, p. 228.

⁶⁰ *Idem*, pp. 18-19 e 277.

⁶¹ *Idem*, p. 226; GOMES, Orlando, “A Função Social da Propriedade” in *Boletim da Faculdade de Direito: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer-Correia*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1989, pp. 428-429 e GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 251 e 317.

⁶² PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, p. 229.

⁶³ Vide, especialmente, PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, p. 10 e TEPEDINO, Gustavo, “A Nova Propriedade” in *Revista Forense*, nº 306, pp. 77-78.

⁶⁴ Para Perlingieri, a despatrimonialização é a tentativa de reconstrução do direito civil, não como tutela das situações patrimoniais, mas como um dos instrumentos e garantidores do desenvolvimento livre e digno da pessoa humana. Vide PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁶⁵ *Idem*, p. 6.

⁶⁶ CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, pp. 358-359; SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 71, 75-76; BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 211-212 e 219-223; BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres, *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 35-36 e 82; QUEIROZ, Cristina M. M., *op. cit.*, pp. 141-142; BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 82 e 87; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 39 e 41 e NEVES, Marcelo, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 81-82.

⁶⁸ *Idem*, pp. 138-139 e 152-155.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social" in *Revista de Direito Público*, nº 57-58, São Paulo, RT, janeiro/junho de 1981, p. 235 e GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 292-294.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 141-142 e GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 240-241.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 237.

⁷² BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 218. No mesmo sentido, vide CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, pp. 357-358 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 46-48. José Afonso da Silva afirma que aqueles que negam juridicidade às normas constitucionais programáticas têm por hábito caracterizar como programática toda norma constitucional incômoda. Cf. José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade cit.*, p. 153.

⁷³ Escreveu Crisafulli: "In tutti questi casi, non vi ha dubbio che la inosservanza delle norme costituzionale programmatiche da parte degli organi legislative sarà motivo di invalidità, totale o parziale, dell'atto di esercizio del loro potere, ossia della legge deliberata in modo contrario o diverso da quanto disposto nella costituzione" in CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, p. 369. Vide também *Idem*, pp. 378-380 e SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 158-160. Para uma posição diversa, vide BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, pp. 86-88.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 117-118. Vide também MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 254-256.

⁷⁵ HESSE, Konrad, *A Força Normativa cit.*, pp. 19-20.

⁷⁶ *Idem*, pp. 21-23.

⁷⁷ *Idem*, pp. 24-25.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 85-86.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 247-249.

⁸⁰ CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, pp. 369-370.

⁸¹ Não adentraremos na análise desses institutos por fugir ao escopo deste trabalho. Vide BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 159-177; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 202-213; CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, RT, 1995, pp. 218-261 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Potecção Judicial contra as Omissões Normativas" in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 351-367. Sobre as garantias para a efetividade das normas constitucionais, vide SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 164-166 e BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 119-125.

⁸² HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, pp. 25-28.

⁸³ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 185-187.

⁸⁴ CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, p. 360.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 156-158.

⁸⁶ CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, p. 378. No mesmo sentido, afirma José Afonso da Silva: "A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma eficácia interpretativa que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei" in SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, p. 157.

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 277-279 e *Direito Constitucional cit.*, pp. 166-168; CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Ed., 1991, pp. 71-73 e SILVA, José Afonso da, *Curso cit.*, pp. 84-85.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 283-284 e *Direito Constitucional cit.*, pp. 172-173; SILVA, José Afonso da, *Curso cit.*, pp. 85-88 e BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 141-150.

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 71. Vide também BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 257-259.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação cit.*, pp. 181-2 e BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 22.

⁹¹ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, pp. 49-50.

⁹² GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 180-182 e 216 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 36-37 e 87.

⁹³ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, p. 45.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação cit.*, pp. 185-186.

⁹⁵ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, p. 46 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 197-202. Não analisaremos aqui, por fugir do escopo deste trabalho, o princípio da proporcionalidade e suas implicações na hermenêutica constitucional. Recomendamos a leitura de Konrad HESSE, *Escritos cit.*, pp. 45-46 e de Paulo BONAVIDES, *op. cit.*, pp. 356-397.

⁹⁶ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, p. 46; STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 293-295; CANOTILHO, José

Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 190-191 e GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 110-116. Klaus Stern é enfático ao dizer que a ponderação de valores nunca pode ser realizada em uma única direção pré-determinada. Para tanto, ele derruba a pretensão de alguns teóricos alemães e americanos de tornar o princípio *in dubio pro libertate* como diretriz primordial nas ponderações de valores. Stern ressalta a necessidade da ponderação ser decidida da forma mais conveniente caso a caso. Cf. Klaus STERN, *op. cit.*, pp. 294-295.

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 194-195.

⁹⁸ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, p. 29.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 345-348. Vide também ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁰ NEVES, Marcelo, *op. cit.*, pp. 158-162.

¹⁰¹ HOLANDA, Sergio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 2ª ed, Rio de Janeiro, José Olympio, 1948, p. 273.