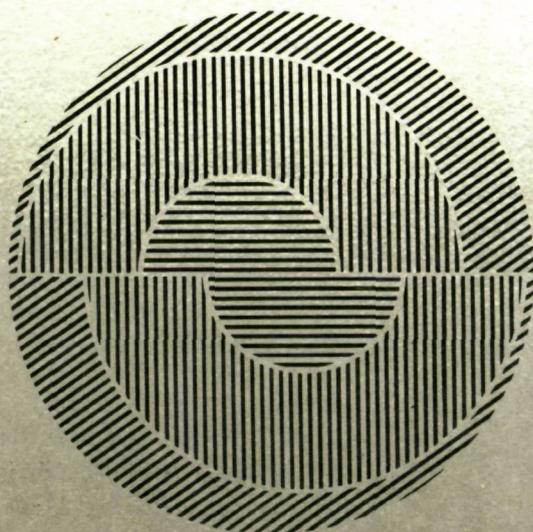


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1991

ANO 28 • NÚMERO 109

Os valores e a Constituição de 1988

EDUARDO SILVA COSTA

“O passado é prólogo, o futuro depende só de nós — SHAKESPEARE, *A Tempestade*. A razão fez o que pôde para encontrar e estabelecer a lei; sua aplicação depende da vontade corajosa e do vivo sentimento — SCHILLER *A Educação Estética do Homem*.”

Pela primeira vez na história das Constituições brasileiras a palavra “valores” tem ingresso no texto constitucional. Referimo-nos à Constituição atual, de 5 de outubro de 1988, que, primeiro no Preâmbulo e depois no art. 1.º, enuncia os valores informadores da sua tessitura. Logo no Preâmbulo a Constituição proclama “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. E no art. 1.º está expresso que “A República Federativa do Brasil . . . constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: . . . IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

No Preâmbulo nota-se uma impropriedade, cometida talvez pelo afã de enfatizar: qualificam-se os valores de “supremos” (são seis os nominados), quando apropriado seria que se dissesse “superiores”. Supremo designa-se algo acima de todas as outras coisas ou entidades em um determinado domínio ou alguém sobrepairando, absoluto, em uma relação ou hierarquia de seres. Assim, para exemplificar com uma entidade no mundo judiciário, o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário, a sua cúspide, o que dá o veredicto derradeiro nas questões que envolvem maté-

rias constitucionais. Ou então, para trazer um exemplo relacionado com a religiosidade, Deus é o Ser Supremo na existência dos seres humanos, conforme a crença dos cristãos. Em um e outro exemplo, não é possível justapor à entidade Supremo Tribunal outra entidade suprema, nem ao Ser Deus outro Ser Supremo. Aí deixaria de haver a supremacia que se pretende definir nos dois casos.

Certo seria que a Constituição qualificasse os valores alinhados no Preâmbulo de superiores, tal como o fez a Constituição da Espanha, de 1978. No Título Preliminar, a Constituição espanhola dispõe:

España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

Neste preceito, não só se qualificam corretamente os valores como superiores senão também são estes condensados na liberdade, na justiça, na igualdade e no pluralismo político. O que representa uma fórmula mais concisa, sem deixar de ser abrangente do ideário de um Estado Democrático de Direito, e sem incorrer no risco da redundância. A bem dizer, a segurança como valor não é o equivalente de bem-estar? E se poderá reputar o desenvolvimento como valor?

Já no art. 1.º, que abre a normatização dos princípios fundamentais, a nossa Lei Fundamental acrescenta mais dois valores, classificados por ela como sociais: o do trabalho e da livre iniciativa. O texto, antes transcrito, refere que a República Federativa do Brasil tem dentre outros fundamentos “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1.º, IV). Há dois aspectos a comentar no preceito constitucional: um é o da livre iniciativa considerada como valor; o outro é a classificação do valor trabalho.

A fórmula adotada pela Constituição não foi feliz no respeitante à definição da livre iniciativa como valor social. Parece mesmo ter havido uma concessão ideológica, sabido que na Constituição foi prevalente o espírito não liberal em termos de economia. Assim, erigir-se a livre iniciativa à categoria de valor social no léxico constitucional seria uma forma de contentar as correntes menos progressistas e brindar-lhes com a formalização da coexistência imprescindível trabalho e capital. Mas, figurar a livre iniciativa como valor é impróprio e impreciso. Ela é, antes de tudo, um princípio do sistema ou modelo econômico — o modelo liberal, um dado

consubstancial ao liberalismo ou neo-liberalismo econômico, a sua idéia-força; jamais um valor social, constitutivo da estrutura política republicana.

Melhor fórmula utilizou a Constituição da Itália, de 1948. Nela se inscreve no artigo primeiro do título "Princípios fundamentais": que

"L'Itália è una Republica democratica, fondata sul lavoro."

Uma fórmula concisa e precisa e que diz bem do ideário que inspirou a feitura da Constituição italiana.

Entre nós mesmo, podemos remontar à Constituição de 1946 e divisar nela uma forma mais bem ajustada de considerar a livre iniciativa. Com efeito, o art. 145 afirmava:

"A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano."

A liberdade de iniciativa como um elemento inerente ao sistema econômico, assegurado na norma constitucional. A valorização do trabalho humano como um padrão a ser observado na dinâmica das relações que se desenrolam na ordem econômica. Pelo texto de 1946 se tem a propósito disso uma propriedade terminológica não encontrada no texto atual. Talvez, como assinalado, pelo objetivo de consagrar o trabalho como valor e ao mesmo tempo, para não parecer radical, dar-lhe como consorte a livre iniciativa. Pouco acertado na enunciação do inciso IV do art. 1.º, a Constituição vigente acabou por dar no art. 170 a redação mais consoante com a natureza das coisas e no que acompanha o texto de 46: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa..."

O outro aspecto a ser objeto do nosso comentário relaciona-se com a inserção do valor trabalho no título "Dos Princípios Fundamentais", não lhe dando, dessarte, a Lei Maior a qualificação que deu aos outros valores inscritos no Preâmbulo. Nenhuma razão plausível poderia ter determinado a não-qualificação de valor supremo, ou superior, como seria preferível, ao valor trabalho. Do mesmo modo que em relação à liberdade, à segurança, à igualdade, à justiça, também no concernente ao trabalho a Constituição está repassada de preceitos que lhe dão proeminência. É só contemplar o capítulo II, dedicado aos Direitos Sociais, no qual se apresentam seis artigos, um deles — o 7.º — com 34 incisos, e um outro — o 8.º — com oito incisos, para atentar-se que em todos é a primazia do trabalho o traço realçante. Tal a filosofia da Constituição, que obedeceu a inspirações de

acentuada valorização do trabalho, e a que não poderia deixar de corresponder a formalização conseqüente — o valor trabalho classificado ao lado dos outros no Preâmbulo como valor superior.

Se esboçamos estes comentários ao texto constitucional, na parte relativa aos valores, não foi certamente por reputarmos nisso a nossa Lei Suprema vulnerável. Justamente por ser a Lei Suprema, é que a Constituição se reveste de especial importância não apenas no ordenamento jurídico, de que ela é a fonte primacial, como na estrutura da realidade social. Dada tal importância é que se impõe o trabalho de apontar possíveis falhas ou equívocos, visando a tornar o objeto da norma mais adequada à sua finalidade. Demais disso, está-se tratando de valores, e os valores constituem o âmago de toda a Constituição. Esta, em suma, é o complexo valorativo mais significativo do universo político-cultural de uma nação. Ou, nas palavras de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, “La Constitución es el primero de los instrumentos técnicos específicos al servicio de esos valores éticos sustantivos” (Constituição como Norma, *Revista de Direito Público*, vol. 78, abril-julho 86, p. 10).

Por ser o ordenamento jurídico supremo, a Constituição é a sede normativa dos valores dominantes num dado contexto cultural e que nela recebem a sua positivação. Convém, antes de tudo, ressaltar que o sentido da Constituição como forma de positivação de valores é de reservar-se aos regimes políticos de conteúdo democrático, aqueles em que se busca realizar a idéia democrática, o chamado Estado Democrático de Direito. E não podia caber senão a esses regimes a tarefa de ordenar valores, com vista a seu desenvolvimento, porquanto só nos regimes abertos se geram e florescem valores. Nos regimes fechados, não há valores de que cuidar, porque neles o sentido de Constituição consubstancia-se apenas como instrumento de governo e o caráter da Lei Maior apresenta-se como uma “decisão existencial”. Sendo assim, as Constituições dos regimes autocráticos obedecem antes a diretrizes que objetivam tão-só a disciplinar as relações políticas e a estabilizar os resultados dessas relações.

Em estreita conexão com os valores estão os direitos fundamentais, que a Constituição proclama. Tais direitos, aliás, projetam-se dos valores normatizados constitucionalmente, são expressões deles, de maneira que se pode generalizar a afirmação de Enrique Alonso Garcia, dizendo, como ele disse a respeito da Constituição da Espanha, que todos os preceitos nela inseridos representam valores. É a enunciação dos direitos na Lei Magna que resulta dos valores predominantes e é também a efetividade de

tais direitos que se deve fazer em atenção aos valores. Mais ainda do que na formulação do preceito, é na sua efetividade que os valores podem evidenciar a importância que lhes é conatural na existência do quotidiano.

Neste sentido parece ser a tendência do constitucionalismo nos nossos dias, de que são protótipos a Constituição de Portugal, de 1976, a Constituição da Espanha, de 1978, e a Constituição do Brasil, de 1988. Em todas elas os Preâmbulos são elucidativos da preocupação que dominou o trabalho constituinte. Do longo Preâmbulo da Constituição portuguesa, p.ex., extrai-se o seguinte:

“A Assembléa Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país livre, mais justo e mais fraterno.”

Do não menos longo Preâmbulo da Constituição da Espanha colhe-se o seguinte trecho:

“La nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía. . .”

Por fim, a Constituição brasileira traz no Preâmbulo o mais curto dos três:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléa Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. . .”

Ilustra-se com estes três exemplos o quanto de cuidado puseram as Constituintes na justificação dos fins por elas perseguidos. Essa justificação consiste sobretudo na atitude valorativa assumida por cada um dos complexos normativos. É certo que se observa que o Preâmbulo da Constituição portuguesa tem um conteúdo mais ideológico, antes voltado a explicar a conquista da libertação do povo português da opressão de quase cinco décadas, mas nele se salienta o objetivo acalentado pelo país de construir

uma sociedade firmada em valores superiores. O Preâmbulo da Constituição espanhola, no tocante a valores, é incisivo e conciso. Enquanto isso, o Preâmbulo da nossa Constituição explicita os valores-guia dessa estrutura normativa e os vincula ao modelo pretendido: os valores nela assinalados são constitutivos, em grau superior (diz-se impropriamente supremo, no texto, como já registramos) “de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Os valores incorporados pela Constituição a seu contexto têm, é evidente, a natureza de valores políticos, políticos na sua proveniência e que se objetivando em normas passaram a ser jurídicos e como tal exigíveis, pois trazem as propriedades de validade e eficácia inerentes a estas. A circunstância de se situarem no plano constitucional — o plano mais elevado do ordenamento jurídico —, que é a sua sede logicamente adequada, impõe a consequência da exigibilidade imediata. Não há, por isso, possibilidade lógico-jurídica de fazer depender os seus efeitos de normas de integração, como se sustenta às vezes, ora na doutrina, ora no campo da jurisprudência dos Tribunais.

Precisamente porque, conforme nota CARL J. FRIEDERICH, o valor é a dimensão do dever ser (*El Hombre y el Gobierno*, ed. Tecnos, 1968), é irrecusável que a substância dele há de impor-se ao mundo jurídico, coercitivamente. Sem tal possibilidade de impositividade, afigurar-se-ia a sua inserção no complexo normativo constitucional uma autêntica falácia. Ainda mais porque não se poderia conceber normas significantes de dever ser não dotadas de poder para incidir na realidade, a fim de transmudá-la. Desde que corporificados no conjunto constitucional, os direitos representativos de valores têm a força de incidência nas relações sociais pertinentes.

Em razão disso, depara-se na Constituição — § 1.º do art. 5.º — dispositivo que enfatiza:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Este dispositivo é o remate do elenco dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, que abre o Capítulo I. Expresso que foi em relação aos mencionados direitos, bem que poderia reproduzir-se no fecho do Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais. E por que não?

Ou houve timidez ou houve descuido do legislador constituinte. Razões fundadas é que não há para explicitar-se a aplicabilidade imediata

dos mandamentos constitucionais concernentes aos Direitos Individuais e Coletivos e omitir-se tal explicitação quando o conteúdo dos mandamentos especifica os Direitos Sociais. Tendo havido o reforço explícito, digamos assim, do caráter de imediata aplicação dos preceitos assecuratórios em um caso, pela enunciação de um comando, decorre como consectário imperioso que tal reforço se desse no outro caso. Ambos os casos apresentam similitude, afinidade de direitos, identificações de pressupostos, aproximações de situações existenciais mesmo. Então, não poderia haver discriminação de tratamento, atribuindo-se a uma categoria de direitos uma qualidade e excluindo-se essa qualidade à outra categoria. Configura-se aí uma forma desigual de tratamento, inoportuna no contexto da Constituição, e que a interpretação doutrinal como a jurisprudencial poderão obviar.

É que, em verdade, os direitos sociais são igualmente direitos fundamentais, na Constituição assim como na Teoria Geral do Direito. Direitos fundamentais como atinentes ao indivíduo isolado pertencem à época do individualismo. A concepção do indivíduo próprio do liberalismo burguês que fazia relevante para o Direito tão-só a essência da ordem econômica, tanto assim que havia identificação do regramento da economia com o da sociedade civil, consoante observa VITAL MOREIRA:

“era a ordem jurídica da economia que se estendia a toda a sociedade civil . . . a ordem jurídica privada pressupunha a identificação da ordem jurídica das relações econômicas burguesas com toda a ordem jurídica” (*A ordem jurídica do capitalismo*, ed. Centelha, pág. 78).

Ao contrário disso, com a derrocada do individualismo e irrompendo o direito social, o indivíduo deixa de ser isolado e passa a ser “o homem concreto e socializado”, na definição de RADBRUCH e com isso um feixe de novos valores assoma no espaço social. Daí que a novos valores devesses corresponder, como correspondeu, novos direitos, para então debuxar-se uma etapa distinta na senda do Direito. Essa nova etapa emergiu, alguém advertiu com suma propriedade, desacompanhada de qualquer direito natural, e por isso as forças sociais que em consequência assomaram no cenário não tinham atrás de si títulos nenhuns: o trabalho era o só braço de legitimidade, se assim se pode dizer.

Com isso houve uma mudança de concepção do Direito, de sua natureza mesma e principalmente de seus fins. E buscou-se dar ao Direito uma dimensão ética, que ele não podia ter na época individualista. O que foi uma decorrência inelutável do fato de o homem haver adquirido na socie-

dade da sua exata posição e passado a definir-se não mais abstratamente, porém como, valha-nos novamente RADBRUCH,

“um tipo mucho más próximo a la vida . . . el hombre en sociedad, el hombre colectivo. Con esta aproximación del tipo del hombre jurídico a la realidad social se fragmenta al mismo tiempo el sujeto de derecho en una diversidad de tipos relevantes, de tipos sociales y ahora también jurídicos” (*El Hombre en el Derecho*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 25).

E, mais adiante, o notável jusfilósofo acrescenta que com a nova concepção “se cumple así una nueva eticización del derecho” (pág. 26).

Com efeito, dado o fenômeno da emergência do “homem coletivo”, “homem em sociedade”, os valores éticos teriam de estar mais presentes e se fazer mais exigentes na sua efetividade. As relações sociais, tendo-se tornado mais largas e mais complexas, reclamam padrões de conduta de sentido ético capaz de formar o homem à imagem do humano, o humano do ideal de liberdade enlaçada com justiça. Esses padrões, que têm na atualidade a desafiarlos uma realidade cultural penetrada de considerações não-éticas, conformada por poderosos interesses materiais, só podem ganhar sobreposição e efetivação através das regras do Direito, mormente pelo papel deste de redutor de desigualdades. Dessas regras é que se pode partir em direção a novas formas de relação e convívio social, com a prevalência do sentido de concretização do humano.

É justamente neste ponto que a Constituição, a exemplo de outras dominadas pelo mesmo ideário, contempla valores superiores e faz deles uma espécie de supercomando normativo, a ordenar toda a estrutura formal e o conteúdo constitucional. Ora, dentro desta estrutura não existe diferença de natureza de preceitos e dispositivos. “A unidade do documento constitucional — a lição é de GOMES CANOTILHO — implica que todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade” (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, p. 146). Igual dignidade que se exige tanto mais quanto se cuida de direitos, expressões de valores superiores, e que constituem um complexo congruente, destinado a dar concretude à dignidade da pessoa humana, não abstratamente, é evidente. Dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, proclama o art. 1.º, III, da Constituição. Além de que, erige-se como um dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, na linguagem do art. 3.º da mesma Constituição, “promover o bem de todos” (inciso IV do citado artigo).

Nesta ordem de considerações, indaga-se: a circunstância de no Preâmbulo da Constituição não figurar o valor trabalho, e se tendo reservado o dito Preâmbulo para a qualificação de “supremos” aos valores, poderia determinar a não-classificação dos direitos sociais como fundamentais? Temos que tal circunstância, conquanto plausível, deve ser excluída. Mais provável, ainda que menos científica, é a conjectura da inércia, digamos assim, ou do conformismo, ou, quem sabe, a resistência à inovação. Em qualquer caso, a ausência de definição dos direitos sociais como direitos fundamentais obedece ao pudor de não definir com a solenidade que o documento constitucional implica e obrigar a dar o efeito conseqüente. Uma conjectura, apenas, nessa tentativa de contribuir para a discussão da nossa Lei Suprema.

Embora inexista a qualificação no texto constitucional de direitos fundamentais aos direitos sociais, a tessitura dele, conforme assinalamos anteriormente, patenteia uma série de postulados e enunciados que reservam ao valor fundante dos referidos direitos sociais — o trabalho — uma força normativa especial. Assim é na Constituição atual, na qual, a par dos preceitos alinhados no Capítulo II, podem-se apontar outros dispositivos assecuratórios do valor trabalho. Um desses dispositivos — novidade na história das nossas Constituições — é a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos, civis e militares (art. 37, XV). A atribuição de competência à Justiça do Trabalho para julgar dissídios em que sejam parte “os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União” (art. 114) é outro dispositivo — igualmente inédito na história das Constituições brasileiras — em que se pode realçar a presença do valor trabalho. E seria porventura excêntrico considerar como primado do trabalho a prescrição, tão questionada, encerrada no § 3.º do art. 192 da Constituição? Diz o mencionado parágrafo:

“As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano...”

E logo a seguir abre-se o Título VIII, com o art. 193 proclamando o mandamento:

“A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e justiça sociais.”

O que importa sublinhar é que o primado do trabalho inserto no sistema constitucional autoriza que o capital sofra restrições no seu poder. Se a compreensão da citada norma ainda não foi adequada ao propósito nela explicitado, deve-se a múltiplos fatores, um dos quais se associa à inapreensão, talvez até por motivos ideológicos, de que o valor trabalho sobreleva o elemento capital, tem uma dimensão marcante no conjunto normativo-constitucional e que é em torno dele que se há de buscar o critério hermenêutico para a solução de problemas. Reconheça-se por igual que a limitação em causa, por significar uma concretização normativa, conduz a que se lhe dê aplicação imediata. Ainda que não fosse uma norma específica, expressa, bastaria a sua natureza de valor para determinar a impositividade imediata. Esta é a conclusão que nos oferece PEREZ LUÑO no excelente livro *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*:

“Conviene advertir que un valor o un principio no precisan hallarse expresamente desarrollados en normas específicas para que puedan ser invocados o aplicados, ya que . . . son susceptibles de aplicación inmediata en cuanto constituyen auténticas normas constitucionales” (ed. Tecnos, 1986, pág. 292).

As exigências sociais que se tornam cada vez mais agudas implicam uma reformulação e reorientação normativas. Neste âmbito a seleção de prioridades, de primazia até, é uma necessidade, a bem da própria organização social. Mas, não só se dá primazia a certas exigências com o objetivo de colocar-se ordem nas coisas no presente imediato. Essa perspectiva acenaria muito pouco em esperança e seria por isso insuficiente, além de desalentadora, uma espécie de atentado ao nosso tempo. Já o espírito superior de MONTAIGNE dizia da ordem: “cette vertu morne et sombre”. Não é, pois, só a ordem que se busca por meio da normatização.

Há outros fins pelos quais se pugna na realidade social e que o Direito vai colher para dar-lhes regulação e ao mesmo tempo assegurar-lhes a dinâmica de suas regras, de modo que haja uma permanência conjugada com a atualização. Esses fins são gerados por valores, sobretudo os valores maiores — superiores, na linguagem da teoria constitucional —, que por sua vez são propulsores de direitos fundamentais, e têm na Constituição o seu âmbito peculiar, a sua sede própria. Só através do processo de positividade via constitucional é que se pode ter garantida a atualização de tais valores e conseqüentemente a sua permanência. Resta, porém, que se tenha na Constituição a um tempo a Lei Suprema na totalidade do ordenamento jurídico e um capítulo denso do Estatuto do Homem.