

ALEXANDRE WALMOTT BORGES

**O PREÂMBULO COMO ELEMENTO DE INTERPRETAÇÃO DA
IDEOLOGIA DA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO**

Tese apresentada à Universidade Federal
de Santa Catarina, CPGD, para obtenção
do Título de Doutor em Direito.

Orientador Prof. Dr. Clovis Souto
Goulart

Florianópolis, 2002.

ALEXANDRE WALMOTT BORGES

**O PREÂMBULO COMO ELEMENTO DE INTERPRETAÇÃO DA
IDEOLOGIA DA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO**

ALEXANDRE WALMOTT BORGES

**O PREÂMBULO COMO ELEMENTO DE INTERPRETAÇÃO DA
IDEOLOGIA DA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO**

Tese apresentada à Universidade Federal
de Santa Catarina, CPGD, para obtenção
do Título de Doutor em Direito.

Orientador Prof. Dr. Clovis Souto
Goulart

Florianópolis, 2002.

Borges, Alexandre Walmott

O preâmbulo como elemento de interpretação da Ordem
Econômica da Constituição. Florianópolis: Santa Catarina, [s.n.], 2000. 315 p.

Orientador: Professor Dr. Clovis Souto Goulart

Tese de Doutorado – Universidade Federal de Santa Catarina.

Programa de Doutorado.

ALEXANDRE WALMOTT BORGES

**O PREÂMBULO COMO ELEMENTO DE INTERPRETAÇÃO DA
IDEOLOGIA DA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO**

Comissão avaliadora

Tese apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, CPGD, para obtenção do Título
de Doutor em Direito.

Orientador e Presidente: _____

2º Examinador: _____

3º Examinador: _____

4º Examinador: _____

5º Examinador: _____

Florianópolis, de _____ 2002.

DADOS CURRICULARES

ALEXANDRE WALMOTT BORGES

NASCIMENTO 24/09/1971 – Porto Alegre – RS

FILIAÇÃO Antonio Augusto Chaise Borges

Sara Walmott Borges

1989 – 1994 Curso de Graduação em Direito pela UFSC

1994 – 1996 Curso de Pós-Graduação, Mestrado, CPGD – UFSC

1994 – 1997 Professor Univali, campus IV, Biguaçu, Direito

1997 – 2002 Curso de Pós-Graduação, Doutorado, CPGD-UFSC

1998 – 2000 Professor Uniube, Uberaba, Direito

2000 – 2002 Professor Unit, Uberlândia, Direito

Aos meus alunos, todos eles,
mas, com dedicação especial, a
mais importante de todas as
alunas: *Su*.

AGRADECIMENTOS

O agradecimento deve começar por aqueles que, nos primeiros momentos, deram a colaboração decisiva para o ingresso no mundo das letras e, bem especificamente, no mundo das letras jurídicas e não poderia deixar de ser pela família, ao meu pai, minha mãe e irmãos, sempre prestativos e torcedores do sucesso. À Vó Jeny não poderia deixar de ressaltar o orgulho, a expectativa pelo futuro neto, neto Doutor. Ao Ricardo pelas frutíferas trocas de idéias e sugestões literárias.

Como todo o trabalho deve contar com uma sólida retaguarda, de pessoas envolvidas na administração e controle escolar, sou muito agradecido aos servidores do CPGD, sempre envolvidos nas tarefas indispensáveis de organização da vida dos alunos de Pós-Graduação.

Ao meu dileto orientador, Professor Clóvis Goulart, pela paciência e compreensão nos cinco anos de redação, crítica e acompanhamento do trabalho, sabendo colocar, com sabedoria e experiência, sugestões ao bom andamento da tese doutoral.

Ao professor Renato Montandon, Diretor do Curso de Direito da Universidade de Uberaba, amante das belezas e paisagens da Ilha de Santa Catarina, um agradecimento enérgico pela acolhida, respeito e sabedoria na condução de trabalhos de pesquisadores e professores, na instituição que dirige, sabendo equilibrar exigência e valorização.

À Christiane Dália o meu obrigado por aceitar a revisão, cortando e corrigindo, apontando os pecados que cometemos no vernáculo.

A todos os alunos, já mencionados na abertura, dedico o trabalho embora, com justiça, alguns nomes devam ser destacados. À Fernanda Canesin, futura tributarista, pela paciência e rapidez – quando foi indispensável - na ordenação dos resumos em língua estrangeira, um sincero obrigado. Ao Wendel por enviar material jurisprudencial relevante,

sempre preocupado em enriquecer o mundo do Direito, meus elogios e milhões de obrigados. Ao Byra por seu constante apego aos estudos e a disposição para o trabalho.

Ao Cadu por estar presente na hora certa, prestativo e capaz de oferecer ajuda (antes como aluno, agora como professor). Ao Alexandre e ao Gustavo por sua sincera fidelidade no trato das coisas do trabalho.

E a para a Su, muito mais que um agradecimento, a saudação pelas boas novas que nos esperam pois, depois de uma tese, há cheiro de coisa nova e apaixonada no ar...

Em que deserto vivia o Senhor onde não havia uma alma bondosa para informá-lo que essas fantasias com que o Senhor se saturou têm mil anos de idade e são tão bolorentas quanto antigas? (...) Meu caro jovem, o Senhor deve recomeçar todos os seus estudos.

Mary Shelley, Frankenstein.

SUMÁRIO

RESUMO (14).

ABSTRACT (15).

INTRODUÇÃO (17).

- 1. COMPREENSÃO DO PREÂMBULO NO SISTEMA ESQUEMÁTICO DAS NORMAS (23);** A compreensão do plano esquemático das normas (23); O processo legislativo, o procedimento legislativo e a técnica legislativa (25); A Lei Complementar nº 95 (31); O preâmbulo – parte preliminar da norma (34); Apontamentos históricos sobre a presença de preâmbulos – primeiras manifestações (36); O esboço de uma técnica constituinte (41); Delineamentos históricos do Constitucionalismo (44); Constituição em sentido formal e material (45); Constituição escrita (50); O Poder Constituinte e a técnica redacional das Constituições (53); Os preâmbulos no corpo da Constituição (58); Compreensão preliminar do capítulo sobre o preâmbulo e o texto constitucional (61).

- 2. OS VALORES E AS NORMAS NA CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA (64).** A diferença entre sistema interno e sistema externo (64); A presença de valores na Ordem normativa (67); A posição dos valores no conhecimento - filosofia e teorizações do Direito (70); Conceituando os valores - ontologia dos valores (76); O fundar do dever ser no valor (83); A relação entre os valores e o Direito (89); Os princípios no sistema (96); Os princípios: expressão plurívoca para designar uma certa fonte do Direito (103); Os princípios: expressão plurívoca para designar uma certa fonte do Direito (112); As dimensões do sistema (123).

3. O PREÂMBULO – SENTIDOS E FUNÇÕES (128). O problema do preâmbulo na Constituição (128); O preâmbulo e a sua função – estado da discussão (129); Os métodos sistemático e lógico e o preâmbulo (132); Os métodos gramatical e exegetico e os textos normativos e não normativos (136); Vontade do legislador - a vontade do Constituinte no texto preambular (143); O método histórico e a vontade do legislador no preâmbulo (146); Vontade do legislador - a vontade do Constituinte no texto preambular (150); A semiologia nos processos de interpretação jurídica e o preâmbulo (156); Semiologia e definição da ideologia constitucional pelo preâmbulo (163); Gradação de valores, ideologia e princípios – a localização do preâmbulo (170); Antinomias – o recurso ao preâmbulo para a solução de antinomias (174); Lacunas e o preâmbulo (186); Função de execução, reprimenda e função anômala do preâmbulo (193); O preâmbulo – articulação final de suas funções (196).

4. OS DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO - DETECTANDO OS MODELOS OU MATRIZES IDEOLÓGICAS DAS CONSTITUIÇÕES (200). Tipologia das Constituições - modelos constitucionais (200); O nascimento do constitucionalismo liberal (202); As primeiras Constituições liberais (208); As Constituições liberais do século XIX (213); As transformações do constitucionalismo liberal na metade do século XIX (218); A mudança constitucional do século XX (222); Os modelos constitucionais da direita autoritária (230); Constituições da URSS e as Democracias Populares (236); A nova onda do constitucionalismo social após a Segunda Guerra Mundial (249); O modelo constitucional em transformação - no aguardo de parâmetros (260).

5. O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A ORDEM ECONÔMICA (272). Em busca da ideologia do preâmbulo da Constituição de 1988 (272); Conceituando a Ordem Econômica (273); Conceituando o Direito Econômico (279);

Delineamentos históricos – as transformações do sistema econômico mundial (282); Delineamentos históricos - O Brasil dos anos 70 aos anos 80 (287); A situação crítica na transição (292); Tarefas e dilemas da Constituinte (296); O balanço da Constituição produzida (300); O preâmbulo e a ideologia constitucional (304); O momento pós-constituinte. A nova Ordem Econômica e os seus desafios (311); Os governos eleitos após a Constituição – balanço dos anos 90 (315); O balanço do preâmbulo e da Ordem Econômica (322).

6. CONCLUSÃO (324).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (329).

BORGES, A. W. O preâmbulo como elemento de interpretação da ideologia da Ordem Econômica da Constituição. Florianópolis: UFSC, 2002. Tese (Doutorado).

Orientador: Prof. Clovis Souto Goulart.

RESUMO

O trabalho é análise do preâmbulo da Constituição, visualizando a função do preâmbulo como a consagração textual da ideologia de política econômica das normas da Ordem Econômica Constitucional. São abordadas para a definição da ideologia da Ordem Econômica da Constituição duas diferentes concepções do sistema jurídico: a dimensão textual e a dimensão axiológica-teleológica. A interpretação do preâmbulo da Constituição permite captar o sentido ideológico de Estado que agrega normativamente dimensões de bem estar em conjunto com os Direitos Individuais e políticos clássicos do liberalismo. Há no trabalho a confecção de um quadro histórico e tipológico dos modelos de ideologia constitucional, ressaltando o tipo e o momento histórico de redação do preâmbulo e do restante do corpo normativo da Constituição.

ABSTRACT

El trabajo es un análisis del preámbulo constitucional, visualizando la función como una consagración textual del ideología de la política económica de las normas del Orden Económica Constitucional. Son abordadas para la definición de la ideología dos concepciones del sistema jurídico, en su dimensión textual y en su dimensión axiológica y teleológica .

La interpretación del preámbulo de la Constitución Brasileña de 1988 permite captar el sentido ideológico de un Estado que agrega normativamente dimensiones de Bienestar con los Derechos individuales y Políticos Clásicos del Liberalismo. Hay en el trabajo la confección de un repaso histórico y tipológico de los modelos de ideología constitucional, resaltando el tipo y el momento histórico de redacción del preámbulo y texto normativo de la Constitución.

ABSTRACT

The paperwork analyzes the Constitutional preamble; it describes his function as an ideological consecrates economical politics in the rules of a Constitutional Economic Order. To define the ideological structure, two concepts of law system are conceiving, the legal system in your text dimension and a teleological and axiological dimension.

The Brazilian Constitutional preamble from 1988 allows an ideological interpretation of a State that added welfare with the individual and Politics classic rights of the liberalism. The paperwork builds a historical file of the constitutional ideologies, standing the historical moment that the preamble was written and the constitutional text.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado procura oferecer uma compreensão do preâmbulo da Constituição, verificando a sua natureza dentro do sistema jurídico (e do sistema constitucional), determinando a sua relevância para os processos de interpretação da Ordem Econômica constitucional e do preâmbulo como elemento revelador do sentido ideológico do texto normativo. O título do trabalho *O preâmbulo como elemento de interpretação da Ordem Econômica*, complementado pela delimitação temática *da ideologia da Ordem Econômica*, objetiva estabelecer a descrição dos vários elementos do sistema (que podem ser valores ou normas), a descrição das finalidades dos vários elementos e a descrição dos padrões de ordenação dos textos normativos, realçando a importância de tais descrições para os processos concretos e atuais de interpretação da Ordem Econômica da Constituição.

E qual o estado de discussão da matéria? Para obter uma abordagem que consiga enfrentar a questão central da natureza do preâmbulo, o trabalho encerra duas idéias complementares de sistema do Direito – e do sistema constitucional: o sistema enquanto expressão documental e escrita de textos normativos e, com maior profundidade, o sistema normativo do Direito como sistema axiológico e teleológico. A última preocupação, com o

caráter teleológico e da dimensão de valores do sistema, explica-se pela necessidade de contextualizar o preâmbulo como elemento de definição da ideologia constitucional, ideologia constitucional que é enfocada como determinação do sentido das normas constitucionais da política econômica presente na Ordem Econômica. O desenvolvimento de concepções sistêmicas do Direito faz ressaltar a atualidade e avanço do tema discutido, enriquecendo o trabalho com concepção do Direito na área de fronteira e novidadeira que é a conjugação das dimensões ontológicas, deontológicas e axiológicas do sistema jurídico. Para complementar a exigência da tese doutoral de apresentar à comunidade trabalho de avanço na área do conhecimento estabelecido, relaciona-se o texto do preâmbulo constitucional ao sentido ideológico do sistema, aprofundando a axiologia do sistema como consagração de sentido ideológico, fundamento da teleologia constitucional.

Os preâmbulos constitucionais merecem tratamento diferenciado na teoria do Direito e teoria constitucional. A primeira preocupa-se em relacionar o preâmbulo dentro do sistema normativo, indicando-lhe o lugar no ordenamento e a sua estrutura deontica (ou mesmo negando-lhe a natureza deontica). A teoria constitucional aborda o assunto por três eixos principais: o preâmbulo é irrelevante do ponto de vista jurídico, o preâmbulo tem relevância jurídica diferenciada ou o preâmbulo é norma integrante da Constituição. A questão central é definir qual o papel central – ou papéis centrais – do preâmbulo, na esfera constitucional, e quais as possibilidades e consistências de cada um dos eixos e lugares do texto preambular no sistema constitucional? Assim, a possibilidade do preâmbulo ser um indicador ideológico, mostrador do sentido ideológico da política econômica explicitada na Constituição, é aprofundada para a interpretação da Ordem Econômica constitucional.

O Direito Econômico é ramo temático da ciência jurídica que procura estudar o conjunto de normas jurídicas reguladoras da ação estatal *nas* e *sobre* as atividades econômicas, definindo os campos de atuação dos agentes privados e agentes públicos no

domínio econômico. As preocupações da teoria do Direito e teoria constitucional sobre a natureza e relevância do preâmbulo vão ser, quando direcionadas aos problemas da Ordem Econômica e do Direito Econômico, úteis para mostrar quais os modelos ou bases de política econômica o constituinte, autoridade produtora da Constituição, usou e tomou como parâmetro para a redação do texto constitucional.

O preâmbulo ainda é fonte escassa no referencial jurisprudencial e nas pesquisas documentais de julgados dos Tribunais nacionais. Na pesquisa documental jurisprudencial encontram-se decisões sobre o preâmbulo no material alienígena em julgados que enfrentam o ponto aqui exposto da natureza preambular. É valiosa a contribuição da experiência jurisprudencial dos EUA, especificamente da Suprema Corte, que ofereceu limites e explicações convincentes sobre o papel preambular na interpretação constitucional.¹

Uma vez relacionados os pontos de discussão do tema apresentado e de seu estágio nas fontes de pesquisa, enaltecendo a importância da contribuição à ciência do Direito e ao campo do conhecimento jurídico, os objetivos do trabalho podem ser elencados em tópicos:

- i) descrever a metodologia e técnica de organização do texto constitucional para a localização textual do preâmbulo;
- ii) apresentar quadro sintético da estrutura dos textos constitucionais inserindo os preâmbulos no quadro sinótico dos textos constitucionais;
- iii) analisar a natureza do sistema normativo além das dimensões textuais, dimensões lógico-formais, axiológicas e teleológicas;
- iv) verificar a relação entre o preâmbulo, as espécies normativas, os valores e os fins do sistema;
- v) descrever a importância do preâmbulo na interpretação constitucional;

¹ . O STF enfrentou, em decisão inédita, em julgamento em 15 de agosto de 2002 (dias após a sessão de defesa do presente trabalho), a natureza do preâmbulo em Ação Direta de Inconstitucionalidade que discutia o problema constitucional de preâmbulo de Constituição de Estado da Federação.

vi) verificar a relação entre a interpretação constitucional e o sentido ideológico consagrado no preâmbulo;

vi) analisar os fins e valores da ideologia constitucional, consagrados no preâmbulo, para a determinação de sentido da Ordem Econômica da Constituição;

vii) descrever o modelo da Ordem Econômica constitucional com a determinação dada pela ideologia do preâmbulo;

viii) descrever a tipologia da política econômica constitucional com a determinação dada pela ideologia do preâmbulo.

O objeto de indagação sobre o qual são descortinadas as hipóteses e desenvolvem-se os objetivos é: qual o papel e natureza do preâmbulo como elemento textual para a interpretação da ideologia que conforma a Ordem Econômica constitucional? O objeto de desenvolvimento da pesquisa é, portanto, objeto teórico que vai ser abordado com as contribuições teóricas, acima mencionado, de esquemas textuais normativos, das concepções axio-teleológicas do sistema, da metódica e dos métodos de interpretação constitucional e do sentido ideológico dos textos normativos.

A tese parte da formulação da delimitação textual do preâmbulo, no texto constitucional, como representação e anúncio da autoridade produtora da norma e dos objetivos por ela traçados. A seguir, a formulação do preâmbulo como representação gráfica de valores e fins da ordem jurídica, animado por determinada ideologia. Na seqüência, a função do preâmbulo como elemento auxiliar de todos os métodos e metódicas de interpretação jurídica. Encerra com a formulação do preâmbulo como o elemento indicador de sentido da ideologia da Ordem Econômica constitucional.

As diversas formulações, o objeto e os objetivos estampados na tese foram enfrentados pela utilização de método de pesquisa dedutivo, com utilização simultânea de processo dogmático-jurídico, na interpretação de elementos textuais e paratextuais normativos

(o preâmbulo), com recurso à doutrina e jurisprudência, para a definição de sua natureza sistêmica e aplicação aos problemas concretos de interpretação de normas aos processos sociais; estudo hermenêutico, ao fixar princípio ou regra de interpretação de determinada disposição textual (o preâmbulo); estudo analítico-sintético, ao descortinar o sentido e função da disposição textual dando-lhe unidade e sentido no sistema; estudo histórico-comparativo ao cotejar documentos jurídicos de origem variada, em análise comparativa com a experiência e os institutos jurídicos nacionais. A pesquisa contou com fonte bibliográfica, nas exposições doutrinárias (fonte do referencial teórico), fonte documental de textos constitucionais e jurisprudenciais e consulta e documentos legíveis em meio eletrônico (especialmente o material referencial legislativo).

A linha de condução do trabalho inicia com o problema literário do preâmbulo, fornecendo linhas gerais de ordenação de textos constitucionais e de técnicas de redação constitucional (primeiro capítulo). Seguindo na exploração do tema inserimos a questão do preâmbulo em dois tópicos centrais, de natureza do sistema, descortinando os vários elementos componentes e integrantes do sistema, da norma, do valor e dos elementos não normativos (segundo capítulo). Essas dimensões que podem ser visualizadas no sistema axio-teleológico, inserem a variável relevante que estão relacionadas aos valores e normas: o sentido ideológico dos textos normativos. Ao findar a exposição sobre o sentido ideológico que está inserido nos vários métodos e metódicas de interpretação jurídica (terceiro capítulo), foi prudente estabelecer um quadro tipológico de ideologias em concretização na história constitucional, na definição de modelos de ideologias constitucionais, tomando como referente os preâmbulos constitucionais (quarto capítulo). Encerra o trabalho a exploração pontual do preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, buscando o seu sistema significante ideológico no preâmbulo, utilizando-o para interpretação do sentido ideológico da Ordem

Econômica constitucional e de suas diretrizes normativas de políticas econômicas (quinto capítulo).

1. A COMPREENSÃO DO PREÂMBULO NO SISTEMA ESQUEMÁTICO DAS NORMAS.

1.1. A compreensão do plano esquemático das normas.

O primeiro capítulo é dedicado à compreensão dos preâmbulos dentro da estrutura esquemática dos textos normativos. Assim, a discussão será centrada na forma de produção do texto da Constituição verificando que o texto constitucional apresenta, na sua abertura, antes de seu seqüencial de normas, uma parte nomeada preâmbulo. Perceba-se que o problema aqui tratado diz respeito à devida ordenação para formar o texto constitucional, sabendo corretamente distribuí-lo por assuntos e discipliná-lo em temáticas apropriadas.

O primeiro capítulo é, na verdade, um esboço para a compreensão sistemática do Direito, tratando a ordenação metódica de textos, afastando-se da compreensão do sistema do Direito como fenômeno do conhecimento e como objeto normativo de aplicação aos conflitos sociais.

Outros são os quadrantes e os espaços dedicados neste trabalho a questões como a construção do sistema pela ciência do Direito, os seus fundamentos gnosiológicos, os pressupostos para a sua aplicação e reprodução (a *praxis* jurídica) e os seus elementos componentes (normas? valores? conceitos da ciência do Direito?). Esses pontos deverão ser procurados noutros capítulos já que discussões sobre a natureza do sistema e a sua identidade; os seus componentes; as concepções lógico-formais, materiais, axio-teleológicas que explicam a natureza do sistema fogem à abordagem do primeiro capítulo.

Assim, a idéia de sistema trabalhada no primeiro capítulo parte dos conceitos elementares de teoria das fontes do Direito, das fontes formais do Direito uma vez que o Direito contemporâneo está reduzido, em sua grande maioria, a textos escritos. Estes guardam uma lógica de organização a qual pode ser visualizada por dois ângulos:

i.) Organização externa. A hierarquia e a distribuição das várias espécies normativas devem ser realizadas com ordenações dos textos que identifiquem a sua posição no conjunto, a sua peculiar situação no contexto de outros textos e a sua inserção como peça componente da unidade, tudo isso estribando-se no sistema de textos normativos do ordenamento.

ii.) Organização interna. Cada texto produzido - integrante do sistema - guarda internamente uma estrutura, um esquema para a sua redação. Esse esquema obedece aos interesses de boa ordenação do material, facilidade de acesso e consulta aos operadores; correta definição dos objetos de regulação e sujeição aos ditames normativos dos padrões de língua culta.

O esquema interno dos textos produzidos para vincular as condutas e regular as relações sociais, assim como o esquema dos textos normativos, para atingir os seus resultados, dependem de metódica adequada. No primeiro capítulo discute-se a existência do *método amalgamado com a técnica para a correta redação dos textos normativos*, ou

seja, logo suscitará o problema da existência de uma técnica apropriada para essa redação do texto constitucional e a metódica para ordenar a distribuição do texto, a fim de verificar a localização – textual – adequada do preâmbulo. Por isso, a utilização da expressão *sistema esquemático de normas*. Em resumo, o capítulo dedicar-se-á à percepção do esquema do texto; de sua ordenação textual e da inserção do preâmbulo.

1.2. O processo legislativo, o procedimento legislativo e a técnica legislativa.

Embora a técnica de redação legislativa funcione como instrumento necessário e indispensável do processo legislativo, ambos se diferenciam. O processo legislativo é estudado como o conjunto normativo de procedimentos e fases para a produção de normas, no intuito de estabelecer as condições e instrumentos consagrados na ordem jurídica, as quais regulam a atividade legiferante e de produção normativa. Já a técnica de redação legislativa serve para a correta composição do objeto, o texto, submetido ao processo legislativo, encaixando-se como etapa ou ato do processo legislativo.

Os fundamentos constitucionais do processo legislativo encontram-se na Constituição, artigo 59, definindo as espécies normativas integrantes desse processo. Bem salienta Manoel Gonçalves Ferreira F^o. que a correta expressão do que está prevista no artigo 59 seria, em vez de *processo legislativo*, as espécies do *processo normativo*. O artigo em questão trata, em primeiro plano, das Emendas à Constituição e é fácil perceber que se trata de *processo constituinte derivado*, estando englobadas ainda outras espécies, estranhas ao processo como a medida provisória. O que ocorre é que a expressão *processo legislativo* prodigalizou-se, tornou-se praxe o seu uso, incorporando todo o campo de construções

teóricas e metódicas das normas de produção de outras normas ².

O processo legislativo é subdivisão do Direito processual, ramo do Direito que tem como o seu objeto de estudos, as normas que regulam a produção de outras normas. O Direito processual, quando direcionado ao estudo das normas, as quais regulam a produção das normas gerais e abstratas, aí sim, é o chamado processo legislativo ³. Atendendo-se à peculiaridade de que a função especial do órgão legislativo é a produção de normas gerais e abstratas, o processo legislativo torna-se o campo de estudo dessas normas para a produção de outras normas. Bem se percebe que, baseando-se no alerta de Manoel Gonçalves, a mais correta expressão seria *processo para a produção de normas gerais e abstratas* ⁴.

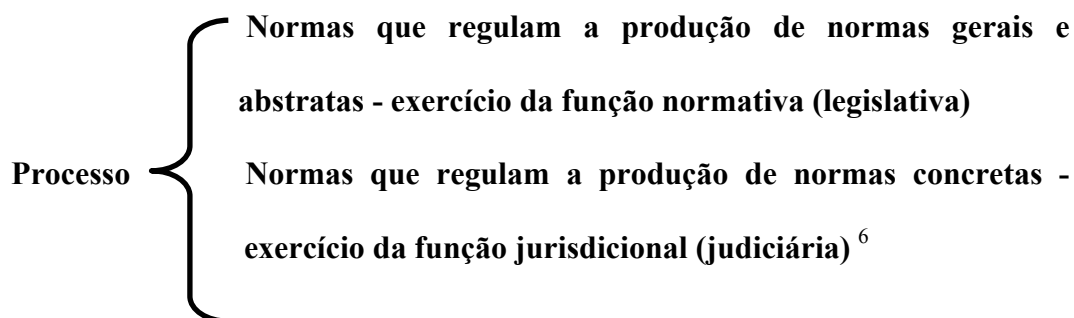
A disciplina do processo encarrega-se do estudo de todos os atos de produção normativa. O que distingue o processo - em dois principais ramos - é a posição hierárquica e o tipo de norma produzida. O processo legislativo direciona-se ao estudo de normas gerais e abstratas, produzidas *a partir* da Constituição. São os atos normativos classificados como atos primários. O outro bloco de atos normativos - atos individuais - é estudado pelo ramo do processo conhecido como processo judiciário ⁵.

². FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito constitucional**. 25.. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 178-181. Id. **Do processo legislativo**. 2. Ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984. P. 198-207. O autor se preocupa em demonstrar que a expressão processo legislativo é mais abrangente que a simples participação do Poder Legislativo na produção de atos. É também inexata para englobar todos os atos normativos – há outras espécies que fugiram à catalogação do artigo 59 da Constituição. A medida provisória é ato normativo de produção do Executivo, em casos estritos de relevância e urgência, com força de lei, sendo inadequado imaginar que integre o processo legislativo. A integração da Medida Provisória ao processo legislativo dar-se-á no momento em que ingressar na apreciação pelo legislativo, em procedimento anômalo e, vindo a ser aprovada, torna-se lei. É bom entender que o seu nascer não é produção do legislativo, estando fora da órbita do processo legislativo. SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 524.

³. "O processo legislativo não existe autonomamente, como valor em si, pois é técnica a serviço de concepções políticas, realizando fins do poder." HORTA, R. M. **Direito Constitucional**. 2. Ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. P. 531.

⁴. FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito...** Op. cit. p. 180. SAMPAIO, N. de S. **O processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1968. P. 3-5.

⁵. FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito...** Op. cit. p. 181-182. KELSEN, H. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 191-198. SAMPAIO, N. de S. Op. cit. p. 2-3.

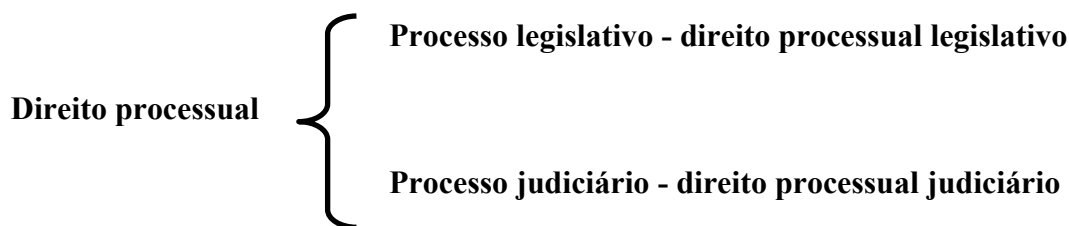


A divisão entre as matérias é fortemente relacionada ao conceito de distribuição de funções entre os órgãos estatais. Tendencialmente o órgão legislativo encarrega-se da produção de normas gerais e abstratas, como desdobramento da idéias de representação popular, a *casa dos representantes do povo*. A expressão processo legislativo, utilizada para designar o processo de produção de normas gerais e abstratas, deve-se à associação entre o Legislativo e a exclusividade de produção de normas gerais e abstratas, determinantes de comportamentos e condutas.

O Direito Judiciário encarrega-se do processo de produção de normas individuais, típicas da prestação jurisdicional, dos atos praticados pela autoridade estatal - juiz – o qual aplica a norma ao caso concreto com produção de norma individual. O juiz é imparcial e

⁶ . Duas importantes considerações devem ser alocadas, como comentários, ao processo de produção de normas gerais e abstratas. Em primeiro lugar, normas há, produzidas pelo órgão legislativo, de natureza concreta ou individual. Trata-se, todavia, de produção excepcional. A regra é de que o órgão legislativo entrega-se à produção de normas gerais e abstratas. O limite para a produção de normas individuais ou concretas, pelo órgão legislativo, encontra-se no princípio da igualdade. Normas individuais ou concretas, consagradoras de privilégios, não encontram fundamento material na ordem constitucional. Em segundo lugar, a produção normativa geral e abstrata, ficando atenta à evolução da organização estatal, encontra-se, hoje, espraiada por vários centros de produção normativa. O exemplo mais contundente está na ampliação de funções do órgão Executivo - como as medidas provisórias e decretos regulamentares.

realiza a aplicação da norma ao caso concreto como objetivo de sua atividade institucional ⁷.

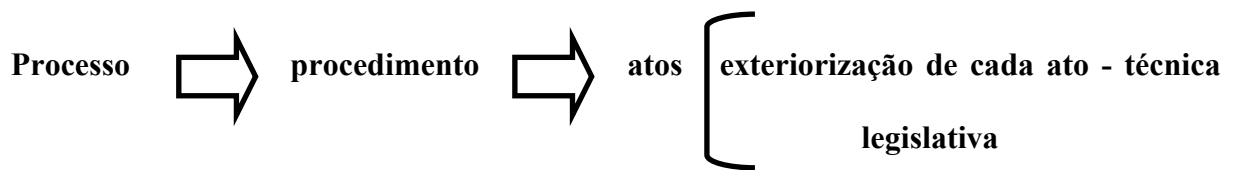


O *iter* juridicamente regulado, que determina a produção das normas gerais e abstratas, designa-se *procedimento legislativo*. O procedimento legislativo é um complexo de atos, formas e responsabilidades de autoridades diferentes que, em sucessão, com particularização e autonomia de cada fase, culmina com a produção do ato normativo ⁸.

Essa seqüência da produção normativa é pontilhada por fases, individualizadas, que formam os diversos atos da processualística de produção normativa pois, justamente em cada um desses atos, há a necessidade de revestimento formal adequado, de método específico para a sua exteriorização. Aí é o momento em que entra em pauta a *técnica legislativa*.

⁷. SILVA, O. B. da. **Curso de processo civil**. V. 1. 2. Ed. revista. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. P. 28-40. A vontade da administração pública também ganha o exterior, faz-se sentir na pessoa do administrado, por seqüência de atos que cristalizam-se no procedimento administrativo. Os procedimentos administrativos amalgamam-se no *processo administrativo*. Os procedimentos administrativos mostram a tramitação sequencial do ato administrativo. Há um tema de grande relevo no processo administrativo para a sua diferenciação do processo legislativo e processo judiciário. Com relação ao processo legislativo é fácil verificar que este destina-se à produção de normas gerais e abstratas. Difere do procedimento administrativo, destinado à ação concreta da administração pública. Mais sutil e complexa a diferenciação do processo judiciário. Como a atividade da administração, exteriorizada sequencialmente no procedimento, *também consiste em passar do plano abstrato da norma ao seu cumprimento concreto*, há pontos em comum entre as duas funções do Estado: a função jurisdicional afirma a vontade da lei no caso concreto. O juiz tem como função - fim - a aplicação da lei (norma geral e abstrata) ao caso concreto. O administrador atua nos limites da lei, em busca do bem comum. O administrador realiza, no caso concreto, o direito objetivo, buscando atingir o bem comum. O juiz é terceiro imparcial. O administrador age conforme a lei, ou seja, o seu agir realiza-se em nome do Estado (e não como terceiro imparcial). Os atos administrativos, por último, podem ter a sua legalidade revista judicialmente (já que o juiz não age para perseguir os fins do Estado, mas sim os fins de aplicação do direito). É bastante interessante a relação trabalhada por Celso Bandeira de Mello entre o processo administrativo e o Estado de Direito. Salienta o autor que não basta a simples sujeição da autoridade produtora da norma à norma superior. O modo de produção da norma também está limitado - normativamente - como prefixação dos meios, condições e formas de produção da norma. Conforme: SILVA, O. B. Op. cit. p. 28-29. CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P., DINAMARCO, C. **Teoria geral do processo**. 8. Ed. São Paulo: RT, 1991. P. 119-121. MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 308-330. O curioso é a carência, realçada pelos próprios autores de direito administrativo, de obras e produção dogmática sobre o processo administrativo.

⁸. CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, [1998], p. 807.



A técnica legislativa determina a forma de produção de cada ato, cuja etapa culminante será a exteriorização final, após ter-se vencido todo o *iter* procedimental; cristalizado o processo, o que estará presente no sistema novo texto normativo.

A lógica de organização dos textos normativos é corolário do processo de produção normativa. Essa inserção de cada texto em sua devida posição no sistema depende da correta forma de sua produção. Mais ainda, depende de correta exteriorização de cada ato no procedimento de produção normativa.

A necessidade de organização dos textos normativos – e de técnica apropriada para a sua produção (*técnica legislativa*) – surge do recrudescimento de textos normativos escritos, da progressiva ascendência do Direito legislado ante as formas redacionais ou mesmo orais primitivas de manifestação do Direito. A racionalização do direito determina a crescente redução a textos escritos e ordenados. Veja-se que, para Max Weber, os traços de direitos racionais partem de alguns pressupostos como:

- i) a capacidade de ordenação lógica e sistematização de cada unidade histórica do direito;
- ii) a generalização, com a capacidade de estabelecer uma principiologia - genérica - capaz de reduzir a fórmulas gerais os casos carentes de decisão;
- iii) a casuística decisória encontra seu fundamento, em último grau, nas bases genéricas e principiológicas acima vistas;

- iv) a presença de normas gerais - as bases principiológicas genéricas que fundamentarão a casuística;
- v) as normas gerais funcionam como preceitos jurídicos de base;
- vi) a sublimação lógica aos preceitos que permita o estabelecimento da relação entre a realidade fática e os preceitos jurídicos ⁹.

O Direito contemporâneo é habitualmente designado como o direito legislado. É praxe utilizar a expressão lei, em sentido amplo, para a compreensão do pegado de textos, emanados de autoridades competentes para a sua produção e encerrados em compêndios, nos quais são dispostos ordenadamente os atos do legislador. O Direito contemporâneo é qualificado por seu rigorismo processual e de revelação do material produzido. A lei tornou-se o sinônimo de texto produzido sob esquemas determinados e peculiares, formando o conjunto esquemático de disposições do Direito.

Para a produção e reunião do conjunto de disposições normativas há a necessidade de ordenação, de *método, para todo o seu processo* de produção. *A técnica legislativa* é a aplicação do método jurídico para a elaboração das leis, engloba desde a verificação da necessidade de legislar, ao conhecimento público da disposição produzida. *A técnica legislativa* oferece fórmulas e métodos destinados a melhorar a qualidade de estruturação e a sistematização dos textos normativos. Objetiva também o melhor uso da linguagem, obtendo a simplificação quantitativa e qualitativa do conjunto de textos do Direito:

- i) possibilita a síntese do Direito positivo e reduz o material jurídico a categorias gerais;
- ii) permite a reunião harmônica de partes singulares no todo.

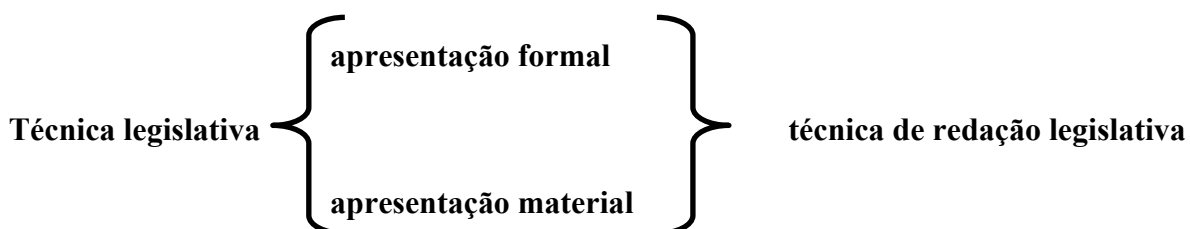
A técnica legislativa compreende várias fases desta produção normativa, desde, a iniciativa produtora, até a *elaboração*, a discussão, sanção e promulgação ¹⁰.

⁹. WEBER, M. **Economia y sociedad**. Esbozo de sociología comprensiva. 6. reimpression, Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1983. p. 510-512. Id. **Economia e sociedade**. Brasília: UNB, 1999, v. 2. P. 10-13.

O esquema de apresentação das disposições legislativas faz destacar o momento de sua elaboração. Neste momento de produção legislativa releva a redação (ou apresentação textual) que se subdivide em: ¹¹

- i) apresentação formal - redação propriamente dita;
- ii) apresentação material - devida diluição do assunto no corpo da norma.

A diluição de matérias e, especialmente, a forma de redação, seguem métodos específicos dentro da técnica legislativa. Pode-se mesmo afirmar que existe, como subdivisão da técnica legislativa, *a técnica redacional legislativa* ¹².



1.3. A Lei Complementar nº 95.

As técnicas de elaboração, redação, alteração e consolidação de leis, na técnica legislativa brasileira, estão previstas na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Complementa as disposições dessa Lei Complementar, a regulamentação dada pelo Decreto nº 2954, de 29 de janeiro de 1999. Estão englobadas nas técnicas legislativas dessa Lei Complementar as espécies normativas mencionadas no artigo 59 da Constituição: Emendas à Constituição, Leis Complementares, Ordinárias e Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções. Todas essas espécies integrantes do processo legislativo e,

¹⁰ . BADELL Y GRAU - DESPACHO DE ABOGADOS. Nueva Constitución. Técnica legislativa y constituyente. Disponível em: <<http://badellgrau.com/constitecleg.html>> Acesso em: 30 jun. 2001. PINHEIRO, H. F. **Técnica legislativa**: Constituições e atos constitucionais do Brasil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. P. 15.

¹¹ . PINHEIRO, H. F. op. cit. p. 16.

¹² . *ibid.*, p. 17.

conforme expressa menção do parágrafo único do artigo 59, terão a sua *elaboração, redação, alteração e consolidação reguladas por lei complementar* ¹³. De acordo com a técnica estruturada na Lei Complementar n° 95-98, as leis no Brasil estão estruturadas em três partes básicas ¹⁴:

- i) parte preliminar;
- ii) parte normativa;
- iii) parte final.

A parte normativa contém as disposições substantivas da lei que trata dos efetivos conteúdos regulados pelo diploma produzido pelo legislador, sendo o elemento central de existência da norma, pois expõe os fatos e a formulação deontológica (modais deônticos) que os regulam. Entende-se, pela leitura da parte normativa, quais os modais deônticos que o legislador empregou para a matéria, é a parte do texto em que está a regulação do objeto da lei ¹⁵.

A parte normativa é seguida pela parte final. Nesta estão as disposições de aplicação temporal e inserção no ordenamento da nova lei. A vigência (chamada pela Lei Complementar de cláusula de vigência) deve dispor sobre o prazo e a contagem do prazo para a efetiva produção de efeitos da lei nova. Indica-se, também, na parte final da lei as situações de revogação (ab-rogação e derrogação) que a lei atinge. As disposições de Direito intertemporal, lidando com as situações e as relações jurídicas a se consolidar - ou em consolidação, incluem-se na parte final como disposições transitórias ou medidas de

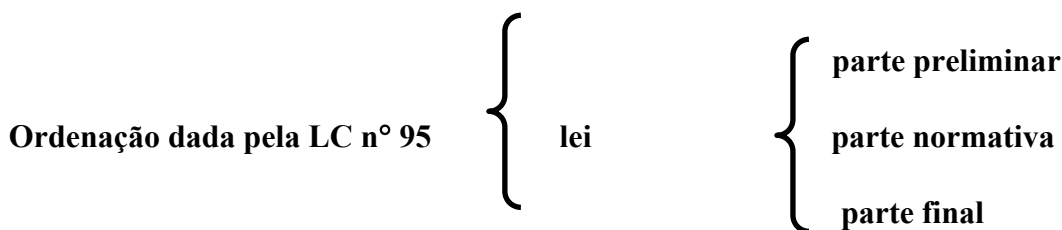
¹³ . A Lei Complementar n° 95 sofreu modificação com a Lei Complementar n° 107, de 2001.

¹⁴ . Artigo 3°, incisos I, II e III da Lei Complementar n° 95-98.

¹⁵ . Artigo 3°, inciso II da Lei Complementar n° 95-98.

implementação indispensáveis ao concreto produzir de efeitos da lei ¹⁶.

Na organização dos textos normativos há ainda a presença da parte preliminar, de entrada ao corpo normativo propriamente dito. Compreende a epígrafe, a ementa, o *preâmbulo* e o enunciado do âmbito de aplicação das disposições normativas.



A epígrafe permite a identificação da espécie normativa produzida - lei complementar, ordinária, decreto, medida provisória - e os caracteres de individualização: a data de promulgação (bastando, em edições legislativas ou menções simplificadas à lei, o ano de promulgação, dispensando-se o dia e o mês) e o número seqüencial dentro da espécie ¹⁷.

A ementa apresenta a síntese do assunto tratado pela lei produzida. A necessidade de realce dada à ementa é para que a consulta ao texto torne-se ágil, encontrando o consulente a descrição sintética do texto, sem compulsá-lo em minúcias ¹⁸. O âmbito de aplicação da lei e o objeto de que trata deverão estar explícitos no primeiro artigo, pois este é o definidor do

¹⁶. Artigo 3º, inciso III, artigo 8º e artigo 9º da Lei Complementar nº 95-98. Também os artigos 13 e 14 do Decreto nº 2954-99. Vale destacar algumas alterações que a Lei Complementar nº 95-98 trouxe ao Direito brasileiro. O artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942) dispunha que, *salvo disposição em contrário, a lei entra em vigor 45 dias após a sua publicação*. A LICC parece indicar que a situação excepcional é a entrada em vigor da lei na data da publicação. O artigo 8º Lei Complementar nº 95-98 dispõe que *a vigência da lei será indicada de forma expressa*. Ainda arremata que a cláusula *entra em vigor na data de sua publicação* está reservada para leis de pequena repercussão. O Decreto nº 2954-99 vai além, em seu artigo 13, ao dispor que *é regra geral a entrada em vigor na data da publicação* (o Decreto trata de atos normativos em geral, não só da lei). A LICC, produzida nos anos quarenta, contemplava o período de vacância em atenção aos recursos de publicidade e conhecimento da lei à época. Agora, a Lei Complementar nº 95-98 determina que o redator coloque de forma expressa o período de vacância. O período previsto no artigo 1º da LICC aplicar-se-ia aos casos de omissão - indevida - de redação com cláusula de vigência.

¹⁷. Numeram-se as leis complementares, ordinárias e delegadas em seqüência à numeração iniciada em 1946. Ver artigo 2º, § 2º e artigo 4º da Lei Complementar nº 95-98.

¹⁸. Ver artigo 5º da Lei Complementar nº 95-98.

âmbito e objeto, evitando assim a produção legislativa redundante ¹⁹. Cada lei contém tratamento somente do objeto que disciplina (excetuando-se a sistematização abrangente dos códigos). Leis novas, disciplinando o mesmo assunto doutra lei, a esta primeira se conecta devendo fazer-lhe remissão expressa ²⁰.

1.4. O preâmbulo – parte preliminar da norma.

Seqüencialmente, na parte preliminar, entre a ementa e o primeiro artigo, o *preâmbulo*. Indica o órgão futor da lei e os fundamentos normativos do qual se extrai a sua competência para a produção normativa. Pode-se falar em autoridades produtoras da norma – no plural - no caso da lei. Há a participação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Logo, o texto preambular da lei redige-se da seguinte maneira: *O Presidente da República - faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei* ²¹.

A importância da Lei Complementar nº 95-98 para uma interpretação sistemática do Direito está na descrição da estrutura esquemática dos textos normativos. Descrição sistemática que, num primeiro momento, muito se aproxima da tradicional interpretação lógica: a inserção dos dispositivos dentro do texto legal em suas múltiplas conexões, cuja a

¹⁹ . A Lei Complementar nº 95 prevê que as disposições da parte preliminar também estejam inseridas na numeração ordinária de artigos da lei. Assim, o artigo 1º da lei abrigará os assuntos enquanto preliminares. A consequência prática é não se poder dizer que a parte normativa começa com os artigos. Ao menos no texto legal isto não é verdadeiro. Com a técnica redacional constitucional, o mesmo não ocorre – como se verá na seqüência deste trabalho.

²⁰ . Ver artigo 7º e incisos da Lei Complementar nº 95-98.

²¹ . Ver o artigo 6º da Lei Complementar nº 95-98. Outro elemento tradicional na legislação brasileira são as exposições de motivos. Especialmente em textos de sistematização complexa de matérias – os códigos são um bom exemplo -, insere longa descrição dos motivos de elaboração da lei, o momento histórico de sua elaboração e os principais referenciais que influenciaram o legislador. É praxe que o legislador utilize o texto das exposições de motivos para a demonstração de seus referenciais teóricos e de experiências alienígenas em que se baseou. Demonstra a utilidade do Direito Comparado para a compreensão de institutos e instituições doutros sistemas e ordenamentos – que agora intenciona consagrar no ordenamento nacional. As grandes matrizes teóricas e paradigmas da teoria jurídica ficam na exposição de motivos para a compreensão do norte da redação legislativa. Na sistemática dada pelo Decreto nº 2954-99, as exposições de motivos partem da autoridade com competência para propor projetos de natureza legislativa. No artigo 27, do mesmo Decreto, está previsto que as exposições justificam a edição do ato, fundamentando-o de tal forma que sirva de defesa prévia contra arguições de inconstitucionalidade.

captação da *mens legislatoris* está na disposição ordenada do texto, na forma e organização entre parágrafos, livros, incisos e, acrescente-se, na organização da parte preliminar, normativa e final. Detecta-se, assim, o sentido das expressões de cada parte da lei em relação ao todo ou melhor, um artigo em relação à parte em que está inserido. Como se identifica a peculiar posição de cada integrante na estrutura geral, ou seja, o artigo que compõe a indicação do objeto na parte inicial ²².

Ressalte-se a distinção que é feita entre as partes preliminares e finais e a parte normativa. Os textos normativos apresentam, conforme conclusão extraída da Lei Complementar n° 95-98, disposições que não indicam formas funcionais deônticas relacionadas, adrede, ao assunto tratado pelo texto. Note-se que a ementa, apenas como exemplo, é a concretização de normas superiores, definidoras da competência para a produção da lei. Esta não trata de assuntos que a lei regula; apresenta, antes, o fundamento ou a processualística de sua produção.

Algumas dessas partes integrantes da lei não têm sequer o caráter vinculante de condutas ou comportamentos. Na parte preliminar, temos textos que integram a lei, de feição descritiva ou informativa. São textos prévios ao texto da norma em sua parte normativa, ou

²² . Essa modalidade de interpretação sistemática em muito se diferencia do sentido em que é empregada como interpretação de unidade e ordenação do sistema, em suas dimensões axiológicas e teleológicas. A distinção aprofundada encontra-se na seqüência do trabalho, com maior detença. Este sentido de interpretação sistemática, muito aproximado da interpretação lógica, leva mesmo alguns autores a chamá-lo método lógico-sistemático. Sobre o método de interpretação sistemática: COELHO, L. F. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 80 FRANÇA, L. **Hermenêutica jurídica**. 6.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 10-11. Ainda pela Lei Complementar n° 95-98, é possível encaminhar as primeiras considerações sobre a validade formal e material da norma - considerações sistemáticas. Deve estar indicado no texto a espécie normativa que está sendo veiculada. O momento de produção e o referencial temporal, frise-se, é da maior importância para a definição da posição sistemática da – nova – norma, pois pode-se verificar a sua compatibilidade com as normas de escalão superior. Compatibilidade esta que será aferida tanto em sua gênese processual – compatibilidade formal – como em sua não-contrariedade ou não-contraditoriedade com os conteúdos das normas superiores – compatibilidade material. As disposições preliminares também definem as dimensões temporais da norma – a sua vigência. Novamente a Lei Complementar n° 95-98, ao exigir a numeração e data (de publicação) no topo do texto. Essas informações regulam a situação sistêmica de revogação – ab-rogação e derrogação. Ressalte-se que o problema da vigência ainda será completado por disposições da parte final da lei (em que estão indicadas as normas revogadas e data de sua sanção ou promulgação). Outra importante questão de validade que vem veiculada na parte preliminar é a menção da autoridade produtora do ato normativo. É possível verificar a competência do produtor da norma em estudo – compatibilidade formal – e os possíveis vícios de incompatibilidade. Finalmente, para o intérprete e operador do Direito, a síntese presente na ementa permite uma leitura sistemática e estabelecadora de conexões entre diferentes normas. Permite ainda a concatenação lógica entre textos normativos dispersos no ordenamento..

seja, um texto prévio às partes vinculantes do texto. O que integra essas disposições preliminares – de feições descritivas e informativas – pode ser resumido como:

- i) momento de produção da norma e referencial temporal no conjunto normativo (a data de sua publicação e a sua numeração);
- ii) elementos formais de autoridades produtoras (a assinatura sancionadora);
- iii) síntese do objeto do corpo normativo – que está a seguir disposto na parte normativa.

Como conclusão, detecta-se que no corpo dos textos legais estão elementos tangenciais à parte normativa, os quais podem apresentar natureza deontica - embora não adredemente relacionados ao assunto da lei -, ou apresentar simples natureza descritiva ou informativa.

A organização detalhada pela Lei Complementar nº 95-98 vale para a produção infraconstitucional (incluindo as Emendas à Constituição). Isso não constitui obstáculo para uma comparação com a estrutura das normas produzidas pelo poder constituinte originário. Também no corpo da Constituição é possível notar elementos tangenciais ao corpo normativo propriamente dito. À semelhança do sistema previsto para os textos normativos abaixo da Constituição, encontram-se, na norma constitucional, elementos tangenciais ao corpo normativo. Assim, como previsto na Lei Complementar nº 95-98, os textos constitucionais podem apresentar como elemento tangencial o preâmbulo.

1.5. Apontamentos históricos sobre a presença de preâmbulos – primeiras manifestações.

A inserção de texto de apresentação ou de entrada de documentos jurídicos não é exclusividade do período de predomínio da lei como fonte principal. Nos textos primitivos

encontram-se disposições que fazem as vezes de preâmbulos. Mesmo Hésio Fernandes Pinheiro nota que a origem da palavra parece remontar aos textos do direito e da política gregos:

*Quod legibus suis, proemia et rationes adijeceret, legem (inquit) brevem esse oportet quo facilius ab imperitis teneatur; vleit emissa divinitus vox sit; jubeat, non disputet*²³.

Dos documentos de valor histórico merece menção o Código de Hamurábi, com preâmbulo que inicia:

*Quando o alto rei Anu, Rei de Anunaki e Bel, Senhor da Terra e dos céus, determinador dos destinos do mundo, (...)
Quando ele a fez (a Babilônia) famosa no mundo e nela estabeleceu um duradouro reino cujos alicerces tinham firmeza do céu e da terra (...), por esse tempo, Anu e Bel me chamaram, a mim Hamurabi, o excelso príncipe.
(...)
Hamurabi, governador escolhido por Bel, sou eu; eu que trouxe abundância à terra (...).*²⁴

Em documento fundamental da civilização judaico-cristã, o Decálogo, há também a nota de abertura do documento:

*Já tinha chegado o terceiro dia, e raiava a manhã e eis que começaram a ouvir-se trovões (...)
Todo o Monte Sinai fumegava, porque o senhor tinha descido sobre ele no meio do fogo, (...).
O Senhor pronunciou todas estas palavras: Eu sou o senhor teu Deus, que te tirei da terra do Egito, da casa da servidão*²⁵.

²³ . É a crítica de Sêneca por Platão colocar preâmbulos aos seus escritos. PINHEIRO, H. F. op. cit.. P. 25.

²⁴ . ALTAVILA, J. **Origem dos direitos dos povos**. 5. Ed. São Paulo: Ícone, 1989. P. 37-38.

²⁵ . Êxodo 19-20.

Na seqüência do trecho bíblico são arrolados os Dez Mandamentos e normas fundamentais de organização do povo de Israel. A anúncio feita por Moisés ao seu povo, declarando a manifestação de Deus (Jeová), é a peça preambular, o anúncio mítico das normas fundamentais do povo hebreu ²⁶.

Note-se que há pontos em comum nos dois trechos usados como exemplos. Simultaneamente está estampada a natureza divina e de revelação sobrenatural da norma. No código de Hamurábi, é patente a louvação e os encômios enobrecedores da autoridade monárquica, semideus com presença terrena. No livro do Êxodo, há toda narração mítica da fundação do Estado de Israel, da eleição do povo escolhido por Deus ²⁷.

Os preâmbulos, mencionados acima, nessa fase histórica, por certo estão longe de qualquer idéia de sistematização racional do Direito. Essa explicação serve para a compreensão do seu caráter mítico, apelo a elementos divinos ou sobrenaturais e às proeminências de autoridades sagradas como reveladores da palavra de Deus - ou deuses (Moisés, o condutor escolhido por Deus; Hamurábi, entronizado como representante das entidades divinas).

O direito romano apresentou um grau de sistematização mais elevado que o direito hebraico e mesopotâmico ²⁸. Alguns documentos clássicos apresentam notas preambulares. Veja-se a Constituição de Caracala - produzida em 212 d.c.:

O imperador Cesar Marco Aurélio Severo Antonino Augusto diz: é necessário antes de tudo referir à

²⁶ . As disposições normativas do Decálogo ainda constituem a base do sistema de Direito Hebraico e, por reflexo, normas do Direito do Estado de Israel.

²⁷ . Podemos, utilizando novamente as categorias weberianas, descrever tais exemplos como direitos irracionais, caracterizados por: i) na criação e aplicação do direito são empregados meios que não podem ser racionalmente controlados ; ii) a criação e aplicação do direito são determinadas por avaliações concretas de cada caso; iii) a criação e aplicação do direito são determinadas por avaliações de natureza ética, política ou ética emocional. WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília: UNB, 1999, v. 2. P. 12-13.

²⁸ . Aqui deveria ser mencionada a evolução do direito romano, de fases mais primitivas, como à época da Lei das XII Tábuas, que muito se assemelha aos direitos irracionais, diferentes das formas mais elevadas do direito à época clássica e do Baixo Império.

divindade as causas e motivos (dos nossos feitos) ²⁹.

Outra ilustração com o Código Teodosiano - editado em 438 d.c.:

Confirmamos todos os escritos de Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino, de tal modo que a Gaio se dê a mesma autoridade que a Paulo, Ulpiano e aos demais e se citem os textos de toda a sua obra ³⁰.

Os dois trechos são chamados de referência a dois momentos distintos da história do direito romano, como destaques que devam ser apontados. No primeiro texto, a sempre salientada forma de determinação da autoridade produtora - o imperador, além dos aspectos históricos, da tradição da fundação de Roma. O documento dedica-se justamente a estender a cidadania romana a todos os habitantes do império.

O segundo texto, do baixo império, é peça preambular de confirmação dos escritos de autoria dos juristas, estabelecendo a hierarquia entre as várias disposições. Vê-se, em Constituições modernas (a Constituição francesa de 1946), a tendência dos preâmbulos servirem de elementos de repristinação de normas. Certo é que seria abuso considerar os escritos dos juristas como normas, ao menos no sentido atual da expressão, pois antes serviam como orientações decisórias. Pois bem. Mesmo colocando em evidência a peculiar natureza dos escritos dos juristas, o que interessa pontuar é a função de preâmbulos como confirmadores de normas anteriores (tema que será abordado em capítulo posterior). ³¹

No curso da Idade Média muitas vezes os preâmbulos serviam de veículo para mensagens de apelo místico, religioso, com pouca ligação com o conteúdo da lei.

²⁹ . GILISSEN, J. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. P. 93.

³⁰ . *ibid.*, p. 96.

³¹ . O tema do preâmbulo como elemento de repristinação será tratado no capítulo 3 da presente tese.

Especialmente na proximidade do ano 1000, os preâmbulos vinham com forte conteúdo escatológico:

*Instante mundi termino
Mundi senio appropinquante
Appropinquante fine mundi*³²

É perceptível também em documentos jurídicos da Idade Média a presença de preâmbulos. A Magna Carta - *Magna Charta Libertatum* - é exemplo de norma produzida para os padrões de organização política da Idade Média, como o compromisso assumido por João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215, com a nobreza inglesa. O texto preambular da Magna Carta foge ao padrão dos textos modernos. Estão presentes em suas linhas as descrições do monarca que a edita - *rei da Inglaterra, senhor da Irlanda* - e os participantes da sua edição - *abades, barões, juizes...* Interessante que a idéia nuclear do preâmbulo - o anúncio da autoridade produtora - já está consagrada nos documentos de organização política medievos. Mudam-se as formas descritivas, as autoridades mencionadas, porém o papel do texto divulgador do editor ou autoridade produtora já está entronizado:

*João, pela graça de Deus rei da Inglaterra, senhor da Irlanda, duque da Normandia e da Aquitania e conde de Anjou, (...)
Sabei que, sob a inspiração de Deus, para a salvação da nossa alma e das almas de nossos antecessores e dos nossos herdeiros, para a honra de Deus e exaltação da Santa Igreja (...)
(...) oferecemos a Deus pela presente Carta, por nós e nossos sucessores, para todo o sempre, o seguinte:*³³

Outra das Cartas inglesas, a Carta de Henrique III (11 de fevereiro de 1226):

³² . PINHEIRO, H. P. Op. cit. p. 26.

³³ .MIRANDA, J. (org). **Textos históricos do direito constitucional**. 2. Ed. Lisboa: Imprensa nacional, Casa da Moeda, 1990. p. 13.

*Henrique, pela graça de Deus, rei da Inglaterra,
 (...).
 Sabei que nós, em contemplação de Deus, para a
 salvação de nossa alma (...)
 (...) damos e asseguramos a nossa livre e
 espontânea vontade, (...), e todos de nosso reino,
 as liberdades abaixo especificadas, para serem
 por eles perpetuamente gozadas em nosso reino:
 (...)*³⁴

Como exemplo de texto normativo medieval, ilustrando o direito da Península Ibérica, versão do *Fuero Juzgo*:

*Esti libro fô fecho de LX. VI. Obispos enno quarto
 concello de Toledo, ante la presencia del rey Don
 Sisnando, enno tercero anno que regnó. Era de DC
 et LXXXI, anno.
 Com cuidado del amor de Cristo, et con gran
 diligencia de Don Sisnando, muy glorioso rey
 d'España et de Francia, (...).*³⁵

Na tradição do direito Português, a abertura do Título XXXV das Ordenações Filipinas:

*El-rei Dom Duarte por dar certa forma, e maneira, como
 os bens, as terras da Coroa do reino entre seus vassallos,
 (...), fez huma lei, que mandou pôr em sua chancelaria, a
 qual se chama Mental (...)*³⁶.

1.6. O esboço de uma técnica constituinte.

A redação da Constituição deve propiciar a interpretação clara de suas disposições textuais, de fácil inteligência e acessível aos integrantes do espaço político onde vige. O texto

³⁴ . ALTAVILA, J. Op. cit. p. 285.

³⁵ . GILISSEN, J. Op. cit. p. 186-187.

³⁶ . Ibid., p. 198.

constitucional não pode ser hermético, somente acessível por complicados exercícios de hermenêutica jurídica. É justamente soma de necessidades que indica também a indispensabilidade de método próprio para a produção constitucional. Parafraseando o conceito de técnica legislativa, acima visto, há a necessidade de formulação e métodos capazes de melhorar a estrutura e esquema das disposições textuais constitucionais. Há a necessidade de *técnica constituinte*.

Todavia, não há a concordância imediata entre a necessidade de técnica constituinte e a sua existência. Para afirmar-se a existência de técnica constituinte seria necessário detectar a presença de:

- i) técnica redacional das Constituições;
- ii) ordenação sistematizadora das matérias nas Constituições;
- iii) distribuição de matérias - padrão de distribuição;
- iv) estrutura esquemática consagrada de Constituições.

A detecção da técnica constituinte depende, desta maneira, da regularidade da produção constitucional, encontrada na história constitucional. Portanto, a existência de semelhanças entre uma *técnica legislativa* (como no Direito Brasileiro) e uma *técnica constituinte* dependem de verificação histórica para a sua ilustração analógica. Essa regularidade histórica deve ser aferida por dois ângulos:

- i) primeiro, analisando a experiência constitucional nativa, brasileira;
- ii) segundo, fazendo análise comparada das Constituições mundiais.

Pesa ainda sobre essa necessidade de comprovação da técnica constituinte, a constatação de que o Poder Constituinte, elaborador da norma constitucional, não está vinculado por *leis* de técnica de redação. Embora o Poder Reformador, elaborando Emendas à

Constituição, possa estar vinculado à disposição legal, o mesmo não ocorre com o Poder Constituinte originário³⁷. Entenda-se, assim, a preocupação com os seguintes argumentos:

- i) a concretização de método de produção depende de experiência acumulada;
- ii) o método jurídico aplicado à elaboração de disposições normativas - legais ou constitucionais - é construção de caráter prático, voltado às necessidades de soluções de organização social e de conflitos sociais (potenciais ou atuais);
- iii) embora tenham forte caráter persuasivo, as construções metódicas do Direito não são normas (embora a elas ligadas).³⁸

Sempre lembrando que a natureza do Constituinte é de poder ilimitado, lobriga-se a vinculação desta às leis de elaboração e redação legislativa. Essas leis fazem consagrar - de maneira preceptiva - a técnica acumulada para a redação legislativa. Volta-se o problema, ou melhor, a verificação da experiência acumulada - regularidade histórica de produção constitucional, na qual o *método de produção constitucional* é desenhado não como exigência normativa, mas como necessidade prática. A necessidade de *técnica constituinte* é ditada pelas exigências cotidianas de textos esquemáticos, compreensivos e indispensáveis às situações conflituais e organizacionais que serão subsumidas às disposições normativas. Ao contrário da técnica legislativa que, no Direito Brasileiro, está consagrada e é exigência legal. Aí avulta o papel dos quadros comparativos entre constituições. Seja um quadro da história constitucional brasileira ou da história constitucional universal, capaz de determinar o padrão, ou regularidade de produção constitucional.

³⁷ . Como está no Direito Brasileiro, de acordo com a Lei Complementar nº 95.

³⁸ . Baseado nos conceitos de Ferraz Jr. sobre a ciência dogmática do Direito. FERRAZ JUNIOR., T. S. **Introdução ao estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. Passim.

1.7. Delineamentos históricos do Constitucionalismo.

Considera-se, em primeiro momento, que a história do constitucionalismo é seção da história ocidental. Situa-se no entreato da Idade Moderna e Idade Contemporânea, no transitório de revoluções dos séculos XVII e XVIII. Ascendendo nas considerações históricas, insere-se a história do constitucionalismo na solidificação da nova organização estatal, nas novas estruturas de produção e domínio técnico e no novo padrão cultural - luzes, racionalismo - desse período.

A nova organização política é representada por acentuada secularização do poder e pelo incremento de normatividades, englobando extensas regiões e contingentes humanos (embora na análise de extensão e contingente populacional, os primeiros Estados nacionais, hoje, pareçam insignificantes). A especialização funcional do Estado alargou a representação como fundamento de poder. Floresceram as teorias e as manifestações do poder constituinte e legislativo representativos, passando a fundamentação do poder a se assentar sobre a nação ³⁹.

A secularização do poder e a representação fizeram progredir a redação de textos normativos. Esta representação política é o exercício de uma função pública. Separado de sua posição social de indivíduo, o trabalho do representante deve revestir-se de publicidade e do conhecimento à coletividade, colocado por escrito. Some-se a isto que o padrão cultural do iluminismo e racionalismo ditaram a confecção de documentos solenes, escritos e, acima de tudo, de organização sistemática ⁴⁰.

³⁹ . Sobre a história constitucional: BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 24-27. CANOTILHO, J. J. G. Op. Cit. P. 47-55 e 88-91. FERREIRA Fº, M. G. **Estado de Direito e Constituição**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 67-75. GILISSEN, J. Op. Cit. P. 413-455. TOURAINE, A. **Crítica da modernidade**. 4. Ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 41-68

⁴⁰ . Boa ilustração sobre a progressiva ascendência da lei como fonte do Direito encontra-se em John Gilissen. Na Bélgica, a média de produção de leis no século XIX era de 24 leis por ano. No século XX, a média subiu para 57 leis por ano. No decênio 1860-69 a média chegou a cair para 18 leis por ano; 19 leis por ano no decênio 1870-79; 17 leis por ano no decênio 1900-09. No século XX temos os seguintes números: média de 100 por ano no período 1919-21; 72 por ano no período 1920-30; mantendo-se na média de 80 a 120 leis por ano no período posterior a 1950. Há de se considerar que desde o século XIII a atividade legislativa desenvolve curva ascendente no mundo europeu. GILISSEN, J. Op. cit. p. 562-565.

A Constituição dos Estados Unidos da América, redigida em 1787, marco fundador da história constitucional contemporânea, estampa em texto solene e sistematizado, a organização estatal, utilizando técnica redacional de artigos, subdivididos em seções. A significação do texto escrito vai além do caráter solene de sua publicação – forma esta que cristaliza o ato diferenciado de produção. Além disso a Constituição indica o manar da soberania nacional, pelas vias representativas, redigidas, catalogadas no documento jurídico de conhecimento público ⁴¹.

A prática adotada, no século XVIII e início do século XIX, pelas Constituições estadunidense e européia (logo seguida pelos novos Estados independentes da América) e hoje disseminada pelo mundo é: concentrar a Constituição em texto único, de caráter solene, com processualística definida de produção, escrito e sistematizado, com ascendência hierárquica sobre outras fontes. Com essa afirmativa, podem ser lançados os primeiros traços identificadores de *técnica constituinte* (e de técnica redacional constitucional).

1.8. Constituição em sentido formal e material.

Há a objeção que, antes do período em análise (do século XVIII ao século XXI), havia textos escritos, compreendendo as normas básicas de organização estatal. Hans Kelsen mostra que a Constituição pode ser produzida por via consuetudinária, acumulando-se a experiência jurídica da comunidade organizada politicamente ao longo de muito tempo. Enquanto produzida por via consuetudinária, a Constituição pode ser colocada em texto escrito, ou não ⁴². Obviamente que a produção costumeira desta contraria os parâmetros de

⁴¹ . O texto da Constituição dos EUA foi depois acrescido de Emendas, em que estão inscritos os Direitos Fundamentais. A história do constitucionalismo britânico é diversa daquela que vingou no sistema constitucional de matriz romanista. Falando da Constituição inglesa e das ex-colônias (Canadá, Austrália) verificamos que esses Estados passaram ao largo do movimento de sistematização dos textos. O assunto é aprofundado no capítulo 4 da presente tese.

⁴² . KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. P. 246-248.

produção solene, técnica redacional e distribuição sistemática de matérias. Especialmente à processualística definida de produção constitucional.

Pode mesmo ocorrer que uma Constituição costumeira obedeça às técnicas de redação e sistematização, *a posteriori*. Seria o caso de realização de consolidação ou recolha de costumes esparsos que por força de autoridade constituinte ou legisladora, são reunidos em texto único. O escorço de reunião ou de recolha consiste em sistematização de matérias. Não se verifica, todavia, a processualística específica do poder constituinte para produção das normas constitucionais. Antes, trata-se de consolidação de normas costumeiras pré-existentes. O carácter solene, neste caso de edição da Constituição, é de confirmação de normas costumeiras⁴³.

O problema apontado vai radicar nos sentidos de Constituição: o sentido formal e material de Constituição. Para discriminá-los é preciso basear-se em conceito generalista de Constituição. Entenda-se a Constituição, em síntese apertada, como o *conjunto de normas básicas de organização de um agrupamento humano*. Com o conceito de quadrantes largos pode bem ser entendido que, em qualquer período da história, todo agrupamento logrou destacar algumas normas como básicas à sua organização. Independente da forma que estas normas assumiram, por via costumeira - escrita ou não-escrita -, ou de publicação solene, com ou sem processualística de produção e sistematização textual.

A Constituição em sentido material designa, assim, o complexo de normas *básicas de organização do Estado*. Analisando o conteúdo de determinada norma poder-se-ia detectar a ascendência material desta sobre as demais, determinando a sua natureza constitucional. O conceito material de Constituição independe da existência de um texto -

⁴³ . Paulo Bonavides distingue as Constituições em costumeiras e escritas. Alerta o autor que embora uma Constituição de produção consuetudinária possa ser colocada por escrito, o que identifica a Constituição escrita é de ser lei escrita em documento formal. BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 66-70. José Afonso da Silva opta por outra classificação - Constituições escritas e não-escritas: "Considera-se escrita a Constituição, quando codificada e sistematizada num texto único, elaborada reflexivamente e de um jato por um órgão constituinte (...)." Complementa com a divisão entre Constituição dogmática, sempre escrita e elaborada por órgão constituinte, da Constituição histórica, formada por lento acumular de tradições. SILVA, J. A. da. Op. Cit. P. 42-43.

escrito - formalizado como Constituição. Logo, a mensuração do que seja a norma constitucional faz-se pelo conteúdo.

A Constituição, em sentido material, que independe da forma da norma, diferencia-se da Constituição, em sentido formal, justamente porque este último sentido independe do conteúdo. Vez mais parafraseando Hans Kelsen, Constituição em sentido formal são os documentos escritos, designados como Constituição, nos quais estão reunidas as normas básicas de organização do Estado, outros conteúdos politicamente importantes ou mesmo preceitos que recebem a proteção da rigidez constitucional ⁴⁴.

Voltando ao estabelecido por Kelsen, a Constituição será produzida por ato de um ou vários indivíduos, com a finalidade específica de produção dessa norma - o que está chamado neste texto, de *processualística de produção da Constituição*. Diferencia-se, portanto, da via consuetudinária de produção constitucional ⁴⁵. O ato solene de edição é a confirmação dessa processualística de produção por poder encarregado de tarefa redatora de Constituição. E, por consequência, de uma metódica específica. Ao concentrar em documento único a Constituição, o poder elaborador define também a processualística de alteração das normas redigidas. É o processo de elaboração de normas pelo poder reformador. Como o processo do poder reformador diferencia-se da produção legislativa ordinária, o texto rigidez que o diferencia doutras espécies normativas.

Aí é que reside a possibilidade de ingressarem no texto constitucional conteúdos alheios ao que se espera serem *as normas básicas de organização do Estado*. Como no sentido formal preponderam os aspectos de produção - processualística específica de produção -, o caráter solene da Constituição e a formalização documental, norma constitucional *é o que está redigido no texto nominado Constituição, independente de seu conteúdo*. Há a possibilidade de disposições sem a natureza de normas básicas de organização

⁴⁴ . KELSEN, H. **Teoria pura ...** Op. cit. p. 246.

⁴⁵ . KELSEN, H. **Teoria pura ...** Op. cit. p. 247.

estatal, ganharem a rigidez constitucional por estarem presentes no documento nominado Constituição.

A combinação dos sentidos material e formal de Constituição repercute na ordenação das fontes do Direito Constitucional. Detendo-se apenas no sentido formal, a fonte do Direito Constitucional somente pode ser a disposição constante do texto nominado Constituição. Já em sentido material podem ser incluídas outras disposições textuais de caráter normativo:

i) uma disposição pode ser material e formalmente constitucional - presente no documento nominado Constituição e com conteúdo fundamental de organização estatal;

ii) uma disposição pode ser materialmente constitucional sem ser formalmente constitucional - não estando presente no documento nominado Constituição mas com conteúdo fundamental de organização estatal;

iii) uma disposição pode não ser materialmente constitucional, apesar de o ser formalmente - estando presente no documento nominado Constituição, mas sem conteúdo fundamental de organização estatal.

Na segunda situação pode ser considerada materialmente constitucional uma disposição de lei ordinária, não presente no texto constitucional (como seria o caso de várias disposições da Lei nº 1079, de 1950, tratando dos crimes de responsabilidade). Na terceira situação pode ser apontada a disposição que, presente no texto constitucional, não tem caráter fundamental para a organização estatal (é o exemplo do § 2º, artigo 242 da Constituição, elevando o Colégio Pedro II, Rio de Janeiro, à órbita federal). A discrepância entre o que seria material e formalmente constitucional só se tornou objeto de especulação com o esgotamento da hegemonia do modelo liberal de Constituição. As Constituições produzidas no apogeu liberal apresentavam uma sintonia de forma e conteúdo, os quais eram comprometidos com o modelo do liberalismo:

- i) consagração dos Direitos Individuais;
- ii) organização do Estado, limitado às funções normativas e de segurança pública e externa;
- iii) disposições estruturantes da forma e regime do Estado.

Avançando as Constituições em seu caráter prolixo e multirepresentativo da sociedade, surgiu o problema de definir quais seriam as disposições de *conteúdo realmente constitucional*. Daí a discussão sobre quem teria legitimidade e representatividade para contemplar os interesses no texto constitucional. A definição do texto reporta-se ao perfil ideológico e às fontes materiais que influenciam na elaboração constitucional.

Evidente que a mensuração do que sejam normas de conteúdo constitucional é exemplificativa, não podendo pretender a suficiência. Fácil é determinar, de maneira genérica, que normas, cujo conteúdo diz respeito à organização das funções estatais, ao acesso aos cargos públicos, aos Direitos Fundamentais e às limitações aos agentes detentores do poder, são de natureza constitucional. Difícil é distinguir, por exemplo, quais os conteúdos dos Direitos Fundamentais. Lembre-se de que uma dentre as características é justamente a historicidade, comportando variações em função das necessidades do homem. Outro grave problema é a inclusão de dimensões normativas de dirigismo econômico e social. Ainda não se estabeleceu um parâmetro sobre a essencialidade à organização estatal e, diante de múltiplas escolhas, qual o núcleo de normas da organização política deveriam constar como *básicas à organização* ⁴⁶.

O sentido formal de Constituição é o que se relaciona com a prática de redação e sistematização das Constituições iniciadas no século XVIII. A partida para a instauração de processos específicos de produção constitucional, para a edição solene de documento e para a documentação escrita e específica de Constituição deu-se naquela época. Definiu-se, portanto,

⁴⁶ . Para Kelsen a Constituição, em sentido material, é a norma (ou são as normas) positiva (s) que regula (m) a produção doutras normas - normas jurídicas gerais. KELSEN, H. **Teoria pura...**Op. cit. p. 247.

o esboço de uma forma de redação do texto constitucional. Assim, houve a formalização de um esquema de redação do texto da Constituição.

1.9. Constituição escrita.

A Constituição escrita e o seu esquema estrutural, a prática de elaboração solene, de processualística específica de produção e reunião documental determinada tornou-se regularidade nos séculos XIX e, mais ainda, no século XX. A regularidade das Constituições escritas é desdobrada por Paulo Bonavides em duas classificações de Constituições: codificadas e legais. Constituição codificada é aquela que reúne as disposições em um só texto; texto sistematizado e ordenado em títulos, capítulos e seções ⁴⁷.

A prática consagrada para a redação de Constituições codificadas faz dispor em seu articulado:

- i) preâmbulo;
- ii) a parte introdutória com as definições fundamentais do regime político, forma de governo e organização do Estado;
- iii) a parte dogmática com as declarações de Direitos - podendo incluir gerações de Direitos a depender da história da constituição e opções políticas do constituinte;
- iv) a parte orgânica com a definição de órgãos e competências;
- v) a parte de disposições gerais ou finais ⁴⁸.

⁴⁷. BONAVIDES, P. Op. cit. p. 71. A Constituição legal é escrita. Diferencia-se da Constituição codificada por apresentar-se em textos esparsos, sem produção de um só lance. Hans Kelsen, por sua vez, entende que a doutrina tradicional define a diferença entre Constituição escrita e não-escrita da seguinte maneira: a) Constituição escrita é aquela cujas normas são criadas por atos legislativos; b) Constituição não-escrita é aquela cujas normas são produzidas por via consuetudinária. . KELSEN, H. **Teoria geral...** Op. cit. P. 371.

⁴⁸. Toda a classificação extraída de BONAVIDES, Paulo. Op. cit., P. 70-71.

José Afonso da Silva identifica o que designa por *elementos das Constituições*. O autor enfatiza que essa sucessão de elementos, presentes no corpo de constituições, é a sobreposição de etapas históricas do constitucionalismo. Outra vez a discussão sobre o que apor ao texto: quais as matérias realmente constitucionais? Tomando-se a precaução de condicionar a extensão e coordenação dos elementos ao evoluir do constitucionalismo, elenca-se a classificação de José Afonso da Silva:

- i) elementos orgânicos - concentrando a estrutura do Estado e do poder;
- ii) elementos limitativos - concentrando as normas de direitos e garantias fundamentais;
- iii) elementos sócio-ideológicos - concentrando as normas de ação e conformação estatal sobre e na sociedade e economia;
- iv) elementos de estabilização constitucional - concentrando as normas de manutenção da estabilidade e supremacia constitucionais;
- v) elementos formais de aplicabilidade - concentrando elementos que disponham sobre a aplicabilidade e promulgação do texto (incluindo aí o preâmbulo) ⁴⁹.

Hans Kelsen entende ser o conteúdo da constituição formal os seguintes pontos ⁵⁰:

- i) A determinação de estatutos futuros. A Constituição apresenta, em seu corpo, determinações sobre o conteúdo de disposições normativas infraconstitucionais. Tais estipulações podem apresentar determinações positivas (determinações preceptivas ao legislador ou ordens de legislar) ou negativas (vedações ao legislador).

⁴⁹ . SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 183. Idem. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 46-47. Também: ARAÚJO, L. A.D.; NUNES JR., V. S. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 07. BESTER, G. M. **Cadernos de Direito Constitucional**: parte I - teoria constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999. P. 33-35. HORTA, R. M. Op. Cit. P. 204-209.

⁵⁰ . KELSEN, H. **Teoria geral ...** Op. cit. P. 372-383.

ii) A determinação da função administrativa e da judiciária. A Constituição apresenta o conjunto de determinações sobre o funcionamento de órgãos da administração e do judiciário.

iii) As proibições constitucionais. Estão relacionadas às determinações de conteúdos futuros (em sentido negativo). As Constituições estampam uma série de limitações aos órgãos - legislativo, executivo e judiciário - preservando certos conteúdos ou matérias. Em certas situações as proibições podem aparecer sob a forma de proibição absoluta - *não haverá pena de banimento* - ou limitações aos órgãos constituídos - *não haverá prisão civil por dívida (...) salvo o caso do depositário infiel (...)*.

iv) As leis inconstitucionais. Para a preservação da unidade e ordem do sistema não podem ser válidas normas incompatíveis com a norma superior hierarquicamente. Seja a incompatibilidade por: a) conteúdo (*proibições e determinações de estatutos futuros*); b) incompetência do órgão produtor (*determinação da função administrativa e judiciária, proibições constitucionais*); c) procedimentos de produção da norma. Em ocorrendo incompatibilidade, as constituições prevêm os órgãos responsáveis pela declaração de nulidade da norma.

v) Garantias da Constituição. Além da previsão dos órgãos responsáveis pela garantia da unidade e ordem do sistema jurídico contra normas incompatíveis com as normas superiores, as Constituições prevêm procedimentos para expungir tais normas inconstitucionais do conjunto normativo.

vi) Cartas de Direitos. É praxe o constituinte arrolar, com destaque, o conjunto de disposições com liberdades e Direitos fundamentais dos cidadãos. Este articulado compreende, via de regra, *proibições* ou *determinações aos órgãos legislativo, executivo e judiciário*⁵¹.

⁵¹ . Kelsen usa, como exemplo, o paradigmático articulado das 10 emendas, de 1791, à Constituição dos EUA. **Teoria geral...**Op. cit. p. 379-380.

vii) O preâmbulo. Elemento de natureza não-normativa com a expressão das idéias nucleares políticas, morais e religiosas que o constituinte quis expressar na Constituição. Apresenta um caráter de mensagem ideológica ao revés de constituírem mensagens normativas.

Bem se percebe que a classificação de Hans Kelsen apresenta-se como um quadro esquemático das Constituições. A classificação de José Afonso da Silva e Paulo Bonavides permite a melhor detecção de esquemas de diluição e distribuição de matérias nos textos das Constituições. Os elementos componentes da estrutura redacional das Constituições, indicados por José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, evoluem e podem ser descritos em função da história constitucional. Na organização política dos Estados, estes elementos aglutinam-se ao conjunto de normas constitucionais. Tomando-se os delineamentos habitualmente aceitos pela teoria constitucional, a cada fase do constitucionalismo, a estrutura redacional ganha contornos novos. Tome-se como exemplo que a segmentação de parte da Constituição de Direitos Sociais e Econômicos - ou de elementos sócio-ideológicos - é típica do constitucionalismo vintecentista: o constitucionalismo programático.

A despeito da maior ou menor preocupação em erigir uma classificação esquemática, a distribuição de elementos ou partes das Constituições descreve a existência de uma regularidade redacional. O esforço de uma técnica constituinte, de organização sistematizadora, consagrada na prática constituinte, que ora pode ser denominada estrutura redacional ou sistema redacional constitucional.

1.10. O Poder Constituinte e a técnica redacional das Constituições.

A objeção séria à existência de uma estrutura redacional constitucional está na natureza própria do texto constitucional e do seu poder produtor. Esgarçando-se, ao máximo,

sobre o conceito de poder constituinte, afirma-se que este seria ilimitado. Poder de natureza política não limitado juridicamente. Fundador da nova ordem e do novo sistema. Não se encontra no sistema - que ele irá fundar - normatividade capaz de determinar quais os parâmetros e técnicas redacionais que se deveria utilizar.

O Poder Constituinte, fator da Constituição, sujeitar-se-ia a determinações de técnica constituinte? Objeta-se que a produção da Constituição é obra de natureza extra-jurídica. Embora tenha conseqüências jurídicas a edição do novo texto constitucional estaria pautada por delineamentos políticos, não regulados por normas jurídicas.

Essa linha de argumentação parte da idéia de que o sistema está estruturado na norma constitucional. A Constituição é a norma de escalão mais alto. Todas as normas encontram os seus fundamentos de validade nas disposições da Constituição. A Constituição é o marco de fundação do sistema de normas jurídicas. Antes de sua existência, o sistema não tinha o fundamento de validade. É a Constituição, nessa linha de raciocínio, a norma primeira do sistema. É a norma primeira em sentido jurídico, na sua existência como sistema de normas e não como história da Constituição.

Para J. J. Gomes Canotilho a compreensão do Poder Constituinte permite entender porque a Constituição, como um texto jurídico, fixa a *constituição política* de um Estado. O Poder Constituinte não pode ser concebido em categorias exclusivamente jurídicas. Quer dizer que o Poder Constituinte não pode ser entendido somente como poder juridicamente regulado. Antes, deve ser entendido como categoria relevante para o Direito e para a Teoria Política. Canotilho, ao mencionar que tratar do Poder Constituinte é jurídica e politicamente relevante, foge à posição extremada de entendê-lo como puro fato, poder essencialmente político. Não é juridicamente regulado, mas é *juridicamente relevante*⁵².

⁵² . CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. op. cit. p. 72-78.

Na pirâmide normativa esboçada com base no pensamento kelseniano, diferencia-se a Constituição em seu sentido lógico-jurídico de seu sentido jurídico-positivo. A Constituição, como referência e fundamento de todo o sistema normativo, é encontrada, em seu sentido lógico-jurídico, no plano da norma fundamental. *A priori*, a norma fundamental é o ponto de partida lógico para o escalonamento de todo o sistema. É norma hipotética, sem existência concreta (sem existência jurídico-positiva, diga-se), referencial gnosiológico para a produção doutras normas. É o referencial, no plano do conhecimento, para o esboço e definição do sistema do Direito ⁵³.

A norma fundamental é o fundamento de validade da Constituição – em seu sentido jurídico-positivo. A construção escalonada do ordenamento é a descrição de andares de normas, em seqüência ascendente de hierarquia, mostrando degraus de normas a servir de fundamento doutras normas. Com isso, a seqüência encontrará o seu ponto culminante na norma fundamental mas, como toda a norma atribui uma esfera ou seara de competência para o exercício de competência ou poder, no meio de dois planos hierárquicos de normas, o Poder Constituinte encontra-se logo abaixo da norma fundamental (ou seja, fundamentado nesta norma fundamental). Assim, o Poder Constituinte produtor da Constituição encontra a sua atribuição de competência – para a produção da nova Constituição – na norma fundamental.

A Constituição, em seu sentido jurídico-positivo, estaria portanto, em plano hierárquico inferior ao da – norma superior – norma fundamental. Considere-se, ainda, que a norma fundamental, *a priori*, plano gnosiológico, não é norma com conteúdo, ou melhor, não é a norma de escalão mais alto do sistema em seu aspecto material, de existência concreta, posta; é norma de escalão mais alto em seus aspectos lógicos, formais. O Poder Constituinte

⁵³ . COELHO, E. M. **Ensaio sobre o sistema jurídico**. Uberlândia: Ijcon, 2001. P. 8-15. KELSEN, H. **Teoria pura do...** Op. cit. p. 215-228. Idem, **Teoria geral do direito...** op. cit. p. 165-178.

encontra o seu fundamento de atuação, de exercício de sua competência, em norma desprovida de conteúdo ⁵⁴.

Melhor entendida a relação entre a norma fundamental e o Poder Constituinte ao se entender que a ausência de conteúdo, desprovida de natureza jurídico-positiva, não permite dizer que a norma fundamental não tenha outros conteúdos. Inclui-se, também no elenco o conteúdo político. Há de se diferenciar o papel da norma fundamental como definidora do sistema jurídico, catalogando-o em dimensão estanque aos outros sistemas, de sua provável dimensão política. Com essa explicação, procura-se conciliar a natureza política do Poder Constituinte com a sua fundamentação em norma fundamental, *a priori* ⁵⁵.

Tomando-se a abordagem da norma fundamental como norma de manifestação do poder político, hegemônico no momento histórico de elaboração constitucional, abre-se o sistema jurídico – sem perder a sua identidade – para condicionamentos exteriores (sistema aberto). A norma fundamental é ditada pelo detentor do poder político (capaz de mobilizar os recursos institucionais e materiais para a detenção do poder) e determina a conformação do Poder Constituinte ⁵⁶.

Na prática, pode-se afirmar a existência de normatividade pré-constitucional, *normas conformadoras do processo constituinte*. Essa normatividade é qualitativamente diferenciada das normas que integram o futuro sistema normativo fundado na nova Constituição, sendo de realce o seu caráter transitório e transicional. Isso explica-se pelo fato de que a instalação de qualquer processo constituinte, golpista ou revolucionário, importa em mudanças na situação jurídica estabelecida no ordenamento o qual encontrará novo fundamento de validade. Mire-se no exemplo dos atos institucionais que foram editados no Brasil após 1964. No meio do período, março de 1964 a janeiro de 1967 (nova Constituição),

⁵⁴ . KELSEN, H. **Teoria pura do...** Op. cit. p. 246-249.

⁵⁵ . BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. Ed. Brasília: UnB, p. 58-70

⁵⁶ . O conceito de sistema aberto é abordado nos capítulos 2 e 3do presente trabalho.

a série de atos transfigurou a normatividade da Constituição de 1946 até o advento da nova norma constitucional ⁵⁷.

O poder político que se instala após o golpe ou revolução produz atos normativos os quais variam na amplitude dada ao Poder Constituinte. Pode-se dizer que as *normas conformadoras do processo constituinte* definem as formas de atuação do mesmo Poder. Como há variação e pluralidade de formas de atuação do Poder Constituinte, há inúmeras combinações possíveis do funcionamento e elaboração de nova Constituição. O processo constituinte pode variar nos órgãos participantes (comissão, assembléia, grupo de notáveis), no prazo (ilimitação, com funcionamento por prazo definido), na existência de material prévio (projeto, reunião de sugestões temáticas) e limitações de participação (listas de cassação, participantes do pleito, banidos) ⁵⁸.

Pesam ainda, a conformar o processo constituinte, disposições morais, políticas e toda a carga de delineamentos valorativos. Todos a influenciar a produção do novo texto. Bem se diz que a nova Constituição *não nasce no deserto*. Exige-se a ponderação da famosa máxima: *o poder constituinte pode tudo; só não pode transformar o homem em mulher e vice-versa*. O detentor do poder político sofre, sim, limitações materiais para a produção do novo texto ⁵⁹.

As restrições materiais podem estar acompanhadas de restrições formais ao funcionamento do Poder Constituinte. O exemplo da Emenda Constitucional n° 26, de 1985,

⁵⁷ . Pode ocorrer um processo constituinte em que se dispensem as normas conformadoras. Ocorre quando há a instantaneidade entre a produção da nova Constituição e golpe ou revolução. Nesse caso não há transitoriedade ou transição. As normas de transição, nessa situação, estão compreendidas no próprio texto da nova Constituição produzida.

⁵⁸ . Canotilho diferencia os atos pré-constituintes que dirão - normativamente - as formas do funcionamento do processo constituinte, das decisões que conduzem à adoção da nova Constituição. Op. cit., p. 73. Clovis S. Goulart desenvolve, em sua obra, interessante discussão sobre os atos normativos de instalação da Assembléia Nacional Constituinte de 1985-88. Há, no texto citado, o aprofundamento sobre a forma de convocação: decreto ou emenda constitucional (esta última a forma adotada no processo constituinte). O texto de Goulart deixa claro que há uma série de atos, medidas ou conformações que vinculam a atuação do Poder constituinte e mesmo lhe apresentam alguns limites à operação. GOULART, C. S. **Formas e sistemas de governo**. Uma alternativa para a democracia brasileira. Porto Alegre: CPGD-UFSC, Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 163-170.

⁵⁹ . Canotilho faz destacar que o Poder Constituinte estaria vinculado, ainda, por normatividade superior, ditada pelos princípios do Direito internacional. Op. cit., p. 77.

Emenda à Constituição de 1967, é pródigo para ilustrar o ponto. Note-se, em primeira mão, que o Poder encarregado de produzir a nova Carta foi convocado por norma produzida pelo ordenamento a perder o seu fundamento de validade. Preenhe de significado essa opção, pois traduz a idéia de processo constituinte compromissório, transicional e sem cortes abruptos na ordem estabelecida. A nova Constituição aparece como símbolo de uma transição transacionada ⁶⁰.

Ademais a Emenda Constitucional nº 26 definiu algumas linhas de funcionamento do órgão constituinte. Estabeleceu que o futuro legislativo – Senado e Câmara -, eleito no pleito ordinário de 1986, seria empossado com dupla função: legislativo ordinário e constituinte. Recepcionou, para o órgão constituinte, a representação de um terço de Senadores eleitos no ano de 1982, como Senadores Constituintes. Definiu o nome do órgão constituinte: Assembléia Nacional Constituinte. Regulou alguns atos de instalação como a sessão de abertura de trabalhos, a cargo do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. Mesmo instalada a Assembléia Nacional Constituinte, algumas normas tiveram de ser elaboradas, como regular o processo de comissões, que deveriam ser estabelecidas, e várias regras procedimentais.

A ilimitação do Poder Constituinte há de ser ponderada nos quadrantes anteriormente apresentados. Configura o ato de instalação de uma nova ordem jurídica. Pode-se dispensar a normatividade do sistema pregresso; não se pode, todavia, dispensar alguns atos normativos pré-constituintes ou normas conformadoras do processo constituinte.

1.11. Os preâmbulos no corpo da Constituição.

⁶⁰ . BARROSO, P. H. **Poder constituinte e Constituição**. Curitiba: Juruá, 1999. P. 83-98. BORGES, A. W. a ordem econômica da Constituição: Um balanço das reformas constitucionais dos anos 90. **Cadernos de estudos jurídicos contemporâneos**, Uberlândia, v. 1, n. 1, p. 93-100, ago. 2001.

Percebe-se que os preâmbulos estão presentes na história das Constituições, como elementos das disposições textuais - e tomando-se como marco fundador os textos constitucionais do século XVIII -, na maioria de seus textos. A inserção dos preâmbulos está enraizada na tradição de redação dos textos constitucionais. O texto de abertura das Constituições, em sua generalidade, é denominado preâmbulo constitucional. Pode-se afirmar que a organização consagrada das práticas de redação constitucional, a despeito das peculiaridades do Poder Constituinte, vivida ao longo de duzentos anos, referenda a estrutura indicada por Hans Kelsen, José Afonso da Silva e Paulo Bonavides.

Os preâmbulos são definidos como texto que precede, que serve de abertura, antecedente. Essa posição dos preâmbulos, vez por outra, acabou gerando confusão ou indistinção com outros elementos como a ementa e epígrafe. Para Hésio Fernandes Pinheiro, por exemplo, o preâmbulo compreenderia os seguintes pontos:

- i) o título subdivido em epígrafe e rubrica ou ementa;
- ii) a autoria e a fundamentação da autoridade - a fórmula de promulgação;
- iii) as cláusulas justificativas do ato - *consideranda*;
- iv) ordem de execução ou mandado de cumprimento ⁶¹.

A ementa é dispensável no texto constitucional. O que indicar como síntese do texto normativo? A idéia de globalidade das normas básicas contidas na Constituição? Obriga-se, portanto, que concisão ou clareza possam ter a ementa da Constituição a não ser anunciá-la como a norma dos fundamentos de organização do Estado. Não há como confundir-la com outras espécies normativas. O mesmo se diga da epígrafe na Constituição. A Constituição é a norma superior, formal e hierarquicamente, no sistema. Só pode ser a primeira norma, não estando sujeita à numeração seqüencial - outra Constituição seria a

⁶¹ . PINHEIRO, H. P. Op. cit., p. 29.

instalação de nova ordem normativa, não se admitindo a existência da primeira, segunda ou terceiras constituições ⁶².

O preâmbulo estampa em seu texto a autoria, a fórmula de promulgação, o assinalar da autoridade responsável pela produção do ato. Saliente-se que na Constituição há ainda, identificando a produção normativa, a assinatura, ao final, também servindo como fórmula de promulgação. No caso das Constituições brasileiras - excetuando a de 1824 - a menção à autoridade produtora é genérica - *nós os representantes do povo, a assembléia constituinte*. A assinatura (ou assinaturas) do produtor ou dos produtores - os constituintes - vem elencadas ao final ⁶³.

O preâmbulo traz ainda o mandado de cumprimento do constituinte. Na Constituição este mandado de cumprimento reveste-se de significado especial. É a decretação de instauração de nova ordem normativa. i. e., a mudança de um regime ou sistema para o novo, fundado no novo texto constitucional ⁶⁴.

O preâmbulo constitucional apresenta este tríplice caráter:

- i) apresentação da autoridade produtora - *nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia (...)*;
- ii) delineamentos de justificação do ato constituinte - *para instituir um Estado Democrático, (...), destinado a assegurar a todos (...)*;
- iii) o ato de instalação da nova ordem - *promulgamos a Constituição*.

⁶² . As Emendas à Constituição obedecem aos parâmetros da Lei Complementar n° 95, sujeitando a técnica redacional das leis. Apresenta, portanto, epígrafe e ementa. A numeração das leis segue a seqüência iniciada em 04 de outubro de 1946. A Lei n° 01 é datada desse dia. A Lei Complementar n° 95, de 1998, determina essa numeração continuada. Obviamente as Emendas à Constituição seguem a numeração a partir do ano de 1988, data do advento da nova Constituição. Esta estrutura, que o autor engloba genericamente como preâmbulo, é classificada, nos termos da Lei Complementar n° 95, de 1998, de maneira diversa. São consideradas integrantes da parte preliminar do texto normativo. A rubrica ou ementa, e a epígrafe, não são catalogadas como preâmbulo.

1. FERNANDES, H. P. Op. Cit. p. 38-41.

⁶³ . PINHEIRO, H. P. Op. cit., p. 55-57.

⁶⁴ . Ibid., p. 80-81

O preâmbulo tem a função de justificador da ordem constituinte. Aproveita-se o legislador constituinte para a exposição dos motivos de seu ato. Há casos, na história constitucional, de longos trechos para justificar a ação constituinte. Nota-se uma acentuada pormenorização do constituinte quando a norma tem caráter autoritário. Nessas condições o preâmbulo torna-se a peça de redação para a justificativa de ruptura de ordenamentos. Noutras ocasiões, o legislador aprofunda-se em motivos históricos ou condicionantes políticos que o guiaram na redação do texto ⁶⁵.

1.12. Compreensão preliminar do capítulo sobre o preâmbulo e o texto constitucional.

É possível a aproximação entre a técnica legislativa – e a técnica de redação legislativa – e o modelo de redação consagrado na história constitucional. A seqüência para a compreensão da feitura das espécies infraconstitucionais – Emendas à Constituição, leis (em suas várias espécies) – é a seguinte: *processo legislativo, procedimento legislativo e técnica legislativa*. Aproxime-se esta seqüência da produção da Constituição. Não há nenhuma dúvida que existe um *processo constituinte*. Aliás, de duas espécies: originário e derivado. O *procedimento constituinte*, que apresenta maior dificuldade para a sua afirmação e registro, pode ser visualizado em atos pré-constituintes ou de conformação constitucional que influenciam a produção do novo texto constitucional. A exteriorização de atos procedimentais se dará por técnica adequada para a redação do novo texto – a técnica constituinte.

A ausência de norma para a produção de outra norma, no caso da Constituição, seria a ausência de norma para a produção da Constituição. O problema para a compreensão da técnica constituinte não pode ser resumido a este ponto de vista. Isto quer dizer que, para a

⁶⁵ . Ibid., p. 75-76.

produção de normas infraconstitucionais, há norma regulando a produção doutras normas: é a Lei Complementar nº 95. Para a produção da Constituição há a ausência total de regulação? Ora, o sistema de direito posto, com a unidade na Constituição posta, é uma parte com relação peculiar de existência e validade no sistema. Pois bem. Ao falar de sistema do Direito não se pode resumi-lo ao relacionado de normas postas. Há, como sistema, aquela compreensão de sistema de direito posto pela dogmática jurídica. Para a dogmática, as fases anteriores à inserção da norma no sistema, como projeto, uma proposta de emenda, uma mensagem normativa, são relevantes. Ora, isto quer dizer que a técnica de produção do texto normativo é integrante do sistema da dogmática. A dogmática, portanto, trabalha com os limites da validade do sistema. A norma fundamental confere unidade ao sistema – unidade gnosiológica. É a constituição em seu sentido lógico-jurídico. Esse *iter* entre a norma fundamental e a norma constitucional posta não escapa aos trabalhos da dogmática, e nem aos trabalhos da técnica constituinte. O poder constituinte apresenta normas de condução de seu trabalho⁶⁶.

Não se é possível esquecer que a ordenação do texto e a sua forma não constituem situações que possam ser estudadas fora da história. A regularidade descrita por Paulo Bonavides, Hans Kelsen e José Afonso da Silva é o atestado de uma simetria na prática de redações de Constituições, constatada historicamente. Essa prática redacional acaba indicando, na história constitucional, uma normatividade pré-constituente capaz de vincular a redação da Constituição. Essa normatividade pré-constituente é confeccionada inspirada em experiências acumuladas em três séculos de redação constitucional. Comparando-se os sistemas constitucionais dos vários Estados, a teoria constitucional ordena o seu sistema de apresentação formal da Constituição.

⁶⁶ . VILANOVA, L. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad. P. 178-179.

O sentido formal de Constituição é a encarnação dessa prática de mais de trezentos anos. O nascimento do constitucionalismo inspirado no modelo liberal é o nascimento de um padrão redacional para as Constituições. Obviamente, não se pode eliminar que certas dimensões condensadoras de conteúdos, em vez de simples esquemas estruturais do texto, na verdade, são opções do constituinte – ato de vontade – ou reflexos axiológicos na redação. A técnica constituinte não restringe o conteúdo ou extensão da Constituição, nem define quais as matérias ou conteúdos. Pelo contrário, dá à Constituição padrões de formalização do esquema de conteúdos eleitos pelo constituinte (aí o interminável debate entre os sentidos formal e material de Constituição) além de determinar certos modelos inspiradores na redação constitucional.

Verifica-se, na redação de Constituições que é praxe a colocação de material de abertura. Este com a identificação da autoridade produtora, do momento de produção da norma e dos objetivos de sua produção constitui o preâmbulo constitucional. Assim, constata-se que o preâmbulo esteve presente desde o advento do moderno constitucionalismo – Constituição dos EUA em 1787. Todas as Constituições brasileiras trazem preâmbulos em sua abertura, tornando-se comum esta prática redacional na distribuição de conteúdos e matérias da Constituição. Destarte, o preâmbulo é a peça de abertura das Constituições.

2. OS VALORES E AS NORMAS NA CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA.

2.1. A diferença entre sistema interno e sistema externo.

No primeiro capítulo adotou-se a terminologia *sistema esquemático de normas* para designar a realidade dos textos normativos reunidos em volumes de Direito legislado. Estes textos são ordenados segundo referências de sistema, cujo o material na sua composição literária, distribui-se em conjunto. Este vai da redação do texto normativo (partes do texto) a articulação da partícula textual fundamental, o artigo, em escalas crescentes e decrescentes: seção, capítulo, título, livro, parte ou parágrafo, inciso, alínea, item. Essa parte da organização dos textos em sistema chamou-se *organização interna dos textos*.

Além da mirada de organização interna dos textos normativos, sempre preocupou à teoria do Direito a ordenação sistemática que pudesse reproduzir, no plano normativo, a estratificação de poderes e fontes produtoras de organização social. Tal reprodução foi alcançada, com êxito, no esboço da teoria das fontes do Direito, por meio de esquemas que

ilustravam uma ordenação do Direito posto, em dado Estado, com hierarquia e estratificação, cujo o primeiro capítulo representava-se como uma organização externa dos textos normativos. O recurso de hierarquização da teoria das fontes do Direito encontrava o seu limite, porém, na compreensão avidamente formalista e politicamente comprometida com a visão de mundo do liberalismo e na hipostasia da lei e do psicologismo da *voluntas legislatoris*.

Esse pivô de sistema esquemático dos textos normativos, da organização interna e da organização externa, recebeu um notável acréscimo com as concepções do sistema em sua variante lógico-formal que trouxe, com notável contribuição, um método próprio e a tão acalentada definição objetual da ciência do Direito. A variante lógico-formal pretendia descrever um sistema hierarquizado, escalonado e individualizado, normativo em sua individualidade objetual, e normativamente fundado em sua produção - de novas normas - e que encontrasse a sua unidade gnosiológica, num plano *a priori*, na norma fundamental, topo da cadeia normativa e da unidade do sistema. Por razões de sobra é de se ver que as concepções lógico-formais se, por um lado, valeram-se da teoria das fontes do direito - e da idéia de organização externa do sistema literário do Direito legislado, por outro lado, prosseguiu, ao reconhecer a unidade sistemática como requisito de construção da própria ciência do Direito e do seu peculiar método.

Porém o sistema de normas não está ordenado e conserva a sua unidade exclusivamente em esquemas formais ou literários. Há dimensão do fenômeno jurídico que não é possível compreender sem uma visualização material o que, para certos movimentos críticos, torna mesmo impossível pensar no sistema do Direito como unidade e com peculiaridade objetual. Para tais movimentos críticos o direito está vinculado a dimensões extrajurídicas, já que alguns desses movimentos entendem ser incompatível a tomada material sem abandono de concepções sistemáticas. Acrescente-se, desde já, como informações

nascentes do texto, que não se está buscando uma dimensão material do Direito que o faça perecer enquanto unidade e ordenação, antes disso, busca-se uma abordagem que permita captar o sistema como unitário e ordenado, em sua inegável dimensão material: axiológica e teleológica.

O trabalho importa-se por nutrir uma referência instrumental, dividindo o conceito de sistema em *sistema interno* e *sistema externo*, dicotomia que vai além da simples organização interna e externa de textos normativos. O sistema externo é concebido como a reunião de matérias jurígenas, aos conceitos ordenados pelo texto da lei (como a Lei Complementar nº 95) de forma clara e abrangente. No presente trabalho, o sistema externo do Direito e a posição do preâmbulo foram abordadas no primeiro capítulo.⁶⁷

Já o sistema interno é apreciado por sua conexão - intestina - material do sistema do Direito, unidade e ordem que se realizam nos escopos do sistema e na estrutura de valores. O sistema interno é tratado como um sistema axiológico e teleológico que está escorado nos fundamentos racionais de compreensão sistêmica, fugindo aos extremos do irracionalismo e ao extremo da concepção lógico-formal do Direito. O material legislado é o valor primário de uma concepção sistemática axiológica-teleológica que, por ser primário, só encontra a sua realização e ordenação unitária nos valores e em certas normas de escalão superior - materialmente superior – cujas normas são os princípios⁶⁸.

Por fim, far-se-á necessária a apresentação, neste capítulo, entre as realidades dimensionais valorativas (axiológicas), a qual determina fins e escopos para o sistema (teleologia), cujas as realidades são traduzidas em complexos normativos de dupla natureza: princípios e regras. É o momento de informação sobre o escorço de sistema interno já escorvando o papel dos preâmbulos nessa tomada axio-teleológica do Direito.

⁶⁷ . De acordo com o primeiro capítulo e as idéias de: CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. P. 26.

⁶⁸ . *ibid.*, p. 66-76.

2.2. A presença de valores na Ordem normativa.

A mensagem do preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 indica que os Representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Assembléia Constituinte, elaboraram o texto constitucional com o objetivo de instituir um Estado Democrático, cuja liberdade, justiça, desenvolvimento e bem-estar seriam vistos como valores supremos. Imediatamente colocamos a expressão *bem-estar*, do ponto de vista semântico, como valor supremo, em caráter finalístico de uma Constituição. Em outras palavras: qual a direção normativa? E se houver direção normativa, em parte de mensagem preambular, poderia ser extraída de expressões ambíguas e vagas como *justiça, liberdade e bem-estar*?

A resposta para o questionamento começa pela constatação de que há, inegavelmente, uma impregnação da idéia que se possa fazer no Direito e na própria justiça, de expressões como *bem-estar, justiça e liberdade*. Este impregnar do Direito e Justiça são manifestações da própria legitimidade de um certo complexo de normas - que no caso é o ordenamento constitucional brasileiro - e, mais além, são os critérios de sociabilidade e coexistência do homem: não há direito ou justiça que não sejam pautados por justiça; não há existência social que não se pautem para atingir o bem-estar. A idéia de bem-estar, por exemplo, imprime a certos fatos ou ações, cotidianas e possíveis de regulação não-causal da vida do homem a alteridade necessária para distinguir o *estado em que se atinge o bem-estar* do seu contrário, o *estado de mal-estar ou injustiça social*.⁶⁹

Ao estabelecer no texto da Constituição, em sua parte textual de entrada, o preâmbulo, o constituinte procura fixar uma direção para a verificação de todo o complexo normativo que redige na seqüência. No artigo 3º, V, estampa como objetivo da República, entre tantos, a promoção do bem de todos; no artigo 170, caput, fundamenta a Ordem

⁶⁹ . SOLER, S. La idea de bien comun. In: **Derecho, filosofia y lenguaje**. Homenaje a Ambrosio L. Gioja. Buenos Aires: Astrea, 1976. P. 195.

Econômica na existência digna; no artigo 193 coloca como objetivo da Ordem Social o bem-estar. Ao estampar no preâmbulo e repetir em todo o complexo de normas o bem-estar, o estar digno, o constituinte fez uma determinação para a verificação de condutas adequadas e inadequadas, ações contrárias e ações conformes aos seus ditames.⁷⁰

Para Soler, é possível detectar com a redação de expressões como o *bem-estar*, na Constituição, duas idéias centrais sobre as mesmas expressões:

i) A expressão *bem-estar* é um dado, ser, puramente social, extrajurídico, autônomo em relação ao complexo normativo, consagrando uma dualidade, entre a expressão o mundo jurídico, em que o verdadeiro *bem-estar* está *além da ordem jurídica, é um elemento fundante da mesma ordem sem integrá-la.*

ii) A expressão - ou expressões - como *bem-estar*, é indicativa de *valores* que são o fundamento ou a sustentação do sistema jurídico que *ao sustentar o sistema, com ele está ligado em trama relacional umbilical.*⁷¹

A segunda idéia de *bem-estar* apresenta uma certa construção de sistema jurídico que indica a presença de componentes axiológicos - valores - reunidos em trama, servindo de sustentação às diretrizes preceptivas, proibitivas e permissivas do ordenamento. Desde já é de salientar que Sebastián Soler entende que são valores - plurais, muitos - que sustentam o ordenamento e não o valor - absoluto, singular - que fundamenta a ordem jurídica. O sistema de normas jurídicas é influenciado por uma trama de valores.⁷²

Essa trama de valores reflete nas normas jurídicas que os consagram gerando, muitas vezes, normas contrárias ou em sentidos diferentes, especialmente normas de escalão superior como os princípios, haja vista que os princípios consagram valores contrários, antinômicos, não existindo, mesmo no espaço de uma norma isolada o fundamento em um único valor. Não há como fundar o princípio da igualdade, por exemplo, num único valor.

⁷⁰ . Ibid., p. 196.

⁷¹ . Ibid., p. 195.

⁷² . Ibid. , p. 195-197.

Embora não possa ser fundada uma norma em único valor, pode bem acontecer de determinado subsistema rejeitar, em bloco, determinados valores, como o faz o direito penal em relação ao princípio da legalidade e a exigência de previsão legal para a pretensão punitiva ser erigida, fazendo triunfar o valor segurança.⁷³

A dualidade entre os valores e o ordenamento jurídico, colocando-os como elementos extrajurídicos, além da linha de fronteira do sistema, pode ser rechaçada da seguinte maneira: os valores podem ser externalidades ao sistema; não são, porém, arredados do sistema. Como Soler exemplifica com a aquisição da plena capacidade civil aos vinte e um anos, é bastante plausível que muitas pessoas, com idade inferior a vinte e um anos, gozem de atributos de consciência, higidez e maturidade suficientes para contraírem obrigações e, em suma, realizarem todos os atos da vida civil. Isso seria uma avaliação toda fundada em elementos extrajurídicos, como creditar fé às pessoas de boa índole e de reto comportamento e analisar a cada um, conforme o seu comportamento. Todavia, o ordenamento jurídico já acolheu uma determinada escala etário-biológica - vinte e um anos - com fundamento na externalidade, no valor segurança. A segurança das relações jurídicas é a externalidade que serve de fundamento ao sistema e não há como arredá-la com ponderações extrajurídicas. Somente outras dimensões normativas, fundadas no mesmo valor segurança, podem arredar a aquisição da maioridade aos vinte e um anos - a debilidade mental, por exemplo.⁷⁴

Entretanto, com a definição de certas externalidades axiológicas desloca-se o problema para um segundo plano: a ordem de preferências e realizações de valores pelo Legislador/constituente. Certamente a opção do legislador vai ao sabor do jogo de preferências e referências da sociedade, destacando ou optando por valor *x*, reputado como positivo,

⁷³ . Ibid., p. 197. COELHO, E. M. **Introdução ao direito penal contemporâneo**. Uberlândia: IJCON, 2002. P. 51-53. Sobre a idéia de subsistema normativo: PROENÇA, J. M. M. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 34-35.

⁷⁴ . Ibid., p. 196. A capacidade civil plena há de ser ponderada, no exemplo, com a nova estipulação do Código Civil, Lei nº 10.406/02, que fixa a idade para aquisição em dezoito anos. Artigo 5º do novo Código Civil brasileiro.

rejeitando o valor *y*, reputado como negativo. Expressões como *bem-estar*, na verdade, estariam cobertas por valores que o legislador entendeu positivos ou apetecíveis ao sistema. *Bem-estar* deve conjugar ou resultar de valores positivos: bem-estar individual, coletivo, material. Ressalta-se que os valores que funcionam como externalidades do sistema são valores heterônomos, evitando, assim, uma confusa associação aos planos da moralidade e da ética interna.⁷⁵

A coletividade expressa opiniões - que são opiniões comuns - sobre os valores relevantes para a ordem jurídica, servindo como o fundamento para a produção de textos normativos pelo constituinte/legislador. O momento de produção normativa, deve ser realçado que este não decorre dos fatos, de um simples recorte de fatos ou condutas possíveis, mas antes de uma valoração que é estabelecida sobre os fatos. As normas jurídicas são decorrência de valorações comuns sobre fatos/condutas, reputados valiosos (daí sendo graduada a alteridade de condutas positiva/negativa) e aí a sua inserção no ordenamento. Alcançar o bem-estar e tomar o bem-estar como o estado de positividade a que a coletividade almeja: uma opinião comum e uma valoração comum. Além da valoração no ato de produção normativa geral não se há de deixar esquecido que o interpretar a norma leva em consideração os valores que são as suas externalidades, bem como o ato decisório da interpretação é, também, a expressão de uma valoração.⁷⁶

2.3. A posição dos valores no conhecimento - filosofia e teorizações do Direito.

Mas em que consistem os valores? Seria necessário, para enfrentar os problemas de atribuição de sentido e significação às expressões do sistema do Direito, definir ontologicamente os valores, apresentados como externalidades do sistema, e estabelecer a sua

⁷⁵ . SOLER., S. Op. cit. p. 198.

⁷⁶ . Ibid., p. 199-200. As expressões podem ser objetos de: i) opiniões comuns, ii) opiniões particulares. Quando da avaliação particular de uma expressão, podem ser objetos de: i) valoração comum; ii) valoração particular.

relação com os integrantes do sistema, as normas jurídicas. Certamente, a atribuição de um conceito aos valores importa na primeira tarefa de disciplinar qual o campo da reflexão humana lhe dedica atenção. As atividades e atitudes teoréticas do homem são investigadas pela filosofia em disciplinas como a teoria do conhecimento e a lógica, agrupadas na teoria do conhecimento. A reflexão sobre as atividades não-teoréticas encontra-se em outro campo de indagações do espírito, a saber, a teoria dos valores, a axiologia.⁷⁷

Essa ordenação da teoria dos valores, da axiologia como campo de indagação espiritual não-teorética, é de importância capital para evitar confusões metodológicas e esboços de sincretismo especulativo pouco elucidativos. A axiologia e os valores são a supremacia de um foco de estimativa que dá sentido à concepção de vida do homem. Importa especificamente tratar da relação que a teoria dos valores pode ter com as formas de conceber o Direito. Situemos historicamente a colocação: desde o evoluir da escola histórica, no século XIX, o Direito cindiu a sua abordagem em um campo especulativo e outro direcionado à aplicação das normas de um sistema de Direito posto. Torna-se vultoso o problema de inserir a preocupação com os valores dentro dessa ordem do pensar o Direito. No início do século XX, a preocupação objetiva de Kelsen vai delinear os contornos da ciência do Direito e, já no esboço de sistematização, elencar o problema da *validade* do sistema, aproximando-se da teoria dos valores (a norma fundamental como ápice de validade do sistema). No evoluir do constitucionalismo social, surgem os problemas expressos de opções ideológicas no texto constitucional e, por rebatê-lo, definir qual o valor - ou quais os valores - estão traduzidos na Constituição.⁷⁸

A aparente descoberta dos valores pelo Direito não deixa de ser o reflexo da dispersão da teoria dos valores dentro da filosofia. A teoria dos valores, que hoje é considerada disciplina fundamental da filosofia ao lado da teoria da ciência e teoria da

⁷⁷ . HESSEN, J. **Filosofia dos valores**. Tradução e prefácio de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Almedina, 2001. P. 31.

⁷⁸ . REALE, M. **Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 37.

realidade, dispersa em pontos de vista e teorias. Esta dispersão não deixa de ser causada pelo recente despertar da filosofia para o campo da teoria dos valores e da dimensão axiológica do espírito. É recente, portanto, o deslinde da conexão necessária e indispensável entre a ontologia e a axiologia. Também é recente a descoberta do sentido prático da axiologia na determinação do sentido da vida e no portar e conduzir-se do ser humano. Aí é que entra a integração entre o dever ser e a axiologia ou, em palavras diretas, é também recente a preocupação e a problematização, a partir da teoria dos valores, da sua relação com o universo deontológico do Direito.⁷⁹

Como enfrentar o problema dos valores na abordagem do fenômeno Direito após o impacto da teoria dos valores e do constitucionalismo social e da estrutura do Estado de Bem-Estar? De maneira acurada, Tercio Sampaio Ferraz Jr. demonstra que o pensar sobre o Direito divide-se em duas abordagens principais sobre o fenômeno: abordagem especulativa, zetética; abordagem dogmática, diretiva. Abordar o fenômeno Direito é defrontar-se com uma realidade complexa que diz respeito a três questionamentos clássicos:

i) Satisfazer ao questionamento do *que é o Direito?* Busca-se a satisfação da arquitetônica do fenômeno.

ii) Satisfazer ao questionamento de *como é o direito?* Busca-se a satisfação da construção do Direito.

iii) Satisfazer ao questionamento de *como aplicar o direito?* Busca-se a satisfação da técnica do direito.

A abordagem zetética tem o contorno especulativo, de premissas abertas, inclinando-se ao questionar sobre os fundamentos do Direito e a sua própria existência, além de focar o Direito como regulador efetivo - no sentido de fatos sociais regulados - de condutas sociais e como instrumento de ordenação social dentro de certas condições. A

⁷⁹ . Ibid., p. 32-33, p. 40.

abordagem dogmática, com face diferenciada, parte de normas jurídicas postas, de natureza contrafática, realizando e elaborando construções conceituais capazes de servir ao normativo enquanto programa de ação e direção dos conflitos atuais e potenciais da sociedade. Embora dissociadas, as duas abordagens são faces do mesmo fenômeno, o Direito. O que vai lhes apartar é o objeto de sua abordagem e, especialmente, a metodologia própria de abordar o fenômeno: ênfase na norma posta, ênfase na idéia de sistema normativo, visualização causal ou de imputação do Direito.⁸⁰

Como não poderia deixar de ser, as disciplinas de zetética jurídica guardam maior proximidade ou apresentam-se como terreno fértil para a aproximação à teoria dos valores. Estão presentes aí disciplinas como: a lógica do raciocínio jurídico, a política jurídica, a filosofia do Direito, epistemologia jurídica e lógica formal das normas. Além do mais, como campos especulativos, acabam por interseccionar com os problemas fundamentais da filosofia e da teoria dos valores. Todavia, é no campo da especulação dogmática que cresce a curiosidade de como poderia ser aproveitada a teoria dos valores. Aí entra um dos mais interessantes pontos de vista expressos por Ferraz Jr.:

È verdade que, modernamente, as transformações e o aumento da complexidade da sociedade industrial alteram essa situação.

(...)

Com isso, foi sendo montado um complexo instrumento jurídico (...).

Ora, neste contexto, o direito, como fenômeno marcadamente repressivo, modifica-se, tornando-se também e sobretudo um mecanismo de controle premunitivo.

(...)

Nessa circunstância, o jurista, além de sistematizador e intérprete, passa a ser também um teórico do aconselhamento, das opções e das oportunidades.⁸¹

⁸⁰ . FERRAZ JR. T. S. **Introdução ao estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 39-51.

⁸¹ . Ibid., p. 84.

Para Ferraz Jr., a dogmática jurídica não é um complexo científico que contente-se com a forma descritiva de uma realidade objetiva - a norma. Antes, vale-se de construções argumentativas, à exaustão, para a elaboração de seus conceitos que são persuasivos, de recomendações e de orientações. A dogmática jurídica usa de complexos argumentativos que tomam como base de sua construção certos valores, seja como ponto de partida, seja como meio para persuadir o agente a que se destina a sua mensagem: um julgador, um aluno dos cursos jurídico ou teórico.⁸²

A fulgurante necessidade de abordagem da teoria dos valores, curiosamente, conduz à aproximação entre as duas abordagens do Direito, as abordagens zetéticas e dogmáticas. No século XX, sob impacto das mudanças nas sociedades capitalistas, o problema das finalidades e dos valores diretores do Direito tornou-se a preocupação maior do que Miguel Reale denomina *profunda renovação dos estudos filosófico-jurídicos*. No século XX, abandonam-se as clivagens extremadas entre a ciência do Direito e a filosofia do Direito que marcaram os séculos XVIII e XIX, a era do constitucionalismo liberal. Os esquemas formais e abstratos da filosofia do Direito e o sistema legalista da ciência do Direito (de inspiração positivista) cedem lugar ao entrelace entre o jurista e o filósofo, preocupados em uma ciência do Direito afinada aos sistemas sociais em transformação e carentes de uma filosofia concreta, identificadora dos valores. Ocorre uma *volta ao objeto*, orientando-se a abordagem do Direito à objetividade, aos fundamentos axiológicos e à ética como portadora de inevitável conteúdo axiológico. Há a virada de abordagem da filosofia e ciência do Direito na introdução dos modelos constitucionais do Estado Social, das Constituições programáticas e do patente conteúdo finalístico e axiológico do sistema do Direito, resultando no enlace entre a abordagem zetética e dogmática do fenômeno Direito, sempre atentas ao conteúdo axiológico do ordenamento.⁸³

⁸² . Ibid., p. 85-87.

⁸³ . REALE, M. **Teoria tridimensional do Direito**. Situação atual. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986. P. 1-12.

A apreensão do enlace, entre a ciência do Direito e a presença dos valores, leva Carlos Cossio a definir que a compreensão do Direito como um sistema normativo e, também, como um sistema de teorizações deste mesmo sistema de normas, realiza-se com base em três coordenadas:⁸⁴

- i) dogmática jurídica;
- ii) lógica jurídica;
- iii) estimativa jurídica.

A ciência do Direito, nas palavras de Cossio, é formada, enquanto ângulos de enfoque sobre o problema do Direito, a partir do duplo enlace, com a lógica jurídica e estimativa jurídica. O mesmo autor salienta que o grave erro metodológico em que incorrem alguns teóricos é aproximar a estimativa jurídica de uma estimativa moral. A estimativa jurídica deriva de uma estimativa positiva e não uma estimativa ideal. O caráter científico do Direito decorre de uma experiência que é, antes de nada, uma experiência de valores, longe de ser uma experiência neutral - própria às ciências da natureza, embora a ciência do Direito construa o seu esteio metodológico sobre a neutralidade. Ora, como resolver a presença de valores dentro da ordem normativa com a necessidade neutral da ciência do Direito? A definição de Cossio, da ciência do Direito, acaba por cercar a abordagem do Direito, em três aspectos inter-relacionados, em que não se descarta da abordagem das dimensões axiológicas do sistema. Ocorre, todavia, que esta abordagem científica não confunde a apreensão formal do seu objeto de estudo - campo da lógica jurídica - e menos ainda os valores positivados no sistema - objeto da estimativa jurídica. Assim resolve Cossio a necessidade de rigor metodológico de um fenômeno multifacetário como o Direito.⁸⁵

⁸⁴ . COSSIO, C. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954. P. 8-9.

⁸⁵ . *Ibid.*, p. 70.

2.4. Conceituando os valores - ontologia dos valores.

Ora, visto que a estimativa é presença no estudo do sistema normativo, para conceituar a relação entre o dever ser; o sistema normativo do Direito e o mundo dos valores, necessário é partir de uma conceituação dos valores, com um trabalho ontológico estes. Justamente há de se esclarecer que o valor, como *números* tais como ser e existência, não é possível de conceituação e sim de mostração de seu conteúdo. A teoria dos valores - disciplina da filosofia - parte do próprio valor, como algo que é dado, como um lado da vida humana, e o valor nos é dado pela vivência que dele temos, daquilo que é valioso. Algo que tem valor é o que em virtude deste próprio valor, toca o sentimento de valores. Ou melhor, o valor se releva na peculiar forma de vida do que é valioso.⁸⁶

Mas o que seria a compreensão do valioso, a forma de vida do valioso? Pode-se entender os valores com uma variante biologista, de corte naturalista, partindo-se da constatação que, antes dos fatos sociais, a vida do homem é moldada por fatores físicos e biológicos. A existência seria o acumular progressivo, do biológico ao sociológico, cumulando-se fatores de hereditariedade física e socialização da cultura. Os valores são relações de adaptação os quais são estabelecidos o valor positivo e o valor negativo. Essa relação de adaptação é processada em dois planos: subjetivo e objetivo. Ora, os dois planos acabam por se ligar à própria idéia de adaptação já que este corte biologista entende a estimação dos objetos, feita pelo sujeito, determinando o que é valor positivo e o que é valor negativo, como conseqüências do complexo de sensações, da ligação do sujeito com o mundo físico que o circunda.⁸⁷

Um valor individual seria a estimativa de um objeto, feitas por um sujeito, enquanto os valores coletivos são estimativos de vários objetos, feitas por vários sujeitos. A

⁸⁶ . HESSEN, J. Op. cit. p. 44-46.

⁸⁷ . PONTES DE MIRANDA, A. A. **Sistema de ciência do direito positivo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 187- 194.

estimação do objeto pelo sujeito transmite a sensação de domínio do mundo físico, incute-lhe a previsibilidade e prevenção do físico circundante. Assim, os valores são escalas de ajustabilidade - em relação ao mundo - dos sentimentos do sujeito, numa escalada em que algo que tem valor para alguém, no momento em que influencia a existência de outro, torna-se a representação e ajustabilidade objetiva.⁸⁸

A adaptação, relação estabelecida sobre a base dos valores, é variação, se realiza para o ser. Interessante notar que essa realização do ser, obedecendo ao corte biologista, se efetiva pelo mais curto caminho, pelo mais curto tempo, com o menor gasto de energia, com a menor variação de força. E por que esta visão da adaptação? Por que a adaptação é a função final de todo o organismo, incluindo-se o homem. A adaptação pode ser representada por um binômio, entre adaptação interior e adaptação exterior, o binômio *exterior x interior*. Seja **X** as forças externas e **Y** as forças internas, elas agem no ser da seguinte forma:

$$L = (X + Y)^n \text{ (}^n \text{ significa elevado a } n\text{, onde } n \text{ é um natural, } n = 1, 2, 3, 4, \dots\text{)}.$$

Onde **L** é a ação.

Vemos claramente que a ação não é simplesmente a soma dos dois termos **X** e **Y**. Isso pode indicar que essa ação não varia linearmente com a soma dos dois fatores, ela possui relações mais complexas (relações quadráticas para $n = 2$, ou até cúbicas para $n = 3$, etc...). Essa não-linearidade (que variações em **X** ou **Y** não representam, graficamente, variações retas em **L**) pode dizer que **L** possui uma *sensibilidade* (no sentido de quão rápido cresce ou decresce essa relação com **X** e **Y**) não-trivial - não-linear. Pode ser interessante mostrar que:

$$(X + Y)^n \text{ é diferente de } (X^n + Y^n):$$

$$(X + Y)^n = X^n + nX^{(n-1)}Y + [n(n-1)/2!] X^{(n-2)}Y^2 + \dots + Y^n$$

O que explicita o comportamento não-linear do binômio.

⁸⁸ . Ibid., p. 189-193.

A adaptação poderia ser visualizada, no ser racional, como um dado, como a inércia, no qual podem ser alinhadas ou descritas, por exemplo, a existência entre a causalidade e a liberdade nas ações humanas:

L (ação humana) = (X + Y) ^n; X como liberdade e Y como causalidade.

A adaptação pode ser um processo causal ou, de maior interesse para o Direito, processo premeditado ou querido, tomando-se como base a idéia de que a moral e o Direito não são simples adaptações causais, motivadas por necessidades físicas imediatas como dor e prazer, embora, como visto nos parágrafos acima, entender os valores como fenômeno biológico, não poderia deixar de lado o papel da adaptação instintiva ou biológica, em primeiro plano, para a moral. E qual seria o papel do Direito, relacionando-o aos valores? Os valores definem a adaptação, com o sinal do bem, ou com o sinal do mal. O Direito é processo de adaptação - em busca do bem, influenciado pelo bem - inclusive o Direito funciona como corretivo dos defeitos de adaptação.⁸⁹

A relação estabelecida entre o ser e o objeto, na abordagem dos valores pelo corte biológico, ao mesmo tempo em que estabelece a indissociação entre as ciências naturais e normativas – exposta acima -, por outro lado não deixa de descortinar um aspecto relevante dos valores: a sua natureza relacional. Bem pode ser afirmado que os valores fazem tocar em dois momentos do ser: a vivência dos valores, para determinar a entrada; ou o estar em estado psíquico de enriquecimento e engrandecimento anímico; outro aspecto ativo, também incluído na vivência dos valores, em sua primeira etapa, é o ato de valorar. Reconhecer algo como valioso é emitir juízo de valor; sobre alguma coisa, é dar valor a alguma coisa.⁹⁰

⁸⁹ . Ibid., p. 195-202. A demonstração pelo binômio procura ser fiel aos propósitos do texto de Pontes de Miranda, daí a utilização de formulação do mundo do ser para ilustrar algo da dimensão axiológica e deontológica. A pretendida unidade entre a metodologia das ciências naturais e ciências normativas leva-nos à descrição acima, baseada na obra de Pontes de Miranda. Sobre os fundamentos da teoria de Pontes de Miranda ver: DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8. Ed. atualizada. São Paulo: Saraiva. P. 97-98.

⁹⁰ . HESSEN, J. Op. cit. P. 44-45.

O valor recai sobre todos os objetos possíveis e, sobre eles, o homem valora, emitindo aquelas direções que, acima visto, polarizam-se em positivo e negativo. O objeto que é valorado, diz-se dele que algo *tem valor*, que *ele tem valor*, e não que algo é o valor: os objetos são os suportes dos valores. Esse atribuir valores aos objetos, na abordagem biologistas, não deixa de ser, mediata ou imediatamente, adaptação ao meio físico. Aí entra a ruptura com as abordagens culturalistas, ou de matriz dicotômica, entre ciências do espírito, com autonomia em relação às ciências naturais. Para essas abordagens o valor não é ditado apenas por necessidades físico-biológicas do homem, mas também há valores éticos, estéticos e religiosos, que satisfazem necessidades humanas qualitativamente diferenciadas daquelas físico-biológicas.⁹¹

O ser é o lado lógico da existência, o conjunto de determinações lógicas que faz o objeto considerado ser este objeto, diferenciado de outro objeto. A existência é o lado alógico, que se soma ao ser, conferindo-lhe realidade. Os juízos que intendem para o ser real são os juízos de existência; os juízos que intendem para o ser ideal são os juízos de essência. Os dois referem-se ao ser do objeto. Quando os objetos são valorados, é um terceiro momento, além dos juízos de existência e de essência. Conferir indistinção entre a dimensão axiológica – dos valores - e ontológica – da existência e essência – leva à conclusão de que os juízos de valor não podem ser essencialmente diversos dos juízos de essência e existência. Impossibilita a distinção entre realidade e valor.⁹²

E qual a importância da formulação de um juízo para a relação valor-objeto? Um juízo é enunciado de algo a respeito deste objeto, verdade da atribuição feita a algo. O sujeito

⁹¹ . HESSEN, J. Op. cit. P. 46-47.

⁹² . HESSEN, J. Op. cit. P. 47. É bem de se ponderar se a ciência normativa, trabalhando com um universo de normas postas, em determinado sistema de direito positivo, não seria uma ciência que encontraria, em sua base de fundamentos, uma dimensão axiológica, traduzindo-a como ciência de valores. Voltando à dicotomia de Ferraz Jr. percebe-se a duplicidade de abordagens entre a zetética e dogmática. A ciência do direito trabalha com uma certa realidade – essência e existência – que, é sabido, não se pode hipostasiar como auto-suficiente. Antes depende da medida dos valores para atender ao seu *τελοζ*.

do juízo lógico está sempre ligado ao objeto sobre o qual enunciou algo (e não se confunde com a aferição do objeto feita pelo sujeito cognoscente, apreensão esta diferenciada daquela).

93

Como o valor é o *valor para alguém*, o valor é a qualidade da coisa registrada para este alguém, o sujeito. O valor é relacional, existindo para alguém, adrede relacionando sujeito ao objeto que se tornou objeto de valoração. Não é possível a coisificação do valor, suprimindo o seu enlace, o seu feixe de relação com o sujeito. Avançar para esse quadrante pode levar o problema da implicação relacional a descambar no subjetivismo axiológico, à medida que cada indivíduo determinar o que é valioso ou não. Porém, o sujeito da medida do valor não é o sujeito que dá a medida do valioso, antes havendo uma medida *objetiva* do valioso, na situação de que outros sujeitos também o reconheçam como valioso. O caráter relacional do valor está encapsulado no sujeito abstrato, não no eu subjetivo, e sim no sujeito tomado como entidade supra-individual.⁹⁴

Referir o valor ao objeto, no feixe relacional com o sujeito, é tomar o valor como qualidade, como idéia, como essência. Ao se deparar com a palavra valor há uma diferença entre dizer que *algo é valor* de *algo tem valor*. E esse algo que tem valor pode ser de múltipla natureza, de múltipla consistência às coisas que têm valor: podem ser objetos naturais, pensamentos, acontecimentos, situações e ações. Essa pluralidade de objetos que podem entrar no feixe relacional entre o sujeito e o valor podem ser classificados em:

- i) objetos sensíveis, empíricos;
- ii) objetos supra-sensíveis, metafísicos;
- iii) objetos não sensíveis, ideais.⁹⁵

⁹³ . REALE, M. **Lições...** Op. cit. p. 175.

⁹⁴ . HESSEN, J. Op. cit. p. 50-51.

⁹⁵ . ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. P. 141-143. HESSEN, J. Op. cit. p. 52-53.

Os objetos ideais, não sensíveis, caracterizam-se por sua irrealidade, o seu ser sem existência, a sua intemporalidade, a sua objetividade que representa uma ordem objetiva de seres (mesmo que não sejam reais). Encontram-se os valores no mundo de objetos lógicos e matemáticos, ainda que os valores guardem um acento diferencial em relação aos objetos lógicos e matemáticos, por serem assim, enquanto os valores, em sua perspectiva própria, valem, ou seja, o *valer dos valores*. Ao falar que algo tem valor há embutido um juízo de valor, estabelecendo uma valoração do objeto, ou seja, há um sujeito valorante que permite a classificação dos juízos emitidos pelo sujeito em conceitos de valor comparativos, conceitos de valor métricos ou conceitos de valor classificatórios. Não há o valor essência em si, mas sim como algo referencial à realidade, classificando-a, metrificando-a ou comparando-a, exigindo do sujeito o reconhecimento do valor atribuído - e como acima visto, um reconhecimento supra-individual e não capricho subjetivo. A relatividade dos valores não implica uma atribuição aleatória e corretamente é captada como esta atribuição, do sujeito valorante, reconhecendo o valor e estabelecendo referências com a realidade - vez que o valor não pode ser coisificado e sim relacionado. Mesmo o que há de absoluto no valor é relacionado à estimativa do sujeito valorante.⁹⁶

A relação entre os objetos ideais e os valores:⁹⁷

Objetos ideais	Valores
Valem independente de espaço e tempo	Além de constituírem realidade a-espacial e atemporal, valem em função das coisas valiosas
Quantificáveis	São impossíveis de mensurar, mas podem ter processos

⁹⁶ . ALEXY, R. Op. cit. p. 142. HESSEN, J. Op. cit. p.54.

⁹⁷ . Quadro confeccionado com base nas idéias de: REALE, M. **Lições...** Op. cit. p. 187.

	empíricos ou pragmáticos
Seu ser é ser	Seu ser é valer

A relação do valor com a realidade é a própria concretização da cultura, no qual o mundo histórico-cultural é a projeção histórica dos valores, nesta, a objetividade e absoluteza dos valores são reconhecidas nos fatos, adquirindo significação e validade. A bipolaridade dos valores, do bom e do mau, do valor positivo (+) e do valor negativo (-), somente pode ser apreciada com a colocação do objeto, estimado pelo sujeito, na história, pois aí se percebe como o homem adiciona algo ao mundo da natureza, no qual o espírito humano projeta a dimensão nova e inédita ao simples ser, é a dimensão dos valores. É de realçar que a vivência pragmática dos valores é que afirma a realização da cultura, não querendo dizer que os valores mudem ao sabor do tempo, mas que as coisas portadoras de valores mudam, mesmo porque a ordem existencial sendo alterada, não altera a ordem de valores que é a autônoma em relação àquela: o fogo que consome a obra de arte pode enfeia-la mas não altera a polaridade entre o belo e o feio. Pode-se dizer, por último, que a polaridade entre o positivo e o negativo é do valor, não sendo encontrada no alicerce ontológico dos valores já que a bipolaridade não pode ser encontrada no ser, e o não ser é a própria negação da existência do ser.⁹⁸

O valor, necessariamente referido à realidade, deve ser compreendido como referenciado na história, no qual a relação entre valor e realidade é uma relação que propiciará os fundamentos teleológicos do agir humano. O fim do agir é construído com referência à história, pois os valores representam o homem mesmo, *na* e *pela* história. Ao tomar a ação como valiosa, está se direcionando para aquela conduta - ou conjunto de condutas - na história como algo reconhecido pelo fim racionalmente valoroso. É importante estabelecer a ordem de que a coisa, o fim, não é o primário e sim o valor que lhe serve de fundamento. A história e a

⁹⁸ . REALE, M. Id. P. 197-204.

cultura encontram o seu fundamento intrínseco nos valores: o mundo histórico-cultural é a projeção dos valores.⁹⁹

A abordagem culturalista dos valores permite visualizar que os objetos culturais são complexos formados pelas dimensões do ser e do dever ser. A partir da referência ao valioso, erguem-se as condutas as quais devem ser seguidas. Mais ainda, vê-se que o mundo histórico-cultural projeta ao homem o universo de objetos valiosos - os bens -, e de condutas ou finalidades a serem perseguidas - fins -, deslocando o eixo de discussão da teoria dos valores para a sua projeção deontológica, da relação entre o dever ser e o valor.

2.5. O fundar do dever ser no valor.

Há de se iniciar a destrição da relação entre o dever ser e o valor, reafirmando a ordem - entre o elemento primário e secundário - exposta ao final do item anterior: são os valores os fundamentos do dever ser e não o inverso; não é o dever ser que fundamenta o valor. A determinação preceptiva, permissiva ou proibitiva encontra-se já na própria idéia de valor ao notar que a sua função é definir as coisas valiosas, incluindo desde o estético até o ético, tanto a ética interna - moral - como a ética externa - Direito. A determinação da conduta valiosa já se encontra no *modus essendi* do valor, determinando aquilo que deve ser seguido. Alerta-se, porém, que esse dever ser, integrado ao *modus essendi* do valor, é dever ser ideal, não um dever ser concreto e positivado. Há de ser aclarado que existe uma relação entre dever ser e valor, mas não há a identidade entre os dois, a fim de ser preservada a autonomia de cada esfera. O que é valioso, por certo, deve ser mas não é um dever ser já positivado ou direcionado. Dever ser é proibição, obrigação ou permissão para algo e na direção de alguma

⁹⁹ . REALE, M. id. P. 205-207.

coisa. Como foi gizado, o valor é determinante de fins, entendendo-se que essa direção para algo ou alguma coisa, no plano do dever ser, só pode ser determinada pelo valor.¹⁰⁰

O valor dá o conteúdo do dever ser ideal ao passo que o dever ser ideal é o *modus essendi* do valor. Este dever ser ideal é melhor entendido se verificado que a apreciação da coisa valiosa não permite, por si só, a percepção de sua realização concreta, ou, fica limitada a observação ao conteúdo ideal. Seguindo a linha traçada deve-se então contrapor ao dever ser ideal o dever ser normativo, sendo o primeiro a expressão da relação que se faz entre o valor e o possível ser real, e o último, a relação que se estabelece entre o dever ser ideal - e o seu conteúdo - e o querer de realização deste conteúdo. O dever ser ideal torna-se um dever ser normativo - em potência deontológica - no momento do impulso ou da vivência apontada na sua realização.¹⁰¹

Os valores apartam-se do dever ser pelo fato que a eles, valores, são indiferentes o mundo do ser e do dever ser enquanto, em relação de fundamentabilidade, o dever ser acha-se referido à esfera de existência dos valores, o que reforça a precedência ou primariedade dos valores ao dever ser. Doutra banda a diferença entre o dever ser e o valor reside na própria possibilidade de realização do valor. Embora apresente natureza contrafática - em relação ao ser - a realização do dever ser, considerando-se valor e dever ser uma única realidade, implicaria a realização do valor tornando-o indiferente, existente, o que é impossível. A separação entre o ideal, enquanto relação de um conteúdo com possível ser, e o normativo, reside na natureza inexaurível e na constante superação da realidade pelo valor. Ilustre-se a aproximação entre a teoria dos valores e três concepções do Direito, por meio do jusnaturalismo, da atitude cética e do normativismo kelseniano.¹⁰²

Fácil é a aproximação entre o dever ser ideal e as concepções jusnaturalistas, determinando-se que o Direito natural é o critério de valorar do Direito positivo servindo,

¹⁰⁰ . HESSEN, J. Op. cit. p. 74-75.

¹⁰¹ . *ibid.*, p. 76-77.

¹⁰² . HESSEN, J. P. 77. REALE, M. **Lições...** Op. cit. p. 207.

inclusive, para a medida da justiça de um ordenamento posto, como critério absoluto do justo. Ao seguir a explicação de Giorgio Del Vecchio sobre o Direito natural, percebe-se uma divisão entre o ideal do Direito e o conceito do Direito. Observa-se, seguindo a linha do jusnaturalista italiano, que a forma lógica do Direito, capaz de captar o conceito ou essência do Direito é revelada aprioristicamente e não pode derivar do ideal do Direito. Assim não se poderia derivar o conceito do Direito do Natural enquanto ideal. Pode-se sim conceber a forma lógica do Direito natural, como sistema, e aí obter os conceitos fundamentais do Direito.¹⁰³

Com a divisão entre o ideal do Direito e a forma lógica do Direito, ambas reveladas pelo Direito natural, é bastante conseqüente a aproximação entre o Direito natural, como ideal, ao dever ser ideal; e o Direito natural, em sua forma lógica, ao dever ser normativo. Embora tentadora a aproximação, deve ser resguardado o seguinte problema: a aproximação só é possível em construções jusnaturalistas que fundamentem as opções do agir humano na natureza humana, a exemplo de Del Vecchio, construções jusnaturalistas de corte antropologista e racional. Construções jusnaturalistas de fundamentação transcendente, ao remeter o fundamento do valor ao divino, por exemplo, leva ao abandono da idéia de que o valor vale por si só, ou seja, não é ordem autônoma e sim está a depender doutros planos. Evidente que tal assertiva contrasta com toda a redação sobre os valores e a sua natureza relacional ao ser até aqui empreendida. É a própria negação da dimensão axiológica.

Na mesma empreitada de críticas que podem ser dirigidas à aproximação entre os valores e o dever ser, surge a atitude cética, que costuma associar o dever ser à força ou ao subjetivismo extremado. O ceticismo conduz à armadilha de difícil solução pois, ao refutar a

¹⁰³ . DEL VECCHIO, G. **Lições de Filosofia do Direito**. 4. Ed. correcta e atualizada. Coimbra: Armênio Amado, 1972. P. 49-52.

existência dos valores, o cético está a valorar, procurando, como emissor, levar ao receptor a *verdade*, que é opção de valor, de que não há valores a embasar o mundo normativo.¹⁰⁴

É da maior importância a relação entre os valores e a concepção do sistema do Direito de Hans Kelsen. Emprega o jurista a expressão validade ou validez como o fundamento do sistema do Direito que bem pode ser sintetizada com os seguintes tópicos:

i) O sistema do Direito é construção escalonada em que a norma superior serve de validade ou fundamento da outra norma, a sua inferior, e, por exigências gnosiológicas do sistema, a cadeia de validade não pode propagar-se *ad infinitum*, há de se encontrar o seu fundamento na norma última.¹⁰⁵

ii) Esta norma última da cadeia normativa, o fundamento de validade de toda a cadeia, pode ter o seu fundamento baseado no conteúdo, o que caracterizaria um sistema estático de normas. Um sistema dinâmico de normas é caracterizado pela norma fundamental ter o seu fundamento não no conteúdo, e sim na instituição de um fato produtor de normas.¹⁰⁶

iii) O sistema de normas do Direito é um sistema do tipo dinâmico, cuja a norma fundamental, fundamento de validade das demais, é pressuposta, no qual todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.¹⁰⁷

iv) É possível diferenciar dois sentidos de Constituição no sistema do Direito: lógico-jurídico e jurídico-positivo. A norma fundamental, pressuposta, é a Constituição em sentido lógico-jurídico; a Constituição vigente, posta, é a Constituição em sentido jurídico-positivo.¹⁰⁸

v) A norma fundamental é despida de conteúdo, alheia a elementos meta-jurídicos, é condição lógico-transcendente para a captação da ordem objetiva de normas,

¹⁰⁴ . HESSEN, J. Op. cit. p. 82.

¹⁰⁵ . KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. P. 215-217.

¹⁰⁶ . Ibid., p. 218-220.

¹⁰⁷ . Ibid., p. 221.

¹⁰⁸ . Ibid., p. 222.

sendo objetivamente válida e a ela não se podendo direcionar qualquer outro fundamento de validade.¹⁰⁹

Indaga-se portanto: qual o sentido da expressão validade para Kelsen e qual a aproximação entre validade e a teoria dos valores? Há na obra de Hans Kelsen aquilo que na história da filosofia dos valores é conhecido como logicismo axiológico. Valor quer dizer validade lógica. Os valores lógicos podem ser encaminhados de duas maneiras:

i) como o valor da função conhecimento, ilustrado pelo regozijo com o conhecimento em contraposição à ignorância;

ii) ou como um sistema binário em que o valor lógico traduz o verdadeiro ou o falso, o válido ou o inválido.

Este último constitui uma logificação do valor e acaba conduzindo ao nó górdio da obra kelseniana, qual seja, a dimensão teórica, do fundamento de validade, da norma fundamental, que é incluir o valor, essencialmente a-teórico, como fundamento teórico do sistema. Nessa associação entre a construção lógica e a dimensão valorativa acaba surgindo as grandes querelas do pensamento kelseniano. Note-se que o valor é sempre referido ao sujeito, emitindo juízos de valor, ao passo que a norma fundamental é uma idéia, pressuposta, que encerra uma concordância de significação de juízo emitido e a realidade, tornando a concordância evidente. Trata-se de duas esferas distintas: a esfera das idéias e esfera dos valores. Não se nega a concordância formal entre elas, o que salta aos olhos é, justamente, a sua diferença material.¹¹⁰

Não se trata aqui de fazer uma crítica perfunctória a obra kelseniana, ao contrário, ressalte-se que a formalização do sistema alcançada por Kelsen é o grande evento do Direito no século XX. A fenomenal descrição do sistema alcançada por ele, utilizando o sistema

¹⁰⁹ . Ibid., p. 224-232.

¹¹⁰ . HESSEN, J. P. 92-94. Nada impede a bipolaridade no mundo dos valores: negativo ou positivo. Da mesma forma que ocorre no mundo lógico: verdadeiro ou falso. Ambas as esferas estão referidas ao mundo dos objetos ideais.

binário válido/inválido deve-se à aguda percepção de que não se pode incluir uma relação causal no relacional imputativo, daí a opção por sistema binário válido/inválido, numa operação de logificação dos valores. Veja-se a grande questão levantada por Edihermes Coelho sobre o sistema kelseniano:

*Ressalte-se que aqui há uma contradição curiosa no pensamento kelseniano: o conhecimento jurídico, na teoria pura do Direito, para que possa ter caráter científico, deve ser baseado numa estrutura jurídica normativo-formal, em um sistema jurídico normativo-formal, de fonte estatal. Mas o pressuposto lógico de validade de todo o sistema jurídico normativo-formal, ele próprio, é um pressuposto... sócio-político!*¹¹¹

Outro exemplo sobre as dificuldades criadas pela logificação do valor em Kelsen. É em relação à inquietação que José Luis Serrano deixa transparecer em seu texto, sobre a dificuldade da definição terminológica da expressão validade ou validez, devendo-se a indissociabilidade terminológica da expressão validade, entre o plano lógico e axiológico, na teoria pura do Direito. Traga-se ao texto, para ilustrar esta mesma dificuldade, a diferença entre validade e vigência na teoria pura. A norma é vigente pois é válida, o existir da norma é o mesmo que o seu valer, pois o plano da existência está indissociado do plano do valor - utiliza-se a mesma terminologia para ambos.¹¹²

Deixando frisadas as dificuldades presentes na teoria kelseniana, no seu logicismo axiológico, parte-se para uma mais concreta aproximação entre o universo axiológico e o sistema do Direito, como expressão do dever ser, tomando-se, como a base de partida, de que o homem quer impor, na história e na cultura, o valor aos seus semelhantes. Portanto, cedo percebe-se que há a necessidade de uma composição social dos valores, composição social conseguida pela Direito.

¹¹¹ . COELHO, E. M.; BORGES, A. W. **Ensaio sobre sistema jurídico**. Uberlândia: IJCON, 2001. P. 32.

¹¹² . KELSEN, H. **Teoria pura...** Op. cit. p. 11. SERRANO, J. L. **Validez Y vigencia. Aportación garantista a la teoría del derecho**. 1999. 59 p. Granada: [?]. (apostila mimeo).

2.6. A relação entre os valores e o Direito.

A composição de valores obtida por meio do Direito expressa uma necessidade da vida social e de sua referência ao universo axiológico. Ademais, precisa-se de um guia para as ações humanas, o qual seja capaz de lhes dar sentido e referibilidade, como no dito que *a conduta β vale para alguém ou para algo*. Ao determinar certa conduta como valiosa - e mesmo transpô-la para o texto normativo por opção valorativa – permite-se já a referência indispensável às ações humanas. Doutra sorte, reconhece-se com os valores aquelas condutas que estão escoriadas em fins, em certas preferências racionalmente reconhecidas como motivos de conduta, servindo o valor como referibilidade ao Direito. Portanto, o valor permite a gradação hierárquica entre o que é mais ou menos valioso, entre o positivo e o negativo, entre números altos e números baixos, é expressão do gradiente entre o mais alto valor e o mais baixo valor.¹¹³

O Direito é a garantia ou tutela do que é valioso, expressando aquilo que é vivido como objetivo e absoluto, de natureza transsubjetiva, já que o espírito do homem é comum e o Direito, como guardião do que é valioso, é a expressão do espírito humano, comum e transsubjetivo, é o próprio espírito objetivante. Esse espírito do homem é a consciência de si, realizando-se na natureza, e o homem se realiza como ser no seu sentido de dever ser. Repare que a objetividade dos valores se cristalizará na sua implicação com o dever ser como aquela plêiade de condutas sociais estipuladas, como valiosas, em sua vivência histórico-cultural.¹¹⁴

A cultura é o conjunto de práticas, de técnicas, de símbolos e valores que são transmitidos, na história, permitindo a reprodução de um estado de convivência social. Aquilo

¹¹³ . REALE, M. **Lições de...** Op. cit. p. 190.

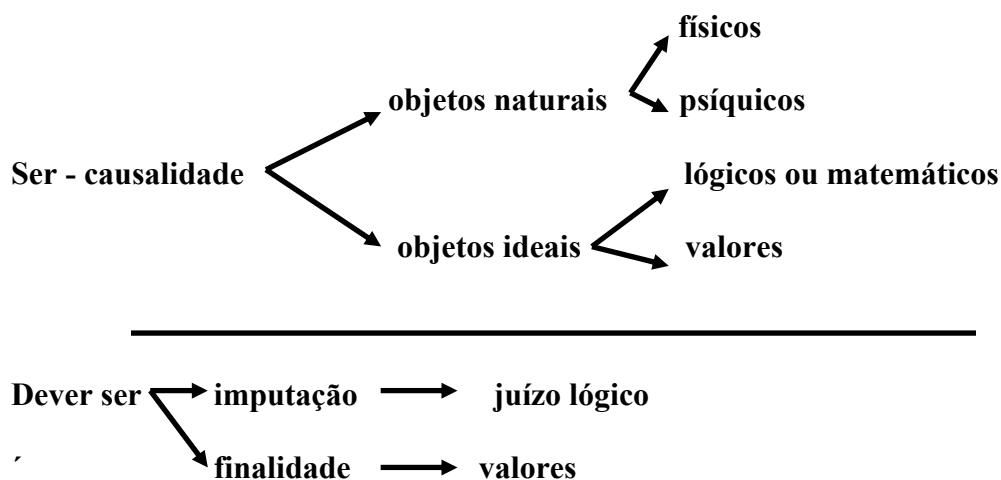
¹¹⁴ . *ibid.*, p. 217-222.

que é valioso é ordenado como bem, e o Direito é uma ordem de bens valiosos, tutelados de maneira específica no mundo do dever ser, que serve de suporte à cultura, a qual é também um pegado de bens, de bens culturais - técnicas, símbolos, práticas. Os bens culturais apresentam-se ao homem com esse suporte detentor de significado.

Cultura → **bens culturais** → **Direito - espécie de bem cultural**

O Direito é uma espécie de bem cultural no qual a relação entre o suporte e o significado transparece da seguinte forma: ¹¹⁵

- i) o suporte dos bens jurídicos pode ser um objeto ideal ou objeto natural;
- ii) os signos ou símbolos verbais que se materializam no texto normativo e na norma;
- iii) há o juízo lógico que se estabelece sobre este suporte;
- iv) suporte este que é preche de significados;
- v) o juízo de dever ser vai além do juízo lógico, estabelecido sobre ele, ou melhor, aponta para um valor.



¹¹⁵ . BOSI, A. **Dialética da colonização**. 2. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. P. 11. REALE, M. **Lições de...** Op. cit. p. 187-188.

Voltando aos pontos abordados inicialmente, que os valores são relacionais, envolvendo, a bem de esclarecer o ponto, o sujeito que valora, o objeto valorado e, culminante, o valor. Tomando-se essa linha de argumentação, encontra-se o sentido de suporte dos bens jurídicos como o objeto a ser valorado, e, ao mesmo tempo, coloca-se outro desafio. A estrutura normativa comportaria um juízo axiológico em sua descrição? Além do juízo lógico, há o direcionar da norma para um determinado fim - $\tau\epsilon\lambda\omicron\zeta$ - que só pode ser a determinação do que é valioso (o que é a finalidade senão a conduta valiosa ou de maior valor). Assim, o juízo sobre os objetos do Direito há de recair, além do juízo ontológico (por ser referido a um objeto) também sobre o juízo lógico e, ainda que, minimamente, a depender do suporte e da realidade, sobre o juízo axiológico.¹¹⁶

A inserção da dimensão normativa em sua variante histórico-cultural conduz a dois problemas centrais, enfrentados pela lógica jurídica:

i) A valoração é um dado de fato uma vez que a valoração é a manifestação empírica ou pragmática do valor e, vendo por outro lado, a norma é o termo de relação lógica, donde é impossível inferir a conclusão abstrata de um dado empírico.¹¹⁷

ii) A perspectiva histórico-cultural enforma uma totalidade, ao inserir a normatividade do Direito na cultura, como espécie de objeto cultural, o Direito como uma espécie de bem cultural donde é indispensável a tomada do conjunto norma-valor (que pode ser melhor compreendido ao entender o valor como o fundamento do dever ser e a ele aderente).¹¹⁸

Fernando Coelho, utilizando a simbologia deontica, procura enunciar da seguinte maneira as proposições jurídicas com a mira da perspectiva axiológica, dimensionada histórica e culturalmente:

¹¹⁶ . REALE, M. **Lições de...** Op. cit. p. 225-226.

¹¹⁷ . COELHO, L. F. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 192. Ressalte-se que o valor é uma entidade abstrata, o problema aqui não é da dimensão do valor enquanto valor, mas sim de sua concreta manifestação empírica.

¹¹⁸ . Ibid., p. 193.

R - relação norma e valor (deontológica e axiológica)

Expressões de base dos enunciados jurídicos:

$$RO(D(PT)) \text{ ————— } RO(F(PT))$$

Dada a relação axiológica- normativa **R**, espera-se **O**, que por uma ação positiva **D** ou negativa **F**, uma situação evolua **T**.

R - operador binário exigindo dois argumentos proposicionais $\left\{ \begin{array}{l} x - \text{norma} \\ y - \text{valor} \end{array} \right.$

Considerando-se o valor - norma um pegado, como salientado nos parágrafos anteriores, melhor é a simplificação, anotada por Fernando Coelho, que o operador simbolizado **R** melhor expressa a formalização sem os dois argumentos proposicionais (**x - y**) e tão somente em **R**, conjunto axiológico-deontológico.¹¹⁹

Ora, voltando à carga com Miguel Reale, não se pode apegar unidirecionalmente para a entidade lógico-abstrata da norma, simples juízo lógico, e sim avançar para a normatividade como experiência, em sua variante histórico-cultural, quando a norma é tomada como momento ético-funcional. O juízo lógico é o suporte ideal (lógico-ideal), ainda a repercutir, na esfera da normatividade, o momento de seu significado estimativo. O suporte lógico-ideal e o suporte estimativo estão em, indispensável, relação de complementaridade:¹²⁰

Norma jurídica $\left\{ \begin{array}{l} \text{historicidade e expressão gráfica - texto normativo} \\ \text{suporte lógico-ideal} \\ \text{significado} \end{array} \right.$

¹¹⁹ . Ibid., p. 192.

¹²⁰ . REALE, M. *Lições de...* Op. cit. p. 226. STRENGER, I. *Lógica jurídica*. São Paulo: LTR, 1999. P. 73-76.

Sempre lembrando que há algo além do mero juízo lógico, um *plus*, constituído pelo juízo de valor: ¹²¹

1. **suporte ideal**
2. **proposição lógica**
3. **juízo de valor**

A proximidade entre o dever ser normativo e a dimensão axiológica, estribada nos valores, pode ser mais bem percebida se se considerar que normas de alto escalão e de papel estrutural, como os princípios jurídicos o são, constituem realizações de valores na ordem jurídica. O que ocorre é a condução de conceitos de natureza deontológica e conceitos de natureza axiológica ao plano comum do dever ser, em primeiro momento o plano do dever ser ideal e, em momento posterior, ao plano do dever ser normativo - posto. Embora conduzam-se a lugar comum no plano do dever ser ideal e normativo, há de se esclarecer que os conceitos ideológicos são pautados pelos modais do obrigatório, do proibido e do permitido. Os valores pautam-se pela conduta valiosa, pela direção valiosa. ¹²²

Conceitos axiológicos → **expressão valiosa** → **a conduta valiosa**
do dever ser
positivo/negativo

Conceitos deontológicos → **expressão em modulação** → **a conduta**
deôntica

¹²¹ . REALE, M. Id., p. 227-228.

¹²² . ALEXY, R. Op. cit., p. 138-139. Há uma pequena anotação a fazer com relação à representação gráfica anotada acima. Para que se respeite, na íntegra, a teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, haveria de incluir, nas condutas deontologicamente arroladas, o *direito a algo*. As condutas que seriam expressões modulares deônticas: **obrigatório, proibido, permitido e DIREITO A ALGO**. Op. cit. p. 139. De outra sorte de preocupação é a classificação de Alexy com relação aos conceitos práticos, em que se encontram conceitos deontológicos, axiológicos e *antropológicos*. Os conceitos antropológicos classificam-se com aquilo que é interessante, necessário, decisivo ou de agir. Op. cit. p. 140.

Os dados jurídicos expressos graficamente (no caso do Direito legislado) no texto normativo obedecem à clássica estrutura normativa de um fato - antecedente - e à imputação de algo ao fato - conseqüente, no qual a norma é a representação de uma conduta. Esta representação de conduta é o suporte ou substrato de valoração. Atente-se por esta descrição, a visualização das formas lógicas, presentes em toda e qualquer norma jurídica. Só que além da representação - neutra - da conduta, a norma é também a representação de valor, ou melhor, a norma é a representação de valores, dada a coexistência entre valores no mesmo suporte. O texto normativo é uma representação e determinação de conduta e, sobretudo, contém uma representação de valor.¹²³

Realçada deve ser a fundamental diferença entre o valor e forma lógica da norma: a norma apresenta uma representação formal de conduta, objeto de estudo da lógica jurídica; a valoração é o conteúdo necessário da norma, ou seja, é a representação de conteúdo da norma, objeto de estudo da estimativa jurídica:

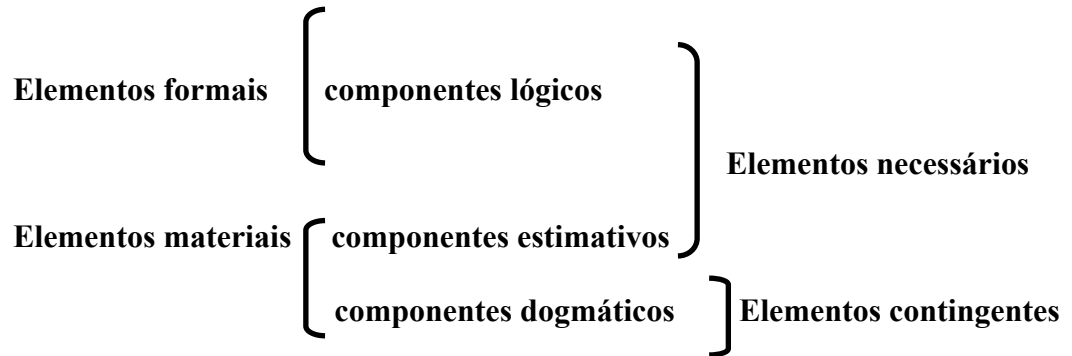
*Y propriamente la tarea de la estimativa jurídica, como una de las partes de la Filosofía del Derecho, no consiste en llevar a la práctica el enjuiciamiento concreto de un determinado Derecho Positivo, sino en averiguar cuáles sean los módulos según los cuales resulta posible dicha labor de crítica, de valoración y, consiguientemente, de orientación.*¹²⁴

A valoração consiste em elemento primário ou originário daquilo representado na norma pois, como acima visto, os valores são fundantes, além de fundamentais, do plano do dever ser. Os valores são aqueles determinantes, representados na norma, a opção entre

¹²³ . COSSIO, C. Op. cit. p. 74-79.

¹²⁴ . SICHES, L. R. **Tratado general de filosofía del derecho**. Mexico: Porrúa, 1978. P. 368. Tradução: *E propriamente a tarefa da estimativa jurídica, como uma das partes da Filosofia do Direito, não consiste em levar a prática de enjuizamento concreto de um determinado Direito Positivo, senão em averiguar quais são os módulos segundo os quais resulta possível tal tarefa de crítica, de valoração e, conseqüentemente, de orientação.*

múltiplas condutas possíveis, aquela de eleição, aquela que passou pelo crivo do repertório de possibilidades de condutas. A experiência jurídica seria formada pela conjugação e ordenação das seguintes classes de elementos:¹²⁵



Com o material entabulado até o momento, é possível entender a referência a valores de que a ciência dogmática do Direito, segundo Ferraz Jr., necessariamente se utiliza. Visualize a situação de não correspondência entre os elementos contingentes e elementos formais, os quais são indicadores das construções dogmáticas, embora prenes de elementos materiais, apresentam uma natureza contingente, ao largo das representações formais da lógica jurídica. A lógica jurídica trabalha, de maneira neutral, com a representação de conduta para toda e qualquer norma: *se dado α , então deve ser β* . Os grandes conceitos e institutos partem de uma valoração sobre normas dadas, da análise de conteúdo entre as normas, estabelecendo relações de gênero e espécie, do geral ao especial, com o fito de proporcionar aplicação aos conflitos sociais e necessidade de organização social. Por sua vez, o componente estimativo, de conteúdo - material, é elemento necessário, primário da norma. Com isso, realça-se o caráter fundante e de fundamentabilidade dos valores na ordem jurídica e na formação da experiência jurídica.

¹²⁵ . Esquema extraído de: COSSIO, C. Op. cit. p. 93. Também: SICHES, L. R. Op. cit. p. 380.

2.7. Os princípios no sistema.

As formulações deônticas do sistema traduzem para o plano deontológico as formulações axiológicas fundamentais, formulações que determinam a sua unidade e a sua adequação interna. Tomando de maneira específica para a abordagem entabulada até o momento no trabalho, cumpre informar onde estão consagradas, no plano deontológico, as formulações axiológicas fundamentais, ou, respondendo ao questionamento, qual o elemento do sistema realiza a tradução dos valores para o dever ser? A direção a ser tomada é na indicação dos Princípios, desde já os colocando como formulações deônticas, que são os responsáveis por esta tradução normativa dos valores.

Há um espaço na doutrina para a diferenciação entre os *princípios* e as *normas*, indicando pelas expressões utilizadas, que os princípios se situarem num plano diferenciado das normas. Tal abordagem será afastada do presente trabalho pela ordenação e acordo terminológico empreendido até o momento, qual seja, divide-se a estrutura sistêmica interna em duas dimensões: ¹²⁶

- i) uma esfera axiológica, representada pelos valores;
- ii) uma esfera deontológica, representada por duas espécies de normas, *princípios* e *regras*.

Está portanto entabulado um uso de termos e de compreensão de exposição em que, no plano deontológico, há duas espécies normativas qualitativamente diferenciadas, os

¹²⁶ . Essa terminologia é utilizada por Ferraz Jr., Claus-Wilhelm Canaris e, curiosamente por J. J. Gomes Canotilho em edições ou publicações antigas, como na obra *Fundamentos da Constituição*. Ao lado dessa visão que enfrenta o problema da natureza normativa dos princípios com variadas propostas conceituais e terminológicas, poder-se-ia acrescentar a visão tradicional do positivismo, relutante mesmo em destacar um papel peculiar dos princípios. Tal concepção encarna os seguintes pontos de vista, que são, ao mesmo tempo o seu ponto de fraqueza e inconsistência: i) o rol de normas é exaustivo e casos omissos são solucionados por ato discricionário do juiz; ii) as normas valem ou não, não se admitindo espaços de ponderação; iii) comandos preceptivos decorrem da lei e, em casos omissos, caem no vazio ou espaço jurídico vazio, em que o juiz não encontra obrigações legais para subsumir o caso. Conforme: DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. 16 ed. Cambridge: Harvard University press, 1997. P. 17.

princípios e as regras. Como consequência óbvia, toma-se a expressão *princípio* no sentido de espécie do gênero norma, espécie que apresenta os seguintes caracteres:¹²⁷

i) Graus de abstração. Os princípios são normas com maior grau de abstração que as regras.

ii) Grau de determinabilidade. A vagueza e indeterminabilidade dos princípios força uma mediação concretizadora, enquanto as regras são aplicadas diretamente.

iii) Grau de fundamentabilidade. Os princípios têm o papel de normas fundamentais do sistema.

iv) Proximidade da idéia de Direito. Os princípios são normas (logo vinculantes) que em seu conteúdo apresentam-se impregnados com exigências de justiça e com uma proximidade da idéia de Direito; as regras são normas vinculantes que podem apresentar conteúdo meramente formal.

v) Natureza normogênica. Os princípios são os fundamentos das regras. Para um correto esclarecimento das diferenças *princípios x regras* cumpre ainda destacar: os princípios são multifuncionais servindo tanto como expressão da *ratio legis* (função retórica ou argumentativa) como verdadeiras normas de conduta (possibilitando a integração e complementação do Direito), por isso são normas qualitativamente distintas das regras.

A diferença qualitativa entre princípios e regras supera a antiga visão de grau entre princípios e regras. Essa antiga visão é também compreendida com distinção débil, tradutora de concepção fraca da função e natureza dos princípios, ao revés, ao diferenciar qualitativamente os princípios e regras encaminha-se a distinção forte, tradutora de concepção forte dos princípios.¹²⁸

¹²⁷ . ALEXY, R. Op. cit. p. 81-83. A caracterização sucinta dos princípios obtida em: CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999. P. 1086-1087.

¹²⁸ . ALEXY, R. Op. cit. p. 83-84. FARIAS, E. P. **Colisão de direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p. 23. ROTHENBURG, W. C. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. P. 13-15.

Os princípios diferenciam-se das regras por apresentarem alto grau de abstração, necessitando de mediação que os concretize. Esse grau elevado de abstração apresenta ao intérprete uma tarefa motivadora, qual seja, a necessidade de superar a vagueza do princípio com o fito de torná-lo aplicável ao caso concreto. Os princípios podem ser aplicados à série indefinida de situações, desde que realizada uma mediação concretizadora, a qual indique a sua relevância e preponderância para o caso ou situação. Embora as regras apresentem também a característica de generalidade, estas são qualitativamente diferenciadas dos princípios: falar em generalidade para uma regra, indica a descrição abstrata de conduta ou fato para uma situação jurídica determinada; falar em generalidade para o princípio indica uma série indefinida de aplicações, para uma grande quantidade de situações.¹²⁹

Por isso pode-se apontar a relação de reciprocidade entre princípios e regras, a despeito das suas dessemelhanças. Essa reciprocidade vai radicar na indispensável ascendência e descendência entre o alto da abstração e generalidade ao concreto e determinado. Como os princípios traduzem coordenadas normativas mestras do sistema, carecem de elementos densificadores, justamente as regras. São destacáveis as ilimitadas possibilidades de estabelecimentos de escalas ou gradações entre princípios e regras, podendo-se mesmo falar em infinitas derivações e complementações. Podem-se mesmo encontrar princípios concretizados em outros princípios, e estes em outros princípios ou até regras, as quais se densificam em outras regras até o determinado e específico ato de execução da norma. O papel normogênético dos princípios implica, por outro lado, a correlação necessária entre as duas espécies normativas.¹³⁰

É bastante comum a utilização do grau de generalidade para dissimilar princípios e regras, dando-se a todas as normas que apresentam a regulação de grande quantidade de

¹²⁹ . ROTHENBURG, W. C. Op. cit. p. 19.

¹³⁰ . CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 1099-1101. Robert Alexy apresenta uma bem fundamentada crítica sobre a impossibilidade de sistemas jurídicos serem sistemas *puros* de princípios ou sistemas *puros* de regras. Op. cit. p. 115-128.

situações o estágio de princípio. Tal diferenciação é perfunctória, porque a real diferença entre a regra e o princípio não está na imprevisibilidade dos princípios e sim na aplicação à série indefinida de situações. A vagueza dos princípios não importa a insegurança de aplicação, antes disso, traduz uma plasticidade capaz de amoldar esses princípios a situações cambiantes, além de permitir o grande número de soluções radicadas em sua matriz e, sobretudo, não há de se esquecer, a sua vagueza não resulta em impossibilidade de traçar limites materiais às normas inferiores. O princípio traça zonas de luminosidade positiva, nas situações jurídicas onde não há dúvida sobre a sua inclusão na área de regulação; zonas de incerteza, em que há dúvidas sobre a inclusão da situação na área de regulação; zona de luminosidade negativa, onde não há dúvida sobre a não inclusão da situação na área de regulação.¹³¹

Com relação às regras, a distinção lógica que as aparta dos princípios é sua aplicação na base do tudo ou nada ou, como utiliza Dworkin, *rules are applicable in an all-or-nothing fashion*, aplicando-se ao fato que regula, valendo para o caso, ou, não estando possível a subsunção, não valendo para o caso. Destaque-se que, tanto a regra quanto o princípio são utilizados para a decisão de casos concretos, em decisão concreta, mas, no caso dos princípios, por seu grau de indefinição, vão sempre depender de definições aclaratórias que os abre para uma série indeterminada de casos concretos ou decisões concretas em que poderão ser aplicados.¹³²

Os princípios são mandatos de otimização, mandatos pois são normas, normas qualitativamente diferenciadas de regras. São normas que ordenam realizar, *à medida do possível*, e com diferentes graus de cumprimento, dentre várias possibilidades de considerações reais e jurídicas, em relação a normas e princípios opostos. Há uma diferença importante com relação às regras: estas são cumpridas, ou não, dentro do jurídico ou

¹³¹ . ROTHENBURG, W. C. op. cit. p. 20-27. WARAT, L. A. **O Direito e sua linguagem**. 2. Ed. Segunda versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. P. 77.

¹³² . DWORKIN, R. Op. cit. p. 24-25. WARAT, L. A. Op. cit. p. 77-78. Tradução: *Regras são aplicáveis no modelo de tudo ou nada*.

faticamente possível. No caso de colisão, ou conflito entre dois juízos deônticos contrários ou contraditórios, há duas situações diferentes. No conflito entre duas regras uma deve ser declarada inválida, ou, existindo uma cláusula de exceção, acomodar, de acordo com a situação de exceção, as normas conflitantes. Portanto o critério para a solução de conflitos entre regras é a utilização dos critérios tradicionais de solução de antinomias, ou uma verificação da importância da regra.¹³³

As cláusulas de exceção das regras devem constar enumeradas, *numerus clausus*, enquanto nos princípios não é possível enumerar as exceções possíveis:

*They are not, even in theory, subject to enumeration, because we would have to include not only these cases (...) in which some institution has already provided (...), but also those numberless imaginary cases in which we know in advance that the principle would not hold.*¹³⁴

O conflito de princípios é qualitativamente diferenciado. Não há a declaração da invalidez ou introdução de cláusula que excepcione a situação sob análise. Deve ser feita a avaliação das circunstâncias concretas para responder à pergunta: um princípio prepondera sobre o outro? Sim, mas dentro de certas condições *de precedência* ou de peso de princípios. Ao julgar, está fazendo uma verificação do maior peso, no caso concreto, dos princípios em disputa. E essa verificação faz-se ponderando interesses opostos, na *lei de colisão*. Os princípios têm, por sua própria natureza, a natureza conflitual e um princípio limita o outro. Entre eles é estabelecida uma relação de precedência condicionada', determinada no universo das condições concretas.¹³⁵

¹³³ . ALEXY, R. Op. cit. p. 86-89.

¹³⁴ . DWORKIN, R. Op. cit. p. 25-26. Tradução: *Eles não são, mesmo em teoria, tópicos de enumeração, porque temos que incluir não apenas determinados casos (...) nos quais algumas instituições tenham sido contempladas (...), mas também aqueles inumeráveis casos imagináveis nos quais sabemos antecipadamente que aquele princípio não queria contemplar.*

¹³⁵ . ALEXY, R. Op. cit. p. 87-91.

Nos casos em que princípios estejam em conflito - o que é trivial por sua natureza normativa peculiar - devem ser avaliados os pesos relativos de cada princípio que está em colisão. É interessante notar que a colisão de princípios pode ocorrer por conflitos entre disposições normativas ou por abundância de disposições normativas na mesma direção. Para as duas situações há de se mensurar qual o princípio de maior peso ou, qual o peso preponderante ou quão importante é o princípio (o que obviamente é impossível de mensuração exata)? Ao contrastar com as regras, verifica-se que essa espécie de norma é funcionalmente importante ou não, quer dizer, uma regra pode ser comparada a outra por sua função destacada para regular um determinado comportamento, mas, em caso de conflito entre duas regras a solução virá de regras de solução de conflitos, os tradicionais três critérios de solução de antinomias - hierárquico, cronológico e da especialidade.¹³⁶

A formalização das relações de precedência pode ser descrita, em primeiro plano, colocando-a lado a lado com uma relação que se chama tradicional, na qual existe uma *precedência incondicionada* (tome-se o símbolo π para princípios):¹³⁷

- i) $\pi 1$ prevalece sobre $\pi 2$;**
- ii) $\pi 2$ prevalece sobre $\pi 1$.**

Ao formalizar as relações de precedência condicionada:

- i) $\pi P 1$ prevalece sobre $\pi 2$ - em determinadas condições;**
- ii) $\pi 2$ prevalece sobre $\pi 1$ - em determinadas condições.**

O que define o peso a ser aplicado ao princípio? As razões suficientes no caso concreto, ou seja, o enunciado de preferência é construído em relação às conseqüências jurídicas da decisão. As *condições de preferência* dependem de um jogo entre princípios e regras: um princípio prevalece, em *determinadas condições*, sobre outro princípio pela existência de uma regra, que será descoberta; logo, uma norma adscrita, determinando-se,

¹³⁶ . DWORKIN, R. Op. cit. p. 27.

¹³⁷ . Todo o esquema inspirado nas formulações de: ALEXY, R. Op. cit. p. 90-95.

assim, que a regra de preferência é uma norma adscrita. A regra é construída sobre o pressuposto fático das *condições determinadas de preferência*. O resultado da aplicação das condições concretas de preferência é a definição de *conseqüências*, prevalecendo um ou outro dos princípios (π para princípio; χ para condições; η para as conseqüências; ρ para a regra):

138

- i) Se π_1 precede a π_2 , dentro de determinadas condições - χ ;**
- ii) π_1 tem precedência (condicionada) sobre π_2 ;**
- iii) π_1 , nas condições determinadas χ , resulta nas conseqüências η .**

Em que é possível estabelecer uma regra ρ que expressa o seguinte:

Sendo χ , então deve ser η

A regra ρ é norma que o seu suporte fático em χ - antecedente, e o seu conseqüente em η .

Conduzindo ao seguinte patamar de solução de colisões principiológicas:

$\pi_1?$ $\pi_2?$ $\pi_3?$ $\pi_4?$ $\pi_5?$ Qual o princípio de maior peso? Na situação α ?

Verificação das condições χ_1 em que o princípio prevalece

Com as conseqüências η_1

Prevalece π_1 porque *quando ocorrer χ_1 deve ser η_1* .

Os princípios são mandatos, logo são normas, de natureza *prima facie*, suas determinações são estabelecidas para o caso concreto por uma ponderação de todas as possibilidades jurídicas e fáticas. O caráter *prima facie* enfatiza o grau relativo de indeterminabilidade dos princípios, aumentando as possibilidades construtivas do intérprete ou aplicador e também imprime uma maior abertura ao sistema de normas da Constituição. Bem pode ser aduzido que os princípios são inexauríveis, funcionando como molas

¹³⁸. Ibid., p. 94-95.

propulsoras do sistema jurídico. O sistema jurídico é flexível aos câmbios da vida social, dentro de certas situações, por adaptabilidade proporcionada pelos princípios.¹³⁹

Como os princípios apresentam-se como razões *prima facie*, as regras apresentam o caráter de razões definitivas. Formalizando:

- i) princípios - razão – regras – decisões concretas;**
- ii) ou numa segunda situação, na qual pode ser relativizado o caráter *prima facie*: princípios - razão – decisão concreta;**
- iii) para as regras não há o caráter *prima facie*: regras – razão – decisão concreta.**

Como conseqüência, as regras, na decisão concreta, são razões definitivas ou Direitos definitivos. Os princípios são razão *prima facie* ou Direito *prima facie*. Com a segunda situação (ii) pode ser sustentada a possibilidade de decisões judiciais fundamentadas em princípios. Se isso coloca em realce a normatividade desta espécie normativa, e também responde à pergunta da fundamentação de pretensões em juízo com base em princípios, não é possível negar que esta é a decisão tomada em situações de baixa objetividade normativa, pela ausência de regra que seja a concretização de razões de princípio.

Tendencialmente, a aplicação dos princípios a múltiplas situações, a plurivocidade da expressão princípio e sua normatividade reclamam uma concretização em regra e remetem ao problema de aplicação dos princípios e aos seus múltiplos usos.

2.8. Os princípios: expressão plurívoca para designar uma certa fonte do Direito.

No ordenamento brasileiro podem ser visualizados vários textos normativos indicando a função dos princípios, a saber:

¹³⁹ . ALEXY, R. Op. cit. p. 98-103. ROTHENBURG, W. C. Op. cit. p. 25-30.

Artigo 126 do CPC. O juiz não se exime de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.

Artigo 108 do CTN. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada:

- I. a analogia;*
- II. os princípios gerais de Direito Tributário;*
- III. os princípios gerais de Direito público;*
- IV. (...)*

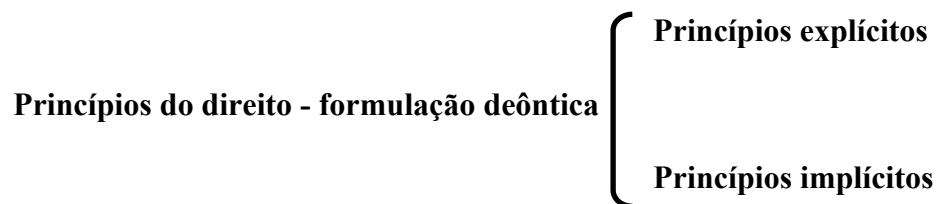
Artigo 109 do CTN. Os princípios gerais do Direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Os dispositivos legais acima alinhados despertam polêmica nos aplicadores do direito sobretudo na possível inconstitucionalidade que, sendo normais inferiores à Constituição, poderiam despertar para condicionar, por exemplo, a aplicação de princípios constitucionais não à supremacia da Constituição e sim à vontade do legislador ordinário, produtor de, por exemplo, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. E têm toda a razão os operadores jurídicos que considerarem como violador da sistemática hierarquizada a sujeição à aplicação dos princípios ao papel suplementar, após esgotadas as tentativas de subsumir o caso à norma concreta. Oportuno, porém, descortinar de maneira mais ampla o horizonte em que tais argumentos, pela inconstitucionalidade dos artigos, são construídos e divulgados.

É sabido que repugna ao sistema, em sua disposição hierarquizada e escalonada, submeter os princípios ao papel de subalternidade a fontes inferiores, como são os textos da LICC, CTN ou CPC. Crivelemente, os argumentos a favor da supremacia dos princípios são de vulto, eloqüentes e soberbamente demonstrados nos trechos anteriores, afirmando-se com iniciais maiúsculas a proeminência dos princípios na Constituição e a sua posição qualitativamente superior no sistema. Nessa proeminência e supremacia dos princípios está uma das marcas características do constitucionalismo vintecentista e da teoria jurídica contemporânea. Note-se, também, a menção à supremacia dos princípios escritos na Constituição ou, em outras palavras, dos princípios que recebem consagração textual, em textos normativos constitucionais, por isso é de uso dizer que os textos constitucionais do século XX são caracterizados por disporem de princípios escritos na sua redação.

Porém, a expressão *princípio* aplica-se também a formulações não-escritas que influenciam, como componentes ou integrantes do sistema, na produção e aplicação de normas jurídicas. A expressão *princípios gerais do Direito*, ou *princípios do Direito*, aplica-se àquelas formulações que não estão positivadas, cumprindo descobri-las no âmago de cada ordenamento. São descobertas, no Direito, em estado de latência. As formulações não expressas ou não-positivadas do ordenamento são chamadas de *princípios implícitos*, diferenciando-se dos princípios que estão expressos ou positivados chamados de *princípios explícitos*.¹⁴⁰



¹⁴⁰ . BOBBIO, N. Op. cit. p 127-131. GRAU, E. R. Op. cit. p.

Uma das características destacadas do Direito legislado, escrito, é o valor que este traz ao seu conhecimento, um valor de conhecimento certo, por sua ordenação de matérias e por significar o texto escrito, uma representação conceitual de condutas, as quais o julgador toma como criação do legislador e as aplica ao caso concreto. O valor do conhecimento certo apresenta um catálogo de representações conceituais de condutas e comportamentos que são objetos de reflexão autoconsciente, de um produtor identificado - o legislador, ao contrário da norma consuetudinária que é representação de comportamentos diretos e espontâneos. Assim, ao produzir a norma específica e concreta, no Direito legislado, o julgador parte de um plano de representações conceituais *a priori*, os conceitos gerais produzidos pelo legislador, ou de maneira imputativa: *dado o fato de ser juiz, deve ser a sentença de acordo com os textos escritos do legislador.*¹⁴¹

A distribuição das fontes do Direito obedece à ordenação de valores nos quais se buscam as soluções com suporte no Direito legislado, escorando-se no valor de certeza do conhecimento ou, em outras palavras, no mais alto grau de objetividade conquistado com a produção de sentença esta que se pode, axiologicamente ou logicamente do texto geral, ser produzida reflexiva e conscientemente pelo legislador. A expressão *Direito legislado* vem acompanhada de uma gradação hierárquica indicando-a como fonte de alto grau de objetividade. Entende-se por que Ferraz Jr., ao conceituar os princípios faz a seguinte ressalva:

*(...) de qualquer modo, ainda que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução de conflitos trata-se não de normas, mas de princípios. Ou seja, não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte de suas regras estruturais (...),*¹⁴²

¹⁴¹ . COSSIO, C. **La valoración...** Op. cit. p. 101-113.

¹⁴² . FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Op. cit., p. 243.

E por que são consideradas como fontes de baixa objetividade? Para o pensamento liberal os valores da certeza, segurança e da norma como um imperativo abstrato é de importância capital:

*A partir deste critério podemos entender que a dogmática proponha classificações das fontes com base no grau maior ou menor de objetividade de que gozem as normas em face de sua origem e modo de formação.*¹⁴³

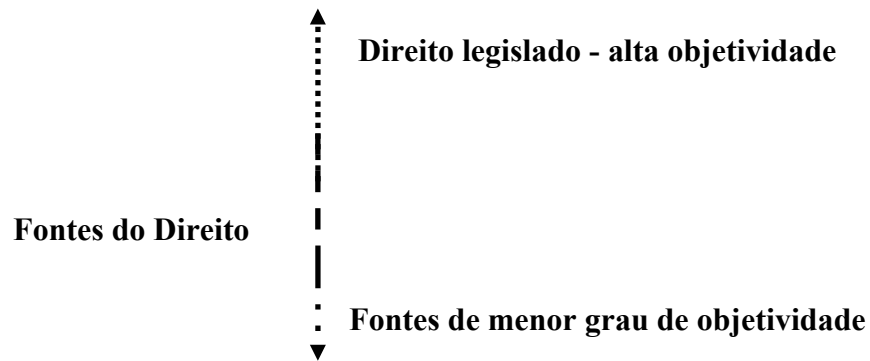
Assim, as normas legisladas são as fontes primordiais do ordenamento. Elas conjugam os fatores de segurança e certeza. Para Ferraz Jr., a dogmática analítica destaca a prevalência da *norma* como fonte e, em papel suplementar, dos *princípios*, utilizando mesmo a diferença *norma e princípio*, o que faz levantar a questão incidental: seriam os princípios realmente formulações da dimensão deontológica do Direito? O conceito de ordenamento de Ferraz Jr. está construído sobre o binômio norma-ordenamento, sendo o ordenamento composto de uma *estrutura* e de um *repertório*. No repertório, encontram-se *elementos* normativos, *elementos* não-normativos (como classificações, exposições oficiais de motivos, *preâmbulos*) e, já na *estrutura*, há um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos do repertório. Fica claro que não é possível compreender a norma jurídica, em sua inteireza, se não a colocar dentro de um sistema, interligando-a aos outros componentes do sistema.¹⁴⁴

A definição da *estrutura* do ordenamento é tarefa que compete à filosofia do Direito, à lógica aplicada ao Direito e à teoria geral do Direito, estabelecendo, por exemplo, a relação hierárquica entre as normas. Os princípios funcionam como *estrutura* do ordenamento, têm a função, pois, de relacionar as normas - dentro do ordenamento tomado como sistema, dando-lhes o caráter de normas jurídicas, desenhando o sistema como um conjunto normativo imperativo. Para Ferraz Jr., essa influência dos princípios como *estrutura*

¹⁴³. Ibid., p. 224.

¹⁴⁴. Ibid., p. 171-174.

do ordenamento assemelha-se ao papel das regras de dedução sobre a construção dos sistemas matemáticos. Na construção jurisprudencial, os princípios apresentam-se como lugar comum, sem maiores especificações que, na linha de raciocínio, culminará em uma norma com maior especificidade para a solução do caso concreto.¹⁴⁵



Tentando elucidar o problema central sobre a inteligência da expressão *princípios gerais do Direito* nos textos legais, encaminha-se o pensamento para a solução apresentada por J. M Carvalho Santos:

No campo de atuação dos princípios gerais de Direito o legislador estabeleceu uma restrição implícita: não quer que exista entre os princípios gerais e as normas particulares do Direito desarmonia ou contradição alguma. Tanto assim que excluiu desde logo a possibilidade de aplicação dos princípios gerais onde

¹⁴⁵. Ibid., p. 242-244.

*houver uma norma particular disciplinadora da hipótese submetida a julgamento.*¹⁴⁶

O que J. M. Carvalho Santos, em seu antigo tratado já vislumbra, é a necessária ordenação e unidade axiológica e lógica do sistema, não sendo admissível que se adote o ponto de interpretação transformador dos princípios em elementos subalternos à lei. Essa contradição pode começar a ser solucionada, encaminhando os elementos acima, com a seguinte consideração: a expressão *princípios do Direito*, empregada na LICC, no CTN e no CPC quer dizer *princípios não escritos, não positivados, implícitos ao sistema*.

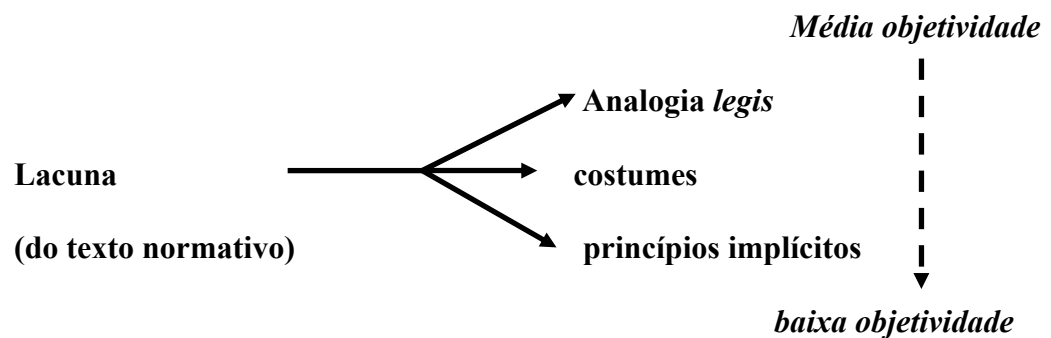
Omissão da lei, obscuridade ou lacuna, falta de disposição expressa referem-se aos casos de lacunas, entendidas corretamente a partir do momento em que se percebe que a expressão lei, ou norma legal, é sinônimo de norma legislada ou, conceito amplo, legislação, ou, mais abrangente ainda, Direito legislado. Os princípios presentes no texto constitucional são partes do Direito legislado, não podendo ser incluídos nos comandos dos artigos usados como exemplos, do CTN, LICC e CPC. Assim, a necessidade de colmatação de lacuna surge, por razões óbvias, da ausência de disposição expressa, seja da norma legislada que for: Constituição, Lei, Decreto; incluindo-se a ausência de princípios escritos, capazes de satisfazer a regulação do caso em análise. Quando o julgador não encontrar a disposição de Direito legislado, buscará orientação em outras formulações: princípios que serão descobertos, latentes, no ordenamento.¹⁴⁷

O problema da preferência ou ordem de preferência das formulações indicadas, problema solucionado no Código Tributário com a sucessão de fontes preferenciais, pode também ser resolvido com a hierarquização e gradações de valores certeza e segurança,

¹⁴⁶ . SANTOS, J. M. C. **Código civil brasileiro interpretado**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. Suplemento I, p. 70.

¹⁴⁷ . BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: UNB, 1997. P. 156-160

expresso no maior ou menor grau de objetividade da fonte. Parece correto entender que a *ratio legis* indica a preferência pelas fontes que são derivações, com maior grau de imediatividade, do Direito legislado: em primeiro lugar, o recurso à analogia, em segundo lugar, o recurso aos costumes e, por último, o recurso aos princípios implícitos, não-positivados ou não-escritos.¹⁴⁸



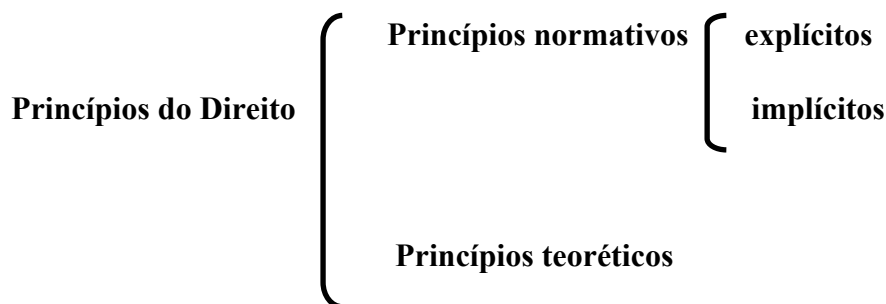
Esse é o primeiro ponto de interpretação sobre a expressão presente nos artigos em mira. Outro realce deve ser dado ao fato de que a expressão varia, de legislação a legislação, encontrando em amplitude de quadrantes na LICC e CPC - *princípios gerais do Direito* - e mais matizado no CTN - *princípios do direito público, do direito privado*. O que vai ser avaliado é se a ordenação de formulações, inscrita nos textos, refere-se somente aos princípios não-escritos.

Outra acepção da palavra *princípios gerais do Direito* pode ser vislumbrada nas grandes construções diretivas da ciência do Direito, com alto grau de abstração, nas quais podem ser subsumidas as notas particulares de um determinado objeto - normativo - de observação, ou como observa Eros Roberto Grau, a expressão *princípios gerais do Direito*:

¹⁴⁸ . É importante diferenciar a analogia *legis* da analogia *juris*. A preferência do legislador recai, em primeiro lugar, na analogia como: **A** assemelha-se a **B**; é verossímil que o fato **β**, verificado em **A**, seja também verdadeiro relativo a **B**. A analogia consiste na aplicação a uma hipótese, não prevista em texto legislado, de disposição relativa a caso semelhante. BOBBIO, N. Op. cit. p. 150-156. MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947. P. 252-256.

*(...) é usada, inicialmente na linguagem dos juristas, de sorte a conotar, então, proposições descritivas, nas quais os juristas aludem, de maneira sintética, ao conteúdo e às grandes tendências do Direito.*¹⁴⁹

Interessa notar que a expressão empregada nesse sentido, ou também podem ser chamados *princípios hermenêuticos*, está mais condicionada a ser um dos aglutinadores do sistema, a estrutura do ordenamento, tornando claras as conexões jurídicas, com fundamento dogmático nas normas vigentes, servindo os conceitos como explicadores do conteúdo normativo, do sentido normativo, de textos normativos. A sua função é precipuamente argumentativa. Não se trata de uma fonte normativa imediata, entenda-se bem, mas sim um explicador de conteúdo de textos normativos, em conexões ascendentes. Embora esse explicador não possa ser vislumbrado, ao menos no sistema de Direito vigente no Brasil, é possível a sua imediata natureza deôntica, assim sendo possível a sua utilização subsidiária, em grau de objetividade aí mais relativizada e menor do que os princípios implícitos. Essa sua natureza subsidiária, como expediente de heterointegração de lacunas, ao recorrer à fonte diversa do Direito legislado, faz com que a sua força para a aplicação a casos concretos e para a colmatação de lacunas, dependa, largamente, do argumento da autoridade, do envio ao notável produtor da construção e do prestígio que ele goza na comunidade de aplicadores e fautores do Direito.¹⁵⁰



¹⁴⁹. GRAU, E. R. Op. cit. p. 120. LARENZ, K. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. P. 621-638.

¹⁵⁰. BOBBIO, N. Op. cit. p. 148-150. CANOTILHO, J. J. G. Op. cit. p. 1087. LARENZ, K. Op. cit. p. 642. No direito romano a obra do jurisconsulto apresentava-se como fonte primacial do direito.

Agora, a sua relativização não pode importar em desconhecimento de função relevante. Opondo-se objetivamente à pergunta: pode a expressão contida nos textos da LICC, CTN e CPC ser entendida como princípios teóricos do Direito? Não. A valia dos princípios teóricos depende de sua tradução deôntica, de uma passagem do plano descritivo para o plano deontológico, o que só é possível se lhe for demonstrada a recepção por princípios ou regras. É bom lembrar que o sistema continua sendo essencialmente normativo, e com componentes e integrantes axiológicos ou descritivos. Para encaminhar a conclusão: a valia dos princípios teóricos é reconhecida, desde que, como visto, encontre o seu substrato normativo.

Poder-se-ia indagar, ainda, por quê o CTN fraciona a expressão princípios em princípios do direito público, do direito privado, do direito tributário? Ora, reconheça-se o valor dos conceitos na ordenação de subsistemas no grande sistema do Direito:

*(...) dentro desses âmbitos formam-se subsistemas mais pequenos, com princípios gerais autônomos (...). Em qualquer caso, uma parte dos princípios penetra, como geral, no mais largo e, inversamente, o sistema pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo.*¹⁵¹

Os princípios teóricos do Direito fazem a amarração, tendo como substrato normas (princípios) que vão se organizando em subsistemas do sistema maior. O CTN menciona os princípios de cada subsistema com a sua conexão própria, estabelecida a partir de construções conceituais do Direito, podendo estabelecer uma hierarquia ou ordem de preferência na sua utilização e como proceder em sua utilização. Repare que a própria amarração em princípios de direito público, privado e do direito tributário é realizada por

¹⁵¹ . CANARIS, C. W. Op. cit., p. 79.

construções conceituais e não imediatamente por um dado - norma ou texto normativo - do Direito legislado.

2.9. A relação entre princípios e valores.

E poderiam os valores ser interpretados como aqueles princípios gerais do Direito mencionados nas leis de aplicação dos Códigos? É importante lembrar que a natureza axiológica dos valores necessita de um transporte para o plano do dever ser, tradução para o plano deontológico. Ocorre que muitas vezes há a condução da expressão *princípios do Direito* para designar o lugar dos valores, para designar o plano axiológico do Direito.

Ora, tal tomada não conduziria a indistinção entre os princípios e valores? Por certo que sim. Seguramente a expressão *princípios do Direito* (ou princípios gerais do Direito, ou princípios Teóricos do Direito) não pode ser confundida com os valores, porque há uma diferença de posição entre o fundamento, que é o valor, e o objeto que é valorado: tanto a situação fática descrita normativamente, como a construção conceitual do Direito.

Volte-se à base, a matriz de toda a discussão empreendida e discuta-se a idéia de sistema do Direito. O emprego da palavra não pode dispensar a idéia de conjunto e unidade, a partir de um postulado metodológico do entendimento unitário e da natureza científica da ciência do Direito, certamente, pontos de partida para a compreensão sistêmica, mas não capazes de esgotar o problema de adequação interior e unidade do sistema.¹⁵²

A exigência de adequação e unidade vai radicar nas *fundamentais exigências ético-jurídicas* e na própria *idéia de Direito* (por isso a característica dos princípios como vizinhos, próximos à idéia de Direito). A adequação do sistema vai radicar na ordenação de valores, na produção da norma pelo legislador ou na produção sentencial do julgador,

¹⁵². CANARIS, C. W. Op. Cit. p. 13-15.

devendo-se, o legislador e o julgador, atuar nas raias de um proceder com adequação, na tomada consciente e ordenada dos valores do sistema. E essa adequação de valores vai encontrar o seu ponto culminante, o seu aglutinador máximo no tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. A máxima da justiça, a idéia vetora do Direito é a igualdade.¹⁵³

$$\text{Adequação valorativa} \left\{ \begin{array}{l} \text{Iguais, igualmente} - a = b \\ \text{Desiguais, desigualmente} - \left\{ \begin{array}{l} a + b = c \\ a - b = c \end{array} \right. \end{array} \right.$$

Mas a adequação assenta no proceder ordenado de valores do sistema o que desperta para a indispensável unidade, em que cada valor singular entre em conexão, na seqüência da ordem à unidade, em outra ordem de elementos do sistema, a saber, os princípios. Aí está a fundamental relação entre os princípios e os valores: os valores expressam a adequação do sistema, na máxima da igualdade, que só irá encontrar a sua unidade no princípio da igualdade, na qual os valores em órbitas assimétricas e dispersas são conduzidos a unidade geral de expressões pouco numerosas.¹⁵⁴

Os valores presentes e influentes no sistema não estão dispersos em caos, porque os princípios conseguem firmá-los em quadros normativos que, se estão longe de serem axiomáticos ou determinísticos, são capazes de lhes emprestar formalização racional e conseqüente. A distância que guarda a concepção de unidade dos princípios de formalizações lógicas estritas, em esquemas lógico-formais ou mesmo concepções axiomáticas do Direito - determinísticos, está presente justamente na natureza de coexistência conflitual dos valores e princípios, sempre dependendo de concretizações e avaliações de colisões e precedências condicionadas ao caso concreto. Por outro lado, o caos que traduz a insegurança e a ausência

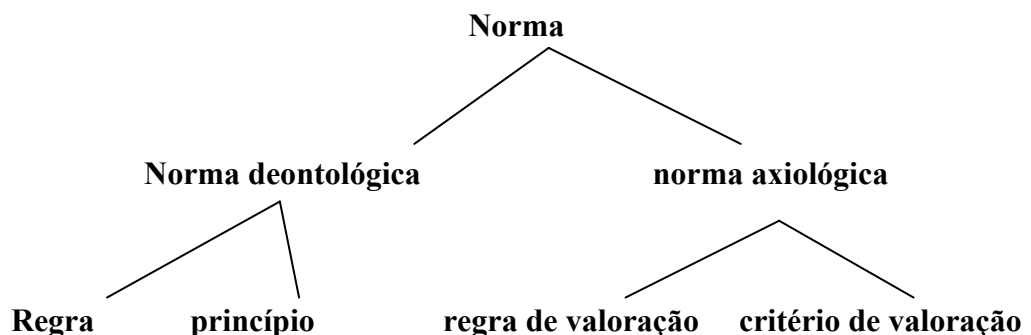
¹⁵³ . *ibid.*, p. 18-19.

¹⁵⁴ . *ibid.*, p. 20-21.

do valor certeza é eliminado pela capacidade dos princípios de determinar a unidade, sem serem determinísticos, por meio de generalizações normativas, as quais estabelecem as probabilidades de situações jurídicas normativamente reguladas, assentes no mais alto princípio que é o princípio da igualdade - que vem a ser a tradução normativa da máxima axiológica da igualdade.

É impossível estabelecer previamente qual o princípio de maior peso para o caso concreto, é também impossível estabelecer qual o valor mais valioso para o caso e por isso mesmo os princípios, em existência conflitual, estabelecem *padrões* ou *standars* normativos que são indicações de direção ou consequência jurídica. Embora, é claro, não possam ser avaliados como disposições jurídicas sujeitas ao *in an all-or-nothing fashion*. A conexão orgânica somente será alcançada com a condução da multiplicidade do singular a uns quantos princípios gerais o que reforça a idéia matriz de pensamento exposto até o momento de uma indispensável relação entre o plano axiológico e o plano deontológico.¹⁵⁵

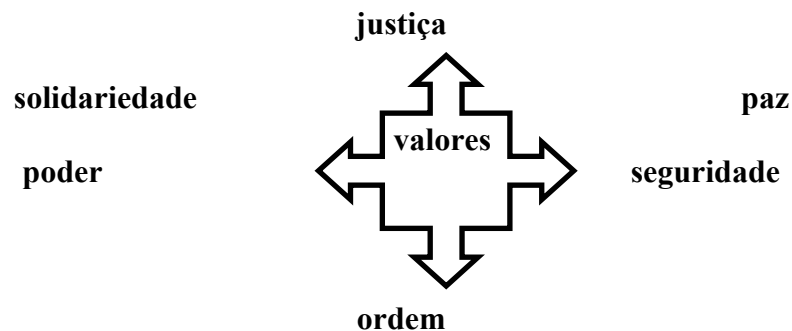
Os princípios diferenciam-se dos valores justamente por apresentarem a bipartição normativa, antecedente e consequente, a direção e consequência normativa ausentes nos valores (ressaltando sempre que essa direção normativa é qualitativamente diferente das regras). Alexy apresenta a representação gráfica em que estão ilustradas as duas dimensões, deontológica e axiológica:¹⁵⁶



¹⁵⁵. *ibid.*, p. 12 e p. 76-81.

¹⁵⁶. Esquema extraído de ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 145.

Firmou-se bem na introdução sobre os valores, constante do presente capítulo, a referência e relação do valor com o objeto. Mais ainda que relacionar o valor com o objeto seria alçar ao primeiro plano de observação a existência de critérios de valoração diferenciados. O que isso significa é que a situação - juridicamente regulada - encaixa-se de certa maneira, axiologicamente relevante, a determinado critério de valoração. Ao tomar o valor segurança como valor do sistema do Direito, pode bem ser insinuado que o Direito escrito atende ao valor segurança, porque utiliza-se o *critério de valoração* determinando que o escrito e ordenado, em textos formais, é o seguro. Veja como Cossio, por exemplo, elenca a cadeia de valores do Direito:¹⁵⁷



O exemplo da classificação de que o valor segurança, no Direito, alcança o seu máximo grau no que é escrito e ordenado, esbarra em outros critérios, facilmente apresentáveis e presentes na experiência jurídica, de que a segurança pode ser alcançada por outros critérios. Para atender ao que é seguro pode-se estabelecer situações de equilíbrio na distribuição de bens e encargos, mesmo por cima do texto escrito, como o Direito privado bem exemplifica na relativização do *pacta sunt servanda* em matéria contratual. A situação a ser valorada, segundo critérios de valoração conflitantes, remete a coexistência entre os critérios de valoração ao problema semelhante existente no plano dos princípios: a

¹⁵⁷ . COSSIO, C. op. cit. p. 82-84.

conflituosidade entre critérios de valoração faz surgir a necessidade de ponderação entre valores. Quando não há de se sopesar entre valores conflitantes, o que quer dizer que há o estabelecimento de um critério único de valoração, fica-se diante de uma *regra de valoração*. Quando há de se sopesar entre critérios de valoração conflitantes, fica-se diante de *critérios de valoração*. A diferença existente no plano deontológico entre *regras* e *princípios* repete-se no plano axiológico entre *regras de valoração* e *critérios de valoração*.¹⁵⁸

As partidas separadas entre as *regras de valoração* e *critérios de valoração*, cujas as primeiras regras são empregadas em situações em que a valoração se processa por um só critério de valoração, e os segundos por critérios de valoração contrapostos, descortinam o problema de hierarquização e esquematização entre critérios de valoração contrapostos, e a necessidade de estabelecerem o método para ordenar valores contrapostos. Bem se poderia argumentar que os valores ocupam diferentes andares em função de sua maior ou menor estatura, valores mais altos e valores mais baixos.¹⁵⁹

O que define o valor ser mais alto que outro é a sua durabilidade ou perdurabilidade no tempo, indicando que o valor, por se fazer em longa duração, atesta já a sua altura axiológica. A divisibilidade do valor é expressão, também, de sua maior ou menor estatura. Entenda-se melhor essa atribuição da divisibilidade em conjunto com a bilateralidade, a última sendo a inequívoca expressão que a conduta ou situação valiosa está adredemente relacionada à pluralidade de pessoas e não à conduta de uma só pessoa. Ora,

¹⁵⁸ . ALEXY, R. Op. cit. p. 144-145. Regras de valoração podem ser encontradas em textos normativos, especialmente normas que concretizam comandos constitucionais. Apanhe-se o exemplo da Lei nº 4.771, de 1965, a lei que institui o Código Florestal. O que é pequena propriedade rural? Área para a subsistência familiar cuja área não poderá exceder a 150 hectares em Estados do Norte Brasileiro, conforme indicação da Lei, a 50 hectares no Polígono das Secas e a 30 hectares se localizado em outras regiões do país. Aparentemente simples em textos de concretização, a estipulação de uma métrica de valores é rara no plano de normas constitucionais.

¹⁵⁹ . HESSEN, J. Op. cit. p. 99.

quanto menor a divisibilidade do valor, maior o seu patamar axiológico, vez que a sua indivisibilidade expressa o gozo por pluralidade de sujeitos.¹⁶⁰

Outro ponto de definição dos valores é a sua expressão como fundamento de outros valores e, é claro, os valores fundantes são de maior estatura que os valores que encontram naqueles o seu suporte. Os valores de mais alta expressão são nomeados *valores fundantes*, os de menor estatura e também que encontram fundamento no outro, são os *valores fundados*. Interessante notar que os valores superiores ou fundantes de outros valores estão na dependência dos inferiores para o processo de concretização. A correspondência existente, no plano deontológico, entre princípios e regras, encontra o seu semelhante, no plano axiológico, entre valores fundantes e valores fundados, em diferença de graus hierárquicos.¹⁶¹

Todavia a estipulação de hierarquia entre os valores é expressão dentro do plano axiológico e, portanto, é ordem peculiar de gradação, *sui generis*, que não pode ser tomada como igual ao graduar estabelecido no confronto entre normas:

*É esta simultaneidade na vivência dum tal relacionismo dos valores e da sua altura que nos demonstra, (...), existir uma hierarquia rígida e objetiva entre os valores que é inseparável da sua própria essência.*¹⁶²

Os valores são objetos ideais que não coincidem com nenhuma outra ordem ou dimensão e esta ordem dos valores expressa, em sua peculiaridade, já uma ordem de preferência, identificada com a própria essência do valor e do valioso, uma ordem hierárquica intrinsecamente fundada. Assim, é difícil realizar a migração imediata entre a lei de colisão, dos princípios, para as situações de valores contrapostos e mesmo a regra de precedência condicionada deve ser vista com cautela. Não é possível atribuir uma escala fixa,

¹⁶⁰ . COSSIO, C. Op. cit. p. 84-85. HESSEN, J. Op. cit. p. 100.

¹⁶¹ . HESSEN, J. Op. cit. p. 100.

¹⁶² . HESSEN, J. Op. cit. p. 104.

intersubjetiva, ordenada para todas as situações juridicamente relevantes que possam configurar um sistema duro de valores em relação aos princípios. Uma ordem maleável, branda, pode ser sim estabelecida para a ponderação de princípios em duas maneiras principais:

i) Ordem de preferências *prima facie* em prol de certos princípios, estabelecida por construções argumentativas que atribuam pesos àquela situação normatizada em relação a outra;

i) ou uma rede de preferências estabelecida em decisões concretas, oriundas de um órgão decisor qualificado, como um Tribunal Constitucional.¹⁶³

Uma ponderação, ao explicitar um certo enunciado de preferência por certo complexo de princípios, expressão de critérios de valorar, deve contar com a possibilidade de fundamentação racional em que se podem contar, largamente, com os elementos tradicionais da interpretação como a vontade do legislador, ou recorrer aos julgados e precedentes anteriores. Mas, bem adiante da utilização de elementos tradicionais da dogmática e da interpretação, deve-se recorrer a práticas mais apuradas de ponderação entre situações de confronto, envolvendo princípios. Refere-se, especificamente, ao estabelecer a preferência entre princípios.

A ocorrência de valores contrapostos apresenta-se em momentos em que para a situação regulada chocam-se princípios, em colisão, com a possibilidade de múltiplos critérios de valorar poderem ser aplicados. Note-se que já se está trabalhando com a dimensão normativa - deontológica - pois a hierarquização de valores é ultradimensional ao plano normativo, uma dimensão *sui generis*. O que se está dizendo é que o problema de ponderação, de aplicação simultânea de valores é referido aos princípios que possam ser - normativamente - aplicados à situação concreta (no que é característico dos valores, a sua referibilidade).

¹⁶³. ALEXY, R. Op. cit. p. 157.

Quanto à ordem de valores, tomada em abstrato e sem referência ao normativo, não cabe outra prática se não argumentar com a preferência axiológica e essencialmente axiológica. Já nos casos de ponderação envolvendo princípios, vale-se de uma rede de decisões que já constituem concretizações normativas ou de argumentos juridicamente construídos, no plano do dever ser com caráter diretivo e decisório.

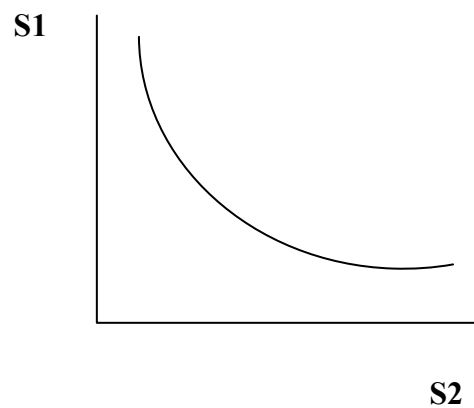
A conclusão é de insistência nas características alinhadas no princípio do capítulo, da inevitável referibilidade dos valores. O objeto que é o substrato dos valores e que deve ser objeto de ponderação, são situações juridicamente relevantes em que há o confronto entre critérios de valorar para a aplicação de princípios. E não o confronto entre valores e valores mas entre critérios de valorar aplicados a princípios em cujas situações possam tais critérios e princípios serem visualizados em confronto (volta-se à relação entre dever ser ideal e o valor, dever ser normativo e o valor). Não há como negar que a preferência entre valores, tomados em abstrato, exclusivamente no plano axiológico é intuitiva e, como redundância, baseada no axiológico. Volte-se ao esquema de valores de Cossio. Não pode ser estabelecido, a não ser por intuição, a supremacia da justiça em relação à ordem, no plano abstrato. Conforme variarem as situações em que se aplicam os critérios de valorar haverá, por já estar referido ao objeto, haverá o conflito entre critérios de valorar.

O ponto nevrálgico para Robert Alexy, na ponderação valor-princípio, é de como estabelecer então uma fundamentação racional e não intuitiva nos casos em que os critérios de valorar aplicam-se a princípios em colisão para situações jurídicas. Para o autor necessário é o estabelecimento de importâncias relativas corretas para os casos, expresso em pesos relativos, como se fossem postados lado a lado, verificando o grau de não satisfação de um princípio ou de afetação de um princípio, e tanto maior deve ser a importância ou satisfação do outro princípio, correspondendo ao que denomina lei de ponderação.¹⁶⁴

¹⁶⁴ . ALEXY, R. Op. cit. p. 161.

P1 - não satisfação ou afetação \longrightarrow **P2 - maior a importância ou satisfação do outro**

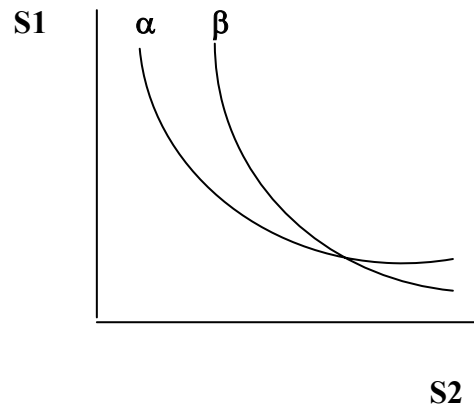
A representação de uma ponderação entre situações envolvendo princípios pode ser determinada por um gráfico em que os dois eixos representam duas situações, normativamente reguladas, por princípios contrapostos, no aguardo de diferentes critérios de valorar (expressas por **S1** e **S2**):¹⁶⁵



Quanto maior a importância atribuída a **S1** menor é a importância de **S2**, e o mesmo valendo para o inverso. A diminuição do grau de **S1** leva ao aumento de **S2**. Todo o aumento dado a **S2** leva à diminuição de **S1**. A curva representada expressa o grau de indiferença que uma pessoa encara a satisfação para **S1** ou para **S2**, ou seja, o balanço que a contemplação entre as duas situações, postadas lado a lado, pode apresentar tanto em favor de

¹⁶⁵ . Ibid., p. 162.

S1 como em favor de S2, diminuindo ou aumentando a proteção a cada um dos bens. Obviamente, essa contemplação de bens é descrita como a realização de contemplação de um observador, e quando se está falando de ponderação há de se encontrar, em representação gráfica, duas curvas, de dois observadores (α e β): ¹⁶⁶



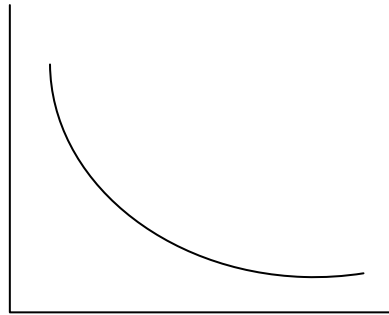
Como os dois observadores estão fadados à estipulação irreduzível de pontos de vista, expressos em duas curvas com aproximações diferenciadas aos bens envolvidos na situação - S1 e S2 - a ponderação, constitucionalmente adequada, partirá do órgão decisor com forte carga de argumentos para embasar a preferência a qual foi resultado da ponderação. O *enunciado de preferência* é o resultado da ponderação envolvendo princípios e é a expressão de graus de preferência, cujos princípios são representados pela importância maior ou menor, pela afetação intensa ou reduzida das situações.

Com essa tomada, na verdade, os gráficos expostos, seja o da contemplação do observador isolado, seja o da contemplação de dois observadores, não traduzem a ponderação, e a tradução para a ponderação será realizada e exposta por um terceiro gráfico, este constituindo um metanível, representando um curva de segundo grau: ¹⁶⁷

¹⁶⁶ . Ibid., p. 162.

¹⁶⁷ . Ibid., p. 163.

Grau de satisfação ou não afetação de P1



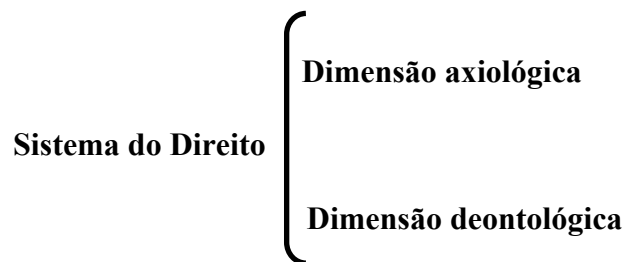
Grau de importância da satisfação de P2

No gráfico em que está expressa a ponderação, já está explicitado o caráter deontológico (por isso a substituição de **S1-S2** por **P1-P2**), superando o problema de tomar em abstrato os valores, sem dimensão deontológica, e fundamentar decisões jurídicas com base somente no plano axiológico. Os critérios de valoração encontram o seu substrato em princípios, o que indica a sua tradução para o plano deôntico, para os princípios como complexo normativo capazes de serem aplicados a situações conflitantes. A linha de argumentação, quando já realizada a migração para o plano deôntico, vai se fundamentar em razões várias, desde juízos normativos, apreciação dos fatos, cânones da hermenêutica e teor literal de dispositivos legais, todos capazes de emprestar racionalidade ao enunciado de preferência averbado ao caso concreto.¹⁶⁸

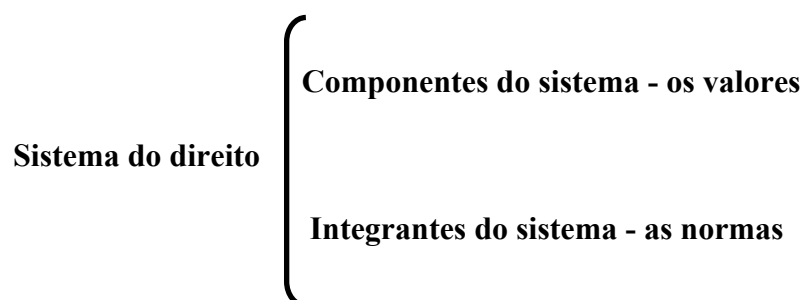
2.10. As dimensões do sistema.

¹⁶⁸. Ibid., p. 164-166.

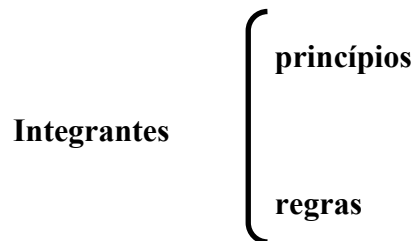
O sistema do Direito apresenta duas dimensões, relacionadas na forma de uma ser fundamento da outra, embora ontologicamente apartadas, e que podem ser sumariadas, determinando-se que, no sistema, há a dimensão axiológica, dos valores, e a dimensão deontológica, normativa. Na última dimensão, normativa, há uma diferença qualitativa entre duas espécies de normas, a saber, princípios e regras. A exposição acima serviu para escorvar o necessário acordo terminológico que serve para a ordenação de conteúdos expostos. Pois bem, as duas dimensões estão representadas por entes ontologicamente diferenciados que atuam - descrição funcional - e gnosiologicamente são captados diversamente, ou seja, há duas dimensões num mesmo sistema.



A dimensão axiológica, na qual são encontrados os valores, é a dimensão de elementos *componentes* do sistema, reforçando-se a opção pela palavra *componente* por significar aquela parte que entra no formar de alguma coisa, como os valores entram no formar do sistema do Direito, inclusive servindo como o seu fundamento material. A dimensão deontológica em que são encontradas as normas jurídicas, as expressões do dever ser que embasam a total idéia do sistema, como ordem deontica, é a dimensão dos *integrantes* do sistema.

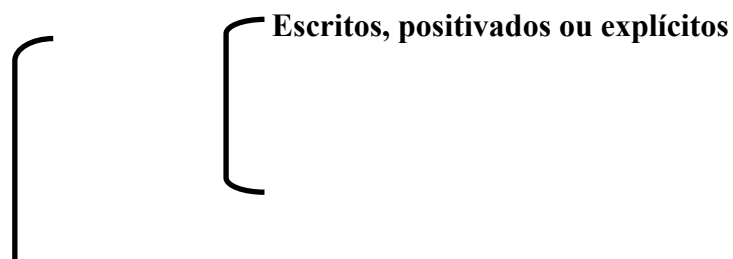


Como há duas qualidades de normas, princípios e regras, apresentam-se os elementos integrantes do sistema em duas modalidades:



A expressão princípio é plurívoca e abarca momentos díspares do sistema como normas de alto grau de abstração e generalidade, escritas ou não escritas, a razões jurídicas fluidas e fundamentos teoréticos e hermenêuticos. Mais ainda, ocorre a utilização da expressão *princípio* para designar os valores fundantes do sistema, lugar comum introjetado na tradição doutrinária e jurisprudencial, a qual cumpre reforçar o esclarecimento: os valores não apresentam a expressão deôntica dos *princípios*, embora sirvam de fundamentos para estes.

E qual a posição dos princípios teoréticos e hermenêuticos no sistema. Certamente não são normas e não é integrante do sistema, ocupando, em sinonímia por causa de sua posição, também considerados componentes do sistema, a despeito de não estarem posicionados na mesma dimensão axiológica dos valores. O que aponta diferença entre os princípios teoréticos e os valores, é que nos conceitos ou institutos construídos pela ciência do Direito é visível, ainda que implicitamente, uma dimensão de valores, ou opção de valores que, ao contrário dos princípios - tomados em sua integralidade normativa, ainda não traduz claramente uma determinação de dever ser e sim, muito mais, um caráter descritivo dos grandes grupos ou conjuntos de normas.



Normativos

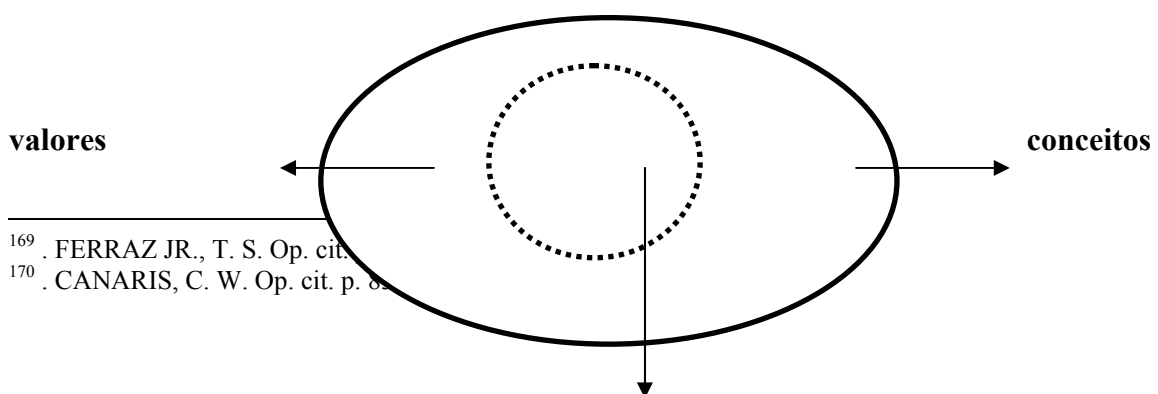
Princípios

não escritos, não positivados ou implícitos

Teoréticos, hermenêuticos ou conceituais

É oportuno de salientar que os conceitos ou institutos deixam traduzir uma vertente teleológica, a sua finalidade maior de encontrar critérios ou padrões de solução e decisão aos desafios de organização e conflitos na sociedade, a partir de normas. Por isso mesmo, diferenciam-se os conceitos e institutos do Direito de construções das ciências causais. Há, no campo da ciência do Direito, imbricado ao seu caráter descritivo, um nítido caráter diretivo, o que expõe a sua peculiar natureza de ligação com o dever ser.¹⁶⁹

Porém, como salienta Canaris, os conceitos não têm a capacidade de dar unidade ao sistema, vez que os valores neles estampados não encontram aquela tradução imediata para o plano normativo - do dever ser - que os princípios alcançam. Mais ainda, há uma complexa e fragmentária confluência de valores em cada instituto ou conceito construído, tornando complexa uma ponderação valorativa ou axiológica, nos moldes acima vistos. Os valores, portanto, afirmam-se também como fundamentos dos conceitos ou institutos, assim como também o são das normas (princípios ou regras), colocando os valores em posição diferenciada, fundamental, em relação aos princípios teoréticos. Mas, como valores e princípios teoréticos ou conceituais são componentes do sistema, é bem possível visualizá-los, em dimensões separadas, como elementos orbitais aos elementos integrantes, donde conclui-se que os componentes são orbitais ao núcleo do dever ser.¹⁷⁰



¹⁶⁹ . FERRAZ JR., T. S. Op. cit.

¹⁷⁰ . CANARIS, C. W. Op. cit. p. 8.

normas – princípios e regras

Os valores são os fundamentos do núcleo normativo e estabelecem gradações ou direções normativas, baseadas no valioso e na teleologia do sistema mas, importante, sempre é necessário traduzir essas gradações ou direções para o plano do dever ser. Torna-se impossível o estabelecimento de norma sob a forma de sentença, se estiver ausente uma redação que contemple a direção normativa. É claro que a direção é determinada, *a priori*, pela escala de valores, mas não se resume a ela. A decisão tomada com base em valores que não conte com o substrato de expressão gráfica do dever ser, e sem o sentido de dever ser, fere, por paradoxo, um dos valores do próprio sistema, o valor de certeza do Direito e da segurança e previsibilidade. Nessa toada, vai sendo encaminhada uma decisão irracional pois não reflete o valor objetivo: que é a certeza de seguir os valores do sistema, inclusive, a necessária certeza traduzida em normas.

A imprescindibilidade do substrato normativo faz ressaltar a importância dos princípios em sua essencial diferença enquanto comparado às regras: a sua função de elemento de traslado de componentes do sistema, os valores e a dimensão axiológica, para o núcleo do dever ser, para a dimensão deontológica, para o plano da normatividade. Dentre as variadas diferenças que separam regras e princípios, a realização primogênita dos valores na dimensão do dever ser é da maior importância, e, por isso mesmo, decorre a sua natureza de normogênese, ou melhor, os valores funcionam como o elemento primário para a cadeia normogênica iniciada com os princípios.

*O nexu entre o geral e o particular não destrói, portanto a efetiva hierarquia dos valores lógicos e não significa a conversibilidade ou equivalência dos dois termos.*¹⁷¹

Os valores são os fundamentos do sistema e ao mesmo tempo os indicadores de direção normativa, permitindo identificar o sistema do Direito, sistema nuclearmente normativo, como portador de uma natureza axiológica e teleológica. Vencida a etapa de conceituação do que seria o sistema interno, em seus elementos componentes e integrantes, em suas várias dimensões, está sedimentado o alicerce para uma descrição mais acurada dos preâmbulos, descortinando o horizonte de uma função do preâmbulo que vá além de sua posição literária e o insira na relação entre os vários elementos do sistema.

¹⁷¹ . SANTOS, J. M. C. Op. cit. p. 72..

3. O PREÂMBULO – SENTIDOS E FUNÇÕES.

3.1. O problema do preâmbulo na Constituição.

No capítulo anterior trabalhou-se com uma concepção ampliada do sistema do Direito, identificando elementos de variadas funções, componentes e integrantes, colocando em especial destaque as dimensões axiológicas e deônticas do sistema. A dupla dimensão serve para discutir agora a natureza do preâmbulo em sua abordagem funcional. Mas como é linha condutora do trabalho, a preocupação com a representação gráfica, literária das disposições normativas, o presente capítulo vai procurar sustentar o sistema esquemático de distribuição de textos com a concepção axio-teleológica do Direito. A natureza do preâmbulo encontra-se na conjugação das duas diferentes concepções de sistema.

O estado de arte da discussão sobre a natureza do preâmbulo da Constituição pode ser dividido, segundo Jorge Miranda, em três grandes linhas:¹⁷²

¹⁷² . MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 199. P. 236.

- i) a sua irrelevância jurídica;
- ii) a sua eficácia idêntica aos demais dispositivos;
- iii) a sua relevância jurídica específica.

Para discutir a relevância jurídica específica do preâmbulo vai ser cruzada a linha que foi exposta nos capítulos 1 e 2, das relações formais e materiais do sistema entre seus elementos e a sua forma de ordenação (em forma textual, em forma lógica, em valores) para procurar a dinâmica do preâmbulo, a sua função. Essa função desloca a discussão para como se interpretam as normas e os valores, qual o seu sentido e qual as formas de aplicação às decisões. Observe que o preâmbulo será captado em sua função de variável de interpretação dos textos; e do seu sentido para a aplicação e decisão do Direito pois esta é a maneira de captar a sua dinâmica e funcionalidade. Para lograr tal discussão vão ser catalogados os princípios e métodos de trabalho da hermenêutica (os métodos), com sensível impacto das teorias lingüísticas e das práticas argumentativas e retóricas.

Para a compreensão dos recursos da hermenêutica, da retórica e da argumentação há de se verificar, além do seu sentido científico moldado pelo seu discurso, o sentido ideológico, em que entram tanto as concepções ideológicas do labor dos juristas como a mensagem cripto ideológica das disposições textuais do sistema. E tomando o ponto de partida de que o preâmbulo é elemento textual, o presente capítulo apresenta a pergunta: qual o valor da função do preâmbulo para o sistema normativo do Direito?

3.2. O preâmbulo e a sua função – estado da discussão.

Qual o sentido de uma disposição textual vir estampada na entrada do corpo Constitucional - o que certamente lhe garante local destacado - e tornar-se tal prática usual nas redações de Constituições mundo afora? Certamente, a afinidade de um sistema jurídico

literário mundial, fundamentando a concretização histórica de uma prática redacional, tornando comum certas estruturas de texto e de distribuição de matérias nas Constituições, é uma resposta que esclarece, inicialmente, a existência dos preâmbulos. Deveras acurada tal explicação não logra, todavia, oferecer a resposta satisfatória para a função e localização do preâmbulo na estrutura sistemática tomada em sua globalidade, além da tomada esquemática, em concepções lógico-formais ou axio-teleológicas do sistema do Direito.

Afastando-se das explicações literárias do preâmbulo no sistema normativo (que são de maior importância, saliente-se - conforme o texto do capítulo 1 e as explicações que abaixo seguem) encontra-se uma certa regularidade, na teoria desenvolvida por autores brasileiros, sobre a natureza dos preâmbulos que, na maioria das vezes, descreve-os como dados do ser e sem objetividade quanto a sua possível função normativa ou deontica. O mesmo objetando-se que os preâmbulos não possuem natureza deontica é perceptível, na teoria nacional, a ausência de fundamentações argumentativas que neguem a sua natureza normativa com riqueza de explanação. O que se pode verificar é que está ausente uma abordagem esquemática e estrutural dos preâmbulos no sistema constitucional, que seja capaz de definir, sem ficar centrada acentuadamente em descrições imagéticas, a razão de ser do texto no corpo, lado a lado, com o documento no qual estão textos normativos, e qual a sua real função no global de normas.

*O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas.*¹⁷³

¹⁷³ . MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 46.

Os pontos expostos por Alexandre de Moraes - em síntese das principais construções esposadas pela doutrina – não abordam uma definição estrutural dos preâmbulos nos textos constitucionais. Depara-se com o problema inicial de um texto que está na Constituição mas não é norma constitucional. Note-se que a presença de texto sem evidente caráter deôntico pode ser encontrada em várias situações, além do preâmbulo, sem deixar de estar patente a sua inclusão no universo normativo. É o caso dos textos normativos que apresentam classificações legais, como é exemplo o artigo 43 do Código Civil que cataloga os bens imóveis. O argumento a ser tecido em favor da normatividade de tal classificação legal é possível pela sua pertinência ao sistema jurídico, embora não possa ser olvidado, sob pena de perder quaisquer pretensões classificatórias, pois aqui se está na dependência da idéia de sistema esquemático de normas, ou seja, os textos normativos dividem-se em parte normativa, de caráter deôntico, e partes textuais não-normativas, como o preâmbulo. Os esquemas textuais de distribuição de matérias servem para gizar partes normativas e não-normativas nos textos jurídicos. As classificações legais encontram-se na parte normativa do sistema.¹⁷⁴

Outra linha de argumentação que deve ser enfrentada, embora de menor robustez que aquela apresentada no parágrafo anterior, é a ausência de caráter sancionador nas disposições do preâmbulo. A clássica divisão, de origem jurisprudencial romana, entre lei perfeita, lei menos que perfeita e lei imperfeita mostra a existência de disposições legais - e portanto normativas - com ausência de sanção e o texto constitucional, em balanço bastante superficial, apresenta a maioria de seus enunciados com ausência de sanções. Poder-se-ia referir, ainda, ao universo de normas definidoras de competências, que vão necessariamente enlaçar-se com outras normas, justamente por serem normas que não apresentam a sanção. É pacífico que o atributo da sanção não seja da essência da norma tomada isoladamente e sim do sistema jurídico, o sistema é que aparece como ordem sancionada em cadeias de normas

¹⁷⁴ . Exemplo extraído de: FERRAZ JR. T. S. **Introdução ao estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. P.171. Obviamente está a se referir ao CC de 1916.

em situação de dependência. Para enfrentar o argumento de natureza não sancionadora do preâmbulo, e de outras disposições textuais, novamente apoiar-se-á no esquematismo sistêmico, na distribuição de matérias por ordens. Dentro do texto, há disposições sem sanção que encontrarão o seu atributo de sanção na totalidade do sistema e não isoladamente. Como o preâmbulo não está contido no esquema de textos com caráter normativo, fora de questão está a sua natureza normativa.¹⁷⁵

3.3. Os métodos sistemático e lógico e o preâmbulo.

O sistema esquemático de normas está alicerçado dentro de métodos de interpretação do Direito que procuram ordenar os textos em sistema orgânico, um todo unitário, dotado de sentido e direção. O método de interpretação sistemático, por exemplo, considera o preceito ou disposição textual dentro de sistema mais amplo que o envolve. É notável na aplicação desse método a percepção do lugar do texto no conjunto textual, sobressaindo a preocupação de pertinência formal-textual.¹⁷⁶

O método sistemático parte de uma premissa que está sujeita a críticas bastante contundentes e de fácil observação por intérpretes críticos: parte da idéia de uma perfeita elaboração do texto legal. Assim, o método sistemático apóia-se no curioso dogma de infalibilidade textual do legislador ou constituinte, quer dizer, toda a produção normativa sempre está ancorada em critérios absolutamente corretos de ordenação textual. Partindo-se desse dogma, o intérprete encontra, por informações internas do texto, esclarecimentos ao porquê (ou porquês) da situação e colocação de determinada disposição.

¹⁷⁵ . BARROSO, L. R. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 95-116. BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento**. 10 ed. Brasília: Unb, 1997. p 19-69. GOMES, O. **Introdução ao Direito civil**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. P. 55-56. KELSEN, H. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 40-41. . LARENZ, K. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. P.360-371.

¹⁷⁶ . BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 134-136.

O preâmbulo, na abordagem do método sistemático, pode ser entendido como algo que não é norma e a explicação vai se apoiar nos seguintes pontos:

- i) o texto da Constituição, isto é, as suas disposições com caráter normativo iniciam no artigo 1º, na parte normativa da Constituição;
- ii) o preâmbulo está fora da parte normativa da Constituição, é parte preliminar ao texto de normas, não apresenta caráter normativo.

O método sistemático apresentado pode bem ser catalogado como uma explicação singela, exageradamente voltada ao disposto textualmente, sem adentrar aos problemas de conteúdo. Ora, tal limitação do método não pode ser esquecida em análise crítica mas, por outro lado, não permite excluí-lo no todo como inconsistente. Antes disso, poder-se-ia pensar se a organicidade do Direito, em suas disposições textuais não seria um ponto de partida para toda a compreensão do Direito. A crença na infalibilidade do legislador e em seu trabalho de redação não deixam de encontrar guarida nos pressupostos que, em maior ou menor grau, acabam direcionando a atividade judicial em vários métodos empregados. A atividade hermenêutica trabalha com a figura mítica do legislador racional, que não se confunde com a efetiva produção da norma, nem com os fatos que condicionam ou impulsionam a produção normativa. O legislador racional, figura mítica, é:¹⁷⁷

- i) uma figura única - o legislador penal, constitucional, tributário é o legislador;
- ii) alheio às dimensões temporais e cronológicas biológicas - o legislador do CC, do século XIX, é tomado em paridade com a última produção normativa;
- iii) é de existência singular - independente se legislou por decreto, lei, no parlamento ou golpe, é o legislador;
- iv) é consciente pleno de todas as normas;

¹⁷⁷ . FERRAZ JR., T. S. **Introdução ao estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 276-277.

- v) é finalista, pois legisla sempre com uma intenção;
- vi) é onisciente, pois o sistema por ele produzido é completo e regulador de todas as situações;
- vii) é onipotente, pois só ele revoga as normas que ele mesmo produziu;
- viii) é coerente, pois o material por ele produzido não apresenta incoerências insolúveis;
- ix) é justo, pois sempre busca a justiça;
- x) é omnicomprensivo, pois o sistema tudo regula;
- xi) é operativo, pois não usa expressões ou palavras inúteis e a sua produção é para aplicação imediata;
- xii) é econômico, pois toda a norma tem uma função e nunca há duplicidade para a mesma hipótese;
- xiii) é preciso, pois suas palavras, por mais coloquiais ou genéricas, sempre têm um sentido técnico.

A complementar o método sistemático estaria o método lógico estruturado sobre o rigorismo das leis do pensamento correto, sistematizadas pela lógica formal. A interessante contribuição do método lógico está em apresentar, a partir do princípio da identidade, princípio de contrariedade, princípio do terceiro excluído e princípio da razão suficiente, alguns dos argumentos clássicos da hermenêutica jurídica: *argumento a fortiori*, *argumento a maiori*, *argumento a minori*, *argumento a simili* e *argumento a contrario*.¹⁷⁸

Todavia, o método lógico não está limitado aos axiomas da lógica formal buscando encontrar elementos materiais na detecção, no plano de lógica material do Direito, definir a *ratio legis*, a *vis legis* e a *occasio legis*. Na busca da *ratio legis* é encontrada a aproximação entre os métodos lógico e sistemático, permitindo mesmo chamá-los, no

¹⁷⁸. COELHO, L. F. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 76-80.

conjunto, de método lógico-sistemático. A *ratio legis* pode ser entendida como aquela preocupação com a inserção de determinada disposição em certa parte ou módulo do sistema textual de normas, permitindo captar o seu sentido. O sentido do preâmbulo é justamente a de texto de abertura, ausente a sua natureza normativa por estar catalogado fora da cuidadosa distribuição de matérias do constituinte. No caso da Constituição brasileira obedeceríamos à ordenação lógico-sistemática seguinte:

- i) preâmbulo;
- ii) títulos;
- iii) ato das disposições transitórias.

A parte normativa da Constituição compreende nove títulos, nomeados da seguinte maneira: Dos Princípios Fundamentais, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Da Organização do Estado, Da Organização dos Poderes, Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, Da Tributação e do Orçamento, Da Ordem Econômica e Financeira, Da Ordem Social e Das Disposições Constitucionais Gerais. Ao final, normas para a aplicação da Constituição no Ato das disposições transitórias. Excluída a parte normativa, estão as assinaturas dos Constituintes que promulgam a Constituição, a capital federal onde foi produzida e, na abertura, o preâmbulo.

É interessante notar que apesar das críticas aos pontos de partida do método sistemático (e lógico-sistemático), não há como negar alguns de seus trunfos na distribuição e ordenação de matérias, usados por correntes ou métodos mais avançados. Tome-se o exemplo dos Direitos Fundamentais e Princípios Fundamentais, notáveis por sua proeminência na organização política do Estado. Pois bem, o Constituinte brasileiro logrou inseri-los como os primeiros Títulos, colocando-os como princípio orgânico da Constituição. Segue daí a sistematicidade e logicidade de todos os conteúdos do texto constitucional.

Constituição:

- **Parte normativa (conjunto de disposições textuais reunidas em certa parte do texto, com organização interna);**
- **Parte não-normativa (incluindo o preâmbulo).**

3.4. Os métodos gramatical e exegético e os textos normativos e não normativos.

A expressão norma teve o seu uso prodigalizado especialmente pelo impacto dos trabalhos de fundamentos epistemológicos do Direito do normativismo vintecentista. Verdade é que a prodigalização do vocábulo resultou no descuido em seu emprego, quase fazendo corresponder norma com o Direito Legislado, o que certamente é um equívoco sob o ponto de vista histórico - nos quadrantes do Direito de tradição oral - ou mesmo na possibilidade de visualização de normatividade não-escrita posta - princípios implícitos ao ordenamento. O positivismo novecentista é que pode ser apontado como o grande realizador da associação entre Direito legislado e normatividade, fazendo mesmo crer que o Direito posto é o legislado. Os mesmos créditos podem ser somados ao racionalismo que associou o Direito legislado aos axiomas jusnaturalistas, tornando a legalidade sinonímia de normatividade. Logo se percebe que os métodos tradicionais hermenêuticos - incluíam-se aí o método lógico e sistemático - mantiveram-se aprumados, em certo, na correspondência total entre o Direito legislado e a norma.

A organização burocratizada e documental da sociedade hodierna implicou a quase total transferência das fontes normativas ao caráter documental escrito, apoiando-se no dogma que a confiança e o conhecimento vêm do material escrito. Nessa toada, os textos do

Direito, impositivos de condutas são todos escritos. Por essa razão o estudo das fontes do Direito, para compreender melhor como são organizados os textos do Direito que estipulam as condutas as quais devem ser seguidas, passou a ser o estudo dos textos normativos. A norma é o comando impositivo de condutas em sociedade, determinando formas do dever-ser, estruturadas em modais deônticos, os modais do dever-ser - o proibido, o obrigatório, o permitido. Mas, como é patente, o texto normativo distingue-se da norma porque na maioria das vezes é um enunciado lingüístico em que não se encontra a representação gráfica de qualquer modal, antes parecendo um texto descritivo do que prescritivo, como o texto normativo que está no Código Penal, no artigo 121:

Matar alguém - pena - reclusão, de seis a vinte anos.

O espaço ocupado pelo comando impositivo do modal deôntico, que não está escrito é justamente a *norma*, que encontra o seu substrato no *texto normativo*. A norma será algo trabalhado, por quem interpreta o texto, extraíndo desse texto o seu comando. Leia-se e interprete-se o artigo 121 e, depois, entenda-se que a norma proíbe matar alguém. O texto é enunciado lingüístico carente de interpretação que, após o trabalho de interpretação, surge a norma como comunicador, sob a forma de proposição, prescrevendo condutas ou comportamentos.¹⁷⁹

Dentre os métodos de interpretação, aqueles que mais se aproximam de preocupações com o teor das disposições do texto normativo avultam os métodos gramatical e exegético, historicamente situados na vizinhança do legalismo positivista do século XIX, bastante afeitos à indissociabilidade entre lei e norma, crenes na expressão unívoca de sentido do texto normativo e de divisão de funções institucionais em que o papel do decisor-

¹⁷⁹ . ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. P. 47-64. CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999. P. 1128-1132. COELHO, E. M.; BORGES, A. W. **Ensaio sobre sistema jurídico**. Uberlândia: IJCON, 2001. P. 56-57. MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. P. 51-61.

juiz é de vinculação estrita ao legislador. O método gramatical encontra o seu antepassado histórico nos glosadores que procuravam entrelinhar explicações nos textos clássicos do Direito Romano, explicações de inteiras disposições textuais, já que a γλῶσσα - glosa é, no grego, a explicação de uma palavra difícil. Nascido logo após a edição do Código Napoleão dá ao intérprete a responsabilidade de encontrar o sentido unívoco da lei, explicando o texto, o que consiste na busca de circunlóquios por amarrar-se ao consagrado no texto. Obviamente o método gramatical esforça-se na concentração de recursos interpretativos nos padrões de língua culta, preferencialmente em análises morfológicas e sintáticas do texto.

180

Parelo ao método gramatical encontra-se o método exegético, preocupado em descobrir, no texto legal, a vontade do legislador. A vontade do legislador é certamente compreendida quando se observa com atenção os contornos do legislador racional acima referido. A bem da verdade, o método exegético nasceu como elemento revolucionário, afrontando a elite jurídica do antigo regime (monárquico e absolutista) e super valorizando a figura do legislador, no momento em que se creditavam aos legisladores - e ao legislativo - o papel primordial na definição de condutas a serem seguidas, justamente por serem os legisladores, os lídimos representantes do povo. Para evitar abusos interpretativos por juizes servos do antigo passado absolutista, a escola exegética alçou ao primeiro plano a vontade do legislador.¹⁸¹

O juiz, por sua vez, acabou por tornar-se o decisor mecânico, adstrito à vontade do legislador descoberta em cada texto. Sabidamente, o salto entre o texto e a vontade do legislador inconsciente traz uma diretriz política pouco recomendável ao Direito, de conservação absoluta do momento de produção da lei e de um certo padrão, entendido ou

¹⁸⁰ . CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. P. 151-156. GILISSEN, J. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. P. 343. WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito 1**. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1994. P. 66-67.

¹⁸¹ . CAENEGEN, R. C. van. Id. P. 151-156. WARAT, L. A. id.. P. 68-69.

presumido, como sendo a vontade do legislador. Aos métodos gramatical e exegético aplicam-se os brocardos *in claris cessat interpretatio*, *in claris non fit interpretatio*, *lex clara non indiget interpretatione* e *in claris non admittitur voluntatis quaestio* pois ambos os métodos acreditam em clareza e univocidade de textos normativos, cumprindo realizar a interpretação somente em casos - não dominantes - de obscuridade. O disparo crítico contra esses dois métodos pode ser buscado não em novéis doutrinas, mas no clássico Carlos Maximiliano:¹⁸²

*Que lei é clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é interpretar. A verificação da clareza, portanto, em vez de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma.*¹⁸³

E ainda complementa sobre a vontade do legislador:

*Se descerem a exumar o pensamento do legislador, perder-se-ão em báratro de dúvidas maiores ainda e mais inextricáveis do que as resultantes do contexto. Os motivos que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la.*¹⁸⁴

Abordadas as críticas aos métodos gramatical e exegético, há um ponto de inegável valia, especialmente para o método gramatical, que é o fato da interpretação literal dos dispositivos constituir o ponto de partida de todos os processos de interpretação, inclusive

¹⁸² . WARAT, L. A. id., p. 69.

¹⁸³ . MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. P. 56.

¹⁸⁴ . Ibid., p. 39.

tomado como ponto de partida pela jurisprudência de alguns Tribunais Constitucionais, onde o elemento literal é a medida de partida para todo o processo de interpretação da norma.¹⁸⁵

Os métodos lógico e sistemático permitem descortinar o texto preambular dentro da organicidade textual da Constituição e, agora é oportuno, verificar qual a observação possível sobre a colocação esquemática do preâmbulo para os métodos gramatical e exegetico. Para o método gramatical, o preâmbulo é um texto em que o seu teor indica uma não normatividade por estar fora do corpo normativo. Fica patente que a colocação do texto não normativo e do texto normativo para o método gramatical é como se fosse uma constatação apodíctica: o preâmbulo é evidentemente um texto sem caráter normativo. A integração entre o método gramatical e lógico-sistemático permite o melhor deslinde da questão, permitindo a exegese literal do texto dentro de certos padrões orgânicos de distribuição do texto, evitando a constatação de que o *preâmbulo não é norma por que não é*.

Notadamente se houver conjugação dos métodos gramatical e exegetico, como se fosse o complexo interpretativo do teor literal da vontade do legislador, forçoso é reconhecer que há uma simbolização peculiar para descrever as situações em que há textos normativos com caráter de norma e textos normativos sem o caráter de norma (**t** para texto e **n** para norma):¹⁸⁶

i) o texto é o veículo do comando impositivo, a norma, cuja a simbolização mais simples, a cada texto corresponderia uma norma: **texto = norma; t = n.**

ii) como o preâmbulo não é norma, é considerado um texto do sistema do Direito, relacionado ao sistema de normas, mas sem o caráter de norma: **texto = sem correspondência normativa; t = sem norma.**

iii) **O preâmbulo é texto sem norma; t (preâmbulo) = sem caráter de norma (não n).**

¹⁸⁵ . BARROSO, L. R. Op. cit. p. 128-131. FRANÇA, R. L. **Hermenêutica jurídica**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 8-9. MÜLLER, F. Op. cit. p. 27-31.

¹⁸⁶ . CANOTILHO, J.J. G. Op. cit. p. 1130.

As possibilidades de ocorrência das duas simbolizações acima devem contar com o suporte de uma, insista-se, reta distribuição de matérias no texto da Constituição, numa formação orgânica em que os conteúdos literais dos textos correspondam a normas e em que alguns textos, por ordenação sistemática textual e lógica, insiram-se no sistema sem o caráter normativo. No último caso estão situados os preâmbulos. A ocorrência simultânea dos métodos de base - gramatical, exegético, lógico-sistemático é orientador da Suprema Corte dos EUA, negando a natureza normativa do preâmbulo:

*The United States does not derive any of its substantive powers from the Preamble of the Constitution. It cannot exert any power to secure the declared objects of the Constitution unless, **apart from the Preamble**, such power be found in, or can properly be implied from, some express delegation in the instrument.*

While the spirit of the Constitution is to be respected not less than its letter, the spirit is to be collected chiefly from its words.

While the exclusion of evidence in the state court in a case involving the constitutionality of a state statute may not strictly present a Federal question, this court may consider the rejection of such evidence upon the ground of incompetency or immateriality under the statute as showing its scope and meaning in the opinion of the state court.¹⁸⁷

¹⁸⁷ . EUA. Suprema Corte. Error to the Supreme Court of the State of Massachusetts. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 US 11 (1905). HARLAN, J., lead opinion. 20 de fevereiro de 1906. Disponível em: <<http://www.uscplus.com>>. Acesso em 21 mai. 2002. Os negritos na citação são deste autor e não estão presentes no original. Tradução: *Os EUA não derivam qualquer de seus poderes materiais do preâmbulo da Constituição. Não se pode fundamentar qualquer poder para assegurar os objetos declarados constitucionalmente a menos que, separado do preâmbulo, tal poder seja encontrado em, ou possa adequadamente ser subsumido de, algumas delegações expressas do instrumento constitucional. Enquanto o espírito da Constituição deve ser respeitado não menos que o seu texto, o espírito deve ser coletado essencialmente de suas palavras Enquanto a exclusão de evidência no judiciário estadual em caso envolvendo a constitucionalidade da lei estadual não pode configurar estritamente uma questão federal, esta corte pode considerar a rejeição de tal evidência sobre a seara da incompetência ou não compreensão material da questão na lei estadual na extensão e sentido na opinião da corte estadual.*

E também no voto do Justice Harlam, base da decisão da Suprema Corte:

*We pass without extended discussion the suggestion that the particular section of the statute of Massachusetts now in question (§ 137, c. 75) is in derogation of rights secured by the Preamble of the Constitution of the United States. Although that Preamble indicates the general purposes for which the people ordained and established the Constitution, it has never been regarded as the source of any substantive power conferred on the Government of the United States or on any of its Departments. Such powers embrace only those expressly granted in the body of the Constitution and such as may be implied from those so granted. Although, therefore, one of the declared objects of the Constitution was to secure the blessings of liberty to all under the sovereign jurisdiction and authority of the United States, no power can be exerted to that end by the United States unless, apart from the Preamble, it be found in some express delegation of power or in some power to be properly implied therefrom. 1 Story's Const. § 462.*¹⁸⁸

O preâmbulo anuncia os propósitos da Constituição, mas não há qualquer direito que possa nele ser fundamentado, ou melhor, sem a norma. E o preâmbulo não é norma (logo não há Direito), não integrado ao corpo constitucional normativo, não se extraindo de seu texto mais que informações sobre o espírito da Constituição, o ânimo dos pais fundadores do constitucionalismo e do Estado américo estadunidense.

¹⁸⁸ . *ibid.* Tradução: *Passamos sem extensas discussões da lei estadual de Massachusetts agora em questão (§ 137, c. 75) está em derrogação dos direitos assegurados pelo preâmbulo da Constituição dos EUA. Apesar do preâmbulo indicar os propósitos gerais nos quais o povo ordenou e estabeleceu a Constituição, não tem sido considerado a fonte de qualquer poder substantivo conferido ao governo dos EUA ou a qualquer dos departamentos. Tais poderes abraçam apenas aqueles expressamente garantidos no corpo da Constituição e certo assim que só podem ser inferidos daqueles dessa forma concedidos. Apesar, portanto, que um dos declarados objetos da Constituição era assegurar as graças de liberdade para todos sob a soberana jurisdição e autoridade dos EUA, nenhum poder pode ser exercido para aquele fim a menos que, apartado do preâmbulo, seja encontrado em alguma delegação expressa de poder ou em algum poder para ser adequadamente derivado de lá. 1 Story's Const. § 462.*

Métodos gramatical e exegético:

Texto – norma – Direito **—————>** **normas constitucionais**

Texto – não norma – não Direito **—————>** **preâmbulo**

3.5. Vontade do legislador - a vontade do Constituinte no texto preambular.

A diferença do método exegético na comparação ao método gramatical está na inserção da variável da vontade do legislador, sendo a tarefa do intérprete realizar a descoberta da vontade do legislador na produção da norma. Essa preocupação com a vontade do legislador desperta imediatamente a questão de localizar *a vontade* em certos períodos, que bem pode ser no momento histórico em que foi produzido o texto ou, como iria se portar o legislador se vivesse o momento atual, e qual seria a sua resposta para as necessidades atuais de aplicação da norma. Certo é que o método lógico-sistemático busca captar a *ratio legis* e esta só será possível quando se perquirir a *mens legislatoris*, o impulso de redação do legislador.

Bem se avista que o método exegético trouxe um salto ao simples estudo do teor literal, estrito, utilizado pelo método gramatical, pois está implícito, ao buscar a vontade do legislador, que tal tarefa só tem razão de ser porque o texto não apresenta a clareza e univocidade instantânea, como pretendia o literalismo do método gramatical. O esclarecimento também permite verificar que o método exegético supera o gramatical sem rejeitá-lo, apenas rompe com uma posição, entendida como ingênua, de acreditar na disposição textual estritamente.¹⁸⁹

¹⁸⁹ . FRANÇA, R. L. Op. cit. p. 14-15.

O modelo de legislador adotado inicialmente pelo método exegético explicava-se pela verdadeira desconfiança com interpretações discrepantes adotadas por juízes oriundos da finada Monarquia absolutista. A vontade do legislador é a vontade do povo, do representante do povo e, portanto, deve ser o parâmetro de interpretação para textos normativos. O núcleo do pensamento do método exegético encerra, porém, duas críticas que acabam ferindo os seus próprios pressupostos.

i) O método gramatical creditava ao julgador um papel de absoluta neutralidade ideológica. Ora, como visto a sua postura rechaçando os antigos julgadores do regime absolutista não deixa de ser uma postura de forte postura ideológica, pró regime revolucionário liberal. Após os primeiros momentos de crença de nova era de prosperidade e igualdade, estes foram substituídas por uma igualdade formal e ênfase na liberdade de ação econômica, pavimentando o período de apogeu burguês. O movimento exegético fez o elo com o positivismo legalista e a estruturação dos Estados legais do século XIX, o que de maneira bastante explícita mostra uma filiação ideológica.

ii) A fé na univocidade de sentido da expressão textual da lei na verdade acaba impondo a direção programática econômica e política do Estado legal burguês, onde os parlamentos apresentavam em sua composição a forte - senão absoluta - representação classista burguesa, em que então a vontade da lei era o broquel para os interesses dessa classe (e de seus setores). Como o texto aceita pluralidade de sentidos, o sentido adequado é aquele que traduz a vontade do legislador.

iii) O método exegético ao destinar ao julgador o papel de aplicador mecânico, neutro, de disposições textuais, introduzia no universo jurídico uma estrutura de poder de rígida separação de funções, com concentração centrípeta no legislativo, e que despe os membros do judiciário de qualquer dimensão política na sua tarefa jurisdicional (o juiz

funcionário público e não como membro de poder do Estado), na mais estreita visão positivista de análise do Direito como normas postas de origem legal.¹⁹⁰

O método exegético usa um arsenal instrumental que vai buscar captar a vontade do legislador e que coloca uma pergunta central de método de trabalho: o que é a vontade do legislador e como captá-la? Como aponta Cossio, a escola exegética faz da interpretação uma lógica psicologista, em que o seu empirismo gnosiológico coloca o texto normativo, e o dado deste, que é a vontade do legislador, como um dado assemelhado à norma enquanto dever ser, ou seja, uma indissociabilidade entre um plano de lógica pura (plano do dever ser) com o plano de uma lógica de coerência relativa de um sujeito pensante (o legislador). Busca o método exegético a significação da norma na vontade do legislador.¹⁹¹

Interessante que uma das premissas da escola exegética é justamente a captação da vontade do legislador que inclui uma rigorosa pesquisa em documentos como atas, anais, informativos parlamentares, recolhas de discursos e debates, proposições, diários legislativos, exposições de motivos e toda fonte que possa comprovar o sentido *querido* pelo legislador. Aí parece penetrar com importância o preâmbulo.¹⁹²

O preâmbulo serve de peça de anúncio da vontade do legislador constituinte na feitura do texto constitucional e, também servirá, de material para a captação da *mens legislatoris*, da leitura psicologista da vontade a qual animou o legislador na elaboração do texto. O alerta crítico ao tipo de orientação da escola exegética para a captação da vontade do legislador é a que está afastada de qualquer apreciação política. O método exegético procura captar a vontade do legislador distante de dimensões axiológicas e ideológicas.¹⁹³

Por mais paradoxal que pareça ser, a idéia de captação da vontade do legislador é a aproximação neutral, na qual as expressões captadas no texto que documentam a vontade do

¹⁹⁰ . PERELMAN, C. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 32-33.

¹⁹¹ . COSSIO, C. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954. P. 68.

¹⁹² . MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica...** Op. cit. p. 38-46.

¹⁹³ . *ibid.* p. 40-43.

constituente - o preâmbulo, devem imediatamente ser convertidas para o seu sentido técnico. Esse paradoxo pode ser descrito simbolicamente da seguinte maneira: embora o texto possa apresentar uma pluralidade de sentidos, somente um sentido é o sentido normativo, o sentido querido pelo legislador, a sua *mens legislatoris*:

Texto = comporta vários sentidos; $t = s1? s2? s3?$

Dos sentidos possíveis somente um - $s1$ - é a expressão normativa - n

$T = n$; onde n é $s1$.

A posição asséptica da exegese aos dimensionamentos políticos e ideológicos do Direito causam uma tremenda dificuldade de interpretação do preâmbulo, claramente perceptível, quando se analisam preâmbulos com forte carga de direção política e compromissos políticos como, por exemplo o preâmbulo da Constituição brasileira de 1988. Essa dificuldade não deixa de realçar o importante destaque do preâmbulo, que passa a figurar com um papel intermediário entre a simples pertinência ao universo de textos sem caráter normativo para o tradutor de vontade legislativa. A verdade é que o preâmbulo estaria no grau inferior ou subalterno de textos do Direito, subalternidade que serviria para a sua colocação na esfera de texto de captação, texto de orientação de captação da vontade do legislador.

3.6. O método histórico e a vontade do legislador no preâmbulo.

Além da vontade do legislador em pesquisa psicologista, há de se questionar o momento e as condições em que este legislador produziu a norma, pois o trabalho legislativo ou constituente tem uma razão de ser em função de determinantes históricas. O voluntarismo

do legislador constituinte no seu momento histórico pode ser analisado de forma estática, ou seja, o momento congelado em épocas distantes, deslocados dos problemas atuais. O intérprete capta a vontade do legislador como produto histórico apegando-se à tradição da autoridade produtora. Essa virada em relação ao método exegético deve ser analisada pela forma como a exegese visualizava a figura do legislador, transcrita nos parágrafos do item anterior. A exegese vincula a vontade do legislador ao *legislador racional*, isso quer dizer que, a leitura de uma vontade produtora da Constituição conseguirá elucidar ao intérprete o sentido de texto produzido à luz da razão, e o trabalho de interpretação descobrirá o sentido – unívoco – de uma disposição textual de expressão da razão.

O método histórico – e será buscado o seu conceito no contexto histórico em que surgiu o método - representou a reação ao racionalismo da Revolução Francesa e o retorno ao romantismo e aos mitos, na exaltação dos valores da vida em substituição aos valores da razão. Como produtos da valorização do emotivo e do mítico, o romantismo gestou o nacionalismo, exaltador da cultura e do espírito do povo, e o idealismo transcendental. A mais importante contribuição do romantismo ao Direito é a escola histórica do Direito.¹⁹⁴

O historicismo no campo do Direito representa a reação ao racionalismo abstrato e universalizante do jusnaturalismo pós Revolução Francesa e, por conseqüência, não nutre as mesmas relações com o legislador racional desenhado pela escola exegética. O historicismo está fortemente ligado ao fortalecimento de tradições culturais de um povo, ao Direito que brota espontaneamente do espírito nacional – *geist*. Repugnou ao historicismo, justamente, aquele ponto que era considerado a demonstração cabal do progresso e da razão no Direito: os códigos. O historicismo rejeitou, em seus primórdios, acidamente, a reunião, em corpo de leis abstratas e produzidas pelo legislador, ou seja, o Direito que deveria – em sua construção teórica – brotar livremente dos costumes.¹⁹⁵

¹⁹⁴. WOLKMER, A. C. **Ideologia, Estado e direito**. São Paulo: RT, 1989. p. 15-17.

¹⁹⁵. WARAT, L. A. **Introdução...** Op. Cit. P. 70-74. WOLKMER, A. C. Loc. Cit. P. 17-18.

A estima da escola histórica do Direito pelos costumes e tradições – o retorno aos clássicos – não significa o rechaço do positivismo. É saliente que a valorização do Direito brota de um povo, de sua cultura, e isso não implica a negação de normas postas pela tradição. Ao contrário do que conclusões superficiais sugerem, o historicismo contribui, com grande vulto, para a valorização do Direito como fenômeno histórico de cada povo, tornando patente o caráter epocal da norma, posta para o determinado momento daquele povo, em resposta ao seu evoluir naquele momento de necessidade.

O racionalismo da escola exegética reprova a contextualização epocal, sugerindo que o intérprete valha-se de uma vontade do legislador atemporal, ahistórica, pois esta vontade livra o aplicador do Direito de subjetivismo irracional e rompe com a ordem de autoridades as quais encontram o fundamento de legitimidade no irracional (daí a mitificação do legislador racional pela exegese). O historicismo revela que a vontade do legislador é o resgate de sua tradição, não interessando qualquer pretensão universalista ou de racionalismo abstrato, mas o legislador e o seu ser histórico, o qual é produto de um momento vivencial de um povo.¹⁹⁶

O preâmbulo no contorno da escola histórica deixa de ser o instrumento textual de captação abstrata de uma vontade constituinte e passa a ser o elemento histórico de definição do produto do Constituinte. Essa possibilidade de captar a vontade do elaborador do texto leva Dumbauld, ao comentar a posição da Suprema Corte sobre a natureza dos preâmbulos, ao seguinte veredito:

Madison definitely asserted that the preamble was not a separate source of a substantive power, distinct from the particular powers subsequently

¹⁹⁶ . A comparação entre a *Aufklärung* e romantismo, a oposição entre a autoridade e a razão, o temor de uma hermenêutica viciada pela precipitação – ofensiva à razão – e dogmatizada pelo culto à ordem tradicional – pré-revolucionária, que serviu de base aos conceitos expostos no parágrafo são expostos em minúcias, extensamente, na obra: GADAMER, H. G. **Verdade e método**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 400-424.

*specified. It enumerates purposes, not powers. The Supreme Court has accepted this view.*¹⁹⁷

Para a construção de toda a explicação, o autor utiliza o material referencial de correspondência entre os participantes da Convenção de Filadélfia, como maneira de apresentar o argumento persuasivo e explicitador da decisão da Suprema Corte (acima referenciada e transcrita). Vale-se da força de apresentar os argumentos de Madison, mostrando a utilização do lugar da autoridade produtora, do Constituinte, para a verificação da natureza do preâmbulo como enumeração de propósitos. É tentador aprofundar-se nessa mirada, pois temos uma sucessão de documentos de propósitos, de documentos capazes de mostrar a vontade do legislador. Seguindo Dumbauld, só serão elucidados os documentos, que mostram a *vontade do legislador em produzir um texto de vontades do legislador*, o preâmbulo. Assim, é realçado o papel dos *fundadores do Estado, dos pais da pátria*

Preâmbulo – texto de expressão do legislador original.

Torna-se melhor a compreensão sobre a definição de preâmbulo de Carlos Maximiliano, acima exposta (defensor das vantagens do método por ele designado *histórico-evolutivo*) quando o diferencia da captação abstrata da escola exegética. Assim, cada ordenamento oferece uma solução particular para a redação de seu preâmbulo, na qual é possível analisar, evolutivamente, os fatores culturais que permearam a elaboração da Constituição.¹⁹⁸

¹⁹⁷ . DUMBAULD, E. **The Constitution of the United States**. Norman: University of Oklahoma press, 1965. P. 59-61. Tradução: *Madison definitivamente asseverou que o preâmbulo não é fonte separada de poderes substantivos, diferenciado dos poderes particulares subsseqüentemente identificados. Ele enumera propósitos não poderes. A Suprema Corte tem aceitado esta visão.*

¹⁹⁸ . A especificidade de cada preâmbulo, como documento original de cada ordenamento é encontrada em: RUFFIA, P. B. Di. **Diritto costituzionale**. V. XV. Nápoles: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1989. p. 241. Limongi França diferencia duas espécies de natureza de interpretação histórica: a remota, que busca a *origo legis*; a segunda, atuarial, busca a *occasio legis*. Op. Cit. P. 10.

Carlos Maximiliano, ao comentar a Constituição de 1946, elenca três elementos de descrição de natureza, tarefas ou funções para o preâmbulo de uma Constituição. Para o autor, os preâmbulos são ou servem para:

- i) determinar os fins para os quais foi elaborada uma Constituição;
- ii) não são normas, pois não têm caráter dispositivo e sim enunciativo;
- iii) não têm função mandamental ou ordenadora, mas sim função explicativa e orientadora da interpretação.¹⁹⁹

Reafirmando a natureza não-normativa do preâmbulo, acentua, porém, a sua função de determinação dos fins da Constituição. O preâmbulo é a peça que permite captar o que o legislador expressou, no momento em que produzira a Constituição, como o retrato de uma situação histórica específica, que sugere ao intérprete uma busca de elucidação, de certas necessidades, epocais e distintas, para compreender o espírito de uma Constituição, justamente como o momento mítico e de conjunção de fatores culturais que determinaram a redação da norma constitucional – ou do conjunto da Constituição.

Preâmbulo – fins que levaram o Constituinte à redação da Constituição

Preâmbulo – retrato do momento histórico de redação constitucional

3.7. A querela entre subjetivistas e objetivistas

As possibilidades de disjunção e conjunção de pontos de mirada das escolas tradicionais da hermenêutica jurídica permitem alimentar a catalogação, freqüente na doutrina e teoria constitucional, em dois grandes blocos identificadores de visões sobre a interpretação: subjetivistas e objetivistas. À parte, as infinitas possibilidades de combinações entre os

¹⁹⁹. MAXIMILIANO, C. **Comentários à Constituição brasileira**. 4. Ed. atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. P. 162-168.

métodos, resume a divergência entre subjetivistas e objetivistas na definição da supremacia entre *voluntas legislatoris* ou *voluntas legis*? E qual ponto de partida deve ser tomado para a interpretação? Vontade da lei ou vontade do legislador? ²⁰⁰

Note-se que se utilizam, com freqüência, outros vocábulos para expressar a dicotomia, ora expressando, em vez de subjetivismo, originalismo, interpretativismo, visão estática de interpretação ou formalismo e, ao invés de objetivismo, não originalismo, visão dinâmica de interpretação, realismo ou não-interpretativismo. Os traços diferenciais das duas posições podem ser elencados da seguinte forma: ²⁰¹

i) De modo geral os subjetivistas caracterizam-se por: valorização da lei como fonte do Direito, a lei é texto de significação auto-suficiente; o ato de interpretação é ato mecânico; a interpretação é ato de conhecimento (racional); o juiz não cria o Direito pois já o encontra realizado nos textos legais; o sistema jurídico é auto-suficiente (não dependendo de análise metajurídica); o julgador utiliza procedimentos lógico-dedutivos para a solução de conflitos; a linguagem jurídica é precisa e formal; o juiz é neutro e imparcial; a norma é esquema conceitual abstrato que não deixa dúvidas sobre a sua zona de regulação; o sistema do Direito é um sistema axiomático; o conhecimento do Direito é desligado de condicionamentos ideológicos ou sociológicos; a ciência do Direito é avaliativa; as normas são precisas e coerentes dentro do sistema. ²⁰²

ii) De modo geral, os objetivistas caracterizam-se por: o ato de interpretação é um ato de vontade; o ato de interpretação é constitutivo do Direito a linguagem do Direito posto apresenta imprecisões; o valor segurança é relegado ao segundo plano; o valor equidade ganha destaque na aplicação da lei; a ciência do Direito é construída com base nos

²⁰⁰ . BARROSO, L. R. **Interpretação...** Op. Cit. P. 112-115. FERRAZ JR., T. S. Op. Cit. P. 260-262.

²⁰¹ . DWORKIN, R. Controvérsia constitucional. **Sub judice – justiça e sociedade**, Lisboa, n. 12, p. 27-31. GRAU, E. R. **A Ordem Econômica e Financeira na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 170-172.

²⁰² . BRITO, M. N. de. Originalismo e interpretação constitucional. **Sub judice – justiça e sociedade**, Lisboa, n. 12, p. 33- 58, jan.- jun. 1998. WARAT, L. A. **Introdução...** op. Cit P. 55-56, 61.

argumentos de órgãos decisórios; as fontes do Direito vão além da lei – em todos os fatores que influem na decisão do julgador; o raciocínio jurídico apóia-se em silogismo retórico; não há verdade absoluta na apreciação de fatos senão aferição de sua verossimilhança.²⁰³

Os subjetivistas buscam a vontade do legislador original e isso representa uma visão da própria distribuição de poderes e das funções. É patente a sua aproximação com os métodos gramatical, exegético e histórico remoto, na busca de uma idealizada vontade do legislador, ao redigir a norma. Exemplo extremado de retorno – retrocesso – a certos pontos originais-literais de disposições textuais pode ser encontrado no julgado da Suprema Corte dos EUA sobre a interceptação, por autoridades, de comunicação telefônica:

*By the invention of the telephone fifty years ago and its application for the purpose of extending communications, one can talk with another at a far distant place. The language of the Amendment cannot be extended and expanded to include telephone wires reaching to the whole world from the defendant's house or office. The intervening wires are not part of his house or office any more than are the highways along which they are stretched.*²⁰⁴

Curiosamente o *Justice* entende que não há ofensa à inviolabilidade porque, ao redigir a Emenda, o Constituinte não se deparou com a invenção telefone, logo não há proteção às comunicações encetadas por este meio. Bem se vê que está a se apoiar em elemento histórico, ao se buscar as intenções originais do legislador. Essa busca de uma

²⁰³ . Ibid., P. 60-61.

²⁰⁴ . EUA. Suprema Corte. Certiorari to the circuit court of appeals for the ninth circuit. *Olmstead v. United States*. 277 U.S. 438. Taft, J., lead opinion. 04 de junho de 1928. Disponível em: <<http://www.uscplus.com>>. Acesso em 21 mai. 2002. O exemplo foi extraído da sugestão de BARROSO, L. R. **Interpretação...** op. Cit. P. Tradução: *Da invenção do telefone cinquenta anos atrás e a sua aplicação para o propósito de alargar as comunicações, alguém pode falar com outro em local distante. A linguagem da Emenda não pode ser estendida para incluir cabos telefônicos englobando todos na defesa do lar ou local de trabalho. A interceptações telefônicas não são partes da sua casa ou local de trabalho e não são mais que as vias ao longo das quais são estendidas.*

vontade original do legislador não é tarefa das mais fáceis, pois deve vencer alguns problemas metódicos centrais:

i) Ao buscar uma vontade do constituinte original há o ingresso da especulação no campo da teoria política. Ora, o subjetivismo rechaça a internalização de elementos metajurídicos no labor do Direito e isso conduz ao problema de uma apreciação estática da vontade original, de forma estritamente documental.²⁰⁵

ii) Deve ser considerado que a intenção ou vontade do legislador, estampada no texto, é um fato psicológico complexo, não podendo ser apreciado por simples análise documental. O legislador é o grupo elaborador do texto ou cada produtor de norma isoladamente?²⁰⁶

iii) Se a situação que está sendo objeto de julgamento nunca foi cogitação do legislador constituinte original, como saber a sua intenção original? Julgar como ele encaminharia a solução hoje? Aí, deixaria de ser uma análise da intenção original para pura opção política do julgador.²⁰⁷

iv) Havendo divergências dentro do grupo produtor da norma, tendo sido aprovada por estreita margem e após intensos debates, seria possível, então, estabelecer uma média de intenção original, com o balanço de todas as posições?²⁰⁸

v) O legislador constituinte não poderia ter, originalmente, querido delegar a responsabilidade para os futuros intérpretes? Não há, certamente, nenhuma indicação de que ele tenha vetado atos de criação posteriores. E de outro lado: como é possível saber que ele originalmente não quis deixar o caso sem regulamentação? Ou quis regular especificamente a situação prevista textualmente excluindo outras?

²⁰⁵ . DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 46-47.

²⁰⁶ . *ibid.*, p. 51.

²⁰⁷ . *ibid.*, p. 62-63.

²⁰⁸ . *ibid.*, p. 64.

A função do preâmbulo nas raias das tendências subjetivistas fica reduzida ao informe documental histórico de uma intenção do legislador constituinte, numa pesquisa vagamente psicologista, mitificadora da figura do constituinte, alheia aos conteúdos políticos e estudado por uma ciência do Direito imunizada a condicionamentos valorativos.

Voltando a Carlos Maximiliano, percebe-se qual o seu intuito em esclarecer que o método como histórico-evolutivo é diferente da simples busca da vontade original do legislador, diferenciando-o da exegese de uma vontade original do legislador constituinte. O método histórico-evolutivo busca uma compreensão atuarial da Constituição e, por certo, não há de se tomar o preâmbulo como remota lembrança de intenções originais do Constituinte.

O grande traço das tendências objetivistas é buscar a vontade da lei, incumbindo ao julgador a tarefa de captar a finalidade do texto e a sua eficácia na sociedade. Com razão, o método histórico-evolutivo acaba confundindo-se com os métodos sociológico e teleológico. O julgador tem a tarefa de avaliar as conseqüências sociais da aplicação da lei a sua finalidade.²⁰⁹

O sentido histórico de uma disposição normativa ou disposição textual não-normativa, mas integrante do sistema de normas, será captado pelo jurista aplicador em relação ao caso dado, o qual é urgente resolver. O caso a ser julgado não deixa de ser a determinação de conteúdo do texto, embora não se possa prescindir do sentido histórico ou originário do texto, captação de sentido encontrada no preâmbulo, como auxiliar na determinação de sentido originário do texto.²¹⁰

Preâmbulo – função auxiliar de determinação do sentido histórico do texto normativo

²⁰⁹ . WARAT, L. A. **Introdução...** op. Cit. P. 77-84.

²¹⁰ . GADAMER, H. G. Op. Cit. P. 481-485.

Mas como resolver a tensão entre o sentido jurídico original e as especificidades do caso atual? O lugar ou quadro em que o aplicador buscará a captação do sentido é um lugar dado com anterioridade, ou seja, ao aplicar a lei não se está realizando interpretação inédita. É indispensável realizar a mediação entre a lei dada pela autoridade – tradição do legislador constituinte original - e transmiti-la às necessidades do presente.²¹¹

*Só existe conhecimento histórico quando em cada caso o passado é entendido em sua continuidade com o presente, é isto que realiza o jurista na sua tarefa prático-normativa, quando procura 'realizar a sobrevivência do Direito como um continuum e salvaguardar a tradição da idéia jurídica'.*²¹²

A idéia de Carlos Maximiliano de um método histórico-evolutivo está ilustrada na mediação que o julgador faz, entre o quadro do legislador constituinte, descrito no preâmbulo em que anuncia as suas intenções e a necessidade de atualização com os casos atuais. A vontade da lei é o esquema atualizado de intenções, aplicadas ao momento do intérprete, com fulcro na tradição. Na verdade, a atualização lança os fundamentos de um segundo ponto que é a autonomização do texto em relação ao legislador original, ainda que ocorra a mediação.

A principal crítica às tendências objetivistas está no curioso fato de poderem adotar o subjetivismo judicial. Isso quer dizer que a tarefa de mediação e mesmo a descoberta do quadro em que será mediada a tradição e a atualidade do caso são, também, fatores sujeitos a dúvidas interpretativas. Se fossem sujeitos a dúvidas interpretativas, os julgadores gozariam de poderes para definir o quadro e a mediação, ocorrendo, assim, a troca da vontade do legislador pela vontade do julgador. A mitificação do legislador é substituída pela vontade mítica do *bom julgador*.²¹³

²¹¹ . *ibid.*, p. 485-486. Ver o conceito de sistema aberto de CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 103-125.

²¹² . GADAMER, H. G. *loc. Cit.*, p. 486.

²¹³ . FERRAZ JR., T. S. *Op. Cit.* P. 263-264.

Encaradas as críticas à concepção, qual a função do preâmbulo para a tomada da vontade objetiva da lei? Para responder a pergunta, deve ser realizada uma inversão da simples enunciação do preâmbulo, como vontade do legislador constituinte, para entender que os preâmbulos servem de enunciação dos propósitos da Constituição e não do Constituinte. Tal qualidade dos preâmbulos foi captada por Pontes de Miranda que permite inferir que, ao lado da vontade objetiva da norma, é possível encontrar indícios de determinação da norma constitucional por seu preâmbulo.²¹⁴

A tomada objetivista do preâmbulo, inclusive, deve ser encarada, como elemento com existência desgarrada de seu produtor, ao mesmo tempo em que a norma tem existência autônoma, independente de seu produtor. A vontade objetiva da norma constitucional é encontrada em seu teor literal e do nexos de sentido encontrado, também, em seu teor literal ou no seu substrato textual. Entenda-se, então, que o preâmbulo, embora anuncie o órgão produtor da Constituição, é elemento textual que auxilia na determinação do nexos de sentido de outro texto, esse outro texto de caráter normativo – a norma constitucional.²¹⁵

Preâmbulo – determinação do nexos de sentido de outro texto – texto normativo.

3.8. A semiologia nos processos de interpretação jurídica e o preâmbulo.

O ato de interpretação parte de uma constatação, embora negada por certas tendências interpretativas que bem podem ser definidas como ideologias, que a norma, ou melhor, o texto da norma pode oferecer várias possibilidades de aplicação. O grande acerto

²¹⁴ . PONTES DE MIRANDA, A.A. de. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1946. p. 306-308.

²¹⁵ . Também utilizadas as considerações sobre a posição do Tribunal Constitucional alemão em: MÜLLER, F. **Métodos...** op. Cit. P. 26.

das tendências objetivistas está em esclarecer que interpretar não é simplesmente um ato de conhecimento, baseado em texto com univocidade de sentido. A ordem hierárquica de normas, em que a norma superior dita a norma inferior, nunca é absolutamente completa de maneira que não haja um certo grau de indeterminação. Expressando de outra maneira, o texto da disposição superior não é redigido de maneira que permita a aferição de um único sentido. É muito comum que a indeterminação seja ditada mesmo intencionalmente pelo órgão produtor, como são exemplos freqüentes as disposições principiológicas que entregam larga margem de conformação ao legislador ordinário, ou mesmo sem intenção, como são exemplos as mesmas disposições principiológicas que se utilizam de expressões vagas e ambíguas.²¹⁶

A indeterminação dos textos normativos – e do próprio texto do preâmbulo – não significa que o julgador disponha de margem arbitrária para estipular um sentido qualquer. Antes disso a indeterminação do texto não deixa de apresentar um quadro onde ficam determinados certos limites de determinação por ato do julgador, o que quer dizer que a sua margem é discricionária e não arbitrária. Ao realizar a definição do quadro em que se processa – ou deverá se processar – a interpretação é um ato de conhecimento do sistema de normas postas.²¹⁷

Mais adiante do ato de conhecimento do sistema de normas postas surge ainda uma margem de indeterminação que será a determinação do julgador a elementos extranormativos. A interpretação não é simplesmente o ato de conhecimento do sistema de normas postas, mas também a determinação de um conteúdo com recurso de medidas de valor, a critérios de valoração, não estando excluídos os argumentos políticos ou econômicos.

218

²¹⁶ . KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 388-389.

²¹⁷ . *ibid.*, p. 390-391.

²¹⁸ . *ibid.*, p. 392-394. É intrigante o escrito de Kelsen sobre a interpretação. O autor da mais sofisticada exposição sobre o sistema normativo do Direito é, ao mesmo tempo, um expositor da necessidade de valores no ato de interpretação. Kelsen não teorizou o sistema em sua relação com valores, por isso entende que os valores, no ato de interpretação, são elementos extrajurídicos, não participando do objeto de estudos da ciência do Direito

Por receber determinação de uma norma superior, que investe o julgador de sua função decisória, entende-se por que o julgador realiza um ato de vontade ao interpretar sentidos possíveis de uma disposição textual. O ato de vontade, de escolha entre valores, entre critérios de valorar, só é possível porque o julgador recebe prerrogativas – competência – de norma superior. Gozando de competência estabelecida por norma superior, o ato de escolha entre sentidos possíveis de uma disposição é *um ato de vontade competente*.²¹⁹

A definição de um sentido para a disposição textual, criado pelo Direito, quando aplicado ao caso concreto e baseada na moldura estabelecida pelo texto normativo, o julgador irá se valer de elementos extranormativos. Avizinha-se, assim, uma outra função para o preâmbulo que seria baseada em sua natureza, não-normativa, em que o preâmbulo pode servir como o elemento extranormativo que o julgador utiliza em sua escolha volitiva. Explica-se essa função, caso seja entendido que o preâmbulo pode indicar a direção, na escolha de sentido da disposição normativa. Como a atribuição de sentido ao texto normativo indeterminado é ato de vontade do julgador, este pode utilizar a mensagem do preâmbulo como elemento extranormativo de determinação de sentido.

Preâmbulo – estabelece limites decisórios na interpretação do texto normativo (o preâmbulo como elemento extranormativo)

Preâmbulo – direção de escolha no ato de interpretação

A determinação de sentido da disposição textual normativa pelo preâmbulo descortina dois novos problemas. Ao contrário das abordagens dos métodos tradicionais –

(no máximo da política do Direito). Isso abre uma outra frente de cuidados na apreciação da obra de Kelsen. É erro grosseiro imaginar que a sua obra seja alheia ao problema de valores. A parte da *Teoria pura do direito* sobre interpretação prova o contrário. O que deve ser compreendido é a preocupação objetual de Kelsen para a ciência do Direito, não excluindo outros elementos que serão objeto de outros campos de conhecimento como a política do Direito, a filosofia do Direito e a estimativa do Direito.

²¹⁹ . *ibid.*, p. 394.

como gramatical, exegético, histórico (em suas duas variantes) – há uma preocupação com a significação das disposições textuais. Outra preocupação é com o inevitável conteúdo político de qualquer ato interpretativo. A primeira preocupação ganhou terreno e destaque com o impacto de teorias lingüísticas na interpretação jurídica.

A virada na abordagem científica em todos os campos, inclusive no Direito, que o impacto das teorias lingüísticas trouxe, deve-se à definição de nova categoria objetal, a saber, um modelo de conhecimento que é capaz de captar o sistema de significação subjacente à aparência empírica dos signos. Para a determinação desse objeto de estudo deve ser realizada a distinção entre a existência empírica de signos, em processos de comunicação, integrante da fala, de uma sistematização dos signos em estrutura, em seus usos e em seus elementos universais, que é a língua. O impacto imediato da semiologia repercutirá no conceito de Direito, mostrando que as definições do objeto de estudo do Direito não deixam de ser construções discursivas, em que o objeto da ciência é construído pelo seu discurso.²²⁰

À parte, essa preocupação epistemológica é relevante, pois a semiologia serviu para a abordagem crítica dos métodos de interpretação. Ao colocar o signo como unidade objetal fundamental, a semiologia permitiu verificar que as disposições textuais normativas, signos, estão articuladas no sistema (sistema normativo). Obviamente que o sistema, sistema de normas, é uma construção discursiva que a ciência constrói – o que notadamente realiza-se neste trabalho – mas o esquema de textos normativos é um sistema de signos, os quais tornaram-se objeto, aí importância em analisá-los sobre esse prisma de observação lingüístico.

A análise lingüística é processada em três principais ângulos que bem podem ser entendidos como categorias:²²¹

i) sintaxe;

²²⁰ . WARAT, L. A. **O Direito e sua linguagem**. 2ª versão. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 20-21.

²²¹ . FERRAZ JR., T. S. Op. Cit. P. 36-37.

- ii) semântica;
- iii) pragmática.

A análise sintática permite verificar a relação formal dos signos, em sua formação e derivação. A análise sintática de uma disposição textual normativa dedica-se aos aspectos morfológicos essenciais, o que permite concluir que, implicitamente, o método gramatical, ao utilizar a tomada dos textos normativos em sua relação formal de elementos, aproxima-se desse ângulo. Porém, a análise sintática pode também ser aproveitada na estruturação esquemática textual de todo o sistema, no qual há o retorno as explicações sobre a divisão entre disposições normativas e não-normativas.²²²

A análise sintática permite a verificação do preâmbulo, primeiro, em seus signos componentes isoladamente, como partes de um conjunto que se articula formalmente. Para tal tarefa, verificar-se-á que, no preâmbulo, há uma mensagem formada por expressões de funções definidas: sujeito, predicado... Em segundo lugar, o preâmbulo está ordenado em relação ao esquema de distribuição de todo texto normativo, é a parte preliminar do texto normativo. Em terceiro lugar, o preâmbulo pode ser visualizado dentro da estrutura lógica da norma, logo conclui-se, não apresenta caráter normativo, pois não apresenta a estrutura do dever ser: *sendo A então deve ser B* (estando ausente também o seu modal deôntico).

A análise semântica permite o estudo do signo em relação ao seu universo referente, entre o signo e o objeto que comunica. Assim, ela conduzirá a análise dos preâmbulos à verificação sintética de sua aplicação, entendendo o preâmbulo como elemento auxiliar de interpretação da norma jurídica. Isso quer dizer que os diferentes cotejos ao preâmbulo, sejam como mensagem da vontade do legislador ou mensagem das normas, próxima ou remota, transformam-no em peça funcional de interpretação das normas pelos órgãos de aplicação do Direito.²²³

²²² . FERRAZ JR, T. S. op. Cit. P. 36-38. WARAT, L. A. **Introdução geral...** Op. Cit. P. 40.

²²³ . FERRAZ JR. Id., p. 37. WARAT, L.A. Id., p. 40-41.

A semântica vai questionar o papel do preâmbulo na definição de sentido de uma Constituição concreta, de determinado Estado, em suas várias disposições textuais que aguardam a estipulação de sentido. O preâmbulo fornece condições de sentido para que se possa aplicar a norma (ou as normas). Ao fornecer as condições de sentido nas quais se aplicarão as normas, verifica-se que os métodos hermenêuticos são instrumentos para a decisão de conflitos, controlando as possibilidades de atribuição de sentido aos textos normativos, e utilizando-se do preâmbulo – vontade da lei ou do legislador – como referência para a tarefa de atribuição de sentido (discutido no presente capítulo).

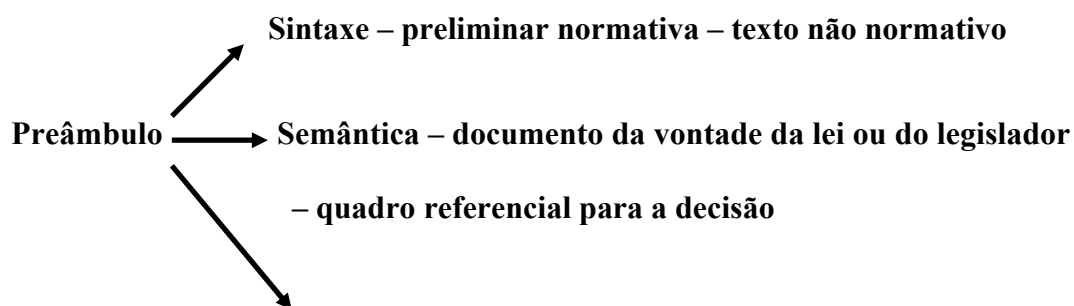
Os métodos hermenêuticos conduzem a dicotomia fundamental entre *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, pois é uma forma controlada de definição de sentidos de textos normativos, em que a figura mítica do legislador, ou mesmo do julgador que descobre a vontade objetiva da lei, procuram estampar a moldura, ou quadro de preenchimento de decisão, que o órgão aplicador utiliza. Não gratuitamente, o preâmbulo pode ser definido como instrumento controlador, capaz de atribuir o universo ou quadro de preenchimento da decisão, ao indicar, por exemplo, o que o legislador tinha intenção ao redigir a Constituição. Ou mesmo qual o sentido básico ou universo de sentidos objetivos das disposições textuais da Constituição.

Mesmo ao empregar definições estipulativas na atribuição de certo sentido ao texto normativo, a ordem mítica da hermenêutica conduzirá ao controlado espaço do legislador ou da norma. As definições estipulativas poderão aparecer como referência a distante intenção do constituinte, implícita no preâmbulo e descortinada pelo intérprete. A mesma referência ou sustentação na vontade do legislador ou vontade da lei pode ser verificada em textos normativos com incertezas significativas, abundantes em vagezas e ambigüidades, nas quais o controle decisório é realizado por instrumentos como analogia,

recurso a princípios – implícitos ou explícitos -, fontes paralegislativas ou paraconstitucionais e, o que é o ponto de maior interesse, sustentar a decisão com recurso ao preâmbulo.²²⁴

O recurso ao preâmbulo é também o campo para definições persuasivas que permitem o trabalho com os valores, sob a forma controlada de recurso à intenção original do constituinte, ou sob a forma controlada de recurso ao sentido objetivo da lei, servindo o texto do preâmbulo como indicador, aparentemente de natureza empírica, quando, na verdade, está se utilizando de valores. O preâmbulo pode surgir, por exemplo, como desqualificador, ao estabelecer o quadro em que o intérprete pode descortinar a vontade original da Constituição ou do constituinte, reputando-se ilegítimos discursos que violem a mensagem paranormativa do preâmbulo.²²⁵

A análise pragmática verifica a carga emotiva que o signo pode assumir, ou que o signo, além de um significado de base, possa vir a ter um significado deslocado, em função do contexto em que a mensagem é editada pelo emissor. Isso representa que a mensagem normativa do preâmbulo não pode ser encarada como a simples leitura intencional da vontade do legislador e sim como a verdadeira mensagem de ideologia ou dos valores. Não é possível, como tenciona o psicologismo da exegese, fazer uma descrição do preâmbulo como realidade empírica. É na análise pragmática que ficarão patentes as possibilidades de definições, redefinições e persuasão para a conexão entre a política e o Direito.²²⁶



²²⁴ . WARAT, L. A. **Introdução geral...** op. Cit. P. 31-42; Id. **O Direito e sua...** Op. Cit. P. 69-73.

²²⁵ . id., **Introdução geral...** p. 36-37; id., **O Direito e sua...** p. 69-74.

²²⁶ . FERRAZ JR., T. S. Op. Cit. P. 37-38. WARAT, L. A., **O Direito e sua...** 45-47.

Pragmática – definição política da Constituição.

3.9. Semiologia e definição da ideologia constitucional pelo preâmbulo.

A tarefa primeira da abordagem semiológica do preâmbulo que permita descortinar a sua natureza é abandonar a posição de que o preâmbulo possa ser captado de maneira despolitizada. O preâmbulo pode ser visto como o anúncio do poder estatal, de quem representa o poder estatal e de seus objetivos na redação da Constituição. Certo é que essa mensagem de objetivos e de elucidação do poder estatal fornecerá a ordenação da Constituição, por traduzir os valores que permitem a coerência e a definição dos fins de validade da Constituição.²²⁷

É preciso notar que o preâmbulo não pode ser visualizado como norma, o que implica a sua natureza não-deôntica e desperta o problema de objeto a ser analisado pela lingüística. Voltando às partes da semiótica, sintaxe e semântica, para a análise do preâmbulo, verifica-se no primeiro caso, de relação formal – sintaxe-, que o preâmbulo não está na dimensão deôntica do sistema:

²²⁷ . BARBOSA, R. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1932. p. 35-46. MIRANDA, J. Op. Cit.. p. 238. PONTES DE MIRANDA. Op. Cit. P. 308-311.

*The preamble, strictly speaking, is not a part of the Constitution, but 'walks before' it.*²²⁸

Na análise semântica, o preâmbulo serve para o enquadramento de sentidos possíveis da norma. Se fosse atentar apenas para a definição de sentidos dos textos a partir da denotação, o preâmbulo continuaria como peça auxiliar de enquadramento de sentidos possíveis do texto normativo, sem estar inserido formalmente na dimensão normativa. A análise da conotação, por sua vez, traz outro problema: a definição de sentido de texto normativo, com auxílio do preâmbulo, implica auxílio noutra sistema significante, político e valorativo. Como pode ser percebido, há uma migração de sentidos e funções do preâmbulo, de um sistema significante – normativo, para outro sistema significante – axiológico, e a função do preâmbulo assume a intensidade de opção política e ideológica, em clara análise pragmática.²²⁹

Para obter a compreensão do preâmbulo em tantos quadrantes diferentes proporcionados pela semiologia, há a necessidade de diferenciar a linguagem objeto da linguagem que fala da linguagem-objeto – metalinguagem. O que é possível captar é que o discurso do Direito não pode ser corretamente compreendido sem o nivelamento, a divisão em objetos sobre o que se fala. Ainda mais que, no nivelamento é preciso, lembrar-se de que o discurso encontra referentes, que no caso do Direito, o referente são as relações sociais.²³⁰

Habitualmente pode ser definido o sistema de normas, como o conjunto de signos que é a linguagem objeto, da teoria do Direito, a metalinguagem. Aqui é importante frisar que o nivelamento pode ser processado tanto em plano horizontal como vertical. Isso quer dizer que é possível segmentar o sistema normativo em partes textuais, como sistemas normativos

²²⁸ . CORWIN, E. S. **The Constitution and what it means today**. Princeton: Princeton University press, 1958. p. 1. Tradução: *O preâmbulo, falando em sentido estrito, não é parte da Constituição, mas caminha além dele.*

²²⁹ . CORREAS, Ó. **Crítica da ideologia jurídica**. Ensaio sócio-semiológico. Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 41-45. É o que Dworkin alerta sobre o subjetivismo, originalismo, que oculta a opção ideológica ao tentar descobrir a intenção do legislador. DWORKIN, R. **Uma questão de...** op. Cit. P. 52.

²³⁰ . CORREAS, Ó. Op. Cit. P. 19-24; WARAT, L. A. **O Direito e sua...** op. Cit. P. 48-49.

ou subsistemas normativos (segmentação horizontal). E também é possível segmentar verticalmente, entre a linguagem-objeto e a metalinguagem (segmentação vertical). A metalinguagem também admite segmentação horizontal, em campos inter-relacionados de conhecimentos sobre o Direito: Teoria do Direito, Direito Constitucional e assim em sucessivos exemplos.

Atento ao referente do Direito, que é o seu objeto exterior, pode-se compreender que há um objeto exterior, o qual não deve ser mantido alheio, o que curiosamente o positivismo realiza, ao isolar os textos normativos em sistemas auto significante. Se o observador realiza-se uma abordagem do conceito de Constituição, fatalmente se depararia com o sentido sociológico de Constituição, no qual Ferdinand Lassalle descortina os fatores reais de poder. Constituição, segundo Lassalle, não são as páginas escritas de documentos jurídicos, mas a força viva dos fatores reais de poder que influenciam todas as instâncias jurídicas.²³¹

A explanação de Lassalle acaba por submeter – ou mesmo confundir – o plano deontológico ao mundo causal, suprimindo todo o significado do texto normativo e do Direito legislado enquanto objetos culturais e como sistema formalizado de signos. Todavia, a rudeza de Lassalle encontra em outros planos metódicos, aplicados ao Direito, uma consagração que permite – e indica positivamente – a necessidade de trabalhar com o objeto exterior do Direito. Além da disposição textual da norma, é indispensável que todo trabalho interpretativo seja um trabalho de concretização - referido ao caso – descortinando as peculiaridades do conjunto de fatos que influencia a decisão.²³²

A disposição literal da norma indica o seu programa normativo, acompanhado de seu âmbito normativo que é aquele setor ou realidade englobado pelo programa normativo. Este âmbito normativo, que compreende um setor da realidade pode ser de geração jurídica

²³¹ . LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 10-11.

²³² . MÜLLER, F. **Métodos...** op. Cit. P. 42.

(que pode ser entendido como expressão semasiológica de termos utilizados) ou não ser de geração jurídica (de sentido onomasiológico). Esse âmbito normativo é o campo material que será constitutivo da fatispécie contemplada no programa normativo. A norma jurídica constitucional é um modelo de ordem materialmente caracterizada, sem perder a sua especificidade normativa, justamente, pela necessária transposição entre o âmbito e o programa da norma. O interessante é que a dimensão normativa – normatividade – só ganha o seu contorno real, ao se visualizar a reciprocidade entre o fato e a norma.²³³

A interpretação da norma constitucional é realizada para o caso concreto, carente de decisão, em que há a reciprocidade entre o concreto fático e enunciado deôntico, implicando uma pré-compreensão do intérprete (necessariamente voltado ao conjunto de fatos relativos ao caso concreto em decisão). Entram nesta compreensão, por certo, elementos ideológicos que servirão para a adequação racional da decisão. O primeiro sentido do texto e a determinação primeira, que o caso traz ao intérprete, são projetos prévios – pré-compreensão – que o intérprete, se não se deve entregar a eles, eles mesmos servirão de substrato para a objetividade e racionalização da decisão. Essa objetividade não é algo abstrato, mas uma construção acumulada, na prática do Direito, que fortalece a inclusão de disposições materiais na normatividade e decisões.²³⁴

A inclusão de pautas materiais, conteúdos ideológicos, políticos e valorativos no discurso do Direito e na prática dos juristas já foi objeto de tratamento pela sociologia do Direito. É mesmo cadente a existência de um senso comum teórico dos juristas, alimentado por representações e estereótipos. O que talvez não seja satisfatório é justamente a elucidação do sentido ideológico das disposições normativas, aquele âmbito de pré-compreensão de que

²³³ . *ibid.*, p. 60-65.

²³⁴ . *ibid.*, p. 65-66. Sobre a pré-compreensão ver também GADAMER, H.G. *Op. Cit.* P. 402-408.

se vale o intérprete para a aplicação do caso concreto levando em consideração todos os elementos estruturais da norma.²³⁵

O intento do trabalho é esclarecer elos entre a ideologia do preâmbulo e as normas da Constituição – normas da Ordem Econômica constitucional – e certamente não é suficiente encontrar a descrição de ideologia dos juristas, construída e demonstrada na práxis jurídica. Para atingir o intento é preciso diferenciar a ideologia dos juristas, o senso comum teórico dos juristas (que é metalinguagem sobre o objeto texto normativo), de uma ideologia do Direito.

236

Para diferenciar a ideologia do Direito da ideologia jurídica dos juristas é preciso referenciar o que é a ideologia. Tirante a inegável natureza plurívoca e os inegáveis problemas sintáticos e semânticos que a expressão comporta – que passam longe do objeto do presente trabalho – a ideologia pode ser vista como um conjunto de idéias, valores, práticas, arraigadas ou assumidas por um grupo social, constituindo os conceitos de como o mundo é visto, atingindo o caráter de mola propulsora de ação e coordenação de esforços, do grupo ou individual. A ideologia pode assumir tanto o caráter de uma crença individual, como de instituição. A ideologia tem um corte funcional que a torna vetor de ações coletivas (baseando-se em teorias ou filosofia), realizando tarefas de coesão e mobilização na sociedade, servindo como organizador – ao definir objetivos e meios para atingi-los -, atuando ao mesmo tempo como elemento de conflito, ao chocar visões de mundo diferenciadas na crítica social, projetando estruturas de poder e ordem (com a idéia de absoluto e exclusivo, portadora universal de verdades).²³⁷

²³⁵ . WARAT, L. A. **Introdução geral...** op. Cit. P. 13-29. Sobre as especulações da sociologia do Direito ver: ARGÜELLO, K. **O ícaro da modernidade.** Direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997. p. 147-182. Também em HABERMAS, J. **Direito e democracia.** Entre a facticidade e a validade. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 222-247.

²³⁶ . CORREAS, Ó. Op. Cit. P.

²³⁷ . O tema de ideologias comporta um notável acervo de considerações. Um dos elementos mais importantes é a ideologia como falsa consciência, flertando com uma deformação da realidade. Esse é o sentido negativo de ideologia , falseando as relações de domínio e de poder, ao prescrever condutas e agir dos membros da sociedade, mascarando a realidade ou substituindo uma imagem por outra, normalmente favorável aos detentores

Retornando aos problemas semiológicos, entende-se o direito como um sistema de signos, os textos do Direito e os textos que falam sobre o Direito. A inteligibilidade do pegado de signos – textos do Direito – depende de um código, já que esse pegado de signos está formalizado em um sistema, com consistência e organicidade. O sistema de textos normativos do Direito deve ser entendido, ou seja, o código de transmissão do sistema deve ser entendido pelo receptor da mensagem. Com isso o sistema de textos normativos na verdade está na dependência de um outro sistema significante – o seu código – que permita a sua inteligibilidade e compreensão.²³⁸

A ideologia é conteúdo de consciência transmitido, também, por signos, no que se assemelha ao sentido, que é também um conteúdo de consciência, permitindo a captação do lugar do signo (atendendo ao seu significado e significante). Isso permite detectar uma identificação entre sentido e ideologia, como conteúdos de consciência, parciais ou qualquer conteúdo de consciência. A compreensão do sentido é fundamental para entender, por exemplo, a diferença existente entre o sentido deôntico e axiológico de elementos do sistema do Direito.²³⁹

do poder ou de certa ordem de poder. Outra importante consideração é da ideologia como negação da verdade científica. No campo do Direito, essas considerações podem ser percebidas em Kelsen, *a negação do dever ser; o Direito como ideologia*, em que a perda da identidade objetual do normativo, em especulações políticas, leva à negação da teoria pura, da ciência do Direito. Um rol de características da ideologia é apresentado em Wolkmer: a) a ideologia surge em condições de crise; b) a ideologia tem alcance amplo e variado; c) a ideologia é padrão sistemático do pensamento; d) a ideologia é autônoma e auto suficiente; e) a ideologia é abstrata; f) a ideologia é absoluta, exclusiva e universal; g) a ideologia é persuasiva; h) a ideologia é milenária; i) a ideologia tende ao excesso; j) a ideologia é personalizada e documentada; l) a ideologia é programática; m) a ideologia experimenta desenvolvimento; n) a ideologia se entrelaça com movimentos políticos. As funções da ideologia são descritas por Macridis como: a) a ideologia serve para mobilização; b) a ideologia serve para a organização social; c) a ideologia é expressão ou veículo de comunicação; d) a ideologia serve à manipulação da ação; e) a ideologia facilita a comunicação entre os membros do grupo; f) a ideologia desperta afeto, orgulho, por pertinência ao grupo ou esforço comum. A ideologia “é um sistema de significados destinados a disciplinar os pensamentos e precisa, portanto, de uma atividade social para processar sua história. A ideologia, qualquer que seja o uso de seu termo, se processa na história, e não na consciência”. WARAT, L. A. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. 84-92. Id., **A pureza do poder**. Florianópolis: UFSC, 1983. p. 19-26. FONSECA, E. G. D. da. **Vícios privados, benefícios públicos? A ética na riqueza das nações**. São Paulo: Companhia das letras, 1993. p. 53-56. LYRA F^o, R. **O que é Direito?** São Paulo: Nova Cultural/Brasiliense, 1985. p. 16-32. MACRIDIS, R. C. **As ideologias políticas contemporâneas**. Brasília: Unb, 1982. p. 18-25. KELSEN, H. **Teoria pura...** Op. Cit. P. 113-119.

²³⁸ . CORREAS, Ó. Op. Cit. P. 27-44.

²³⁹ . *ibid.*, p. 45-54.

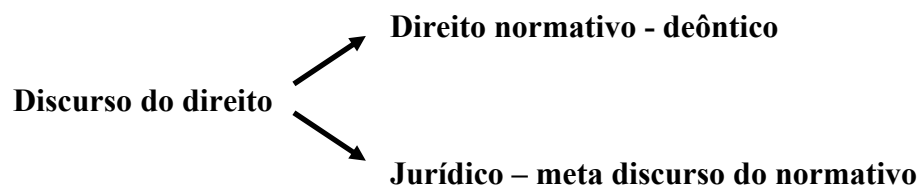
A compreensão do sentido do discurso possibilita, desde que atendida a referência contextual, identificar sentidos deônticos, prescritivos e descritivos, na ciência do Direito. É bem possível encontrar-se proposições do Direito redigidas em forma descritiva, em estrutura redacional não-imperativas, mas contextualizadas na dimensão deôntica como dever ser. A solução encontra-se no sistema formalizado que aparta o dever ser, o sentido prescritivo, do sentido descritivo. Para melhor compreender é razoável voltar ao problema de linguagem objeto e metalinguagem:²⁴⁰

Discurso do direito – normativo – deôntico – língua objeto (L1)

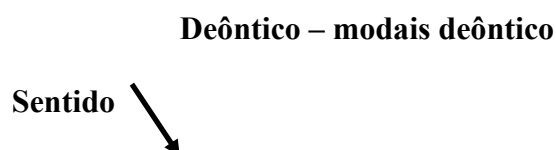


Discurso sobre o Direito – descritivo – ciência – metalinguagem (L2)

O que deve ser compreendido é que além do discurso deôntico, além do sentido descritivo, é possível descortinar um discurso jurídico que tem sentido ideológico. Não é o discurso sobre a ideologia dos juristas, mas o discurso jurídico, com sentido ideológico, presente como sistema significante do discurso do Direito – deôntico.²⁴¹



Ilustrando dois sentidos:

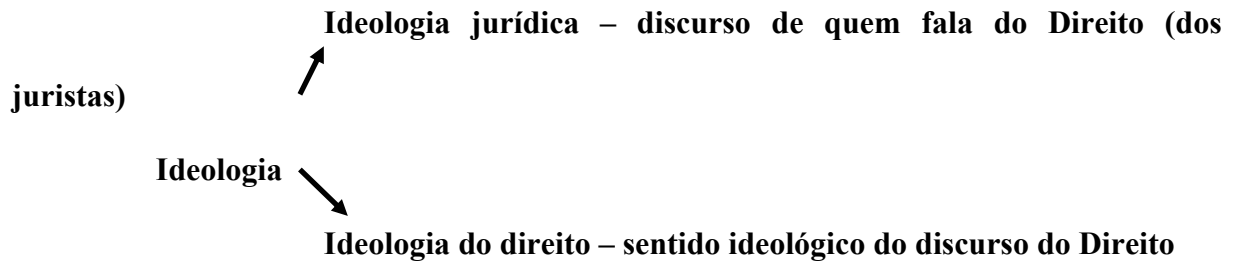


²⁴⁰ . VILANOVA, L. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. . 1. ed. São Paulo: Max Limonad. P. 67-69.

²⁴¹ . CORREAS, Ó. Op. Cit. P. 117-123.

Ideológico – outro sistema significante dando sentido ideológico ao normativo

Permitindo diferenciar dois sentidos de ideologia:



O preâmbulo é discurso do Direito, de sentido ideológico, funciona como sistema significante da dimensão normativa. A dimensão ideológica do preâmbulo força a aproximação aos processos da argumentação jurídica, capazes de desenvolver a trama, intrincada, de oposições e contradições que um texto normativo pode apresentar, quando se percebe que vários níveis ideológicos coexistem no mesmo texto. O sentido ideológico, traduzido no preâmbulo, permitirá inúmeras aferições de valores que a prática discursiva dos operadores e aplicadores poderá encetar em combinações infinitas, utilizando, exaustivamente, a persuasão e o convencimento. A natureza entinemática das proposições argumentativas é mostrar, e não a veracidade demonstrável, e é bem sabido que discursos ideológicos são a cristalização de valores, em combinações textuais – e discursivas – que não podem se sujeitar à lógica formal, mas antes ao razoável.²⁴²

A ideologia consagrada no texto do preâmbulo é o sistema significante da dimensão deontológica e há de se perceber que opções ideológicas são opções de valores, nas quais o preâmbulo é a consagração textual dos valores no plano constitucional. Para

²⁴² . CANARIS, C. W. Op. Cit. P. 245-254; FREITAS, J. op. Cit. P. 120-130; PERELMAN, C. **Lógica jurídica....** op. Cit. P. 135-140; WARAT, L. A. **O Direito e sua....** op. Cit. P. 83-98.

compreender a natureza saliente do preâmbulo é necessário descortinar o horizonte ou ambiente de ideologias- e dos valores - que exercem influências na elaboração da própria Constituição e, por consequência, do próprio preâmbulo.

3.10. Gradação de valores, ideologia e princípios – a localização do preâmbulo.

A relação que estabelece a formulação de textos discursivos sobre o Direito, de sentido ideológico depende de avaliação da relação entre o sistema deôntico e o externo – sociedade. É plausível argumentar que o assunto foi cotejado na teoria de Lassalle sobre os fatores reais de poder, embora possa ser melhor assimilado com outras aproximações. Numa leitura estritamente da relação econômica entre o Direito e a economia, Eros Roberto Grau divide duas instâncias funcionais do Direito: o Direito posto e o Direito pressuposto. O Direito pressuposto é ditado pela base ou infra-estrutura econômica, determinado pelas relações econômicas e que o Estado adota no plano de Direito legislado e escrito.²⁴³

A existência do elemento flexível de ajuste entre o externo e o interno pode ser contemplada em três categorias normativas descritas por Dworkin: *principles, rules and policies*. A natureza deôntica dos princípios – *principles* – está fora de questão, mas recebe o acréscimo de outra categoria, de certas metas ou objetivos que devem ser alcançados por conquistas econômicas e sociais pela coletividade. A primeira forte impressão é de que Dworkin quer se dirigir às normas programáticas se não tecesse o seguinte argumento: a distinção pode ser lobrigada se os princípios assumirem a forma de políticas e se as políticas assumirem a forma de princípios. Ora qual o sentido da distinção, então? O termo política –

²⁴³ . GRAU, E. R. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 41-46. As relações entre Direito e economia podem ser ilustradas também por Lyra F^o ao descrever a interação dialética entre superestrutura e infra-estrutura, entre Direito e economia. LYRA F^o, R. Op. Cit. P. 95-116. O tema é recorrente na literatura marxista. MARX, K. **Marx. Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. Seleção de textos de José Arthur Gianotti. Tradução de José Carlos Bruni et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 127-132; PORTELLI, H. **Gramsci e o bloco histórico**. Tradução de Angelina Peralva. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 55-56.

policy – expressa uma abertura, vagueza e ambigüidade de maior notabilidade que o princípio, que é *exigência de justiça, equidade e moralidade*, ao contrário da política que é uma coordenada de natureza econômica ou de objetivo de política social.²⁴⁴

Na seqüência de seu trabalho, Dworkin acaba por delimitar a distinção entre as normas utilizando, quase sempre, princípios de um lado, regras do outro, quase que englobando as políticas aos princípios. É notável que Juarez Freitas redija trabalho com as mesmas inquietudes, ao diferenciar *valores, normas e princípios*. Os valores tratados no preâmbulo e os princípios encontra-se no mais acentuado caráter de diretriz que os princípios, embora tenham encarnação de valores.²⁴⁵

A terminologia empregada por Freitas e Dworkin cria um espaço de indefinição envolvendo valores, política e princípios. Para esgarçar a compreensão há explicações sobre a identidade e a composição do sistema do Direito e do sistema Constitucional que precisam ser esboçadas. A começar a explicação sobre a colocação do preâmbulo na zona de tensão entre o externo e o interno pode ser obtida com analogias à cibernética, como o faz Ferraz Jr., ao comentar que o sistema do Direito está sujeito a ajustes por regras de calibração, componentes estruturais do sistema que interrompem a cadeia de validade, como o seu ponto culminante. As regras de calibração funcionam, como sugere o nome, para constantes ajustes na cadeia de normas jurídicas, por apresentarem flexibilidade e, repetindo, ajustes. A regra de calibração opera no choque entre demandas do exterior e do sistema interno – deôntico – do Direito. Estas demandas compreenderiam necessidades políticas e econômicas. É concebível que o preâmbulo funcione como regra de calibração ao permitir a operação de ideologias e valores para ajuste do sistema interno de normas.²⁴⁶

²⁴⁴ . DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. 16 ed. Cambridge: Harvard University press, 1997. P.22.

²⁴⁵ . *ibid.*, p. 23; FREITAS, J. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995. P. 41-42.

²⁴⁶ . FERRAZ JR., T. S. *op. Cit.* P. 187-189. Como o próprio Ferraz Jr. confirma, as regras de calibração podem surgir em momentos de ruptura em que é redigida a Constituição, e o preâmbulo é a explicitação do ajuste sofrido no padrão das normas que valem no sistema, mas o preâmbulo também adquire o caráter de calibrador constante, até o momento em que esgotarem as suas possibilidades de satisfação às demandas sociais.

A regra de calibração de Ferraz Jr. facilita a entrada em cena da discussão sobre o sentido político de uma Constituição. O sentido político da Constituição foi apresentado por Carl Schmitt e a sua *descoberta* da decisão política que gera a Constituição é repleta de conseqüências para a abordagem do preâmbulo:

*La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de si misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a si misma, sino que es dada por una unidad política concreta.*²⁴⁷

Schmitt entendeu o preâmbulo com o sentido de decisão política fundamental, o preâmbulo como a tradução mais alta da decisão política que irá determinar a lei constitucional. O preâmbulo é o elemento textual que capta a essência política da Constituição servindo de determinação para a redação das Leis Constitucionais que farão o texto escrito sistematizado da Constituição. Para Schmitt as disposições do preâmbulo:

*Son mas que Leyes y normaciones; son las decisiones políticas concretas que denunciam la forma política de ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales.*²⁴⁸

A abundância de expressões justifica-se pela pluralidade de elementos, componentes e integrantes, que o sistema do Direito apresenta. Como é possível estabelecer vários níveis discursivos, é possível obter tessituras diferenciadas do sistema, do mais geral e

²⁴⁷ . SCHMITT, C. **Teoria de La Constitución**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado. S.d. p. 23. Tradução: *A Constituição não é pois, coisa absoluta, por quanto que não surge de si mesma. Tampouco vale por virtude de sua justiça normativa o por virtude de sua sistemática fechada. Não se dá a si mesma, senão que é dada por uma unidade política concreta.*

²⁴⁸ . SCHMITT, C. Op. Cit. P. 28. Tradução: *São mais que leis ou normatividades; são as decisões políticas concretas que denunciam a forma política de ser do povo alemão e formam o suporte básico para todas as ulteriores normatividades, inclusive as leis constitucionais.*

abstrato ao mais flexível, expressando a dificuldade classificatória dos vários níveis de linguagem e relação formal e material entre os elementos componentes e integrantes do sistema. Como propositalmente coloca Ferraz Jr., regras de calibração são expressões plurívocas e multifacetadas. Podem tanto assumir a natureza de situações fáticas, em sentido estrito, como podem ser incorporadas ao plano deôntico (assim como a *policy* de Dworkin desperta ambigüidade e vagueza). E o arremate de Schmitt para quem o preâmbulo é a expressão da decisão política fundamental do Estado.

Há ainda de se considerar que entre valores e ideologias podem ser estabelecidas algumas distinções, embora se saiba que os valores constituem o fundamento de ações e condutas, e uma ideologia não deixa de ser, em certo grau, a concretização de valores. A ideologia é capaz de conferir consistência concreta e consistência aos valores, tornando-os de conhecimento geral e possibilitando a sua estimativa para direções mais consistentes. A ideologia funciona como o estabilizador de valores ao hierarquizá-los numa ordem social concreta. A ideologia hegemônica ou que conquista triunfos momentâneos consegue conferir estabilidade aos valores, mesmo porque ela consegue delimitá-los e fechá-los. O preâmbulo é então o revestimento textual que ilustra a ideologia de triunfo do Direito, embora possa haver níveis ideológicos em vários discursos normativos do Direito. Como a ideologia não deixa de ser um programa de ação, com objetivos e objetos a serem perseguidos e alcançados, o preâmbulo consagrador de ideologia é a peça concreta de definição da teleologia constitucional.

Uma gradação possível entre os vários níveis pode referenciar a seguinte escala, ordenada segundo o valor de maior ou menor abstração e generalização, internalizando o valor de maior objetividade e segurança do legislado (e escrito):

Valor – ideologia – princípios (implícitos e explícitos) – regras

Ou:

Nível 1 – valores (com gradação e hierarquia)

Nível 2 – ideologias (com ideologia dominante) – ganhando expressão textual no preâmbulo (sentido ideológico do Direito)

Nível 3 – princípios – consagrando deonticamente os valores e a ideologia – podendo ser implícitos ou explícitos

Nível 4 – regras.

3.11. Antinomias – o recurso ao preâmbulo para a solução de antinomias.

As normas do sistema do Direito não devem coexistir em situação de incompatibilidade, já que a idéia de sistema implica que os seus elementos – integrantes e componentes – respeitem a idéia de coerência e unidade. A teoria geral do Direito – acompanhada da lógica jurídica – apresenta, com notável contribuição da jurisprudência romana clássica, certas condições para detectar a existência de antinomias e a sua eliminação.

249

São três situações que definem a incompatibilidade entre normas, descortinando um quadro de *conflito normativo* dentro do sistema:

- i) entre norma que ordena fazer e outra norma que proíbe fazer;
- ii) entre norma que ordena fazer e outra que permite não fazer;
- iii) entre norma que proíbe fazer e outra norma que permite fazer.

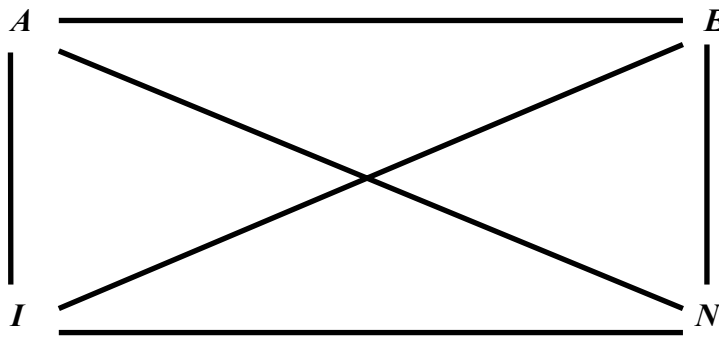
Para alcançar este roteiro de conflitos entre normas, podem ser usados os conceitos da lógica formal, colocando-se em apreciação proposições categóricas:

- i) universal afirmativa – *A*;

²⁴⁹ . BOBBIO, N. op. Cit. P. 71-85.COELHO, E.M, BORGES, A.W. op. Cit. P. FERRAZ JR., T. S. op. Cit. P. 202-208.

- ii) universal negativa – *E*;
- iii) particular afirmativa – *I*;
- iv) particular negativa – *N*.

Sendo possível estabelecer o quadro:



- i) Na relação entre *A* e *E*, universal afirmativa e universal negativa, há a contradição. Substituindo-se a universal afirmativa pelo modal obrigatório, substituindo-se a universal negativa pelo modal proibido, há a antinomia entre os dois contrários.
- ii) Na relação entre *A* e *I*, substituindo-se *A* pelo obrigatório, substituindo-se *I* pelo permitido positivo, há a relação de subalternidade, não há antinomia.
- iii) Na relação entre *A* e *N*, substituindo-se *A* pelo obrigatório, substituindo-se *N* pelo permitido negativo, há a relação de contraditoriedade, há antinomia.
- iv) Na relação entre *E* e *N*, relação de subalternidade, não há antinomia.
- v) Na relação entre *E* e *I*, relação de contraditoriedade, há antinomia.
- vi) Na relação entre *I* e *N*, relação entre subcontrárias, não há antinomia.²⁵⁰

Abaixo o quadro de equivalência e oposição entre modais, já utilizando a lógica simbólica (O para o modal obrigatório; V para o modal proibido; P para o modal permitido; p para um dado comportamento ou situação jurídica; ~ para a negativa):²⁵¹

²⁵⁰ . Entra no campo das liberdades, especialmente dos Direitos Fundamentais de liberdade, com permissões negativas e positivas. A Constituição consagra a liberdade religiosa, permitindo positivamente a prática de qualquer culto ou religião, sem afastar a possibilidade de não professar religião alguma. Na verdade, a correta compreensão desta compatibilidade só é possível com a utilização da lógica simbólica.

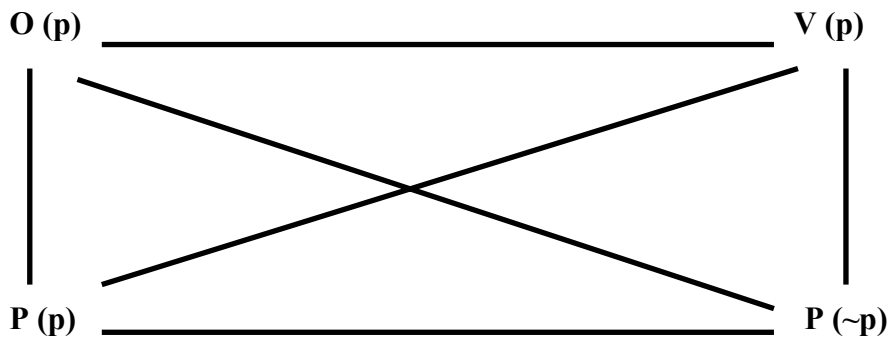
$$\mathbf{O(p) \equiv V(\sim p) \equiv \sim P(\sim p)}$$

$$\mathbf{V(p) \equiv O(\sim p) \equiv \sim P(p)}$$

$$\mathbf{P(p) \equiv \sim O(\sim p) \equiv \sim V(p)}$$

$$\mathbf{P(\sim p) \equiv \sim O(p) \equiv \sim V(\sim p)}$$

Assim, substitui-se o quadro de afirmativas – universais e particulares, afirmativas e negativas – pela notação de modais:



A ocorrência de antinomias, além da constatação pelos procedimentos lógicos, detectando oposição entre modais, depende da existência de certas situações, quais sejam:

i) antinomias só ocorrem entre normas pertencentes ao mesmo sistema, ao mesmo ordenamento. Entre sistemas diferentes, ordenamentos diversos, não há antinomias.

ii) além de pertencentes ao mesmo ordenamento, as normas devem ter o mesmo âmbito de validade:

- a) temporal;
- b) espacial;
- c) pessoal;
- d) material.

Há vários tipos de antinomias, conforme a porção em oposição, podendo ser obtida a seguinte classificação:

²⁵¹. COELHO, F. U. **Roteiro de lógica jurídica**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 66-71.

- i) Do tipo total x total;
- ii) Do tipo parcial x parcial;
- iii) Do tipo parcial x total ou total x parcial.

Como mencionado no início, as antinomias apresentam um padrão de solução, de larga tradição no Direito, remontando ao saber dos juriconsultos romanos, e bem sedimentado em normas de aplicação de outras normas, como é bom exemplo a Lei de Introdução ao Código Civil. Talvez aí resida a essência do problema dos critérios – que a partir de agora serão chamados tradicionais – para o campo do Direito Constitucional moderno, pois são da maior valia para os campos do Direito privado ou para o confronto entre disposições legais, que, na maior parte das vezes, apresentam o caráter de regras. Os três clássicos critérios de solução de conflitos normativos são (N para norma):

i) critério cronológico; entre duas normas incompatíveis, uma sendo anterior (N anterior), a outra posterior (v posterior), prevalece a posterior – *lei posterior revoga a anterior*. (Na) x (Np) = (Np).

ii) critério hierárquico; entre duas normas incompatíveis, uma sendo superior (N superior), a outra inferior (N inferior), prevalece a superior. (Ns) x (Ni) = (Ns).

iii) critério da especialidade; entre duas normas incompatíveis, uma sendo geral (N geral), a outra especial (N especial), prevalece, tendencialmente, a especial. (Ng) x (Ne) = (Ne).

Cabe a aplicação dos três critérios tradicionais nos conflitos entre regras (designadas por ρ), pois aí há o jogo de *all or nothing* - tudo ou nada – próprio à dimensão normativa de regras, mas a insuficiência dos critérios faz-se sentir quando os mesmos critérios são colocados em confronto. Muito apropriadamente, digam-se, os critérios tradicionais são aplicáveis às antinomias aparentes ou solúveis, que podemos chamar de conflitos de primeira dimensão, nos quais são encontradas as situações de contrariedade e contraditoriedade.

Vejam-se as principais críticas que podem decorrer – verificação de insuficiências – do choque estabelecido entre eles:

i) choque entre os critérios hierárquico e cronológico, em que deve prevalecer o critério hierárquico, pela simples aferição da distribuição, escalonada formalmente, para a supremacia da hierarquia de normas;

ii) choque entre o critério cronológico e da especialidade, em que deve prevalecer o critério da especialidade, não por supremacia formal, mas pela consagração do princípio da igualdade (que os critérios tradicionais são limitados para a explicação);

iii) choque entre o critério hierárquico e da especialidade, em que deve prevalecer o critério hierárquico, embora os critérios tradicionais sejam notadamente insuficientes para a explicação de sua supremacia (já que a explicação não pode ser encontrada em simples orientações lógicas e sim axiológicas e finalísticas).

Outra limitação dos critérios tradicionais de solução de antinomias encontra-se justamente nas situações descritas como antinomias reais ou insolúveis. É aquele quadro em que existe um conflito normativo em que as duas normas conflitantes são *contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais*. Por conseqüência, não cabem os critérios cronológico (as duas normas são contemporâneas, hierárquico (as duas normas são do mesmo patamar) e da especialidade (as duas normas pertencem ao mesmo âmbito de generalidade). As sugestões de soluções são antes coordenadas de resultados a serem atingidos. Isso implica que os critérios tradicionais, a bem da verdade, não oferecem critérios de solução. Aponta, nesse caso de conflito, as seguintes coordenadas:

- i) eliminar uma das normas (no trabalho de interpretação ab-rogante);
- ii) eliminar as duas normas;
- iii) conservar as duas – adequação de normas.

Outro ponto inconcluso quando se está apreciando o problema das antinomias pela ótica dos critérios tradicionais é encontrado na área das antinomias impróprias, que compreendem as antinomias de avaliação, teleológicas e de princípios. Ora, os casos de maior exigência, na interpretação constitucional (e dos ordenamentos contemporâneos) é justamente a harmonização e a condição de aplicação para princípios conflitantes. A suma de tal constatação é que os critérios tradicionais não são propriamente insuficientes, são, isso sim, focados para uma certa concepção de sistema, de redução ao plano normativo em disposição hierárquica formal, e para uma dimensão normativa, de regras.

É razoável que seja colocado o problema das antinomias noutra mirada de sistema do Direito, no qual haja valores e normas, com a natureza axiológica e deontológica em tensão complementar, devendo ser visualizados da seguinte maneira:

*Definem-se antinomias como sendo incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional.*²⁵²

Definida a nova abordagem das antinomias é oportuno salientar que não se pode descartar a possibilidade de aplicação de critérios de solução de regras também para o plano constitucional. O que realmente deve ser frisado é a limitação de tais critérios no plano constitucional. A valia do plano normativo das regras, em conflitos normativos, está na subsunção ou, como pode ser classificado, na precedência do que as regras guardam em

²⁵² . FREITAS, J.op. cit. p. 62. Deve ser considerada a pequena diferença terminológica entre normas, utilizada por Freitas, de regras, utilizada no presente trabalho.

relação aos princípios. Essa precedência não deixa de ser uma estimativa baseada no grau de objetividade das regras.²⁵³

Aplicando-se os critérios de solução de regras, para conflitos estabelecidos entre normas da Constituição, sabendo-se que ambas são gerais, contemporâneas e do mesmo nível, pode ser de relevância a determinação de:

- i) possível invalidade de uma das normas;
- ii) possível não-aplicação ao caso;
- iii) ponderação com regra de exceção.²⁵⁴

Os dois primeiros itens descritos são de praxe na aplicação de normas, no processo de subsunção, que não deixa de ser a base de solução de um possível conflito no plano constitucional, embora não completem as respostas para os variados problemas da aplicação de normas constitucionais. A regra de exceção também diz respeito à subsunção, mas dependerá de aferição, determinando-se se há a limitação, estatuída, que permita determinar um âmbito de regulação excepcional – e não para o princípio contrário ou subprincípio – para a situação. Isso exige a diferenciação da exceção, que não deixa de ser uma característica de mobilidade do sistema, de um princípio contrário ou subprincípio, o qual constitui um âmbito de regulação de princípio contrário ou de especial tratamento (remetendo o problema para um conflito de princípios).

O tema de regras de exceção é particularmente relevante quando se analisam as disposições do Direito Econômico, nas quais podem coexistir disposições normativas rígidas com disposições gerais, comportando exceções. A mobilidade do sistema do Direito permite a convivência, em polaridade, de rigidez e generalidade, mas sempre com atenção ao caso concreto e estabelecendo critérios de valorar para excepcionar

²⁵³ . ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 74, jul./set. 1999.

²⁵⁴ . *ibid.*, p. 75. Ver também: KELSEN, H. **Normas jurídicas e análise lógica**. Correspondência trocada entre os Srs. H. Kelsen e U. Klug. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 44-48.

determinadas situações. A excepcionalidade destaca um certo âmbito, subtraindo-o da disposição geral, individualizando a situação:²⁵⁵

i) a Lei nº 8.884, de 1994, coloca como princípio geral, em seu artigo 20, a repressão ao abuso do poder econômico, é concretização dos artigos 170, 173 e 174 da Constituição,. No seu artigo 21 a mesma lei elenca, em vários incisos, condutas que tipificam infrações contra a Ordem Econômica. No mesmo artigo 20 – e também em seu artigo 54 – a lei prevê válvulas de escape, subtraindo o agente do âmbito de infrações se, por exemplo, o seu domínio de mercado fosse fundado em avanço tecnológico ou conquista do mercado baseada em sua maior competência. Como foi exposta, no texto acima, a característica de mobilidade é justamente a possibilidade, na análise do caso concreto, de excluir o caso da regulação geral ou de estabelecer uma convivência entre o geral e o rígido

A notável diferença que surge entre a exceção e a especialidade está em que a última não configura apenas um âmbito contrário a ser subtraído à norma. A especialidade constitui com base em princípio um subsistema com tratamento peculiar (e não uma exceção ao comando geral ou norma geral), com base no fato da especialidade residir essencialmente na dimensão normativa dos princípios, enquanto a excepcionalidade ser solúvel na dimensão de regras, como um problema de subsunção.²⁵⁶

As dificuldades de solução de conflitos envolvendo o critério da especialidade podem ser equacionados com o aproveitamento de outros critérios (π para princípios e N para normas):

²⁵⁵ . Ver: CANARIS, C.W. Op. Cit. P. 143-148.

²⁵⁶ . Não devem ser confundidas a exceção com a negação do caráter absoluto dos princípios. Quando determina-se que o princípio comporta exceção deve ser avaliado, que o que está dizendo é em relação a ele ser limitado por outro princípio – contrário ou subprincípio – de uma situação individualizada que é subtraída ao seu âmbito.

i) norma geral em confronto com norma especial (**N geral x N especial**). Prevalece a especial porque está escorada em princípio superior (o princípio da igualdade). Na verdade, obtém-se o seguinte: **N geral x N especial = N especial (por estar vincada no π superior)**.²⁵⁷

ii) no confronto entre norma anterior especial e norma posterior geral (**Nae x Npg**), ou conflito entre critérios cronológico e hierárquico, prevalece aquela que estiver escorada no princípio superior: **Nae x Npg = Nae? Npg? A depender de qual das duas estiver afinada com o π superior**.²⁵⁸

Com relação ao critério cronológico:

i) **Na x N p = Np, desde que não seja incompatível com um princípio superior**. O que ocorre é a relativização do princípio cronológico e a sua compreensão dentro da ordem do sistema.²⁵⁹

Com relação ao confronto entre os critérios hierárquico e cronológico, tomo que os critérios tradicionais lobrigam solução:

i) **Nsg x Nie = preferência pela Nsg, desde que não se verifique a ocorrência: Nsg x Nie (π superior) = em que prevalece Nie por estar escorada no princípio superior**.

Podem ser exploradas infinitas combinações de primeiro grau ou de segundo grau de antinomias que haverá sempre a possibilidade de solução, pela hierarquização axiológica. O que definitivamente diferencia os critérios de solução de antinomias tradicionais e o novo critério é a abordagem axiológica, substituindo a disposição formal por uma hierarquização de valores, princípios e regras. A hierarquização vai ganhar

²⁵⁷. FREITAS, J. Op. Cit. P. 74-75.

²⁵⁸. *ibid.*, p. 75. Com essa enunciação resolve-se o problema de revogação de leis especiais por leis gerais e vice-versa. A LICC autoriza a revogação de lei especial, por geral, quando esta absorver a matéria ou a revogá-la expressamente, quer dizer-se, em outras palavras, que se está fazendo valer o princípio superior.

²⁵⁹. *ibid.*, p. 71

suporte no metacritério hierárquico, que congrega todas as tensões de solução normativa, interessando notar que ele não suplanta os métodos tradicionais, antes os incorpora.²⁶⁰

Quando houver o confronto entre princípios, desenhando a chamada antinomia de princípios, deverão ser usadas as possibilidades de solução que determinem a precedência de um princípio sobre outro, que estipule qual o princípio de maior peso ou valor para o caso concreto. Este é o caso de antinomia ilustrado por:

$\pi 1 \times \pi 2$

As antinomias de princípios podem ocorrer tanto por choques entre princípios como por oposição entre eles. O que fica patente é a necessidade de ajuste e a impossibilidade de ajustá-los com os critérios tradicionais. Para ajustá-los, deve ser colocado em pauta o conflito entre princípios e os valores que serão ponderados para definir o grau racional de opções decisórias. Os exemplos são abundantes na Ordem Econômica da Constituição:²⁶¹

i) o artigo 170 contém a mensagem de que a Ordem Econômica é *fundada na valorização do trabalho humano e livre iniciativa*. Dois elementos contrapostos no sistema capitalista. Livre iniciativa supõe a plena liberdade de contratação e afasta a idéia de que o trabalho (o contrato de trabalho) possa ter tratamento diferenciado. A idéia-chave do liberalismo é a livre iniciativa. A valorização do trabalho é a idéia chave do socialismo. A interpretação adequada deve levar em conta a natureza do Estado Social brasileiro – estampada o preâmbulo. A democracia social mantém a estrutura básica do sistema capitalista – liberdade de contratar e empreender – com preocupações de bem-estar com o trabalhador.

²⁶⁰ . *ibid.*, p. 56-70, 80-89. CANARIS, C. W. Op. Cit. P. 208-211.

²⁶¹ . CANARIS, C. W. op. Cit. P.88-90. Os exemplos extraídos de: BORGES, A. W. Antinomias da Ordem Econômica. Análise de casos de conflitos normativos no Título VII da Constituição. **Unijus**, Uberaba, v. 3, p. 35-44, nov. 2002.

ii) o artigo 170, nos seus incisos IV e IX estipula como princípios da Ordem Econômica a *livre concorrência e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte*. À livre concorrência repugna qualquer ingerência estatal preferencial na ação dos agentes privados no mercado. O tratamento favorecido para determinados agentes é antinômico. É como se estivesse colocado no inciso IV: é proibido favorecer alguns agentes privados; no inciso IX: é obrigatório dar tratamento favorecido a alguns. A solução será baseada em princípio maior – a igualdade – e no valor de justiça e tratamento isonômico. Para que haja, efetivamente, livre concorrência, é necessária a ação estatal em defesa da empresa de pequeno porte.

Como a solução de antinomias é uma tomada de referência decisória, com o fito de evitar a quebra de unidade e coerência do sistema, em sua dimensão teleológica, a ponderação e a definição da precedência de princípios dependem da expressão dos fins do sistema. O preâmbulo ganha realce por ser – como acima visto – a consagração textual das finalidades do sistema constitucional. Toda a ponderação que busque referência e gradação, no sistema constitucional, fa-la-á com necessária consulta ao texto preambular constitucional.

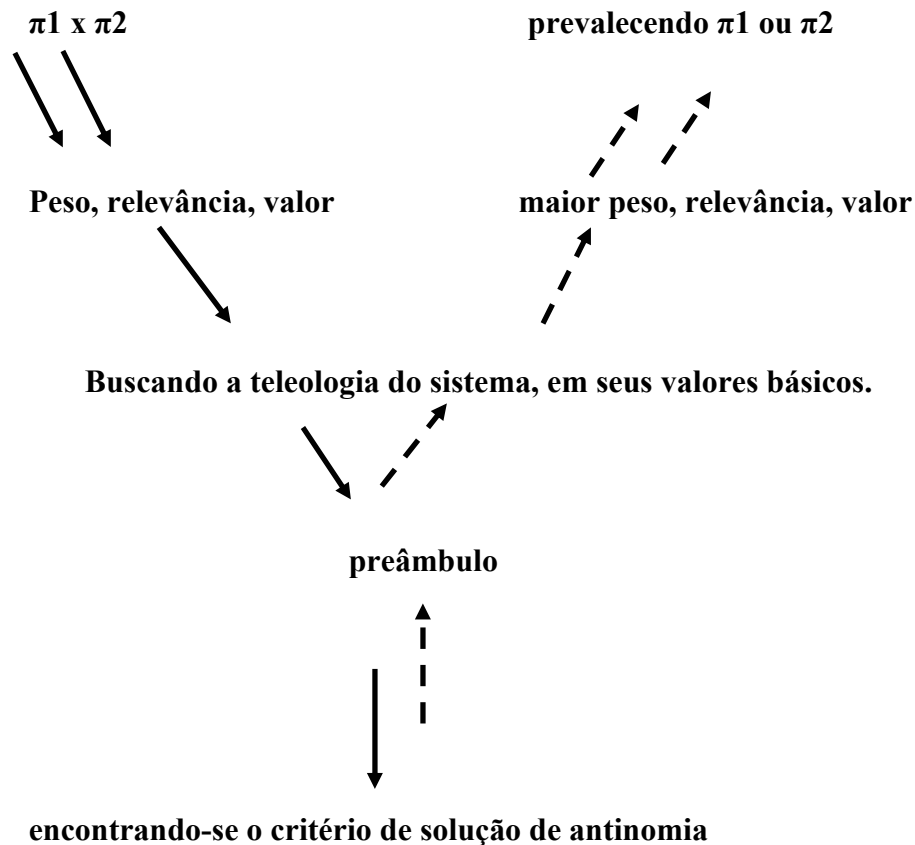
As colisões entre princípios e a definição de critérios de valoração – por ponderação - para as situações reguladas tomam como base o preâmbulo por ser, objetivamente, o documento de estatuição das finalidades maiores do sistema. A hierarquização que deve ser feita para a solução de antinomias toca no preâmbulo pois:

i) o preâmbulo é a consagração textual de valores, garantindo-lhe ascendência sobre outros critérios para a ponderação;

ii) os valores preponderantes do sistema são traduzidos na teleologia do sistema e o preâmbulo é formalização textual da dimensão teleológica do sistema;

iii) o preâmbulo constitucional, hierarquicamente, diferencia-se de preâmbulos legais, pois é o texto de abertura da norma de patamar mais elevado, explicitando as suas diretrizes.

Graficamente pode ser exposto da seguinte maneira:



A mais importante função do preâmbulo constitucional na solução de antinomias está em oferecer uma referência textualizada da teleologia – na forma de opção ideológica do Constituinte – que norteia a ponderação entre valores, princípios e regras. A proposta de uma hierarquização axiológica, ditando a medida de precedência de princípios, deve atender aos fins, que são a tradução dos mais relevantes valores da ordem constitucional (e por consequência da ordem normativa do Estado). O fundamental na utilização do preâmbulo é a sua importante posição na rede de argumentos que fundamentarão racionalmente a decisão ou o critério decisório. Esse destaque de que o

preâmbulo goza na fundamentação racional de opções de preferência, de peso ou valor de normas e situações jurídicas em conflito, advém de sua presença textual, legislada. Torna-se presente que a atribuição do grau de afetação ou satisfação de duas situações jurídicas conflituais, em confronto de princípios, deverão ser orientadas e graduadas pela aproximação ou distanciamento das finalidades últimas da ordem constitucional estampadas no preâmbulo.²⁶²

3.12. Lacunas e o preâmbulo.

As lacunas são problemas de unidade do sistema do Direito que podem ser definidas, em figuração, como zonas de incompletude de regulação jurídica. Elas representam dificuldades de subsunção e de abrangência no âmbito normativo e, também, no programa normativo a certa região fática. Obviamente que coloca em risco a própria idéia de sistema como identidade unificada e completa, apta à solubilidade de conflitos. Embora a incompletude não possa ser confundida com a abertura do sistema, esta última auxilia a contextualizar o problema de lacunas ao mostrar a historicidade e relatividade do sistema do Direito. As lacunas também podem ser abordadas pelo ângulo da análise lingüística que possibilita entender criticamente os problemas de referência dos signos ao seu universo referente.²⁶³

Os textos jurídicos apresentam problemas de vagueza e ambigüidade que impõem ao aplicador constantes exercícios definitórios, redefinitórios e estipulativos das

²⁶² . As chamadas antinomias teleológicas resultam de incompatibilidades dentro do sistema decorrentes de confrontos entre norma fim e norma meio. Como o preâmbulo é o tradutor de teleologia constitucional, estampa fins concretos, traduzidos em seu texto, que servem à orientação e direção normativa e decisória. São inconstitucionais disposições que afrontem a teleologia última da Constituição, presentes no preâmbulo. A própria Constituição prevê instrumentos bastantes para a declaração de nulidade de normas hipossuficientes como a inconstitucionalidade por omissão.

²⁶³ . CANARIS, C. W. op. Cit. P. 121-122, 141-142.

expressões empregadas, aproveitando estas no caso concreto. As lacunas parecem ser realmente inquietantes, quando se defronta o aplicador com expressões vagas, que comportam incontáveis sentidos possíveis. As disparidades que podem surgir nos textos normativos entre significado de base e contextual, entre sentido manifesto e latente são alguns dos outros grandes provedores de campos para problemas de lacunas e incompletudes. Há de se acrescentar termos com a homonímia – v.g. a palavra justiça empregada em diversos contextos -, com termos polissêmicos ou, por último exemplo, com termos anfibólogos – que são pouco instrutivos em sua significação de base.²⁶⁴

O problema dos signos é primordial para a definição de casos de lacunas, pois ocorre uma definição vital, em qualquer ação de interpretação levada a cabo no Direito: a situação descrita encontra-se em qualquer âmbito normativo ou subsume-se a qualquer disposição literal presente no sistema? A situação é merecedora de atenção, vez que há que diferencia aquilo que constitui a incompletude do sistema daquilo que foi intencionalmente deixado à conformação por outros sistemas normativos e prescritivos. Os problemas decorrentes de signos são particularmente importantes no texto de uma Constituição, o qual foi produzido por embate de forças políticas díspares, com participação ampliada de muitos grupos políticos (com visões diferenciadas). A vagueza e a ambigüidade de expressões do texto normativo de Constituições compromissórias colocam o intérprete em situação de dúvida: terá sido tal objeto deixado ao largo de regulação jurídica ou realmente constitui um plano de incompletude contrário à Constituição?²⁶⁵

Para responder a questão dessa natureza é preciso verificar qual o âmbito finalístico – teleológico – do sistema constitucional. As incompletudes surgem em decorrência de planos normativos em que se esperava uma correspondência com certas

²⁶⁴ . WARAT, L. A. **O direito e sua...** Op. Cit. P. 65-79.

²⁶⁵ . CANOTILHO, J.J.G. op. Cit. P. 1160-1161. LARENZ, K. Op. Cit. P. 519-524. VILANOVA, L. op. Cit. P. 209-218.

situações de ocorrência social e tal não ocorre. O que se percebe é então a intenção de regular a ocorrência – intenção de base – mas fica incompleta tal regulação, seja por particularizar, omitindo alguns objetos singulares, seja por redigir incompletamente um conjunto normativo. Ao contrário das lacunas, há o plano de objetos deixado ao largo do sistema jurídico, intencionalmente deixados ao silêncio pelo constituinte. Mas tanto os silêncios quanto as incompletudes – lacunas – do plano normativo constitucional só podem ser aferidas por medidas da teleologia constitucional.

A diferença entre o silêncio intencional e a incompletude é primacial no Direito Econômico pois ideologias antípodas despertam diferentes intenções do constituinte. Avaliem-se as formas absenteístas do Estado liberal com a ação conformadora do Estado Social ou Econômico. Na ideologia liberal, todo o silêncio da Constituição importa na livre disposição do particular enquanto o mesmo não se aplica a Constituições nascidas no ativismo do Estado empresário. Para captar essa ideologia constitucional que molda os fins da Ordem Econômica (e da Constituição Econômica), o preâmbulo constitucional é o arrimo da teleologia constitucional. Ocorrendo a consagração de Estado Social na mensagem do preâmbulo, um certo bloco de intenções e finalidades da Constituição transparecem, orientando valorativamente o intérprete, na apuração de silêncios e incompletudes.

Orienta-se parte da doutrina, na descrição do problema entre silêncios e incompletudes com a divisão entre norma geral exclusiva e norma geral inclusiva - que será nomeado neste trabalho *princípio implícito de exclusão*. Tal premissa evita que se interprete o silêncio como um plano não regulado (ou regulado por outros sistemas normativos) e sim como se, implicitamente, houvesse um princípio regulando a

ocorrência, obviamente, excluindo-a do bloco de regulação (particular ou de conjunto normativo).²⁶⁶

O caso de lacunas subjetivas que surgem por obra do órgão produtor constituinte e, no caso de Constituições em que não há força política hegemônica (como a Constituição brasileira de 1988) aparecem no texto como lacunas subjetivas intencionais. A intenção medida no texto vago e ambíguo - de produção lacunosa -, é a decorrência de uma Constituição em que há a impossibilidade de determinações fechadas, definições precisas e cerradas, preferindo o texto mensagens recheadas de termos anfibólogos e que serão entregues ao trabalho do legislador infraconstitucional para a sua conformação.

A situação descrita no parágrafo anterior não pode ser apreciada exclusivamente sob o prisma de uma crítica política de produção da Constituição. A abordagem do caráter lacunoso voluntário do texto constitucional remete o intérprete ao seguinte ponto: é próprio à teleologia da Constituição endereçar matérias à concretização infraconstitucional – o que não configura uma lacuna propriamente dita, ou mesmo forçar o intérprete à atualização constante do texto constitucional (sistema aberto)? Esta teleologia do texto constitucional é facilmente apreciável no preâmbulo cuja a mensagem é de coexistência de ideologias e valores diversos, reenviando aos agentes políticos a conformação futura do texto.

Importa destacar que as ordens de legislar, imposições legiferantes, margem discricionária dos agentes aplicadores da Constituição, não podem ser confundidas com as lacunas, que são planos contrários à regulação teleologicamente previstas no plano normativo constitucional. Embora existam diferenças entre as situações, as duas não deixam de ser decorrências de uma Constituição compromissória, a qual estampa o seu

²⁶⁶ . BOBBIO, N. op. Cit. P. 132-139. LARENZ, K. op. Cit. P. 534-538.

caráter compromissório ao início com seu preâmbulo, e impondo tarefas diferenciadas e mais exigentes ao intérprete.

Há uma pequena complementação necessária ao conceito de norma geral exclusiva, é mais determinada que a explicação de existência de princípios implícitos de exclusão. Trata-se do princípio geral negativo, presente em casos de lacunas ocultas, que estabelece uma restrição geral ao plano de regulação de normas.

Para compreender o princípio geral negativo deve ser repisado o diferencial existente entre aquela situação em que há norma mas ela não se aplica à ocorrência, embora por sua finalística e teleologia devesse conter a regulação da ocorrência, daquela em que precisamente há regulação da ocorrência – ou das ocorrências – mas por sua finalística e teleologia a norma não deveria ser aplicada à ocorrência – ou ocorrências. No primeiro caso, há uma lacuna patente; no segundo, caso há uma lacuna oculta. Os casos de lacunas ocultas despertam imediatamente o problema – que é um problema de valoração e teleologia – de opção pela norma geral inclusiva e norma geral exclusiva. Optando em atenção às dimensões axiológicas do sistema à norma geral exclusiva, há a possibilidade de duas exclusões:

- i) baseada em princípio implícito de exclusão – que será nomeada norma geral exclusiva implícita;
- ii) baseada em princípio explícito de exclusão – que será nomeada norma geral exclusiva explícita.

O caso (i) é realmente presente em campos do Direito privado, em que há a necessidade de critérios de valorar para estabelecer a teleologia e finalística da norma, verificando se a ocorrência está excluída do plano normativo. O caso (ii) é particularmente sensível no Direito penal – não há crime sem lei anterior que o defina. A relevância da discussão para o Direito constitucional, e Ordem Econômica, pode ser ressaltado em

problemas de lacunas como a amplitude da ação do Estado na economia. Um caso ilustrativo é o dos monopólios estatais:

i) os monopólios estatais estão previstos no artigo 177 (hidrocarbonetos e atividades nucleares), mas em aberto no artigo 173, que regula a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado, desde que reguladas em lei. A pergunta central é: pode o Estado instituir monopólios estatais, com base no artigo 173 – monopólio legal, além daqueles previstos na própria Constituição? Ou a disposição do 177 é taxativa e a exploração direta de atividade econômica do 173 só pode ser feita em regime de competição com a iniciativa privada?

ii) Adotando-se a perspectiva de uma norma geral exclusiva implícita, não há a possibilidade de adoção, criação e instituição de monopólios por lei, estando direcionado o artigo 173 ao regime de competição entre a exploração estatal e os agentes privados. A outra perspectiva permitiria a inclusão de monopólios estatais, norma geral inclusiva, analogicamente, como situação englobada na expressão *exploração direta de atividade econômica pelo Estado*.

iii) Já o caso de lacunas da Ordem Econômica que podem ser solucionadas por norma geral exclusiva explícita, apresenta-se o princípio do parágrafo único do artigo 170, de livre exercício de atividades econômicas independente de autorização do poder público, salvo os casos previstos em lei. Com esse princípio garante-se a linha mestra do sistema econômico, a livre iniciativa, com o modal permissivo extensivo às atividades econômicas empreendidas por agentes privados.

O que sobressai em casos de definição de utilização da norma geral exclusiva – implícita ou explícita – é que a compreensão do plano regulado só pode ser avaliada com a tomada de prumo de uma ideologia adotada na Constituição. Essa ideologia será captada e compreendida a partir da mensagem do preâmbulo, instalando a ordem constitucional e

definindo a teleologia constitucional. A mesma ideologia constitucional é que permite estabelecer o critério de inclusão ou exclusão, entre a norma geral exclusiva (em suas duas variantes) e a norma geral inclusiva. A necessidade de um recurso ao preâmbulo para a definição reforça o entendimento de que as opções entre a norma geral exclusiva e inclusiva dependem de hierarquização axiológica, racionalmente fundamentada, com farta utilização de prática argumentativa e retórica.²⁶⁷

No caso de utilização da norma geral inclusiva na qual podem ser encontradas várias disposições infraconstitucionais – auxiliares de interpretação como na LICC, no CTN e CPC deve ser analisado o papel do preâmbulo, objetivamente verificando se o preâmbulo pode estar compreendido na expressão *princípios gerais do Direito*? Os recursos tradicionais para a colmatação de lacunas são analogia (analogia *legis*), costumes e princípios gerais do Direito (analogia *juris*).

Pode-se dizer que os valores estabelecem gradações ou direções normativas, baseadas no valioso e na teleologia do sistema, mas é imprescindível traduzir essas gradações ou direções para o plano do dever ser. Torna-se impossível o estabelecimento de norma sob a forma de sentença se estiver ausente uma redação que contemple a direção normativa. É claro que a direção é determinada, *a priori*, pela escala de valores mas não se resume a ela. A decisão tomada com base em valores e que não contar com o substrato de expressão gráfica do dever ser, e sem o sentido de dever ser fere, por paradoxo, um dos valores do próprio sistema, o valor de certeza do Direito e da segurança e previsibilidade.

Aqui se avoluma o papel primordial do preâmbulo na ordenação da direção normativa que os valores requerem para a sua tradução deontológica. Casos em que não haja disposição expressa no Direito legislado, o aplicador vai buscar respostas nos princípios implícitos. Como os princípios não escritos exigem uma robusta fundamentação axiológica, o

²⁶⁷ . FREITAS, J. op. Cit. P. 85-89.

preâmbulo, como expressão gráfica e textual dos valores fundantes e fundamentais do ordenamento, vem municiado de um valor superior: a certeza da expressão gráfica. A opção pelos princípios - ou princípios - na tela de argumentos expostos pelo julgador em caso de lacunas, será orientada pelos valores do ordenamento, pela tradução da ideologia e teleologia constitucional estampada no preâmbulo.

Os casos de omissão de texto do Direito legislado, seja um princípio ou regra, enseja a busca de solução para o caso, em decrescente grau de objetividade, da analogia *legis* à analogia *juris*, o que conduzirá na hipótese de recorrer aos princípios implícitos, ao reforço dos valores e a sua demonstração argumentativa. Melhor a demonstração, reforçados os argumentos se vierem apoiados nas diretrizes maiores do sistema estampadas no preâmbulo constitucional. A decisão adequada é aquela que encontrar a melhor ordenação de valores e traduzir a teleologia representada textual e graficamente no preâmbulo.

O ângulo de mirada do problema de opção dos princípios implícitos para a decisão ganha, assim, um importante reforço de certeza e previsão: a disposição textual dos preâmbulos. Aqui se espanta a zona nebulosa da discricionariedade judicial, na situação limite de não dispor de fontes de maior objetividade. A baixa objetividade dos princípios implícitos é compensada pela garantia textual do preâmbulo, ou seja, o princípio latente utilizado será o adequado se garantir a unidade do sistema (a sua coerência e ordem), se vier a consagrar a mensagem de valores do preâmbulo, da teleologia constitucional.

3.13. Função de execução, repristinação e função anômala do preâmbulo.

O preâmbulo é o anúncio do poder político que redige a Constituição e essa função documental parece ser a mais evidente de todas aquelas funções e compreensões estruturais do preâmbulo. Com o preâmbulo, há evidente assunção de um novo ordenamento

constitucional e a unidade da Constituição impõe a revogação, no todo, da Constituição ou Constituições anteriores. Fato é que, há Constituições que incluem o preâmbulo como peça de reprimenda de normatividade anterior à Constituição. O exemplo marcante é o da Constituição Francesa de 1958 em que o preâmbulo repriminou várias leis republicanas e as Declarações de Direitos de Constituições anteriores:²⁶⁸

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946.

*En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-Mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.*²⁶⁹

Na situação do preâmbulo de 1958, há o reenvio à normatividade anterior, colocando o preâmbulo na peculiar situação de norma, norma de aplicação. No constitucionalismo brasileiro não há experiência similar, pois é tradição do Direito nacional a destinação, ao final do texto, de disposições transitórias ou finais, realizando a transição ou as fórmulas de aplicação entre o Direito anterior e a nova ordem constitucional. O preâmbulo de

²⁶⁸ . Sobre o papel do preâmbulo como ordem de execução: ESPÍNOLA, E. **A nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 103-119.

²⁶⁹ . Préambule de 1958. Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm#Preambule>>. Acesso em 12 jun. 2002. Tradução: *O povo francês proclama solenemente sua afeição aos Direitos Do Homem e aos princípios da soberania nacional tais como eles foram definidos pela Declaração de 1789, confirmados e completados pelo preâmbulo da Constituição de 1946. Em virtude desses princípios e daqueles da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios de alto-mar que manifestem a vontade de aderir às novas instituições fundadas, sob o ideal comum de liberdade, de igualdade e em vista sua fraternidade e tendo evolução democrática.*

1958 não é o único exemplo, pois a tradição constitucional francesa aponta ainda o exemplo do preâmbulo da Constituição de 1946:

Préambule de 1946

1. Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

2. Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques,

É interessante notar que o próprio Conselho Constitucional não conhecia do preâmbulo de 1946 como fonte normativa, entendendo que os princípios ali expostos só

²⁷⁰ . Préambule de 1946. Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/p1946.htm>>. Acesso em 12 jun. 2002. Tradução: *Ao imediato da vitória obtida pelos povos livres sobre os regimes que tentaram escravizar e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama novamente que todos os seres, sem distinção de raça, de religião nem de crença, possuidor dos direitos inalienáveis e sacrados. Reafirma solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração de direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Proclama, entre outros, como particularmente necessários aos nossos tempos, os princípios políticos, econômicos e sociais seguintes.* O preâmbulo assim dedica um extenso rol aos direitos que anuncia: 3. *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.* 4. *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.* 5. *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.* 6. *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.* 7. *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglemente.* 8. *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.* 9. *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.* 10. *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.* 11. *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.* 12. *La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.* 13. *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat.* 14. *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple.* 15. *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix.* 16. *La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion.* 17. *L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité.* 18. *Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus.*

ganhavam eficácia com os Direitos expostos no texto constitucional propriamente dito. O que o Conselho entendia é que os dizeres do preâmbulo eram apenas fórmulas de promulgação da nova Constituição. Pode ser dito que o Conselho Constitucional, na verdade, não dava valor jurídico ao disposto deontico no preâmbulo de 1946. Mais ainda, o preâmbulo de 1946 alimentou divergências entre os tribunais judiciários e o Conselho de Estado – *Lé Conseil D'État* no momento em que os tribunais entendiam que os comandos do preâmbulo ganhavam eficácia com leis – leis ordinárias, enquanto o Conselho de Estado entendia esses comandos como princípios gerais do Direito. Com o advento da Constituição de 1958 – aliás, conduzia ao preâmbulo de 1946 – a jurisprudência estabilizou-se, no Conselho de Estado, no sentido de que os ditames do preâmbulo são *princípios gerais do Direito*.²⁷¹

Tanto o caráter de fórmula de repristinação como o de norma de supralegalidade – era esse o entendimento do Conselho de Estado para a expressão de princípios do preâmbulo – constituem funções anômalas do preâmbulo, estranhas ao Direito brasileiro. É o exemplo de ocorrência histórica singular, confirmando a idéia de não-normatividade dos preâmbulos, exposta no presente trabalho; é uma exceção que confirma a regularidade histórica na distribuição textual e de funções do preâmbulo.

Inegável porém o caráter de ato de proclamação e de execução de nova ordem constitucional do preâmbulo. O anúncio presente no preâmbulo, de sua autoridade produtora, é a documentação e formalização de nova autoridade constituinte, instaurando uma nova sistemática dos poderes constituídos, sendo a linha de corte temporal entre o novo e o velho ordenamento.

²⁷¹ . HAURIUO, A. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 4. ed. Paris: Édition Montchrestien, 1970. p. 195-199. Também: BARACHO, J. A. O. A revisão da Constituição francesa de 1958. A permanente procura de uma Constituição modelar. **UNIJUS**, Uberaba, n. 2, p. 35-67, out. 1999.

3.14. O preâmbulo – articulação final de suas funções.

A grande contribuição da semiologia ao Direito foi a possibilidade de deslocamento proporcionada por uma nova configuração objetal. A semiologia permitiu a *descoberta* do sentido ideológico do preâmbulo na estrutura da Constituição a partir da centralização na figura do signo. A descoberta do sentido ideológico como o par do sentido deôntico permite enlaçar, dentro do sistema do Direito, a dimensão valorativa em um seu aspecto mais concreto, a ideologia, que por sua vez constitui o sistema significante do sentido deôntico dos textos normativos.

O preâmbulo inegavelmente viu reforçado o seu papel e a sua função sem que isso tenha importado na superestimação de sua natureza pois, tirantes situações anômalas em que se confunde com o corpo normativo da Constituição, a sua compleição é peculiar: é a consagração textual de valores, na forma de ideologia, definidor de sentidos de interpretação da Constituição.

Essa definição de sentidos de interpretação da Constituição gera uma dupla constatação: por um lado a apreensão da teleologia do sistema; de outro lado, as formas de captação de sentidos e a sua aplicação a situações potenciais e concretas com a utilização do preâmbulo. Os valores embasam ideologias que, por sua vez, são a tradução de uma carga de finalidades e objetivos já que ideologias são determinantes finalísticas. O preâmbulo é, portanto, a chave para a compreensão simultânea da carga de valores do sistema constitucional – axiologia – e de sua intenção direcionadora e conformadora – teleologia.

Uma concepção axiológica e teleológica do sistema constitucional é o elemento fundante para a tarefa de definir sentidos e interpretar os textos normativos. A hermenêutica

jurídica deve ser entendida como o palco de métodos (e metódicas) na qual são escrutinados instrumentos para alcançar sentidos limitados por uma certa compreensão centrada no normativo e acentuadamente dogmática (no sentido de ponto de partida e com controle racional de utilização de instrumentos). Mas se são vários os métodos e instrumentos, como fica a conjugação dessa pluralidade de recursos ou, em outras palavras, qual o método ou instrumento de universalização e articulação? O preâmbulo pode ser compreendido funcional e esquematicamente de diversas maneiras, conforme o método utilizado ou efeito pretendido. Somente uma interpretação sistemática (que vai além do tradicional método sistemático) pode articular os vários métodos e instrumentos, sem a pretensão superadora excludente, mas com as superações compreensivas e globais, colocando o problema do sentido e interpretação numa perspectiva que leve em consideração os valores – axiologia – e as finalidades do sistema – teleologia. Assim, o preâmbulo é compreendido em vários níveis e em várias funções, complementares e não repelentes.²⁷²

Situando o preâmbulo na dimensão axiológica do sistema surge uma virtude do preâmbulo que acaba, em paralelo, enaltecendo o valor do Direito legislado: é o fato do preâmbulo ser uma disposição textual de valores, permitindo verificar com maior segurança qual a ideologia – valores – adotados pelo constituinte e pela Constituição. A ideologia constitucional captada no preâmbulo conduz à diferença entre uma ideologia do texto e a uma ideologia do intérprete. O trabalho capta uma ideologia constitucional que é influenciada pela postura do intérprete, mas também localiza um nível ideológico mediador, entre o texto normativo e a ideologia do jurista, o sentido ideológico do texto normativo.

Ideologia do jurista

²⁷². Sobre a interpretação sistemática do Direito na perspectiva de Juarez Freitas. FREITAS, J. op. Cit. Passim.

Texto normativo Ideologia do texto normativo**Ideologia do texto normativo constitucional****Preâmbulo**

O preâmbulo permite a definição de uma ideologia constitucional, despertando, desse modo, outro problema que é a fragmentação e dispersão de ideologias. Ideologia só existe enquanto puder ser contrastada com outra ideologia. Para a delimitação da ideologia (ou das ideologias) é necessário estabelecer uma tipologia e essa tipologia deverá ser entendida como significativa para a história constitucional. É a abordagem do próximo capítulo.

4. OS DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO - DETECTANDO OS MODELOS OU MATRIZES IDEOLÓGICAS DAS CONSTITUIÇÕES.

4.1. Tipologia das Constituições - modelos constitucionais.

O presente capítulo procura oferecer um quadro tipológico das Constituições a fim de ser possível detectar a forma peculiar que cada texto constitucional assume, em períodos históricos, influenciado por condicionantes políticas, culturais e econômicas. Por certo não se trata de abordagem que indique o condicionamento mecânico do Direito - e da Constituição - a elementos econômicos, políticos ou culturais. Antes, busca-se mostrar a relação dinâmica entre os vários elementos. É intento do capítulo transmitir, pois, uma compreensão modelar de grupos ou sistemas constitucionais, baseando-se em figuras que indiquem o lugar da Constituição em cada sistema.

O plano geral deste visa o fundamento de partida, modelar e tipológico, na idéia de Constituição moderna, com pródromos no século XVII, época da definição das estruturas

centrais do exercício do poder e da sua divisão funcional. Há, a partir da data assinalada, uma progressão linear dos fundamentos liberais da política e economia, a superação destes por uma outra forma de constitucionalismo: o constitucionalismo social; outras formas de constitucionalismo, divergentes ou antagônicas do liberalismo, aparecem também no século XX: o socialismo real, o autoritarismo de direita e o desenvolvimentismo (com as bases autoritárias da segurança nacional).

A ligação entre o desenvolvimento do sistema econômico e a sua correspondência normativa constitucional clarifica-se porque: de um lado, os sistemas econômicos que planejam (ou planejaram) a superação do capitalismo; de outro lado, a evolução do sistema capitalista, em suas variantes formas de regimes (Estado mínimo, Estado interventor).²⁷³

A associação entre a tipologia do regime ou forma de governo será central para detectar as categorias base do desenvolvimento do capítulo. Sendo assim, faz necessário ratificar que os regimes políticos podem ser catalogados em democráticos ou autocráticos. A democracia agrupada conforme as suas variantes em: democracia liberal, democracias populares e social democracia.²⁷⁴

Há uma tônica centrista, baseada na história constitucional brasileira, vez que a opção por ótica da história nacional é, por maior relação com o tema do trabalho, necessária para ir detalhando a evolução até o surgimento da Constituição de 1988.

Em abordagem adrede relacionada aos sistemas jurídicos, enquanto identidades normativas, o *ser* de cada Constituição não podia deixar de ser alinhado com famílias ou

²⁷³ . Forma do sistema econômico: "o conjunto de regras legais que, no seio de um sistema econômico, regem as atividades econômicas dos homens, isto é, seus atos e ações em matéria de produção e troca." LAJUGIE, J **Os sistemas econômicos**. Difusão Européia do Livro: São Paulo, 1959. Tradução de Édison Rodrigues Chaves e Gerson Souza. Coleção Saber Atual. p. 8. HUNT, E. K., SHERMAN, H. J. **História do pensamento econômico**. 16. Ed. Petrópolis: Vozes, 1998. MOREIRA, V. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978. p. 19-21.

²⁷⁴ . GOULART, C. de S. **Formas e sistemas de governo: Uma alternativa para a democracia brasileira**. Porto Alegre: CPGD-UFSC, Sergio Antonio Fabris, 1995. Passim.

agrupamentos de sistemas jurídicos. Assim, há a família do constitucionalismo do *common law*, estadunidense, soviético, francês.²⁷⁵

Por último deve ser ressaltada a linha mestra, o elemento que está colocado ao centro de todo o trabalho e serve de aglutinador das idéias aqui expostas: o preâmbulo constitucional. Para a ilustração de toda a evolução constitucional descrita neste capítulo foram elencados vários preâmbulos, colocando-os como exemplos destacados de cada época, de cada ideologia, de cada sistema ou família de Constituição aqui classificada.

3.2. O nascimento do constitucionalismo liberal.

A compreensão do modelo liberal de Constituição deve principiar por uma delimitação do seu universo e de seus principais pontos identificadores. O primeiro ponto identificador que serve como a peça de toque do modelo liberal de Constituição é a exaltação do indivíduo. O modelo de democracia liberal apóia-se na figura do indivíduo, colocando o Direito como instrumento a serviço dos indivíduos. O centro do modelo projeta-se no indivíduo dotado de atributos como: razão, conhecimento e experiência. Trata-se, portanto, de uma idealização do indivíduo, desenhando uma visão *individualista*.²⁷⁶

Para o liberalismo, o espaço de convivência, as relações entre os homens, a existência em sociedade ocorrem por fundamentos racionais e a sociedade é uma construção de seres - tomados isolada e atomisticamente - que estabelecem as estruturas de poder e as

²⁷⁵ . MIRANDA, J. **Manual de Direito constitucional**. tomo I. 4. Ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Passim

²⁷⁶ . "Mas, logo depois, observei que, enquanto eu desejava considerar assim tudo como sendo falso, era obrigatório que *eu, ao pensar*, fosse alguma coisa. Percebi, então, que a *verdade penso, logo existo*, era tão sóbria e tão exata que sequer as mais extravagantes suposições dos cétricos conseguiriam abalá-las". DESCARTES, R. **Discurso sobre o método**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1978. P. 66-67. O liberalismo é "expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc." WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. p. 33.

normas jurídicas para a convivência e regulação social, por serem dotados do atributo da razão²⁷⁷.

Mas onde situar a gênese do individualismo? De onde parte essa ênfase no individual e atomístico. A gênese do individualismo influenciador do liberalismo será encontrada, ainda, no pensamento cristão. Salienta Villey, que a filosofia judaica foi pioneira na adoração de um só Deus. A continuação da filosofia judaica com o acréscimo do pensamento cristão, começa a ser percebida por outros traços desta centralidade no indivíduo. Veja-se que a ligação do fiel com o seu Deus é individual. Uma das figuras de maior exaltação e reconhecida abnegação, na religiosidade cristã, é a devoção monástica: "a vida cristã é de relação interpessoal, intersubjetiva - relação de cada fiel com Cristo que é uma pessoa." A filosofia judaico-cristã espalhou-se por todo o mundo europeu com o Império Romano e tornou-se hegemônica, na orientação espiritual e religiosa do continente europeu, continente que é o berço do liberalismo.²⁷⁸

O humanismo, que surge no mundo europeu do final da Idade Média é outro influenciador direto do individualismo liberal. O humanismo exerceu influência no advento das concepções individualistas do liberalismo. O renascimento humanista fez valorizar doutrinas morais helenísticas, centradas na figura individual, como o epicurismo e o neo-estoicismo, notadamente. Associado ao renascimento, houve a redescoberta platônica, em detrimento da base aristotélica, que havia exercido notável influência na jurisprudência romana e nas preocupações de justiça de Tomás de Aquino. Isso representa o abandono da apreensão dos universais em prol das coisas singulares. O cientificismo, que muito impressionou o renascimento, foi valorizado por outra corrente do pensamento que havia brotado no final do período medievo e influenciava o pensamento europeu, o nominalismo.

²⁷⁷ . Não há melhor exemplo de fundamentação secularizada da política, independente de recurso ao plano divino, do que O príncipe de Maquiavel. TOURAINE, A. **Crítica da modernidade**. 4. Ed. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 24. MAQUIAVEL, N. **O príncipe**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1977.

²⁷⁸ . VILLEY, M. **Filosofia do Direito**. Definições e fins do Direito. São Paulo: Atlas, 1977, p. 108.

Os nominalistas realçaram os seres singulares, alimentando o grande debate da filosofia medievá que ficou conhecido como a querela dos universais.²⁷⁹

O nominalismo e a valorização que fez da apreensão das coisas singulares estabeleceu o fundamento da moderna ciência. Funda-se o conhecimento científico na apreensão de fatos ou objetos singulares. A contribuição do nominalismo foi expressiva nas ciências exatas e, mais ainda no desenvolvimento técnico capaz de oferecer aos indivíduos, comodidades ou o arsenal de instrumentos para a sua satisfação individual. O rigorismo demonstrativo e formular do nominalismo e do renascimento influenciaram, por sua vez, as concepções do Direito da Idade Moderna e da Idade Contemporânea. Assim, o Direito, sob o impacto do singularismo e individualismo, começa a ser pensado como algo a *serviço do indivíduo*. Foi também concebido como um *instrumento* a ser utilizado pelos indivíduos.²⁸⁰

As instituições políticas e o Direito passam a ser vistos como instrumentos de utilidade, para a coexistência entre os seres racionais: "Isto significa que o jurista da era moderna, ao construir os sistemas normativos, passa a servir aos seguintes propósitos, que são também os seus princípios: a teoria instaura-se para o estabelecimento da paz, a paz do bem estar social, a qual consiste não apenas na manutenção da vida, mas da vida mais agradável possível."²⁸¹

A concepção do Direito como sistema normativo ganha parte de seus contornos atuais, na teoria jurídica da Idade Moderna, graças ao formularismo e rigorismo do nascente compreender científico das realidades. É uma concepção de sistema normativo como decorrência da apreensão do mundo como ordenação racional; e as normas jurídicas têm o fito

²⁷⁹ . STRATHERN, P. **Aristóteles em 90 minutos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. P. 12-18. Id. **São Tomás de Aquino em 90 minutos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. P. 21-59. VILLEY, M. Op. cit. p. 110-115.

²⁸⁰ . VILLEY, M. Op. cit. p. 115-129. Longe ainda estava a concepção de uma ciência do Direito centrada em objeto próprio, a norma. Como bem observa Cossio, a ciência do Direito que consegue separar o seu objeto da moral e trabalha com a norma posta como o seu centro de observação, somente vai se desenhar no século XIX. . COSSIO, C. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954. P. 33-40.

²⁸¹ . FERRAZ JR. T. S. **Introdução ao Direito**. Técnica, decisão, dominação. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 69. Não pode passar despercebida a enorme representação do utilitarismo para a teoria jurídica da Idade Moderna. Ver VILLEY, M. Op. cit. p. 125.

de servir aos indivíduos na ordenação de suas relações sociais - o Direito como instrumento ao serviço dos indivíduos. Concentrada no indivíduo, a teoria do Direito vai encaminhar-se para a subjetivação da ordem normativa, ganhando impulso à compreensão dos Direitos subjetivos. A ordem de normas do Direito gravita, a partir das idéias subjetivas e individualistas, em torno de um sujeito, titular de prerrogativas e poderes decorrentes da norma do Direito. Dispõe o titular, o sujeito de Direito, de margem para dispor de - *seu* - Direito subjetivo. Os Direitos subjetivos, estes poderes do sujeito de Direito, ganham o seu maior destaque nas formulações jusnaturalistas do período. A força motriz da sociedade em concepções atomistas, como as do liberalismo nascente, é cristalizada pela celebração de um pacto de socialização entre os indivíduos, titulares de Direitos seus, os seus Direitos subjetivos, estruturando-se a sociedade no grande pacto social. Os homens realizam a migração do *Status Naturalis* para a vivência em sociedade, o que importa, sobretudo, na garantia dos Direitos dos indivíduos no pacto que será celebrado. Perceba-se a natureza individualista e isolada do sujeito, realçando que a existência do homem, no *estado de natureza* é isolada, singular.²⁸²

Essa existência singular, isolada, deve ser preservada no momento de celebração do pacto de vida em sociedade. A celebração do contrato social é o marco de organização do Estado. Com o advento das teorias pactistas, no final da Idade Média e início da Idade Moderna, o poder afasta-se de fundamentações divinas para apoiar-se nos elementos racionais de ordenação da política e do Estado. A progressiva secularização do poder é uma das

²⁸². As instituições são pensadas a partir de sua *utilidade* - a manutenção da ordem e segurança do bem viver como tarefas do Estado. A modelar o homem e a sociedade, a razão. Assim, naturalmente - *racionalmente* - alcança-se o equilíbrio. Nos comentários de Touraine: "A modernidade não substituiu um universo dividido entre o humano e o divino por um mundo racionalizado; de maneira diretamente inversa, ela quebrou o mundo encantado da magia dos sacramentos substituindo-o por duas forças cujos relacionamentos tempestuosos desenham a história dramática da modernidade: a razão e o sujeito, a racionalização e a subjetivação". Op. cit. p. 47.

premissas do novo ordenamento estatal ²⁸³.

A combinação das teorias pactistas, da centralidade individual da sociedade e da vontade individual como elemento decisório das decisões políticas, da propulsão natural do indivíduo para a criação de comodidades e bens para a sua fruição individual e a percepção da realidade normativa do Direito como um instrumento a serviço do indivíduo servem para o desenho do modelo constitucional do liberalismo e de seu ser como marco cultural. O modelo constitucional do liberalismo vai apoiar-se na declaração solene de Direitos do Homem, como Direitos individuais, na definição do Direito como complexo normativo e vai erigir a Constituição como o pacto central de organização política do Estado, como entidade de uma reunião de indivíduos organizados. É possível, assim, identificar os três núcleos do liberalismo:

- i) uma dimensão moral, representada pelos Direitos individuais;
- ii) uma dimensão política, representada pelo democracia representativa;
- iii) uma dimensão política, representada pelos Direitos de empreender. ²⁸⁴

Apesar das dimensões diferenciadas do liberalismo para as várias facetas da vida cotidiana, é de maneira insistente que ele é visualizado como todo indistinto. Qual a explicação para esta constante abordagem global do liberalismo? Para Antonio Wolkmer o liberalismo é um marco cultural, construção histórica, influenciando os diversos momentos da vida e das instituições cotidianas. A concepção de Wolkmer facilita a compreensão da idéia do liberalismo como núcleo homogêneo da vida, influenciando-a em vários aspectos, inclusive, na concepção do Direito e da Constituição. O próprio liberalismo consegue, como marco cultural de uma época da história, reproduzir a idéia de que o seu núcleo - núcleo do

²⁸³ . "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens da cada, e pela qual cada um, se unindo a todos, obedeça apenas, portanto, assim mesmo, e permaneça tão livre quanto antes. (...). Essas cláusulas se reduzem, quando bem compreendidas, a uma só, a saber: a alienação total de cada associado com todos seus Direitos a toda a comunidade, pois, em primeiro lugar, cada um se doando inteiramente, a condição é igual para todos e, sendo assim, ninguém tem a intenção de torná-la onerosa aos demais." ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981. P. 27.

²⁸⁴ . MACRIDIS, R. **Ideologias políticas contemporâneas**. Brasília: Unb, 1982. P. 38.

liberalismo - é algo unívoco, a despeito de suas várias dimensões - morais, políticas e econômicas. Logo, as distinções que são tratadas ao longo do trabalho têm o objetivo de direcionar a abordagem do liberalismo para os seus aspectos relevante ao Direito e, em especial, para a teoria constitucional e história constitucional. O padrão cultural do liberalismo desenhou os seguintes planos institucionais da vida social:

- i) o molde do moderno Estado, soberano, secularizado, detentor do monopólio de produção jurídica;
- ii) o sistema econômico capitalista;
- iii) o padrão de juridicidade com fundamentos na primazia da lei e na regulação social por normas gerais abstratas.²⁸⁵

Em primeiro plano, e talvez a mais importante distinção para o constitucionalismo, o liberalismo diferencia-se em sua dimensão econômica da sua dimensão política. Embora apartadas, as duas dimensões sofrem frequentes convergências, formando a *diade do liberalismo*: a igualdade política e a liberdade de iniciativa econômica. Reconhece-se em John Locke o fundador do liberalismo político. Em Adam Smith, o fundador do liberalismo econômico.²⁸⁶

No plano político, o liberalismo caracteriza-se pela proeminência da casa legislativa na organização das funções estatais - *a legítima casa de representantes do povo*. A lei - fonte permanente do Direito - é a garantia da liberdade pessoal de cada indivíduo. A liberdade civil conquista-se com a progressiva expansão da participação do indivíduo nos assuntos políticos. Na convergência entre vertentes do liberalismo, entre a sua vertente moral e a sua vertente política, a liberdade social ocorre com a maior mobilidade social. No plano econômico, o liberalismo caracteriza-se pela liberdade de empresa, liberdade de

²⁸⁵ . WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. p. 30.

²⁸⁶ . REALE, M. **O Estado democrático de Direito e o conflito de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 53-54.

concorrência, decorrentes da liberdade individual. A organização - racional - da sociedade baseia-se em probabilidades ilimitadas de criação e trabalho individual. A competição e a concorrência geram um ponto de equilíbrio no mercado ²⁸⁷.

A consagração da dicotomia entre Estado e indivíduo era a decorrência da valorização do plano individual e do forte descolamento do sistema econômico mercantilista. O Estado abstinha-se de interferências na atividade econômica. O constitucionalismo moldava-se em bases de um individualismo formalista, de restrições às ações estatais na economia, assentando-se a base de normas sobre um plano negativo e absenteísta, a fórmula minimalista do Estado. O traço marcante das teorizações da época é a assertiva de que o Estado compromete as liberdades fundamentais do sistema capitalista. O Estado pode oferecer entraves à livre expansão do comércio e das possibilidades empreendedoras individuais. ²⁸⁸

Outro aspecto que Antonio Wolkmer destaca no liberalismo é a ascensão dos interesses da burguesia. A burguesia, classe social insurgente na modernidade, no curso da Idade Moderna à Contemporânea, propagou os múltiplos aspectos do liberalismo, em todos os campos do agir humano: na economia, na política e no Direito. ²⁸⁹

4.3. As primeiras Constituições liberais.

O impacto do liberalismo nos séculos XVII e XVIII foi marcadamente de quebra-dura, seja no plano econômico, seja no plano político, com a ordem anterior. Em muitas situações o plano político do liberalismo serviu de combustível às revoluções e levantes insurrecionais. A ascensão burguesa representou a estruturação de novas formas

²⁸⁷. Conforme: CARVALHOSA, M. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 61-64 e p. 70-73. GALBRAITH, J. K. Op. cit., p. 3-14. MOREIRA, V. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978., p. 38-43. VASCONCELOS, W. A. A intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 1, n° 4, p. 60-61, dez. 1964.

²⁸⁸. Conforme: CARVALHOSA, M. Op. cit., p. 61. MOREIRA, V. op. cit. p. 41-42.

²⁸⁹. WOLKMER, A. C. Op. cit. p. 30.

produtivas e de novas relações econômicas na satisfação das necessidades sociais. A conjugação das dimensões políticas e econômicas do liberalismo permite dizer que ele foi o elemento revolucionário do início da Idade Contemporânea.

A Revolução Inglesa no século XVII inaugura a seqüência de levantes insurrecionais e revolucionários da modernidade. Todos os levantes serviram de pavimento para as Constituições surgentes. O Direito Inglês inicia o esboço do constitucionalismo moderno, como no exemplo do preâmbulo da Petição de Direitos de 07 de junho de 1628:

*Os lordes espirituais e temporais e os comuns, reunidos em parlamento, humildemente lembram ao rei (...).*²⁹⁰

E também a *Bill of rights*, de 13 de fevereiro de 1689:

*Considerando que, pela abdicação do rei Jaime II, (...) E, por este facto, os lordes (...), agora reunidos como plenos e livres representantes desta nação.*²⁹¹

Os dois preâmbulos são retratos de formas de organização política em que o centro de poder orbita na forma monárquica, com o parlamento afirmando o espaço e as prerrogativas a que veio assumir no imediato posterior às revoluções liberais. No texto da *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, está patente o triunfo da revolução *whig* e a assunção da monarquia com os freios do parlamento²⁹².

Ao incluir os dois textos do constitucionalismo inglês abre-se, no presente trabalho, uma nova mirada de assunto: a confecção e redação dos textos constitucionais do final da Idade Moderna e início da Idade Contemporânea. Surgem, a partir deste momento, textos de magnitude e desenvolvimento diferenciados dentro dos ordenamentos vigentes. O

²⁹⁰ . MIRANDA, J. . cit. p.

²⁹¹ . Ibid., p.

²⁹² . LASLETT, P. Dois tratados sobre o governo e a revolução de 1688. In: LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 65-77.

desenvolvimento do constitucionalismo inglês diferencia-se, nesse ponto, do constitucionalismo estadunidense e europeu continental. Nos Estados Unidos surge, com força, a idéia de Constituição escrita, documento solene. Como produto da Revolução Francesa, são redigidos os textos da primeira Constituição e da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No constitucionalismo estadunidense o Poder Constituinte produz o texto escrito com o objetivo de garantia. A fórmula de *checks and balances* objetiva limitar o exercício dos poderes. A reunião escrita de normas estruturadoras e limitadoras – a *higher law* – é a cristalização de trabalho que garante Direitos e impõe limitações aos poderes constituídos. Está plasmada, no texto escrito, uma fórmula de desconcentração do poder e, simultaneamente, de aglutinação dos poderes constituídos, fórmula esta capaz de frenar abusos, subordinar os poderes ao texto constitucional e apresentar uma tábua de Direitos invocáveis contra os mesmos poderes constituídos. Como a Constituição estadunidense é a proclamação da vontade do povo, de desconcentração de poder, o preâmbulo anuncia esta titularidade:

*We the people of the United States (...) to ordain and establish this constitution (...).*²⁹³

Como assevera Canotilho, a idéia de povo é uma idéia alargada, a qual repugna o poder concentrado – *people at large*. No preâmbulo:

we the people (...) in order to form a more perfect Union, (...), secure the blessing of liberty to ourselves and our

²⁹³. Tradução: *Nós, o povo dos EUA, para estabelecer e ordenar esta Constituição*

posterity (...) ²⁹⁴.

Já no constitucionalismo francês, a superioridade do Poder Constituinte está na vizinhança de sua identidade como marco zero. O Poder Constituinte, na prática pós-revolucionária, funda a nova ordem jurídica, destruindo as antigas amarras jurídicas – o *ancien regime*. O povo-nação dispõe da ordem jurídico-social podendo, em documento escrito, lançar os marcos da nova ordem para as gerações futuras. No preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia nacional, considerando que a ignorância, o desprezo e o esquecimento dos Direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas, (...), resolveram expor numa declaração solene os Direitos Naturais. ²⁹⁵

Na Constituição de setembro de 1791, em seu preâmbulo:

*A Assembléia nacional, querendo estabelecer a Constituição francesa sobre os princípios que acaba de reconhecer e de declarar, extingue irrevogavelmente as instituições que vulneravam a liberdade e a igualdade dos Direitos (...)
A lei não reconhecerá nem votos religiosos nem qualquer outro compromisso que seja contrário aos Direitos naturais ou à Constituição.* ²⁹⁶

E repete o mesmo bordão na Constituição do ano I, em 24 de junho de 1793:

²⁹⁴ . O preâmbulo da Constituição dos EUA, na íntegra: *We, the People of the United States, in order to form a more perfect Union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.* Tradução: *Nós o povo dos EUA, a fim de formar uma união mais perfeita, estabelecer a justiça, garantir a tranquilidade interna, prover à defesa comum, promover o bem estar geral e assegurar os benefícios da liberdade para nós próprios e para a nossa descendência, ordenamos e estabelecemos esta Constituição para os EUA.* Disponível em: www.chanrobles.com/unitedstatesconstitution.htm. Acesso em: 15 de novembro de 2001. EUA, Constituição 1787-1992. **Sub judice – justiça e sociedade.** Lisboa, n. 12, p.155, jan.-jun. 1998.

²⁹⁵ . GILISSEN, J. Op. cit., p. 472.

²⁹⁶ . A Declaração é de 26 de agosto de 1789. A Constituição do ano I, de 24 de junho de 1793. GILISSEN, J. op. cit. p. 473. MIRANDA, J. op. cit.. p. 61.

*O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo do Direitos naturais são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses Direitos sagrados e inalienáveis, (...). Por conseqüência proclama, na presença do ser supremo, a seguinte declaração dos Direitos do homem e do cidadão:*²⁹⁷

Diferente o lugar institucional e a forma de aparecimento do poder constituinte na tradição inglesa. O conceito de povo não se concretiza como ator criador de nova ordem jurídico-política (a idéia de marco zero do constitucionalismo francês). Para Canotilho, o poder constituinte, na tradição inglesa, atravessa um processo de revelação. Essa peculiaridade do Direito Inglês pode ser demonstrada na idéia de que todo o apanhado normativo está radicado em formação linear. A própria concepção de revogação total (abrogação) é vista com cautela no Direito inglês. Não se pode creditar essa formação linear exclusivamente ao caráter consuetudinário do mesmo Direito. Aliás, o *common law*, durante muito tempo, postou-se em oposição a *lex terrae* (esta sim uma reunião de hábitos, locais, entronizados como vínculo normativo). A formação peculiar do Direito Inglês está vinculada às formas de estruturação das autoridades judiciárias e à progressiva ascendência do legislativo - como centro de poder de determinadas classes ou grupos - em questões fundamentais do Estado.²⁹⁸

Para o constitucionalismo inglês, a produção das normas fundamentais do Estado surge por um gestar histórico, em textos esparsos (as diversas Cartas), nos quais são confirmados liberdades, prerrogativas e Direitos. A tradição política inglesa não é revolucionária, ao contrário do projeto dos revolucionários franceses. A redação de um novo texto, revogador de toda a ordem jurídica anterior, encaixa-se ao perfil da experiência

²⁹⁷ . MIRANDA, J. Op. cit. p. 75. Aqui há o fato marcante da reprivatização ou recepção, pela Constituição, da Declaração de 1789 (o assunto é aprofundado no capítulo 2 do trabalho).

²⁹⁸ . GURVITCH, E. P. **Fundamentos de sociologia do Direito**. Brasília: Unb, 1986. P. 209-227. WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília: UNB, 1999, v. 2. P. 67-85.

francesa. A Constituição inglesa vai-se consolidando e não é ato de produção de chofre, inédito e imediato.

Volta-se ao ponto que Canotilho aponta: o caráter de revelação do Direito. O intrincado sistema de precedentes, decisões e confirmações. Tais precedentes, decisões e confirmações partem de autoridades qualificadas ou, em passado medieval, detentores de poder: senhorio feudal, nobreza, autoridade do monarca. ²⁹⁹

4.4. As Constituições liberais do século XIX.

As experiências republicanas e democráticas do constitucionalismo estadunidense e francês não se tornaram *o padrão único de organização política no século XIX*. A forma republicana não vingou em todos os quadrantes dos Estados. O que se percebe é a proliferação, no século XIX, de Constituições em monarquias renovadas, no processo de ordenação levado a cabo por impérios que se condensaram em fórmulas de Estados nacionais ou mesmo união de reinos (como o extenso império Austro-Húngaro). Perceba-se que mesmo a experiência inovadora da revolução francesa foi pontilhada por *retrocessos* monárquicos. ³⁰⁰

Outro ponto destacado das Constituições nascidas no século XIX é a sua maior robustez jurídica. Entenda-se que os documentos inauguradores da era constitucional moderna francesa, por exemplo, não apresentam um nítido caráter jurídico. Lobrigava-se, nesses textos, verdadeira dimensão normativa das Constituições. Pode-se mesmo afirmar, gizando uma síntese para o caso, que os Estados que nasceram após as revoluções liberais, eram *Estados legais* e não propriamente *Estados Constitucionais*. ³⁰¹

²⁹⁹ . CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, [1998], P. 65.

³⁰⁰ . Com a entronização de Napoleão como exemplo eloqüente. O modelo republicano estadunidense encontrou melhor acolhida nas jovens nações da América.

³⁰¹ . CADERMATORI, S. U. **Estado de Direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. P. 17-32.

O primeiro passo para conferir a supremacia jurídica à Constituição e vislumbrar em seu texto uma real dimensão normativo-jurídica foi a consagração de garantias constitucionais ao lado dos Direitos Fundamentais. Os primeiros textos - como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - apresentavam mais um caráter solene e de anunciação política do que propriamente um texto jurídico. A supremacia legal devia-se em grande parte, também, aos contornos da teoria política liberal que via no legislativo a verdadeira representação popular.³⁰²

O nascente império brasileiro, com a sua Constituição de 1824, é o exemplo deste modelo constitucional. Aliou, em seu texto, o rol de Direitos e garantias individuais do pensamento político liberal com formas de organização do poder centradas na figura do monarca. As Constituições européias do período fizeram figurar, em seus textos preambulares, monarquias com variado grau de participação do legislativo. Em muitos casos, o regime democrático estava obscurecido pela ascendência do monarca, concentrando competências, e o texto constitucional era peça de auto-limitação de seu poder – Constituições outorgadas.

Veja-se o exemplo da Constituição da Espanha de 1812:

*Dom Fernando VII, por graça de Deus e pela Constituição da Monarquia espanhola, (...), decretam e sancionam a seguinte Constituição Política da Monarquia Espanhola.
(...)*

As Cortes gerais e extraordinárias da Nação espanhola, intimamente convencidas, após o mais demorado exame e madura deliberação, de que as antigas leis fundamentais da

³⁰² . BONAVIDES, P. **Curso de Direito constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 481-491. SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 71-72. A Constituição belga de 1831 submeteu Direitos de seus cidadãos e os municiou de garantias. No seu título II, *Titre II* - Des Belges et de leurs droits. No seu artigo 12: *La liberté individuelle est garantie* - A liberdade individual é garantida. No seu artigo 24: *Le secret des lettres est inviolable. La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste*. O segredo de cartas é inviolável. A lei determinará quais são os agentes responsáveis pela violação do segredo de cartas confiadas ao correio. La Constitution belge. Disponível em: < http://www.senate.be/senbeldocs/constitution/const_fr.html#t2>. Acesso em: 04 fev. 2002.

*monarquia, (...), realizar plenamente o grande objetivo de promoção da glória, da prosperidade e do bem de toda a Nação, decretam a seguinte Constituição política para o bom governo e a reta administração do Estado:*³⁰³

A Constituição portuguesa de 1822:

*Em nome da Santíssima e Indivisível Trindade. As Cortes gerais, extraordinárias e constituintes da nação portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças públicas, que tanto a têm oprimido e ainda a oprimem, tiveram a sua origem no desprezo dos Direitos dos cidadãos, no esquecimento das leis fundamentais da monarquia.*³⁰⁴

A Constituição brasileira de 1824 apresentava um texto com largo tratamento aos elementos orgânicos e limitativos (parte introdutória e orgânica). Esses elementos englobavam praticamente 2/3 do texto constitucional imperial. Estavam arrolados na Constituição de 1824 os fundamentos do Império do Brasil - Título 1º -, dos Poderes e Representação - Título 3º -, o Poder Legislativo - Título 4º -, do Imperador - Título 5º -, do Poder Judicial - Título 6º -, da Administração e Economia das Províncias - Título 7º.³⁰⁵

Como elementos limitativos (parte dogmática nas palavras de Bonavides) incluíam-se o Título 2º - dos Cidadãos Brasileiros - apresentando um rol de Direitos individuais fundamentais, e o Título 8º - das Disposições gerais, e Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos brasileiros.

O elemento de estabilização constitucional disperso no Título 5º e Título 8º, é de destacar que um dos elementos de estabilização constitucional era a estrutura *sui generis* do Poder Moderador - *chave de toda a organização política e responsável pela independência e*

³⁰³ . MIRANDA, J. Op. cit., p. 107. A Constituição espanhola é conhecida por Constituição de Cádiz. A sua edição data de 19 de março de 1812.

³⁰⁴ . GILISSEN, J. Op. cit. p. 476.

³⁰⁵ . VARELA, A. **Direito constitucional brasileiro**. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1998. Passim.

equilíbrio entre os demais poderes. Ausentes os elementos sócio-ideológicos. ³⁰⁶

Os elementos formais de aplicabilidade constitucional presentes no preâmbulo e Título 8º: a Constituição de 1824 estampava em seu preâmbulo que a sua produção era ato de Dom Pedro, *Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil*. A Assembléia Constituinte, convocada em 1822, fora dissolvida pela Proclamação de 13 de novembro de 1823 e justificada pelo Manifesto de 16 de novembro do mesmo ano ³⁰⁷. A Constituição produzida, depois da dissolução, era uma concessão do Imperador aos seus súditos.

Presente no preâmbulo de 1824 (e no Manifesto de dissolução) está a idéia do risco da violência, desordem institucional, risco à integridade e soberania nacionais. Como ato para assegurar a sobrevivência do Estado nacional e paz pública— Pedro I -, outorga a Constituição ao povo brasileiro ³⁰⁸. Impregnava o preâmbulo de 1824, a comunhão entre Estado e religião, colocando-se o Imperador sob a graça de Deus para realizar a outorga constitucional.

Também do século XIX, a Constituição Canadense:

WHEREAS the Provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom: And whereas such a Union would conduce to the Welfare of the Provinces and

³⁰⁶ . A Constituição de 1824 ostentava uma forma peculiar de rigidez constitucional. No artigo 178 colocava como constitucional somente a matéria que dizia respeito *aos limites, e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos Direitos políticos, e individuais*. Os conteúdos que estivessem presentes no texto constitucional, mas não estivessem compreendidos nos limites do artigo 178, poderiam ser alterados sem formalidades específicas, pela legislatura ordinária.

³⁰⁷ . Na Proclamação de 1823, o Imperador se manifesta: *Brazileiros! Uma só vontade nos una. Continuemos a salvar a pátria. O Vosso Imperador, o Vosso Defensor Perpétuo vos ajudará. (...) As bases que devemos seguir, e sustentar para a nossa felicidade são – Independência do Império, integridade do mesmo, e systema constitucional – (...). Si a Assembléia não fosse dissolvida, seria destruída a nossa santa religião, e nossas vestes seriam tintas em sangue*. CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. **Constituições do Brasil**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 1999. P. 597 e 845-846

³⁰⁸ . O ato de outorga é, na idéia motora de sua produção, um benefício que os detentores do poder entregam ao povo, independente de sua participação direta ou por representantes eleitos.

*promote the Interests of the British Empire: And whereas on the Establishment of the Union by the Authority of Parliament it is expedient, not only that the Constitution of the Legislative Authority in the Dominion be provided for, but also that the Nature of the Executive Government therein be declared: And whereas it is expedient that Provision be made for the eventual Admission into the Union of other Parts of British North America.*³⁰⁹

O preâmbulo canadense é, antes a formalização da formação do Estado confederado. Diferencia-se, portanto, doutros documentos, nos quais o preâmbulo é carta de apresentação da autoridade. No caso do Canadá a Constituição - *Constitution act*, de 1867 - apresenta os territórios e entidades que comporão o futuro Estado. A carta canadense também serve como ilustração da peculiar forma de desenvolvimento do constitucionalismo britânico. O ato de aprovação da carta foi realizado pelo parlamento inglês, sendo o caso de uma heteroconstituição.³¹⁰

O Estado canadense é exemplo de formação estatal onde não se encontra sistematizado, em texto único, o complexo de normas constitucionais. A importância do

³⁰⁹ . Disponível em: <http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1867.html> Acesso: 12 de dezembro de 2001. Tradução: *Considerando que as províncias do Canadá, Nova Escócia e Nova Brunswick tenham expressado o desejo de ser federalmente unidas num domínio da Coroa do Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda, com a Constituição similar em princípios àquela do Reino Unido; e considerando de modo que a união conduza ao bem estar das províncias e promova os interesses do império Britânico; e considerando o estabelecimento de união sob a autoridade do parlamento é o seu meio, não apenas aquela Constituição da autoridade legislativa no domínio a ser provido por, mas também aquela da natureza do poder executivo (do governo executivo) dessa maneira é declarado; e considerando que é o meio que aquela provisão é elaborada para o eventual ingresso na união de outras partes da América do Norte Britânica.*

³¹⁰ . MIRANDA, J. **Manual de Direito constitucional**. tomo II. 4. Ed. Coimbra: Coimbra, 2000. P. 81. O fato de aceitar uma ordem constitucional aprovada por parlamento estrangeiro reforça a idéia de poder constituinte em evolução, em gradual consolidação, com a supremacia do parlamento. Outro giro ao modelo de poder constituinte da Inglaterra. É interessante notar que o mundo anglo-saxão, tirante a experiência republicana estadunidense, soube conciliar a forma democrática monárquica, com o centro de poder no parlamento, entregando, desde o século XVII, a responsabilidade pelas funções de governo, em co-responsabilidade, ao legislativo. Houve, já nos pródromos do constitucionalismo anglo-saxão, a concentração da responsabilidade do governo nos moldes do sistema parlamentarista. Na verdade, as normas fundamentais de organização do Estado canadense estão dispersas em documentos como: *Charter of Hudson's Bay* - de 1670, que incorpora a *Hudson's bay company*; *The Royal Proclamation* de 1763, incorporando os territórios após o Tratado de Paris; *The Quebec Act* - de 1774, também estipulando definições territoriais. Devem ser mencionados vários atos, costumes parlamentares, emendas e aditivos. Toda essa rica junção normativa forma o conjunto constitucional canadense. Sobressai, todavia, o *Constitution act* de 1867. Em: <http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1867.html>. Acesso: 12 de dezembro de 2001. Este modelo enraizou, no século XIX, nas ex-colônias: Austrália, Canadá, Nova Zelândia. O modelo republicano estadunidense serviu de matriz para as Constituições latino-americanas republicanas do século XIX

Constitution act está justamente na formação do Estado - suas entidades componentes, a forma de Estado, a forma e o sistema de governo. Outras normas de organização e procedimentais para a produção de outras normas são encontradas em documentos esparsos.

3.5. As transformações do constitucionalismo liberal na metade do século XIX.

A fórmula de consagração da representação popular sofreu, durante o século XIX, uma gradual transformação. O modelo constitucional britânico, centrado na soberania parlamentar, não comportava, logo no seu início, uma idéia de povo muito abrangente. Durante o século XIX houve uma paulatina ampliação do universo participante dos sufrágios, englobando cada vez mais a população dos Estados. Note-se que os Direitos políticos tinham como destinatários, nas suas primeiras manifestações, a pequena parcela da população que atendia aos requisitos impostos para o exercício destes Direitos - propriedade, renda, alfabetização. Especialmente no constitucionalismo inglês, de 1825 a 1870, foi realizada a obra de ampliação dos Direitos políticos para vincar verdadeiramente a fórmula *one man, one vote*.³¹¹

O sucesso econômico, entre os anos de 1850 a 1870, ao mesmo tempo em que começou a desenhar novas formas de organização econômica, afirmava a supremacia do modelo constitucional liberal. Como lembra Hobsbawn, o capitalismo industrial trouxe para a arena política a grade de reivindicações dos trabalhadores - em número cada vez maior e fez explodir o mundo urbano europeu. Isso não significou a imediata apresentação

³¹¹ . MACRIDIS, R. Op. cit. p. 49-50. MERQUIOR, J. G. O liberalismo social. In: _____. Et al. **O liberalismo social**. Uma visão histórica. Massao Ohno: São Paulo, 1998. P. 9.

de programas finalísticos ou de sucessão ao capitalismo. O modelo liberal afirmava-se hegemônico em seus dogmas de política econômica.³¹²

Foi no seio do capitalismo que foi sentida a mudança mais significativa. O desenvolvimento industrial espalhado pela Europa e Estados Unidos apresentava um caráter de concentração, afastando-se da teoria liberal clássica, do atomismo econômico e social. Os Estados tornaram-se protetores (bélicos em muitos casos) dos interesses de seus grupos econômicos.³¹³

A teoria liberal foi renovada, no final do século XIX, por preocupações ainda centradas na liberdade individual, mas com ênfase na igualdade de oportunidades. Começa a se desenhar o liberalismo com um sentido positivo. Um liberalismo que foge ao enfoque minimalista e destaca formas positivas do Estado na promoção do bem-estar indispensável ao crescimento e desenvolvimento do homem. É o esboço inicial de uma preocupação *welfarista*.³¹⁴

No caso brasileiro, houve a ruptura representada pela Constituição de 1891. Seguindo o modelo constitucional novecentista e liberal, a Constituição foi redigida com preocupações de estampar nova estrutura do poder e do Estado. O seu Título I - Da Organização Federal - dividia-se em Seções que agrupavam capítulos sobre o Poder Legislativo, sobre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. O Título II tratava dos entes

³¹² . HOBBSBAWN, E. **A era do capital**. 5. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996. P. 147-170.

³¹³ . Assim, podemos apontar as seguintes inconsistências entre o modelo teórico do liberalismo e a realidade do capitalismo da metade final do século XIX: a) Segundo o modelo, o equilíbrio natural do sistema seria conseguido por uma livre combinação dos fatores produtivos, de acordo com cálculo de conveniência dos produtores (sem momentos de depressão ou euforia). b) A situação hipotética do modelo supunha um número indefinido de participantes no processo de produção, cada participante dono de seu produto, de seu capital, de seu trabalho. Nessas condições seria impossível qualquer foco concentrador de poder econômico, vez que nenhum produtor conseguiria individualmente macular as leis de oferta e procura (repugnando as formas concentradas ou oligopolistas). c) A organização social assentada sobre a propriedade privada dos meios de produção não trazia em seus cálculos a possibilidade da propriedade, ela mesma, tornar-se um poder, não simplesmente o poder sobre uma coisa mas sobre pessoas (não aceitando a clivagem acentuada entre capitalistas e trabalhadores). d) O jogo dos interesses privados do modelo teórico do capitalismo devia ser desenvolvido na mais absoluta transparência dos mercados (o século XIX foi pródigo em exemplos de fraudes, embustes, golpes, violências praticadas pelo jogo do mercado). BORGES, A. W. Op. cit. p

³¹⁴ . MERQUIOR, J. G. Op. cit. p. 12-13. REALE, M. Op. cit. p.

componentes da Federação, os Estados. O Título III disciplinava a posição dos Municípios no concerto federativo³¹⁵.

Os elementos limitativos (ou parte dogmática) reunidos no Título IV - Dos Cidadãos Brasileiros - com destaque para a seção II, compreendendo a Declaração de Direitos. Direitos estes de nítido corte individual excluindo-se, haja vista a matriz ideológica da Constituição de 1891, elementos sócio-ideológicos³¹⁶. Como elementos de estabilização constitucional havia normas disciplinadoras da ordem Federal e dos princípios a ela correlatos³¹⁷.

Havia, na série compreendida como elementos formais de aplicabilidade da Constituição, disposições transitórias (indispensáveis na transição entre a Monarquia e a República). A concisão de todo o texto de 1891 delinea-se já ao preâmbulo. Curto em seu texto, limita-se à apresentação do Poder Constituinte - *Nós os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte* - e professa a sua opção pelo regime *livre e democrático*. Optar por um texto curto é o corolário da filiação aos ditames do liberalismo. Por isso a mensagem preambular de liberdade e democracia como definidoras do regime.

Embora no caso da Constituição brasileira de 1891 ocorra uma (re)valorização do liberalismo, mesmo o liberalismo sofrendo renovações em sua base teórica, outras correntes do pensamento já insinuavam, ou colocavam-se abertamente, como ruptura com o paradigma liberal no final do século XIX. Ganham força os coletivismos e tornam-se correntes menos focadas na visão de mundo centrada no indivíduo e mais preocupados com o coletivo - o

³¹⁵ . O Título III é conciso: composto por um único artigo, artigo 68, assegurando-lhes autonomia na forma peculiar de organização que cada Estado da Federação adotasse.

³¹⁶ . Redobrados cuidados devem ser tomados na construção de que as Constituições de 1824 e 1891 *não apresentavam elementos sócio-ideológicos*. Os elementos sócio ideológicos, na tomada de José Afonso da Silva, ilustram a concretização de determinado modelo constitucional, uma ideologia que apresenta, no plano constitucional, normas com programas de ação estatal. É antípoda ao modelo liberal que, apresenta sim, a sua ideologia constitucional. Caracteriza-se, nessa ideologia, porém, o *absenteísmo do Estado* na conformação da economia.

³¹⁷ . A reforma constitucional de 1926 alterou os artigos 59 e 60, inserindo regras de competência para o STF e os Tribunais e Juizes Federais, ampliando os elementos limitativos de segurança da estrutura federativa.

historicismo, o positivismo e o marxismo. O coletivismo permitiu a conciliação de valores que possibilitaram a ação do *Estado a serviço da coletividade*, com desdobramentos no Direito e na política. Alimentavam-se as idéias coletivistas de levantes insurrecionais - cujo o exemplo mais eloqüente é a Comuna de Paris - geradas pela acentuada clivagem de classes do final dos oitocentos.³¹⁸

Representativo deste momento do constitucionalismo é o preâmbulo da Constituição provisória do Estado do Rio Grande do Sul - Constituição do *governicho*:

A organização do partido republicano, na província do Rio Grande do Sul, é a legítima e lenta solução de suas tradicionais aspirações. Para desenvolvê-lo, importa a cada cidadão colocar-se no ponto de vista relativo, único positivamente demonstrável, do dever social, repelindo a orientação dada pelo dogma revolucionário, absoluto, e metafísico do Direito individual (anais do congresso republicano rio-grandense, 1883).

*As funções políticas do Estado do Rio Grande do Sul são delegação do passado incorporado no público e têm por fim transmitir aos pósteros, melhoradas, as condições de bem estar atual.*³¹⁹

O texto foi largamente influenciado pelos ideais positivistas dos republicanos gaúchos. Note-se que há uma repulsa ao liberalismo, indo na direção contrária: ordem social e relativização do homem individual. Há também um encontro com coordenadas de direção

³¹⁸. Com especial destaque as teses esposadas por Marx. No *Manifesto Comunista* há a preocupação com o coletivo e um ataque aos pontos de inconsistência do capitalismo: expropriação da propriedade privada das terras, banco nacional que monopolize as operações bancárias, estatização das ferrovias e dos meios de comunicação, estatização da indústria. ENGELS, F.; MARX, K. **Manifesto do Partido Comunista**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 87. GALBRAITH, J. K. **A era da incerteza**. São Paulo: Pioneira, Brasília: Unb, 1979., p. 87-88. BORGES, A. W. **A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios**. Curitiba: Juruá, 2000.

³¹⁹. RUSSOMANO, M.V. **História constitucional do Rio Grande do Sul**. 2. Ed. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do RS, 1977. p. 361.

estatal na busca do bem-estar. Na verdade, é a inauguração dessas expressões em textos constitucionais brasileiros.³²⁰

A passagem do século XIX ao século XX realça medidas para uma ação estatal de enfoque publicístico na repressão aos abusos do mercado. A concentração empresarial verificada na última metade do século XIX (responsável, diga-se, em larga medida, pelo *boom* industrial dos EUA e do Império Alemão) levou à adoção de medidas de correção de trajetórias predatórias. Surgem normas jurídicas que impõem disciplina de Direito público às atividades econômicas. Em 1890, por exemplo, é editado nos EUA o *Shermann act*. Veja-se que na verdade não era uma norma contrária ao jogo de competição dos agentes privados; apenas, tutelava situações predatórias à própria competição e concorrência, buscando, justamente, mantê-las e incentivá-las.³²¹

Na metade final do século XIX também ganham corpo ações do Estado na atividade econômica. Essas ações incluíam desde formas ativas de realização de obras públicas ou oferecimento de serviços públicos ou, induzindo e tutelando agentes econômicos privados, fornecendo-lhes apoio institucional para um melhor funcionamento: o protecionismo às empresas nacionais, concessões de serviços públicos, o colonialismo.³²²

4.6. A mudança constitucional do século XX.

³²⁰ . A influência do positivismo castilhisto será sentida no governo de Getúlio Vargas e nas Constituições de 1934 e 37. Sobre a influência do positivismo ver: BOSI, A. **Dialética da colonização**. 2. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. P. 273-304.

³²¹ . FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998. P. 65-75. BRAGA, J. C. S. Alemanha: império, barbárie e capitalismo avançado. In: FIORI, J. L. (org.). **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999. P. 191-203. TEIXEIRA, A. EUA: a curta marcha para a hegemonia. Id. P. 155-168. Há diferença essencial entre a defesa da concorrência leal - de enfoque privatístico - com a consagração do papel do Estado de criador de preceitos jurídicos para as entidades econômicas adotarem comportamentos de acordo com a ordem econômica. A lei *Shermann* representa um passo inicial na modalidade de defesa da ordem econômica como interesse público.

³²² . CARVALHOSA, M. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 87 e 112-113.

O século XX viu surgir um novo modelo de organização dos textos constitucionais. A principal característica do período é o surgimento de dimensões normativas de Direitos sociais e econômicos. As Constituições do começo do século surgiram com novo vigor da forma republicana (ocaso dos antigos impérios europeus) e procuravam englobar todo o universo do constitucionalismo do século passado, acrescido de Direitos sociais. A presença, no corpo constitucional, de normas de ação estatal na economia e de conformação social - pela presença ativa do Estado no fornecimento e prestação de certos bens de consumo social, atendia às exigências do liberalismo renovado do final do século XIX e da florescente social democracia. Os marcos instauradores desse novo modelo estão nas Constituições de 1917 - México - e Alemanha - 1919 ³²³.

³²³ . CHÂTELET, F.; DUHAMEL, O.; KOUCHNER, E. P. **História das idéias políticas**. 5. Reimpressão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. P. 159-193. A Constituição mexicana de 1917 não estampou o preâmbulo em seu texto. A sua faceta de inovação vem logo ao Título I, das Garantias Individuais, ao trazer normas, por exemplo, sobre a educação. O seu artigo 3º, I, a, estampa os seguintes dizeres sobre as diretrizes do sistema educacional do Estado:

Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

Demonstrando a sua natureza de ação estatal na economia:

ARTICULO 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomentode las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritariamente o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentaré y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

Eis o texto do preâmbulo da Constituição alemã:

*O povo alemão, uno em seus componentes étnicos e animado da vontade de renovar e consolidar o Império (REICH), na liberdade e na justiça, de contribuir para a paz dentro e fora das suas fronteiras e de trabalhar para o progresso social, estabelece a Constituição seguinte*³²⁴:

Os novos textos que foram surgindo no começo do século XX também trataram de sepultar a grande maioria dos impérios. O império Austro-Húngaro foi cindido em vários Estados nacionais: Tchecoslováquia, Áustria, países balcânicos. O império alemão deu lugar à República. As Constituições do pós-guerra avançaram na consagração de regimes democráticos, pluripartidários, republicanos e parlamentaristas. A democracia surgia com força nas novas Constituições³²⁵.

A Constituição austríaca de 29, em seu artigo 1º:

*Austria is a democratic republic. Its law emanates from the people.*³²⁶

ARTICULO 26 - El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática. Mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública federal.

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. Em: www. Georgetown.edu/pdba/constitution/mexico/1917. Acesso em: 24 de setembro de 2001

³²⁴ . A Constituição de Weimar apresentava 3 seções sobre os Direitos sociais e econômicos reunidos em sua parte 3. Raffael Scheck's homepage. Germany's first democratic constitution. Disponível em: <<http://www.colby.edu/personal/r/rmscheck/GermanyD2.html>>. Acesso em: 22. Fev. 2002. Ver também: GUEDES, M. A. P. **Estado e ordem econômica e social.** A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 99-138.

³²⁵ . Como exemplos as Constituições da Irlanda, Lituânia, Tchecoslováquia e Áustria. Esta última com a participação de Hans Kelsen.

³²⁶ . Disponível em: < http://www.uni-wuerzburg.de/law/au00000_.html>. acesso em: 03. Mar. 2002. Tradução: *A Áustria é uma república democrática. O seu Direito emana do povo.*

Percebe-se que os textos do constitucionalismo do início do século XX não representavam uma ruptura com o sistema econômico capitalista, aliás, representavam uma ruptura com a visão minimalista do Estado, com o total absentismo estatal nas atividades econômicas e no fornecimento de comodidades, esforçando-se, assim, por ampliar o leque de Direitos políticos e cuja tônica era a equalização de oportunidades.

O importante traço das novas Constituições era a valorização da supremacia constitucional. O exemplo eloqüente dessa nova direção vem com a estruturação dos tribunais constitucionais (com a notável contribuição de Hans Kelsen). Pode ser afirmado que, no constitucionalismo vintecentista, se consagrará na imagem do Estado Constitucional, em substituição ao Estado legal do século XIX. As (novas) normas programáticas expressavam a preocupação reformista e de fornecimento de oportunidades iguais a todos.³²⁷

Há de se notar que o traço de renovação do constitucionalismo, rompendo com os cânones do liberalismo oitocentista e novecentista, não pode ser imediatamente associados aos desenvolvimentos da política econômica dos anos vinte e trinta. Talvez o esgotamento do modelo constitucional de *Weimar* decorra, justamente, desse descompasso entre a política econômica e o plano normativo constitucional. Note-se que as visões de Keynes sobre as mudanças de política econômica só foram implementados no curso da Segunda guerra ou no pós-guerra.

A política do *new deal*, nos EUA, é falsamente apresentada como uma diretriz implementada desde o primeiro mandato de Roosevelt, em 1933. O governo Roosevelt enfrentou, na verdade, hesitações, marchas e contramarchas na implementação de seu programa econômico. Uma diretriz assumidamente ativa do Estado na economia só veio a se confirmar no final da década de trinta. A Grã-Bretanha, no final dos anos vinte, e a França, até

³²⁷ . BONAVIDES, P. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996. P. 56-63. CADEMARTORI, S. U. Op. cit. p. 26-32. CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2000. P. 67-69. MAZOWER, M. Op. cit. p. 20-23. MERQUIOR, J. G. Op. cit. p. 29-34.

a década de trinta, tentaram vincular suas moedas ao estalão ouro. A Alemanha experimentou - vencido o surto hiperinflacionário do começo dos anos vinte - um curto crescimento antes da quebra da bolsa de 29 (crescimento largamente financiado por prestamistas privados estadunidenses).³²⁸

A crise econômica, instalada no mundo na década de trinta, trouxe, portanto, notáveis desafios ao constitucionalismo programático insurgente. De um lado, os problemas de eficácia e aplicabilidade de normas programáticas e de Direitos sociais. Havia acentuada clivagem entre o plano normativo constitucional e a política econômica executada: descompasso entre o plano normativo e a execução de política econômica.

O esgotamento institucional alimentava-se de forças políticas antagônicas à democracia representativa e ao sistema parlamentarista (justamente o sistema que fora adotado pelas novas Constituições européias). Os projetos de direita - nacional-socialismo, franquismo, fascismo - e da esquerda comunista rejeitavam, senão ofereciam sérias resistências, ao desenvolvimento da democracia do novo constitucionalismo. As duas concentrações ideológicas - de esquerda e direita - rejeitavam os padrões constitucionais do novo liberalismo e da social democracia.

Exemplo de Constituição vitimada pela ascensão de forças autoritárias de direita e pelo partido comunista é a Constituição espanhola de 1931. Foi a Constituição que viu, em seu seio, explodir a Guerra civil espanhola. No seu preâmbulo dizia:

A Espanha, no uso de sua soberania e representada pelas cortes constituintes, decreta e sanciona esta Constituição.

Complementada em seu artigo 1º:

³²⁸ . GALBRAITH, J. K. Op. cit. p.

*A Espanha é uma república democrática de trabalhadores de qualquer classe, que se organiza em regime de liberdade e justiça.
Os poderes de todos os seus órgãos emanam do povo.*³²⁹

As Constituições brasileiras de 1934 e 1937 são exemplos do modelo constitucional inaugurado no século XX. Em seu texto não escapa a confluência e o conflito de ideologias dominantes na década de trinta. Especialmente a Constituição de 1937 deixou-se influenciar, largamente, pelos padrões do fascismo.

A Constituição de 1934 inaugura, na história constitucional brasileira, a *ruptura* com os marcos do liberalismo. É verdade que herdou a tradição da Constituição de 1891 de inserir, à entrada - Título I, Da Organização Federal - parte introdutória sobre o concerto da Federação - Capítulo I. Seguiu a tradição da Constituição anterior na disposição da matéria. Censurou-lhe, porém, os exageros centrífugos do federalismo anterior, robustecendo o caráter centrípeto da União.³³⁰

No mesmo Título, como elementos orgânicos, os Capítulos II - Do Poder Legislativo -, Capítulo III - Do Poder Executivo - e Capítulo IV, versando sobre a Coordenação de Poderes e entregando essa tarefa ao Senado. Inédita é a inclusão de um Capítulo sobre os Órgãos de Cooperação Governamental, em que estavam disciplinados os Conselhos Técnicos (ânimo de uma Constituição influenciada pelo organicismo fascista).

Os elementos limitativos presentes no Título III – Da Declaração de Direitos – divididos em dois capítulos: Dos Direitos Políticos, Capítulo I, e Dos Direitos e Garantias

³²⁹ . MIRANDA, J. **Textos...** op. cit. p. 341. Por determinação de Moscou, os comunistas espanhóis insurgiram-se contra as demais forças e agremiações de esquerda na guerra civil espanhola. A fragmentação das forças republicanas alimentou a conquista do poder pelo exército de Franco. Ver os relatos de SERGE, V. **Memórias de um revolucionário**. No livro de Paul Johnson há um bom relato das táticas violentas, nascidas da orientação estalinista, que cindiram a Frente Popular. Houve massacres de socialistas, anarquistas e liberais patrocinados pela NKVD soviética, em apoio ao PC espanhol. JOHNSON, P. **Tempos modernos**. O mundo dos anos 20 aos anos 80. Rio de Janeiro: IL, 1998. P. 278-284.

³³⁰ . GUEDES, M.A.P. Op. Cit. P. 113-122. Destaque-se que a Constituição, ao mesmo tempo em que corrigiu os excessos do federalismo de 1891, tratou de maneira inédita da autonomia municipal em seu artigo 13.

Individuais, Capítulo II, merece destaque, como novidade na tradição do rol de Direitos Fundamentais, a inclusão do item 34, no artigo 113: *A todos cabe o Direito de prover a própria subsistência e à de sua família(...). O Poder Público deve amparar, (...), os que estejam em indigência.* A Constituição de 1934 inaugura a fase do constitucionalismo, no Brasil, de inclusão de Direitos Sociais ou Econômicos.

Essa inclusão de Direitos Sociais e Econômicos é ilustração da presença de elementos sócio-ideológicos na Constituição. Além do item 34, artigo 113, a Constituição de 1934 apresenta dois títulos do mesmo perfil: o Título IV – Da Ordem Econômica e Social – e Título V – Da Família, da Educação e da Cultura. Reflexamente há uma série de Direitos Sociais dos Funcionários Públicos no Título VII.

O Título VIII da Constituição de 1934 trata das Disposições Gerais e Disposições Transitórias. Ainda como elemento de aplicabilidade, o preâmbulo. O preâmbulo de 34 voltou a invocar Deus em seu texto. Não é a associação entre o Estado e a religião. Trata-se de menção à entidade divina como abençoadora do trabalho constituinte. Estava superada a clivagem entre religião e Estado, presente na Constituição de 1891, influenciada esta, às largas, pelo materialismo positivista. A Constituição de 1891 tinha também o ânimo claro de superação e ruptura com o passado monárquico e a indissociabilidade entre Estado e Igreja. O Constituinte de 34 deixou ao largo estas preocupações. Invocou Deus no texto preambular.

Outra importante novidade do preâmbulo de 34 é a inclusão do termo *Assembléia Nacional Constituinte*. Ausente nas Constituições anteriores – uma, outorgada pelo Imperador, produzida por Congresso Constituinte, a outra – fez questão o constituinte de incluir o termo na nova Constituição ³³¹.

³³¹ . Constituinte que teve um levante para a sua convocação, o levante constitucionalista de 32, iniciado em São Paulo..

O momento histórico de produção da Constituição de 1934 está presente em seu texto preambular. Ideologias transformadoras influenciavam a atividade constituinte. Havia forte presença dos modelos do comunismo soviético, do nazi-fascismo e os novos modelos constitucionais – México (1917), *Weimar* (1919), Áustria (1923). O preâmbulo de 34 repete o ideal do regime democrático de 1891 com acréscimos: (...) *um regime democrático que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem estar social e econômico(...)*.

A idéia de unidade nacional foi sedimentada pelo organicismo fascista e a construção de pureza nacional do nazismo. O integralismo também incorporou o corporativismo nacional e a sua presença, como bancada na Constituinte, além de determinar essa inclusão. A idéia de unidade nacional, consagrada no preâmbulo, resultou na concentração de competências na União, declinando o federalismo extremado do texto constitucional anterior. É importante estabelecer a ponte entre o preâmbulo e os elementos de estabilização constitucional. O artigo 12 da Constituição de 1934 ampliou as possibilidades de intervenção federal em caso de violação de princípios constitucionais por Estados da Federação. Embora no mesmo artigo 1º da Constituição faça referência à *República Federativa proclamada em 15 de novembro de 1889*, a pulverização centrífuga do ordenamento anterior não poderia ser mantida com a unidade nacional estampada no preâmbulo. No balanço progressivo entre as Constituições de 1891, 1934 e 1937, percebe-se a marcha da descentralização federativa extremada à concentração extremada na União. Essa progressão ficará mais clara com a abordagem da Constituição de 1964, no tópico abaixo.³³²

Ruptura com o liberalismo econômico que vingava nos textos de 1824 e 1891, o preâmbulo de 1934 inclui as dimensões de justiça e bem estar social e econômico.

³³² . Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal recebeu nova denominação: *Corte Suprema*. A ela foram atribuídas tarefas de estabilização constitucional, como o controle de constitucionalidade, no artigo 76.

Como salientado nos parágrafos anteriores, é a estréia do constitucionalismo programático e de corte social e econômico. Mesclavam-se na Constituição de 1934 fórmulas de dirigismo e ação estatal: do nazi-fascismo (acima visto), do socialismo democrático, do reformismo cristão e, em menor escala, as fórmulas dirigistas do centralismo soviético. A escrita do preâmbulo vai se tornar normatividade concreta nos Títulos da Ordem Econômica e Social e Da Família, Educação e Cultura. O modelo constitucional liberal clássico, depois de 1934, não voltará a figurar na história constitucional brasileira. Todas as Constituições produzidas desde 34 incorporaram o perfil programático, as normas de Direitos Sociais e Econômicos, as normas de ação estatal na economia e as normas de produção e fornecimento – obrigatório – pelo Estado de bens e serviços de consumo social.

4.7. Os modelos constitucionais da direita autoritária.

Foi frisado que houve, nas décadas de vinte e trinta, um momento de ruptura entre a nova ordem constitucional - republicana, programática, democrática e parlamentarista - e a aplicação de políticas econômicas e o ambiente econômico deste período. Uma das conseqüências do esgotamento da economia liberal clássica foi a valorização do dirigismo e planificação soviéticos que, graças ao maciço investimento que só o Estado centralizador e autoritário poderia bancar, mantinha o crescimento econômico da - então nascente - economia soviética.

Por outro lado, a crise econômica iniciada em 1929 alçou ao poder formas de direita autoritária que rejeitavam, no plano normativo organizador do Estado, as conquistas das revoluções liberais e, paralelamente, o novo Estado Social do novo modelo

constitucional do século XX. Notabilizaram-se as formas do nazismo, fascismo, franquismo, salazarismo, além de outros governos - colaboradores ou aliados de Alemanha e Itália - por todo o continente europeu.³³³

É fundamental definir um acordo - preliminar - de tratamento aos regimes nascidos neste período. Emprega-se o termo *direita autoritária* para evidenciar que não são homogêneos em sua concepção de Estado e sociedade. O nacional-socialismo e o fascismo italiano, por exemplo, chegaram a compor gabinetes por eleição, antes de patrocinarem golpes. No Japão, de maneira diferenciada, a direita autoritária encastelou-se no poder com a sustentação do aparato militar. Na Espanha, houve uma violenta guerra civil para a chegada ao poder do General Franco. Mesmo no plano de aplicação de políticas econômicas houve diferenças entre a ortodoxia monetarista e corporativa - típica do Estado salazarista português - e o forte ativismo do Estado na arena econômica - no caso do industrialismo bélico germânico.³³⁴

Salientadas as diferenças dos regimes de direita totalitária, cumpre agora apresentar as semelhanças, com o objetivo de ilustrar o modelo constitucional. Aí surge o primeiro ponto destacado: o relativismo da supremacia constitucional. É comum aos regimes implantados pela direita autoritária, o descrédito da norma constitucional de extração democrática e solene, valorizando, ao revés, a paranormatividade de origem do Executivo. É notável que o *hitlerismo* haja convivido com a Constituição alemã de 19, relativizando a sua supremacia em favor doutras normas. O decreto de emergência de 28 de fevereiro de 1933 ilustra esta tendência:

³³³ . CHÂTELET, F.; DUHAMEL, O., KOUCHNER, E. P. Op. cit. p. 236-268. MACRIDIS, R. Op. cit. p. 202-211, 214-251, 253-269.

³³⁴ . MAZOWER, M. Op. cit. p. 30-51.

*Os artigos 114 a 118, 123 a 125 e 153 da Constituição do Reich ficam anulados. Conseqüentemente, restrições à liberdade pessoal, ao Direito de liberdade de expressão, (...), estão permitidos doravante e isentos, portanto, dos limites estabelecidos em lei.*³³⁵

Percebe-se que repugnavam ao autoritarismo nacional-socialista, as estruturas do Estado de Direito. O fascismo italiano, por sua vez, conviveu bem com o Estatuto Albertino. No caso do Brasil houve, com a Constituição de 37, a concentração da produção normativa no Executivo, na espécie dos decretos-lei.³³⁶

O organicismo-corporativista dos regimes autoritários de direita era o substituto da representatividade legislativa e impunha-se no local dos partidos, suprimidos nos novos regimes por representações classistas ou setoriais. O sistema parlamentarista e o funcionamento do legislativo eram incompatíveis com a concentração de poderes no Executivo. Em sua maioria foram dissolvidos ou eram sombras do Executivo, com mera função de referendar decisões daquele outro poder.

Todo o rol de Direitos individuais sofreu, nos regimes de direita totalitária, a mesma relativização a que a Constituição fora submetida. Em seu lugar imperavam normas, que indicavam a supremacia do Estado, não raras vezes identificado este como comunidade nacional, portador de uma determinada cultura e unidade racial. A supremacia da segurança do Estado, da comunidade nacional-racial, ou nacional-cultural, implicava a ponderação, em grau inferior, dos Direitos individuais. Esvaíam-se as diferenças entre a esfera pública e privada. A supremacia do Estado era nutrida, em outra relativização dos Direitos individuais, com o recrudescimento da segurança nos períodos bélicos.

³³⁵ . JOHNSON, P. Op. cit. p. 239. As mais contundentes críticas ao sistema parlamentar podem ser encontradas em SCHMITT, C. **A crise da democracia parlamentar**. 1. Ed. São Paulo: Scritta, 1996. P.

³³⁶ . Como no caso de Franco, na Espanha, que editou normas esparsas em vez de verdadeira Constituição. LABASTIDA, H. **Las Constituciones españolas**. Fundo de cultura económica/UNAM: México, 1994. p. 89-108.

No plano das normas de Direitos sociais e na atuação da política econômica do Estado, duas variáveis podem ser colhidas. Em primeiro lugar, a política de bem-estar, a valorização dos bens de consumo social, fazia-se, como acima vimos, na manutenção da higidez da comunidade racial ou cultural. Em segundo lugar, nas normas de política econômica, pode ser ressaltada a variedade de modelos adotados pela direita autoritária.

No extremo do nacional-socialismo, as normas de Direitos sociais englobavam, além de bens para a melhoria das condições de trabalho e do trabalhador, ações do Estado na promoção da eugenia, limpeza étnica e supressão de minorias. O salazarismo e o franquismo, por sua vez, inseriam os Direitos sociais na idéia de Estado como organismo, com as corporações representando os componentes orgânicos. As normas de Direitos sociais da cultura e educação direcionavam-se ao aprimoramento e refino da cultura nacional e homogeneização racial.

O plano normativo constitucional da política econômica dos regimes de direita autoritária era, essencialmente, assistemático ou de ineficácia das normas. Embora houvesse a consagração de diretrizes e normas programáticas, estas cediam lugar à ampla margem discricionária dos agentes públicos na implementação de políticas econômicas. A ação assistemática do Estado, na maioria dos casos ativo na economia, não deixam de ser conseqüência da relativização da diferença entre esfera pública e privada. A estrutura corporativa colocava os agentes econômicos privados como agentes englobados ao Estado, à comunidade nacional, devendo patrocinar os interesses do Estado. A relativização dos Direitos individuais repercutia acentuadamente nos Direitos de propriedade e na liberdade de ação dos agentes no mercado.³³⁷

³³⁷ . A estrutura corporativa nacional prestou-se, em muitos casos, à corrupção e conflito de interesses entre agentes públicos e agentes econômicos privados. Talvez nada retrate tão bem a situação como a referência à obra cinematográfica de Steven Spielberg, *A lista de schindler*. Advocacia administrativa, trabalho escravo atendendo a interesses privados, corrupção ativa e passiva, apropriação indevida e violenta de bens de produção e

A Constituição brasileira de 1937 já apresentava uma forte matriz autoritária, fascista. Os elementos orgânicos ou a parte introdutória da Constituição de 1937 acentuam o caráter autoritário e centralizador deste texto. Houve a concentração de poderes na União e no Executivo Federal. Não havia, na Constituição de 37, uma distribuição das matérias por títulos numerados. Eram apenas nomeados. Assim, temos na parte introdutória ou elementos orgânicos os seguintes títulos: Da Organização Nacional, Do Poder Legislativo, Da Câmara Federal, Do Conselho Federal, Do Conselho de Economia Nacional, Das Leis e das Resoluções, Da Elaboração Orçamentária, Do Presidente da República, Da Responsabilidade do Presidente da República, Dos Ministros de Estado e do Poder Judiciário.

O leque de competências da União restou avolumado. As competências dos Estados, remanescentes, de pouquíssima expressão. A autonomia oriunda do auto-governo e organização política própria dos Estados foram reduzidas. O Presidente da República concentrava a possibilidade de nomeação dos Interventores Estaduais, ocupantes da Chefia dos Governos Estaduais. A produção normativa ficou concentrada no Executivo Federal com a cessação das atividades do Legislativo Federal. Inclusive, muitas disposições, alterando o texto constitucional ou complementando os seus enunciados, foram veiculadas por Decretos-Lei ou Leis Constitucionais – de produção do Presidente da República.

Pródiga na organização estatal e dos Poderes, a Constituição de 37 é concisa no rol de Direitos Fundamentais. Havia o título Da Nacionalidade e da Cidadania, disciplinando os Direitos Políticos e de Cidadania. Seguia-se o título Dos Direitos e Garantias Individuais, limitado a dois artigos. Além de ser singelo na gama de Direitos contemplados, o texto de 37 colocava várias normas excepcionadoras ou restritivas dos mesmos Direitos. Como exemplo a vedação da penas corpóreas perpétuas. Essa vedação

propriedade individual, tudo é exemplarmente retratado na figura do empresário alemão Otto Schindler e suas relações com a mão de obra judia e o oficialato alemão instalado na Polônia.

comportava seis exceções, das hipóteses de guerra aos delitos de natureza política. Indo além, nos exemplos, o artigo 123 limitava os Direitos às *exigências de segurança da Nação e do Estado(...)*.

Os elementos sócio-ideológicos presentes nos títulos Da Família, Da Educação e da Cultura e Da Ordem Econômica: as normas da Ordem Econômica englobavam Direitos Sociais e formas de dirigismo estatal na economia. É bom lembrar que a Constituição de 37 adotou fórmula de dirigismo corporativo da economia, aos moldes das experiências do nazi-fascismo europeu. Ao Conselho da Economia Nacional competia a direção das atividades econômicas, facultando-se-lhe, caso autorizado por plebiscito, a produção legislativa das matérias referentes à direção da economia.

Os elementos de estabilização constitucional estavam impregnados de referências à segurança nacional e à defesa do Estado. A Constituição de 1937 estampa dois títulos - Da Segurança Nacional e Defesa do Estado - dedicados à matéria. O artigo 166 da Constituição de 37, como ilustração, permitia ao Presidente da República a decretação de Estado de Emergência, com fundamento em hipóteses bastante genéricas: ameaça externa ou interna, a existência de conspirações, de complôs e de concertos - intestinos ou exteriores - que colocassem em risco a paz pública ou higidez das instituições nacionais.

A ameaça externa, o risco de convulsões internas, a presença de forças políticas que possibilitariam a desestruturação das instituições e a ruptura dos laços nacionais. Foram esses o rol de motivos apresentados pelo Constituinte de 37 em seu preâmbulo. Preâmbulo, aliás, o mais extenso da história constitucional brasileira:

Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem (...).

(...)

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência (...). Decretando a seguinte Constituição, (...).

A busca da unidade nacional, da paz política, eram as tarefas que o Constituinte coloca para si no texto preambular. A linha condutora central era que o Estado estava acima de conflitos de classe ou de interesses partidários, que seriam os causadores da instabilidade, isso levou a outorga da nova Constituição:

(...) resultantes da crescente agravamento dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e de extremação de conflitos ideológicos (...).

O preâmbulo ainda deixava explícita a aversão a certo padrão de ideologia:

*Atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente*³³⁸.

A tônica do estado de conflitos internos adrede relacionados ao grande conflito internacional (o levante comunista interno como consequência da onda comunista internacional) justificava o caráter autoritário do novo texto constitucional:

³³⁸ . A Intentona Comunista de 1935 e o fantasioso plano Cohen serviram de pano de fundo às aspirações concentradoras de poder de Getúlio Vargas e, na seqüência, a nova Carta de 1937.

(...) sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz (...).

(...)

Com o apoio das forças armadas e cedendo às aspirações da opinião pública (...), justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade (...).

Complementando o discurso do preâmbulo, as Disposições Transitórias e Finais definiam os instrumentos para a concretização do regime autoritário anunciado: prorrogação do mandato presidencial (artigo 175), dissolução das Casas Legislativas (artigo 178), concentração legislativa nas mãos do Executivo - Decretos-lei (artigo 180) e declaração do Estado de Emergência em todo o país (artigo 186).

4.8. Constituições da URSS e as Democracias Populares.

A Revolução Russa de 1917 implantou um regime político que marcou o século XX. O regime implantado em 17 recebeu as mais variadas denominações: regime marxista-leninista, socialismo soviético, socialismo real, comunismo, democracias populares, regimes proletários ou socialismo. O amplo leque de opções não permite, apesar das alternativas, um termo que possa expressar precisão absoluta. É importante determinarmos na trajetória histórica da URSS (e posteriormente dos países socialistas mundo afora) apenas para ilustração das dificuldades no emprego do termo. Assim, será compreensível a cautela no emprego de expressões classificatórias.

A tomada do poder na Rússia deu-se em novembro do ano de 1917. Já havia algum tempo - desde o século XIX – que a monarquia czarista enfrentava forte oposição

interna (inclusive com forte carga terrorista). Os sucessivos reveses militares (contra o Império Otomano e o Império Japonês) haviam desacreditado a estrutura arcaica da monarquia czarista. Com a prolongada frente aberta no ocidente, contra a Alemanha e Império Austro-Húngaro, na 1ª Guerra Mundial, houve o recrudescimento de forças oposicionistas e o colapso do czarismo.³³⁹

No começo de 1917, com o dismantelamento das linhas de defesa do exército russo, na frente ocidental, um governo provisório, de composição variada (liberais, reformistas, socialistas) assumiu o governo russo. O governo provisório insistiu na manutenção da guerra e o respeito aos tratados bélicos com outros Estados da Europa. As grandes perturbações do ano de 1917, geradas pela agonia da prolongada guerra, culminaram com a tomada do poder, ainda em novembro do mesmo ano, pelos camaradas de Lenin.³⁴⁰ As propostas dos soviets, note-se bem, incluíam ampla transformação da organização econômica do país. Todavia, não se podia imaginar que houvesse um detalhado e consciente horizonte de ações políticas e institucionais.³⁴¹

Os revolucionários acreditaram, em primeiro momento, na internacionalização do movimento. A Rússia era apenas o primeiro a explodir da revolução proletária mundial. Essa tônica internacionalizante e de ruptura com o sistema econômico vigente está patente na a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e explorado (janeiro de 1918). Esse documento,

³³⁹ . REIS Fº, D. A. **Uma revolução perdida**. A história do socialismo soviético. São Paulo: Perseu Abramo, 1997. P. 21-75. Deve-se notar que houve sérios problemas econômicos ao direcionar maciços recursos para a empresa de guerra. Provocava, ainda, verdadeira ojeriza entre os camponeses, a convocação para o serviço militar. O recrutamento trouxe sérios problemas de mão de obra no campo.

³⁴⁰ . Outubro no calendário russo, diferente do calendário gregoriano do Ocidente.

³⁴¹ . Acompanhe o trecho de Edmund Wilson: "Mas Lenin, apesar de meter-se em tantas polêmicas infundáveis, não se preocupava muito com a teoria marxista: o que o interessava não eram as idéias, e sim os eventos de sua época, que ele observava atento para o surgimento de uma brecha, por menor que fosse, pela qual se tornasse possível a destruição do regime czarista. Quando, durante a guerra, surgiu o momento, Lenin viu como era frágil e impraticável o Governo Provisório burguês, e substituiu-o por um novo tipo de governo baseado nos conselhos (soviets) de trabalhadores, camponeses e soldados, (...). Mas embora Lenin não permanecesse fiel à letra de Marx, foi fiel ao seu espírito apocalíptico; e sempre fora seu hábito primeiro agir e depois procurar em Marx e Engels os textos que legitimassem sua ação." WILSON, E. **Rumo à estação Finlândia**. 3. Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. P. 449

embora não apresente um preâmbulo, à entrada do texto, no início do Capítulo II traz a mensagem que traduz o seu espírito socializante:

*Com vista essencialmente a suprimir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países, (...) decide o seguinte:*³⁴²

A seqüência de acontecimentos nos anos de 17 e 18 impressiona pela rápida ascensão dos comunistas ao poder. A dinastia dos Romanov foi afastada em fevereiro do mesmo ano. O ensaio de regime parlamentar durou até novembro. Como muito bem usa Galbraith, em figura de linguagem, o levante *foi o pontapé numa porta já apodrecida*. A economia russa enfrentava os problemas de uma guerra absorvedora de recursos muito além dos limites razoáveis. Havia uma generalizada insatisfação na população com as perdas de vida na linha de guerra e com a natural desagregação familiar que os recrutamentos em massa acarretavam. Ao apresentar um singelo *slogan* de *pão, paz, terra e liberdade*, os comunistas foram ao encontro dos anseios da população.³⁴³

A seqüência de instalação no poder foi marcada pelos seguintes atos:

³⁴² . MIRANDA, J. Op. cit. p. 297. O texto foi produzido em 16 de janeiro de 1918 e referendado, em 25 de janeiro de 1918, pelo Congresso dos Sovietes da Rússia.

³⁴³ . É impressionante pelo fato de Lenin estar há anos afastado do território russo. Considere as dificuldades de comunicação e o regime fechado do Czar e fica patente que os comunistas russos haviam montado uma sólida e disciplinada organização para a tomada do poder. Anos antes, Lenin havia sofrido reveses no interior do partido Social Democrata, com cisões e rachas. Desacreditada estava a sua capacidade de organizar um grupo influente, capaz de exercer a direção do Estado russo. Talvez a transcrição de trecho de Maquiavel, O Príncipe, explique os desafios vividos pelos revolucionários de 17: "Aqueles que por via tortuosas, (...), tornam-se príncipes, conquistam o principado com dificuldade, mas com facilidade mantêm-no. As dificuldades que têm para conquistar o principado, em parte, nascem de novas leis e novos costumes que são forçados a introduzir para fundar o próprio governo e torná-lo seguro. (...). Esta tibieza nasce, em parte, por medo dos adversários, que têm a lei do lado deles, em parte, da incredulidade dos homens que, na verdade, não crêem nas coisas novas até verem nascer uma firme experiência." A citação de GALBRAITH, J.K. **A era da incerteza**.

- i) nacionalização dos setores produtivos do país - fundação da propriedade socialista;³⁴⁴
- ii) realização do II e III Congressos dos soviets;³⁴⁵
- iii) adoção de novo nome para o Estado - *República Socialista Russa*;³⁴⁶
- iv) dissolução do antigo judiciário;³⁴⁷
- v) dissolução da Constituinte.³⁴⁸

Torna-se patente com o ato de dissolução da Constituinte, um desprezo pelas estruturas jurídicas tradicionais - *a constituinte burguesa*. Na verdade, houve a instalação, em 18 de janeiro de 1918, e um dia após, em 19 de janeiro, a dissolução. Lenin chegou mesmo a manifestar-se favoravelmente à constituinte. Reviu a sua posição quando os bolcheviques, já instalados no poder, obtiveram menos de um quarto dos votos e a metade dos deputados eleitos pelos socialistas revolucionários.³⁴⁹

A redação da primeira Constituição da URSS ocorreu em Samara, em 1918. O texto foi aprovado pelo V Congresso dos soviets. O texto incorporava as partes da declaração anterior e já fazia o recorte institucional do novo Estado – federação, república socialista, proeminência do partido na condução do Estado. Assim o preâmbulo da Constituição da URSS de 1918:³⁵⁰

The Declaration of Rights of the Working and Exploited People, approved by the Third All-Russia Congress of Soviets in January 1918, together with the constitution of

³⁴⁴ . Em novembro de 1917, houve a nacionalização do solo russo. Em 20 de junho de 18, houve a nacionalização do petróleo. Em 28 de junho de 18, a nacionalização da grande indústria. Em 28 de dezembro de 1918, a nacionalização da frota. DENISOV, A; KIRISHENKO, M. **Derecho constitucional soviético**. Moscou: Ediciones de Lenguas Extranjeras, 1959. P. 23-28.

³⁴⁵ . Em 28 de fevereiro de 1918, foi constituído o exército operário e camponês. DENISOV, A; KIRISHENKO, M. Op. cit. p. 17.

³⁴⁶ . Ibid., p. 21.

³⁴⁷ . Ibid., p. 18. A dissolução ocorreu em 05 de dezembro de 1917.

³⁴⁸ . Ibid., p. 19.

³⁴⁹ . MAZOWER, M. **O continente sombrio**. A Europa do século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. P. 24.

³⁵⁰ . Ibid., p. 25.

*the Soviet Republic approved by the Fifth Congress, make up the single fundamental law of the Russian Socialist Federative Soviet Republic. (...)*³⁵¹.

Os cinco anos seguintes foram de guerra civil e defesa contra agressões externas. Houve a necessidade de negociação de acordo de paz em separado com a Alemanha, defender o território de incursões estrangeiras de apoio ao antigo regime e debelar os focos internos de forças insurrecionais. Instalados no poder, os revolucionários de 17 tinham uma visão universalizante da revolução. Acreditava-se na expansão da revolução proletária mundial, com as mazelas da primeira guerra. O governo dos soviets era apenas o primeiro numa sucessão revolucionária proletária mundial. Com este pensamento enredaram-se na perspectiva do fim do Estado e a instauração da nova ordem mundial. Quando houve os levantes revolucionários na Alemanha e na Hungria, pareceu que o caráter profético da revolução proletária mundial havia se concretizado. Logo o sonho da revolução mundial foi se esvaindo e o território russo isolou-se do restante do mundo.³⁵²

Os dilemas enfrentados pela revolução nos cinco anos posteriores à tomada do poder refletiram-se na definição do *comunismo de guerra*. De 1917 a 1921, o país havia regredido em seus indicadores econômicos e sociais. Vastas extensões de seu território eram *terra de ninguém*. Nos cinco anos críticos de guerra civil, a economia voltara aos estágios primitivos do escambo e subsistência. A solução encontrada pelo regime foi a

³⁵¹ . Em: <http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/18cons01.html#preamble>. Acesso: 15 de novembro de 2001. Tradução: A declaração de Direitos do povo trabalhador e explorado, aprovada pelo terceiro congresso de soviets de toda a Rússia em janeiro de 1918, junto com a Constituição da República Soviética, aprovada pelo quinto congresso, é a lei singular e fundamental da República Soviética Federativa Socialista Russa. Tradução: *A Declaração de Direitos do povo trabalhador e explorado, aprovada pelo terceiro congresso de soviets de toda a Rússia em janeiro de 1918, conjuntamente com a Constituição da República soviética aprovada pelo quinto congresso, enforma do Direito fundamental singular da URSS. (...)*

³⁵² . REIS F°, D. A. Op. cit. p. 107-108. O Tratado de Brest-Litovsk foi celebrado em 03 de março de 1918. Representou a concessão de enormes porções de território e, o que causou grande alvoroço nos horizontes da política internacional, a revelação dos tratados secretos anteriores.

adoção da nova economia política - NEP. Houve uma série de medidas liberalizantes como o respeito à propriedade privada e às relações obrigacionais entre agentes privados.³⁵³

A NEP foi substituída, no fim da década de 20, por um processo acelerado de coletivização e industrialização. O processo de industrialização envolvia a aplicação maciça de recursos na construção de infra-estrutura - geração de eletricidade, ferrovias - e indústrias de base - siderurgia, petróleo. A opção implicava restrições à produção de bens de consumo. Mais ainda, implicava o emprego maciço de mão de obra - em muitos casos mão-de-obra de prisioneiros políticos, escrava. Toda a política econômica concentrava-se nos planos - a economia planificada - com forte centralização e direção na burocracia do Estado. Os resultados da política, no campo, foram desastrosos, com o colapso da produção agrícola na década de 30.³⁵⁴

A economia de forte mobilização de investimentos e mobilização compulsória de mão de obra teve os seus méritos durante a 2ª guerra, quando pôde ser canalizada em proveito da produção bélica. Todavia, foi-se esgotando progressivamente nas décadas seguintes. Durante os anos 30 a economia soviética cresceu a taxas mais elevadas que as economias capitalistas. Para Easterly e Fischer, o crescimento soviético na década de 50 ainda foi muito bom, superior aos países capitalistas, o que não aconteceu na década de 60. Os autores apontam que, embora o mundo soviético tenha crescido, de 60 a 89, seu produto *per capita* em 2,4% , essa taxa era decepcionante, haja vista que a URSS promoveu o maior investimento conhecido do período. Ou seja, foi um investimento altíssimo com um retorno fraco, o que permite dizer que a URSS teve um dos piores desempenhos econômicos do

³⁵³ . A fome afetou 27 milhões de pessoas na virada de 21-22 levando o governo a aceitar ajuda humanitária dos EUA. JOHNSON, P. op. cit. P. 75. Calcula-se entre 3 e 5 milhões o número de mortos no inverno de 21-22. Também em JOHNSON, P. Op. cit. p. 74 e REIS F°, D. A. Op. cit. p. 91. O produto bruto industrial reduzira-se em 2/3 ao final da guerra. Produção agrícola diminuída a metade. REIS F°, D. A. Op. cit. p. 82.

³⁵⁴ . Energia, infra-estrutura e indústria pesada receberam 78% dos investimentos no período do 1º plano - 29 a 34. REIS F°, D. A. Op. cit. p. 125. Em 1941, estavam trabalhando, como mão de obra escrava, algo em torno de 3.300.000 pessoas. MAZOWER, M. Op. cit. p. 131.

globo. Veja-se o crescimento residual - não explicado por investimentos, aumento populacional, renda inicial e crescimento médio da produtividade mundial - na URSS:

Tabela 1 ³⁵⁵

Anos 50	2,5 %
Anos 60	- 0,8%
Anos 70	- 1,4%
Anos 80	- 2,3%

A evolução do constitucionalismo soviético, no período anterior ao 2º conflito mundial, foi marcada pelo advento de duas outras Constituições – 1924 e 1936. Traduzem a implantação – e, em boa medida, as hesitações – do novo regime. Cada texto correspondia à etapa de transformação, econômica e social, rumo à sociedade sem classes. É de destacar que durante as décadas de vinte e trinta, a URSS manteve-se insulada em seu modelo constitucional (mencionando-se o caso único da Mongólia a seguir o modelo da URSS).

Mas em que consiste o modelo constitucional soviético? Há, em primeiro plano, uma opção classista. Os textos constitucionais soviéticos fazem questão de acentuar a clivagem de classes e a sua opção pelos trabalhadores. Além do exemplo do preâmbulo, a Constituição de 18, em seu artigo 9º, menciona que o regime atravessa uma fase de transição, a ditadura do proletariado, com o fim de esmagar a burguesia, suprimir a exploração e para o estabelecimento definitivo do socialismo. ³⁵⁶

Há ainda um forte conteúdo de valorização do trabalho. Chega mesmo ao extremo de, em seu artigo 18, estampar a obrigatoriedade do trabalho: *quem não trabalha não come!* Essa direção da Constituição soviética de 18 indica uma acentuada concentração no complexo de Direitos sociais e econômicos. Ocorre que indicar essa concentração como característica do

³⁵⁵ . EASTERLY, William, STANLEY, Fischer. Lições do colapso soviético. **Finanças e desenvolvimento**, Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, v. 14, n° 4, p. 2-5, dez. 1994

³⁵⁶ . MIRANDA, J. Op. cit. p. 299.

constitucionalismo soviético é incorreta. O que ocorria no modelo de organização jurídica do Estado soviético é que as normas de Direitos sociais e econômicos estavam voltadas às necessidades de produção econômica.³⁵⁷

A submissão dos Direitos sociais e econômicos aos interesses de produção econômica significava, em última instância, a submissão à economia de centralização planejada. O planejamento centralizado - bem diferente das formas de planejamento das economias capitalistas - só pode ser realizado em sistema econômico, na qual o Estado é o detentor absoluto dos meios de produção.³⁵⁸

Dentro da estrutura constitucional capitalista, os Direitos sociais e econômicos, embora possam ser diferenciados dos Direitos políticos e individuais, estão umbilicalmente ligados ao conceito de sujeito, individual, titular de Direitos. Os Direitos sociais e econômicos são Direitos subjetivos para a fruição dos cidadãos do Estado. O chamado complexo de Direitos sociais e econômicos fornece ao titular acesso a determinadas comodidades e bens que são produtos de *consumo social*. Os serviços públicos, no sistema constitucional capitalista, ficam com o encargo de fornecer aos administrados certos bens, para o seu consumo, em caráter subsidiário ou complementar às estruturas de mercado.

A idéia de *subsidiariedade* e de que os Direitos sociais e econômicos são Direitos subjetivos são estranhas ao sistema constitucional soviético. Há a prevalência de uma idéia de coletivismo, incompatível com a tutela de situações subjetivas. Não há complementaridade da ação estatal porque o Estado é o único produtor, o único fornecedor e o planejador das atividades econômicas.³⁵⁹

³⁵⁷ . MAZOWER, M. Op. cit. p. 274.

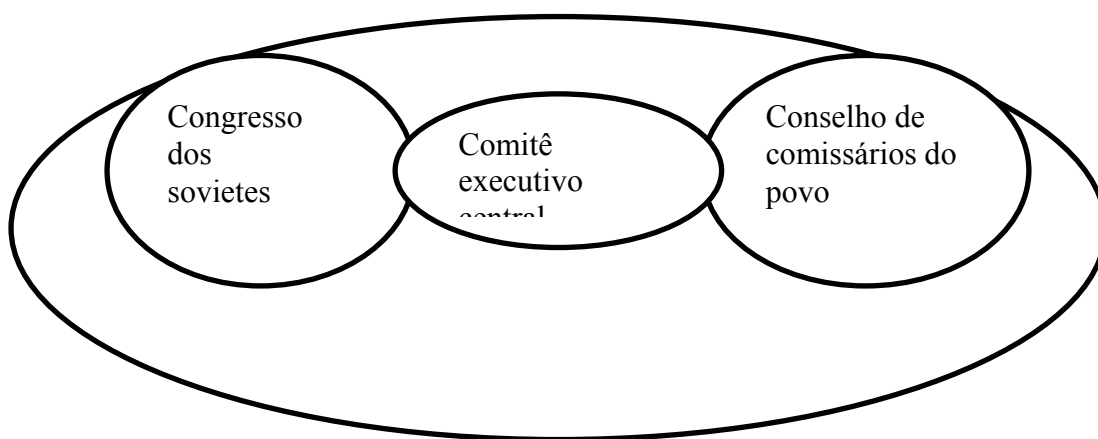
³⁵⁸ . Outra característica das economias planejadas é que souberam alavancar o desenvolvimento da indústria pesada e certos setores de infra-estrutura, mas fracassaram na produção de bens de consumo. Tornaram-se ainda mais ineficientes no desenvolvimento do setor de informática, micro-informática e transmissão de dados (telecomunicações).

³⁵⁹ . Daí decorre a obrigação do trabalho. Não há a liberdade de iniciativa e de trabalho (que envolve a possibilidade de não trabalhar). O Estado impõe a todos obrigações laborais em prol da coletividade e ao alcance do plano.

Repugna ao constitucionalismo soviético o pluripartidarismo. O Estado encarna o partido e o partido encarna o Estado. Como o Estado é representante - assumido - de uma classe, e o portador da mensagem dos trabalhadores, toda a representação dissidente é contrária aos interesses do Estado.³⁶⁰

O modelo de organização dos poderes, na Constituição de 1918, estava centrado na figura do partido, com forte centralização nas esferas superiores da burocracia partidária - centralismo democrático:

Figura 1³⁶¹



Logo após a ruptura do Império russo, os bolcheviques viram-se com o problema das nacionalidades no novo Estado. O constitucionalismo russo adotou uma ordem específica de forma federal do Estado. Houve a necessidade de conciliar as posições revolucionárias com parâmetros de descentralização. O que isso significava? Ao mesmo tempo em que repudiava a forma de Estado-nação *burguesa*, deveria aceitar a convivência de nacionalidades. Ao mesmo tempo que aceitava - e lutava - pela autodeterminação dos povos, rejeitava a instalação de regimes representativos de *burguesias locais*. O modelo adotou a

³⁶⁰ . "O sistema das normas (regras de conduta) obrigatórias para todos, estabelecidas ou sancionadas e garantidas pelo Estado, que exprimem a vontade da classe dominante (vontade de todos os trabalhadores no Estado socialista de todo o povo), que são a regulamentação estatal das relações sociais e que são protegidos, no caso de sua infração, pela coação estatal." A citação foi extraída da obra de J. Gilissen e era a definição de Direito da Academia de Ciências da antiga URSS. GILISSEN, J. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. P.

³⁶¹. DENISOV, A.; KIRICHENKO, M. Op. cit. p. 33-34. Já em 1918, em 01 de abril, foi criado o Comitê executivo central.

União de Repúblicas com a consagração da forma federal em cada república integrante da União. É a forma de Estado com superposição de entidades federais e federadas. Compunham a URSS várias repúblicas federais. Nominalmente, consagrava-se o Direito de secessão desde que não ofendesse aos desígnios revolucionários e interesses classistas proletários.³⁶²

Com a vitória na Segunda guerra, a expansão soviética pelo leste europeu fez vingar o modelo das Democracias populares. A expressão foi largamente empregada no nome oficial de vários Estados como: República Popular da Polônia ou , indiretamente, a República Democrática Alemã. Ao contrário do advento do regime soviético, surgido de revolução, os Estados europeus orientais viram o florescer do comunismo na aliança entre os partidos comunistas locais e as forças de ocupação soviéticas. Em muitos Estados, no imediato pós-guerra, foi mesmo estimulado o governo de coalizão, grandes frentes que envolviam comunistas, socialistas e liberais reformadores.

Progressivamente, os comunistas foram se tornando hegemônicos nos países da Europa oriental, com a formação de Estados repressivos, limitando a liberdade política e o pluripartidarismo, suprimindo os antigos partidos aliados dos governos de coalizão. As Democracias populares trataram de incorporar o modelo do constitucionalismo soviético, com ênfase no planejamento e absorção de todos os setores produtivos pelo Estado. O modelo soviético não foi seguido na íntegra nos Estados comunistas e estes terminaram a Segunda

³⁶² . Ibid., p. 29-30.

guerra com forte movimento autóctone guerrilheiro (é o caso da China, Albânia e Iugoslávia, com guerrilhas locais).³⁶³

O momento máximo de expansão dos regimes do socialismo real - fiéis ao modelo soviético ou em formas autóctones - foi na década de setenta e início dos anos oitenta. O horizonte territorial do regime compreendia o Leste europeu, sudeste asiático, URSS, África (especialmente a África de colonização lusitana) e América Central e Caribe. A posição da URSS cristalizada como potência mundial, antagonista de frente do bloco capitalista, foi exemplarmente retratada na Constituição de 1977.³⁶⁴

Em seu longo preâmbulo, há descrição da trajetória da revolução bolchevique, da supremacia e luta da URSS pela implantação do socialismo entre todos os povos e nações, das estruturas mestras do poder (partido comunista, ditadura do proletariado), a retórica antibelicista e pacifista no confronto da guerra fria, a construção de nova sociedade e de novos padrões de organização da economia. Assim, a Constituição de 1977:

The Great October Socialist Revolution, made by the workers and peasants of Russia under the leadership of the communist Party, (...), established the dictatorship of the proletariat, and created the Soviet state, a new type of state, (...).

³⁶³ . GOULART, C. S. Op. cit.. P. 83-85. HOBBSAWN, E. **A era dos extremos**. O breve século XX. 1914-1991. P. 384-390. Críticas aos regimes do leste europeu, e suas formas autoritárias, *o marxismo desviado do Leste*. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990. P. 13-30. A Iugoslávia adotou o nome de República Popular Federativa da Iugoslávia, na sua Constituição de 1953. Em seu artigo 1º determinava que era um *Estado socialista democrático federal*. Adotava a opção classista, de maneira clara, em seu artigo 2º: (...) *todo o poder pertence ao povo trabalhador* (...). O artigo 4º determinava a *propriedade social dos meios de produção, a gestão da economia pelos produtores* (...) MIRANDA, J. **Textos históricos...** op. cit. p. 354. O caso da China é de bastante distanciamento do modelo constitucional soviético a ponto de ser considerado um sistema próprio de Direito, o Direito chinês. DAVID, R. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 474-481. Deve-se perceber que não houve incorporação ao espaço da União de Repúblicas dos países do leste europeu. A política de inclusão dos países do leste europeu determinava a sua posição como satélites políticos e militares sem que chegasse ao extremo de incorporação ao Estado soviético. A URSS contava, em sua federação, com os Estados que tradicionalmente fizeram parte do império russo, desprezando-se a Finlândia e a Polônia.

³⁶⁴ . URSS e República Popular da China, o 1º e o 4º maiores países em extensão territorial do mundo. Sendo o último a maior população mundial. Inclua-se na Ásia o Afeganistão e a Mongólia. No sudeste asiático o Vietnã, o Camboja e a Coreia do Norte. Na Europa: Alemanha Oriental (RDA), Polónia, Tchecoslováquia, Hungria, România, Bulgária, Iugoslávia e Albânia. No Oriente Médio: Iêmen. Na África: Etiópia, Angola, Guiné-Bissau, Moçambique e Cabo Verde. A Tanzânia em certo período. Na América: Cuba, Nicarágua e Granada (pequena duração).

(...) the Soviet government carried through far-reaching social and economic transformations, and put an end once and for all to exploitation of man by man, antagonisms between classes, and strife between nationalities.

(...). For the first time in the history of mankind a socialist society was created. (...) Continuing their creative endeavors, the working people of the Soviet Union have ensured rapid, all-round development of the country and steady improvement of the socialist system. At this stage, when socialism is developing on its own foundations, the creative forces of the new system and the advantages of the socialist way of life are becoming increasingly evident, and the working people are more and more widely enjoying the fruits of their great revolutionary gains. It is a society in which powerful productive forces and progressive science and culture have been created, in which the well-being of the people is constantly rising, and more and more favourable conditions are being provided for the all-round development of the individual.

(...) Developed socialist society is a natural, logical stage on the road to communism., and to further the consolidation of peace and development of international co-operation.(...), and its aims, and proclaim these in this Constitution.³⁶⁵

É interessante notar que o preâmbulo da Constituição soviética de 1977 é de natureza demonstrativa. Isto implica uma solene declaração de etapas ou estágios de construção - ou rumo - do socialismo ao comunismo. O plano normativo não estampa, na verdade, um programa ou diretrizes, no que se diferencia sobremaneira do modelo de Constituições inaugurado pelo constitucionalismo social. Essa silhueta de *Constituição balanço* deve-se, em larga medida, à compreensão do Direito - superestrutura - como reflexo

³⁶⁵ . Disponível em: <www.departments.bucknell.edu/russian/const/77cons01.html#preamble> Acesso: 15 de novembro de 2001. Tradução: *A grande revolução socialista de outubro, realizada pelos trabalhadores e camponeses da Rússia sob o comando do PC, (...), estabeleceu a ditadura do proletariado, e criou o Estado soviético, um novo tipo de Estado, (...). o governo soviético levando adiante os objetivos sociais e econômicos transformadores, e pondo fim de vez a toda exploração do homem pelo homem, antagonismos de classes, e desavenças entre as nacionalidades. (...) Pela primeira vez na história da espécie humana uma sociedade socialista foi criada. (...) Continuando os seus esforços criativos, o povo trabalhador da União Soviética tem assegurado rápido, todo ciclo de desenvolvimento do país e firmada o incremento do sistema socialista. Neste estágio, quando o socialismo está desenvolvendo as suas próprias bases, as forças criativas do novo sistema e as vantagens da via socialista eloqüentemente evidentes, e o povo trabalhador está mais e mais atentamente gozando os frutos ganhos de sua grande revolução. É a sociedade na qual as forças produtivas e a ciência do progresso e cultura têm sido criadas, na qual o bem estar do povo é constantemente incrementado, e mais e mais favoráveis condições têm sido providas para todos os estágios de desenvolvimento individual. (...) Sociedade socialista desenvolvida é natural, lógico estado na estrada para o comunismo, e para lograr a consolidação da paz e desenvolvimento da cooperação internacional.(...), e aponta e proclama isto nesta Constituição.*

ou determinada, em última instância, pelas relações de produção ou base econômica - infra-estrutura.³⁶⁶

O esgotamento do socialismo soviético e do modelo implantado no leste europeu foi-se agudizando na década de oitenta. A ineficiência e o baixo desempenho econômico foram colocados à prova com as transformações produtivas da informática e das novas formas tecnológicas na economia mundial. A nova onda armamentista patrocinada pelo governo estadunidense, no início dos anos oitenta, com farta e dispendiosa aplicação de recursos em artefatos bélicos de alta tecnologia, exauriu as possibilidades do sistema soviético. Mais ainda, as transferências de recursos da URSS para os seus satélites europeus eram dispendiosas.

Nos anos oitenta, os sinais de enfraquecimento do sistema econômico e político soviético delinear-se com crises em países do bloco (o golpe militar e a crise da dívida polonesa no início da década) e com tentativas reformistas (a *glasnost* e *perestroika* na URSS, a abertura húngara). Exasperou-se o movimento com a fuga maciça de habitantes da República Democrática Alemã, em 1989, no que ficou conhecido como a queda do muro de Berlim, e no golpe e revide popular na URSS, em 1991.

Com a queda dos regimes do socialismo real e das democracias populares é curioso notar que alguns países apenas emendaram as Constituições, em vez de substituí-las imediatamente por novos textos. É o caso da Hungria e Polônia. Trata-se de opção suave de ruptura com o regime passado. A federação soviética, por seu lado, assistiu aos seus

³⁶⁶ . Marx, ao colocar que sobre a base econômica (ou infra-estrutura) ergue-se a super-estrutura jurídica e política, permite considerar o Direito inserido dentro do modo de produção da vida material. Segundo o filósofo alemão, a realidade social determina a consciência social do homem. O vínculo entre o Direito e a economia é a relação entre as relações de produção que formam a base econômica - real - e uma forma de consciência social do homem - no caso o Direito. MARX, Karl. *Marx. Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Seleção de textos de José Arthur Gianotti. Tradução de José Carlos Bruni et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 127-132. Também condiciona a perspectiva do constitucionalismo soviético o sentido sociológico de Constituição de Ferdinand Lassalle. LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. Passim. . O conceito de Constituição balanço é de Manoel Gonçalves Ferreira Fº. FERREIRA Fº, M. G. **Estado de Direito e Constituição**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 90.

membros, pela primeira e única vez na história constitucional da União, exercerem o seu Direito de secessão, constituindo Estados nacionais soberanos.³⁶⁷

4.10. A nova onda do constitucionalismo social após a Segunda Guerra Mundial.

O conflito mundial de 1939-45 foi significativo para a história constitucional pelas duas rupturas que a guerra patrocinou: em primeiro lugar significou o abandono de modelos de organização política do nazismo e fascismo; em segundo lugar tornou a valorizar os Direitos fundamentais como unidade básica das Constituições.

Como exemplo, a Constituição francesa de 46, em seu preâmbulo:

*Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.*³⁶⁸

Os elementos constitucionais que foram incorporados às Constituições na década de vinte ganharam, a partir de 1954, maior destaque e receberam o sensível acréscimo de garantias constitucionais para a sua efetivação. A teoria constitucional, com renovado vigor após a Segunda guerra mundial, rejeitou a atomização e particularização dos Direitos fundamentais e tratou de objetivá-los, fazendo-os conquistar consistência material e

³⁶⁷. MAZOWER, M. Op. cit. p. 375.

³⁶⁸. É destacável o apelo à Declaração de Direitos de 1789, para reafirmar a supremacia dos Direitos fundamentais. Constitution du 27 octobre 1946. Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/textfond/ction46.htm#preambule>>. Acesso em 03. Mar. 2002. Tradução: *Ao imediato da vitória obtida pelos povos livres sobre os regimes que tentaram escravizar e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama novamente que todos os seres, sem distinção de raça, de religião nem de crença, possuidor dos Direitos inalienáveis e sacrados. Reafirma solenemente os Direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração de Direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.*

institucional. Trata-se de uma caminhada histórica de superação da liberdade abstrata, própria ao liberalismo minimalista dos séculos XVIII e XIX, em direção à efetividade e concretização dos Direitos fundamentais.³⁶⁹

A Constituição de Bonn de 1949 expressa este espírito no seu preâmbulo:

*Consciente da sua responsabilidade perante Deus e perante os homens, animado da vontade de salvaguardar a sua unidade como nação e como Estado e de servir a causa da paz no mundo, no seio de uma Europa unida na qualidade de membro igual em Direitos, (...), aprova a presente lei fundamental da República Federal da Alemanha, em virtude de seu poder constituinte e a fim de organizar uma vida política em bases novas durante um período transitório.
(...)*

Todo o povo alemão é chamado a realizar, pela livre disposição de si próprio, a unidade e a liberdade da Alemanha.

No seu artigo 1º - 1 e 2:

*1- A dignidade da pessoa humana é sagrada. (...)
2- O povo alemão reconhece, pois, a existência de Direitos do homem, invioláveis e inalienáveis, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e justiça no mundo.*³⁷⁰

A díade liberdade e igualdade foram redefinidas nas novas Constituições com a necessidade das políticas públicas - definidas no plano normativo das Constituições - proporcionarem condições materiais para o exercício da liberdade. A liberdade deixa de ser

³⁶⁹ . ARANHA, M. I. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos Direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 1999. P. 111-114.

³⁷⁰ . MIRANDA, J. **Textos históricos...** op. cit. p. 349. É bastante visível no preâmbulo da Constituição alemã a superação do conflito, o rechaço aos horrores do regime nazista anterior, uma vertente de valorização da paz e integração entre os povos e culturas (em antítese ao Estado racial-nacional-cultural anterior).

vista como abstração, que se efetiva em função de condições econômicas e materiais do seu titular, para ser objetivada, o Direito objetivo, concretamente universalizado.³⁷¹

A igualdade, como princípio constitucional, vai exigir para a sua concretização, a produção e o fornecimento de bens ou comodidades pelo Estado, em benefício da universalidade de seus cidadãos. O caráter programático das normas atesta a promoção, pelo Estado, de políticas públicas que visam à promoção de condições iguais e à atenuação da desigualdade econômica de seus administrados. Tornaram-se praxe na redação constitucional as normas de comandos à ação do Estado na economia e de Direitos sociais. A conformação do Estado na economia e no fornecimento de bens de consumo social traduzia o concerto - expresso preceptivamente nas Constituições - entre os agentes econômicos privados e ente estatal. O poder econômico privado tornou-se regulado normativamente, enquadrado no plano geral de normas de política econômica das Constituições, merecendo a tutela e a fiscalização para que se tornasse um catalisador do processo econômico. O poder econômico do Estado, por consequência, foi direcionado normativamente para a consecução do bem estar da coletividade.

As Constituições do pós guerra alargaram o seu âmbito, tornando-se normas fundamentais de tarefas, fins e novas competências do Estado, em que a dimensão de fins econômicos e sociais a serem perseguidos tornou-se fundamento normativo dos ordenamentos - justamente por estarem presentes no texto constitucional e gozarem de supremacia normativa.³⁷²

A Constituição, concebida como estatuto organizatório, como simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de processos - no que pode ser definido como a essência de matérias das Constituições do modelo liberal -, foi suplantada pelas concepções de plano normativo programático. As Constituições apresentaram, a partir da

³⁷¹ . Idem.

³⁷² . CANOTILHO, J. J. G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994

Segunda guerra mundial, um plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins. A Constituição, como lei do Estado, foi substituída por uma idéia de plano global normativo, articulando Estado e sociedade.³⁷³

O descolamento entre o plano normativo constitucional e a política econômica implementada - o grande motor do esgotamento das Constituições do entre guerras - serão superados, em grande parte, pela compromisso e sintonia entre os agentes políticos e administrativos e a normatividade constitucional. É também vigoroso o giro da teoria jurídica - especialmente da hermenêutica - pela supremacia constitucional e atribuição de uma metodologia e metódica interpretativa de consagração da meta-hierarquia de normas da Constituição: normas programáticas e Direitos fundamentais.³⁷⁴

As Cortes ou tribunais constitucionais tornaram-se as instituições responsáveis pelo controle e fiscalização da supremacia constitucional. As fórmulas adotadas na institucionalização dos tribunais constitucionais procuravam obter integração e simetria entre os órgãos estatais e o exercício de suas funções. O respeito à representação popular e à produção normativa legislativa alcançou-se com a aprovação dos juízes constitucionais pela casa legislativa. Houve a combinação de normas processuais e de organização judiciária que harmonizassem a fiscalização constitucional abstrata e difusa, sempre buscando o respeito ao

³⁷³. Ibid., p. 12.

³⁷⁴. Credita-se à ciência do Direito - e a hermenêutica como um de seus braços - um papel histórico destacado, influenciador da própria concepção e do pensar o que é o Direito, e como aplicá-lo. A ciência do Direito é uma criação cultural que reflete as experiências e os valores de época. A metódica e a metodologia do pós-guerra refletem uma nova tomada, outra concepção do Direito e do papel da Constituição e de sua aplicação. COSSIO, C. Op. cit. P. 6-32. E como Konrad Hesse adverte, a Constituição depende da realidade histórica de seu tempo, e a ciência constitucional deve estar atenta às forças que determinam a atuação do Estado. Há que se verificar que a Constituição, por sobradas razões, não pode ser contraposta à realidade cultural, econômica e política. Não há que negar, porém, a possibilidade que o plano normativo tem na conformação da mesma realidade. A Constituição torna-se força ativa na realização das tarefas do Estado. Para que ocorram a realização e efetivação constitucional há que germinar e florescer uma *vontade constitucional (wille zur verfassung)*, que parta da consciência geral e dos responsáveis pela ordem constitucional: os julgadores, os hermeneutas, os doutrinadores. HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Passim.

programa político-jurídico da Constituição (supremacia dos Direitos fundamentais, plano conformador da Constituição e o sentido positivo de atuação do Estado).³⁷⁵

No plano institucional e de ordenação da vida do Estado, o pós-guerra foi a primavera dos regimes democráticos. O regime democrático associou-se, no continente europeu, ao sistema parlamentarista (combinando-se formas republicanas e monárquicas). O parlamentarismo implantou-se com vigor em jovens Estados, recém independentes, da Ásia e África, ou em Estados em reconstrução após o período de envolvimento bélico. Na América - especialmente nos subcontinentes sul americano e centro americano - houve fidelidade à forma republicana combinada com o sistema presidencialista.³⁷⁶

No constitucionalismo brasileiro é ilustrativa do período a Constituição de 1946. A Constituição brasileira de 1946 estava dividida em nove títulos, mais uma parte final do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Mantendo a tradição constitucional brasileira coloca, em seu Título I - Da Organização Federal -, no Capítulo I, a distribuição de competências e a ordenação da Federação Brasileira. Inclui matérias sobre a competência tributária, possibilidades de intervenção federal, o poder normativo da União e dos Estados, princípios fundamentais do Estado Brasileiro e o próprio nome do Estado.

No mesmo Título I, nos capítulos seguintes, são elencadas as disposições sobre o Poder Legislativo - capítulo II -, o Poder Executivo - capítulo III -, e o Poder Judiciário - capítulo IV. Enumera em títulos à parte os fundamentos de organização da Justiça dos Estados - Título II -, e do Ministério Público - Título III. Os Direitos Fundamentais

³⁷⁵ . CADEMARTORI, S. U. Op. cit. p. 28-31. CLÉVE, C. M. Op. cit. p. 30. NERY JR. N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. Ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 19-29.

³⁷⁶ . O Império do Japão adotou o sistema parlamentarista. A República da Índia seguiu a mesma fórmula tornando-se a maior democracia do mundo, levando-se em conta o universo populacional de cidadãos como detentores de capacidade eleitoral ativa. Mesmo no caso do Brasil houve, por parte do Poder Constituinte Decorrente, instalado na Constituinte do Rio Grande do Sul, a tentativa de implantação do parlamentarismo no plano estadual - rechaçado em decisão do STF.

aparecem robustecidos no Título IV - Da Declaração de Direitos, após o ocaso da Constituição pretérita, de 1937. Empenhado na construção da Ordem Democrática, o Constituinte procurou abranger no rol de Direitos novas demandas, ao feitio do constitucionalismo do pós- guerra. Este rol de Direitos está dividido em Direitos Políticos e de Nacionalidade e Direitos e Garantias Individuais.

Há de se mencionar a presença de Direitos Sociais e Econômicos apartados do Título IV, inseridos no Título V - Da Ordem Econômica e Social - como é o caso do salário mínimo e outros Direitos do trabalhador, além dos Direitos à ação de seguridade social do Estado. A Ordem Econômica e social da Constituição de 46, situando-a no contexto do pós - guerra, é de nítido recorte *welfarista*, prevendo ações estatais na economia e no domínio social, escorada no princípio da legalidade e democracia. As previsões normativas de ação empresarial do Estado, nos serviços públicos e atividades econômicas, livraram-se da escatologia fascista que marcou os textos de 34 e 37. Nem por isso deixou o discurso programático que, frise-se, foi inaugurado em 1934.

O preâmbulo da Constituição de 1946 volta ao esquema do primeiro texto constitucional republicano, de 1891. Conciso, menciona a autoridade produtora da nova Constituição, a *Assembléia Nacional Constituinte*, invocando a proteção divina e delineando a sua tarefa básica, qual seja: *organizar um regime democrático*. Em síntese apertada, o Constituinte se houve bem em estipular a teleologia do novo texto. Restauração democrática após oito anos de regime ditatorial do Estado Novo. Além do preâmbulo do corpo constitucional, há o preâmbulo especial para o Ato das Disposições Transitórias. Entendeu o Constituinte de 46 que havia a necessidade de outro texto de promulgação, em separado, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Este, por sua vez, ainda mais conciso que o preâmbulo principal, limita-se a: *A Assembléia Constituinte decreta e promulga o seguinte Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*.

Talvez o maior exemplo de Constituição que levou ao plano normativo a dimensão finalística, com ênfase em programas e tarefas do Estado, foi a Constituição portuguesa de 1975. O programa ou direção da Constituição de Portugal impunha a virada do sistema econômico, a supressão do sistema capitalista, até atingir a sociedade sem classes. O destaque deste exemplar de Constituição é que indicava uma direção socialista, ao contrário dos textos de matriz soviética, que colocavam o texto como acerto ou verificação das etapas econômicas conquistadas, a Constituição portuguesa colocava a direção constitucional para a transformação do sistema:

*A República Portuguesa é um Estado de Direito democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos Direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objetivo, assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social, e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.*³⁷⁷

A opção socialista presente também no artigo 1º:

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes.

Embora o pós-guerra tenha sido o período de florescimento das Constituições democráticas, o embate entre o socialismo real e o bloco capitalista, embalado por forte conteúdo de confronto entre os blocos, fomentou doutrinas belicistas de interpretação da realidade social e política. A consequência dessas doutrinas para o modelo constitucional

³⁷⁷ . CANOTILHO, J.J. G. (org.), MOREIRA, V. (org.). **Constituição da República portuguesa**. 3. ed. revista. Coimbra: Coimbra, 1993.

programático do constitucionalismo social será o surgimento de uma variante autoritária, que consagra a ação estatal na economia e nos serviços de bem estar social, com supressão ou ineficácia dos Direitos políticos e na liberdade de opinião e convicção.

Essa variante é descrita por Modesto Carvalhosa como Estado Econômico com Fins Sociais - Autoritário Social, próprio dos países em desenvolvimento que almejam atingir os padrões de desenvolvimento e bem-estar das economias capitalistas desenvolvidas. O mote ou linha mestra das ordens constitucionais desses Estados está centrado na idéia de desenvolvimento e segurança nacional, estando as duas coordenadas - segurança e desenvolvimento - , em relação complementar ou conjugada.³⁷⁸

A combinação da segurança e desenvolvimento no plano constitucional era determinada por normas que consagravam amplo raio da ação estatal na economia, com perfil autoritário, aliando preocupações de modernização com a segurança do Estado. O Estado empresário suprimia Direitos políticos e individuais em nome de sua segurança, abroquelando-se de levantes intestinos ou conflitos com países adeptos de outros sistemas econômicos e políticos.³⁷⁹

No Brasil, o exemplo vem com a Constituição de 1967. A Constituição de 1967 reuniu sob um único Título, *Da Organização Nacional*, as disposições sobre a estrutura dos poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - e os fundamentos de organização da federação - competências dos entes da federação e organização espacial-territorial de poder. Os elementos de abertura estão aglutinados no Capítulo I, *Disposições preliminares*, onde estão assentadas as bases do Estado Brasileiro. A seqüência dos

³⁷⁸. CARVALHOSA, M. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 161-164. No mundo subdesenvolvido, o constitucionalismo político-social acabou amputando da ordem jurídica as garantias fundamentais do cidadão. Apresentam-se incompatíveis as garantias do cidadão e sociedade frente à razão (econômica) do Estado. BONAVIDES, P. **Curso de Direito constitucional...** Op. cit., p. 26. Id. **Teoria do Estado**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995. P. 232-246.

³⁷⁹. COMBLIM, J. **A ideologia da segurança nacional** - O poder militar na América Latina. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980. p. 66. ROUQUIÉ, A. **O Estado militar na América Latina**. São Paulo: Alfa-Omega, 1984. p. 326-334 e 352-355.

capítulos II, III, IV e V trata, como referido, da distribuição de competências na federação. Reserva-se aos Capítulos V, VII e VIII a disciplina dos Poderes.

O Título II da Constituição de 1967 - Da Declaração de Direitos – ordenava-se em cinco capítulos que distribuíam os Direitos Fundamentais em: nacionalidade, políticos e Direitos e garantias individuais. Estava inserido um capítulo dedicado aos partidos políticos, relacionando-os como instrumentos do exercício dos Direitos políticos. A Constituição elenca, como elemento de estabilização constitucional, o Estado de Sítio (em capítulo do Título II). A associação entre o rol de Direitos e normas de limitação - excepcional - da fruição dos mesmos Direitos, pode ser explicada pelo perfil autoritário da Constituição de 67.

O seu preâmbulo era conciso e curto:

*O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus,
decreta e promulga a seguinte:*

Suprimiu-se a designação de constituinte. Preferiu-se a forma sintética de Congresso Nacional decretando a nova ordem constitucional. Pode ser encontrada a explicação para este preâmbulo conciso na idéia motriz do levante de 1964: o Poder Constituinte instalou-se no país em 31 de março de 1964. O Congresso Nacional apenas encarnava a ratificação, pela casa de representante eleitos pelo povo, do texto constitucional.

A ruptura constitucional que levou à produção da Constituição de 1967 tem o seu registro inicial com os eventos de 31 de março de 1964. Ainda sob o império da Constituição

de 1946 iniciou-se uma seqüência de produção normativa marginal à Constituição, própria de períodos revolucionários ³⁸⁰.

Essa seqüência de atos normativos recebeu a designação de Atos Institucionais e Atos Complementares. Como exposto no parágrafo anterior, constituíam normatividade de escalão superior, definindo as bases institucionais e organização política e dos Poderes, estando, todavia, disposto em textos marginais à Constituição.

O Ato Institucional nº 01, de 09 de abril de 1964, dispõe em seu texto sobre os fundamentos do movimento que, dias antes, destituíra de seu cargo o Presidente. No preâmbulo há passagens que explicam os motivos dos novos detentores do poder - *restabelecer a ordem, evitar a ameaça bolchevizante* - e deixam clara a sua natureza de Poder Constituinte:

*A revolução vitoriosa se investe do Poder Constituinte (...). Esta é a forma mais expressiva e radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. (...). Nela se contém a força normativa inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória.
(...)*

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste ato institucional, resultante do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação. ³⁸¹

O preâmbulo do Ato Institucional nº 01 é rico em mensagens explicitadoras da natureza constituinte do movimento das Forças Armadas de 1964. O Comando de Forças

³⁸⁰ . Evita-se a discussão sobre a pertinência do termo revolução. No contexto em que utilizamos a expressão revolução - *ruptura com a ordem normativa anterior* - desviamos da querela sobre a natureza política do levante de 1964 - *golpe, revolução, quartelada*. O objetivo da colocação é simplório: apenas designar a manifestação constituinte, para uma aproximação às mensagens contidas em preâmbulos, expressando ruptura com a ordem constitucional anterior.

³⁸¹ . O preâmbulo substituiu a nação pela revolução como titular do Poder Constituinte. Desde as revoluções do século XVII e XVIII a nação é a titular do Poder Constituinte. O preâmbulo do Ato realiza a justificação e legitimação da nova normatividade na própria revolução.

Armadas, o exercício em conjunto da produção normativa pelos Ministros Militares, é o Poder Constituinte. A finalidade, a tônica do preâmbulo deste primeiro ato, é justamente o anúncio do - novo - Poder produtor de normas Constitucionais.

A peculiaridade reside na manutenção do texto constitucional de 1946 (no que não fosse incompatível com o Ato Institucional). No artigo 1º do Ato Institucional nº 01 são mantidas as Constituições - Federal e Estaduais. Daí o emprego da expressão de normatividade constitucional paralela.

Longo é o preâmbulo do Ato Institucional nº 05 de 13 de dezembro de 1968. Traz a mensagem de aprofundamento autoritário, com a suspensão de uma série de institutos e Direitos da ordem democrática, objetivando conter os movimentos subversivos e desestabilizadores da *Revolução de 1964*. O espírito constante em suas linhas é o recrudescimento de luta intestina e uso de força para conter grupos discrepantes do projeto instituído em 1964.

Os Atos Institucionais acabaram servindo como fundamento de validade para a edição de outros Atos Institucionais e mesmo para a edição de Atos Complementares. Sempre a sua produção esteve entregue aos detentores do Poder Executivo, revestido, no momento de produção de tais atos, de prerrogativas Constituintes³⁸².

Há de se mencionar, ainda, a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, que trouxe inúmeras alterações ao texto de 1967. No preâmbulo da Emenda em questão, os três Ministros Militares invocam, como fundamento de seu Poder Constituinte, o artigo 3º do Ato Institucional nº 16:

³⁸² . Veja o preâmbulo do Ato Institucional nº 11: *Considerando que, em virtude da aplicação das medidas previstas no ato insitucional nº 05 (...)*. Ato Institucional nº 14: *Os Ministros de Estado da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica militar, no uso das atribuições que lhes confere o art. 1º da Ato Institucional nº 12(...)*.

Enquanto não se realizarem a eleição e a posse do Presidente da República, a Chefia do Poder Executivo continuará a ser exercida pelos Ministros Militares.

E o § 1º, artigo 2º do Ato Institucional nº 05:

Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

A produção da Emenda nº 01 iniciou polêmica no Direito brasileiro: trata-se de Emenda - manifestação do Constituinte Derivado - ou de verdadeira Constituição nova - manifestação do Constituinte Originário? Levando em consideração o momento histórico de sua produção - aprofundamento autoritário - e considerando que aqueles que a produziram - os três Ministros Militares - estavam investidos no cargo em situação excepcional, inclinamo-nos para a idéia de uma manifestação do Poder Originário³⁸³.

Os Atos Institucionais e Atos Complementares estiveram presentes no ordenamento até o advento da Emenda à Constituição nº 11 de 13 de outubro de 1978, em seu artigo 3º, que revogava os atos que fossem contrários à Constituição. Acrescentava a cláusula que aos efeitos produzidos por tais atos, era defesa a sua apreciação judicial³⁸⁴.

4.11. Mudanças no modelo do constitucionalismo social.

O modelo do constitucionalismo social surgiu logo após a Primeira Guerra mundial enfrentando, logo no seu início, problemas de efetividade e aplicação das normas

³⁸³ . O que cabe analisar é se este poder é de natureza usurpadora, autoritária, ou gozando de legitimidade democrática.

³⁸⁴ . A Emenda Constitucional nº 11 trouxe alterações aos Direitos Fundamentais (medidas limitadoras ao seu exercício) e à Organização dos Poderes. Para Clovis Goulart a EC nº 11 representa o ponto de enfraquecimento do regime autoritário implantado em 1964. GOULART, C. de S.op. cit. P. 163.

programáticas e de Direitos sociais e econômicos. O vigor normativo, o fluir da vontade de Constituição do constitucionalismo social só veio a atingir a sua plena consistência após a Segunda guerra mundial. Findo o segundo conflito mundial, derrotados os projetos do nazismo e fascismo, os modelos constitucionais dominantes no mundo dividiam-se da seguinte maneira:

- i) modelo do constitucionalismo social, de perfil democrático, dominando o mundo europeu ocidental e países democráticos da América e Ásia;
- ii) modelo do constitucionalismo social-econômico, de perfil autoritário, espalhado por países da América, África e Ásia;
- iii) modelo do constitucionalismo soviético, dominando o universo de influência do regime socialista soviético;
- iv) modelo do constitucionalismo de direita autoritária, em países como Portugal;
- v) modelos do constitucionalismo socialista, diferenciado do constitucionalismo soviético, vingando em países como a República Popular da China e Iugoslávia.

A convivência entre os modelos de Constituição elencados acima atravessou os anos do pós-guerra (décadas de quarenta e cinquenta) até os anos setenta. Os anos setenta e oitenta representam uma virada no quadro acima, com esgotamento e cessação de algumas famílias ou ordens, e transformação noutras.

O constitucionalismo de direita autoritária, supérstite da década de trinta, ainda existente na península ibérica e Grécia, deu lugar a Constituições democráticas, alinhadas ao perfil democrático e social do restante do continente. O exemplo lusitano mereceu destaque nas explanações acima e, também, no final dos anos setenta, a Espanha, em restauração monárquica, estabeleceu as bases de constitucionalismo social.

A Constituição espanhola de 31 de Outubro de 1978:

Don Juan Carlos I, rey de España, a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed que las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado la siguiente Constitución:

preâmbulo

*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, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente Constitución.*³⁸⁵

O modelo constitucional soviético ruiu no final dos anos oitenta e início dos anos noventa. Foi o fim do sistema econômico do socialismo real.

O preâmbulo da Constituição Russa de 1993:

We, the multinational people of the Russian Federation, united by a common destiny on our land, asserting human rights and liberties, civil peace and accord, preserving the

³⁸⁵ . Constitución Española. Disponível em: <<http://www.chanrobles.com/spain.htm>>. Acesso em 04 mar. 2002. Tradução: *Don Juan Carlos I, Rei da Espanha, a todos a que a presente vierem e entenderem, sabendo que as cortes tenham aprovado e o povo espanhol ratificado a seguinte Constituição: preâmbulo. A nação espanhola desejando estabelecer a justiça, a liberdade e a segurança e promover o bem de quantos a integram, no uso de sua soberania, proclama sua vontade de: garantir a convivência democrática dentro da Constituição e das leis conformes a uma ordem econômica e social justa. Consolidar um Estado de Direito que assegure o império da lei como expressão da vontade popular. Proteger a todos os espanhóis povos da Espanha no exercício dos Direitos humanos, suas culturas e tradições, línguas e instituições. Promover o progresso da cultura e da economia para assegurar a todos uma digna qualidade de vida. Estabelecer uma sociedade democrática avançada, e colaborar no fortalecimento de relações pacíficas e eficaz cooperação entre todos os povos da Terra. Em consequência as cortes aprovam e o povo espanhol ratifica a seguinte Constituição.*

*historic unity of the state, proceeding from the commonly recognized principles of equality and self-determination of the peoples honoring the memory of our ancestors, who have passed on to us love of and respect for our homeland and faith in good and justice, reviving the sovereign statehood of Russia and asserting its immutable democratic foundations, striving to secure the wellbeing and prosperity of Russia and proceeding from a sense of responsibility for our homeland before the present and future generations, and being aware of ourselves as part of the world community, hereby approve the Constitution of the Russian Federation.*³⁸⁶

A transição do socialismo para as novas formas de organização política e econômica atravessam etapas. O Estado polonês primeiro emendou a Constituição antiga, em 1992, com a seguinte exposição no preâmbulo:

*For the purpose of improving the activity of the supreme authorities of the State, pending the passing of a new Constitution of the Republic of Poland, it is enacted as follows.*³⁸⁷

E, finalmente, adotou o texto modificado em 1997. O seu preâmbulo:

Having regard for the existence and future of our Homeland, Which recovered, in 1989, the possibility of a sovereign and democratic determination of its fate, We, the Polish nation - all citizens of the Republic, Both those who believe in God as the source of truth, justice, good and beauty, As well as those not sharing such faith but respecting those universal values as arising from other

³⁸⁶ . Russian constitution. Disponível em: <<http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/constit.html>>. Acesso em: 05 mar. 2002. Tradução: *Nós, o povo multinacional da Rússia, unidos por um destino comum na nossa terra, afirmando os Direitos humanos e liberdades, paz civil e convivência, preservando a unidade histórica do Estado, procedendo dos princípios comuns reconhecidos de igualdade e auto determinação dos povos honrando a memória de nossos ancestrais, os quais transmitiram-nos amor e respeito para com o nossa pátria e fé na bonomia e justiça, recordando a soberania estatal da Rússia e afirmando as imutáveis bases democráticas, esforçando-se para assegurar o bem estar e prosperidade e procedendo do senso de responsabilidade para com nossa pátria para as presentes e futuras gerações, e estando atentos nós mesmos como partes da comunidade mundial, como resultado aprovamos a Constituição da Federação Russa.*

³⁸⁷ . Disponível em: <<http://www.uni-wuerzburg.de/law/pl02000.html>> Acesso em 22 fev. 2002. Tradução: *Para o propósito de melhorar a atividade da suprema autoridade do Estado, pendendo a passagem à nova Constituição da República da Polónia, é decreto o seguinte.*

sources, Equal in rights and obligations towards the common good - Poland, Beholden to our ancestors for their labours, their struggle for independence achieved at great sacrifice, (...) Hereby establish this Constitution of the Republic of Poland as the basic law for the State, based on respect for freedom and justice, cooperation

*between the public powers, social dialogue (...).*³⁸⁸

A mensagem preambular das Constituições Russa e Polonesa indica a migração dos Estados para o modelo do constitucionalismo social, democrático. Esse modelo serviu de parâmetro para os demais Estados do antigo bloco soviético. Essa mesma migração faz-se sentir nos modelos de constitucionalismo social-econômico, de perfil autoritário, especialmente na América Latina. Do final dos anos setenta ao início dos anos oitenta, vários países latino-americanos suplantaram o constitucionalismo autoritário e inauguraram regimes democráticos, com novas Constituições, ao estilo do constitucionalismo social democrático. A mesma onda democrática valeu em países africanos - com o emblemático caso da República Sul-Africana - e na Ásia, com o fim de ditaduras na Coreia do Sul e Filipinas como exemplos notáveis.³⁸⁹

Um exemplo de ressurgimento democrático pode ser visualizado no preâmbulo da Constituição do Haiti, de 1987:

The Haitian people proclaim this constitution in order to: Ensure their inalienable and imprescriptible rights to life, liberty and the pursuit of happiness; (...). Constitute a socially just, economically free, and politically independent Haitian nation. Establish a strong and stable

³⁸⁸ . Disponível em: <http://www.uni-wuerzburg.de/law/pl00000_.html>. Acesso em 28 dez. 2002. Tradução: *Tendo respeito pela existência e futuro de nossa pátria, a qual recuperou, em 1989, a possibilidade de soberana e democrática determinação de seu destino, Nós, a nação polonesa – todos os cidadãos da República, todos aqueles que acreditam em Deus como fonte de verdade, justiça, bonomia e beleza, bem como aqueles que não compartilham a fé mas respeitam aqueles valores universais como surgidos de outras fontes, iguais em Direitos e obrigações unidos no bem comum - Polônia, assistida por nossos ancestrais e pelos seus trabalhos, seus esforços para a independência alcançada com grande sacrifício (...)* Dessa maneira estabelece a Constituição da República da Polônia como a lei básica do Estado, baseado no respeito pela liberdade e justiça, cooperação entre os poderes públicos, diálogo social bem como nos princípios de auxílio ao fortalecimento dos poderes cidadãos e comunitários. Nós clamamos a todos aqueles que aplicarão esta Constituição pelo bem da terceira República por fazer tributo respeitosos a inata dignidade da pessoa, os Direitos de liberdade, a obrigação de solidariedade com os outros e o respeito a esses princípios como a inabalável base da República da Polônia.

³⁸⁹ . No antigo bloco soviético vários novos Estados surgiram, além da soberania alcançada por antigos integrantes da União Soviética. Como exemplos do primeiro caso: República Tcheca e Eslováquia. Do segundo caso: Geórgia, Ucrânia, Belarus. A onda democrática na América Latina seguiu os seguintes passos: Peru - 1978, Equador - 1979, Bolívia - 1982, Argentina - 1984, Brasil, 1985, Chile e Paraguai - 1989. Nos anos noventa houve a pacificação das guerras civis de El Salvador e eleições com vitória oposicionista na Nicarágua. Honduras e Guatemala adotaram o pluripartidarismo e novas Constituições na década de oitenta.

*State, capable of protecting the country's values, traditions, sovereignty, independence and national vision. Implant democracy, which entails ideological pluralism and political rotation and affirm the inviolable rights of the Haitian people. Strengthen national unity by eliminating all discrimination between the urban and rural populations, (...) and by recognizing the right to progress, information, education, health, employment and leisure for all citizens. Ensure the separation and the harmonious distribution of the powers of the State at the service of the fundamental interests and priorities of the Nation. Set up a system of government based on fundamental liberties, and the respect for human rights, social peace, economic equity, concerted action and participation of all the people in major decisions affecting the life of a nation, through effective decentralization.*³⁹⁰

Também como exemplo o preâmbulo da Constituição hondurenha, de 1982:

Nosotros, Diputados electos por la voluntad soberana del pueblo hondureño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios y el ejemplo de nuestros próceres, con nuestra fe puesta en la restauración de la unión centroamericana e interpretando fielmente las aspiraciones del pueblo que

³⁹⁰ . É importante realçar que o Haiti ainda enfrentou um breve período de exceção, já sob o império da nova Constituição, com a ocorrência de golpe militar. Constitution of Haiti, 1987. Disponível em: <<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Haiti/haiti1987.html>>. Acesso em 12. Fev. 2002. Tradução: *O povo haitiano proclama a Constituição com intento de: assegurar os Direitos inalienáveis e imprescritíveis da vida, liberdade, e perseguição da liberdade; (...) constituindo uma socialmente justa, economicamente livre, e politicamente independente nação haitiana. Estabelecendo um robusto e estável Estado, capaz de proteger os valores do país, tradições soberania, independência e visão nacional. Implantando a democracia, a qual requer o pluralismo ideológico e rotatividade política e afirmando os Direitos invioláveis do povo haitiano. Robustecendo a unidade nacional pela eliminação de toda a discriminação entre as populações urbana e rural, (...) e reconhecendo o Direito de separação de poderes, informação, educação, saúde, emprego e lazer para todos os cidadãos. Afirmando a separação e harmonia distribuição de poderes do Estado no serviço dos interesses fundamentais e prioridades da nação. Alçam um sistema de governo baseado nas liberdades fundamentais, e respeito aos Direitos humanos, paz social, igualdade econômica, ação e participação concertada de todo o povo na maiores decisões que afetam a vida da nação, por efetiva descentralização.*

¹¹⁰ . Constitución de la República de Honduras, 1982 Decreto n° 131 de enero de 1982. Disponível em: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Honduras/honduras.html>. Acesso em: 03 mar. 2002. Tradução: *Nós, Deputados eleitos pela vontade soberana do povo hondurenho, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, invocando a proteção de Deus e o exemplo de nossos próceres, com nossa fé posta na restauração da união centroamericana e interpretando fielmente as aspirações do povo que conferiu o mandato, decretamos e sancionamos a presente Constituição para que fortaleça e perpetue um estado de Direito que assegure uma sociedade política, econômica e socialmente justa que afirme a nacionalidade e propicie as condições para a plena realização do homem, como pessoa humana, dentro da justiça, da liberdade, da segurança, da estabilidade, do pluralismo, da paz, da democracia representativa e do bem comum*

*nos confirió su mandato, decretamos y sancionamos la presente Constitución para que fortalezca y perpetúe un estado de derecho que asegure una sociedad política, económica y socialmente justa que afirme la nacionalidad y propicie las condiciones para la plena realización del hombre, como persona humana, dentro de la justicia, la libertad, la seguridad, la estabilidad, el pluralismo, la paz, la democracia representativa y el bien común.*³⁹¹

No campo socialista, nos Estados que não seguiram a linha soviética, a Iugoslávia teve parte do território integrado a outros novos Estados soberanos (em episódio marcado pela brutalidade de guerra civil, conflito étnico e religioso). A República Popular da China adotou nova Constituição, em 1978, no ciclo de reformas que procurou dinamizar a estrutura econômica do país, continuando a ser classificada como um modelo constitucional próprio, diverso, tanto do antigo modelo soviético, como das Constituições do constitucionalismo social.

Tirante os modelos da China e certos Estados que ainda adotam o modelo do constitucionalismo social-econômico autoritário, pode-se afirmar a hegemonia e a supremacia do modelo constitucional social democrático? Seria esta a conclusão da observação do universo de Estados organizados do mundo? A resposta deve ser ponderada sob vários aspectos.

É de se notar que, na década de setenta, apontava-se para o ocaso do modelo de Estado ativo na economia e produção de bens sociais no sistema capitalista. De maneira incisiva foram sentidas crises econômicas e de organização política: a matriz energética do petróleo foi abalada, houve a reordenação dos sistemas financeiros internacionais, insuficiência das políticas fiscais, altas inflacionárias e crise da hegemonia dos Estados Unidos da América (derrota do Vietnã e escalada armamentista e expansionista soviética).³⁹²

³⁹² . O'CONNOR, J. **USA: a crise do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. P. 19-23.

A bem de contextualizarmos esses eventos, todos ocorreram na década de setenta. O descrédito e as críticas ao Estado do constitucionalismo social, todavia, geraram três efeitos paradoxais na década que se seguiu, os anos oitenta:

i) A grande ruptura econômica deu-se no sistema do socialismo real. A ineficiência produtiva, a ausência de liberdade criativa e valorizadora de empreendimentos individuais, aliados à política econômica desastrosa de endividamento externo, levou ao colapso o sistema econômico do socialismo real. O triunfo aparente da URSS nos anos setenta, no campo militar e no expansionismo de seus satélites, desfez-se rapidamente com a nova escalada armamentista patrocinada pelo novo governo republicano nos EUA (1980-1988) e o colapso na invasão do Afeganistão. Especaram ainda incompatibilidades de valores e cultura, minando as bases constitucionais de alguns Estados, como foi o caso da rebelião silenciosa dos católicos poloneses.³⁹³

ii) Os Estados econômicos-sociais autoritários enfrentaram dificuldades com a reordenação do sistema financeiro mundial. A política monetária estadunidense, adotada a partir de 1979, trouxe sério desarranjo aos mutuários públicos, gerando o evento que ficou conhecido como a crise da dívida dos anos oitenta. A crise de solvabilidade afetou, como exemplo ilustrativo, as ditaduras da América Latina, acelerando a democratização desses países.³⁹⁴

iii) Floresceram os pensamentos, levados à ação política e condução do Estado pelos governos eleitos nos final dos anos setenta e início dos anos oitenta, antinômicos ao Estado do constitucionalismo social. Os ataques diretos ao Estado social centravam-se em seu gigantismo na produção de bens de consumo social, na sua insolvabilidade estrutural (gerada

³⁹³ . HOBSBAWN, E. Op. cit. p.

³⁹⁴ . FIORI, J. L. **Os moedeiros falsos**. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 139-150.

por política fiscal ruínosa) e no seu ativismo econômico que frustrava as expectativas produtivas e iniciativas individuais.³⁹⁵

O plano de política econômica adotado nos anos oitenta e com seqüência na década de noventa, fortemente influenciado pelos projetos descritos no item (iii) acima, procura direcionar-se da seguinte forma:

- i) rigor na estabilidade monetária colocando a política monetária como o centro de programação da política econômica;
- ii) equalização tributária com a redução da progressividade de alguns tributos;
- iii) redução da presença estatal nas atividades econômicas com alienação de empresas estatais e entrega a delegados privados de atividades econômicas estatais;
- iv) alteração nos Direitos sociais procurando aumentar a dinâmica do mercado de trabalho e incentivar a capacidade laboral e livre iniciativa.

Como é perceptível, algumas diretrizes de política econômica adotadas são incompatíveis com o plano normativo do Estado constitucional social. Bem de ver que repete-se a situação descrita no interlúdio dos anos vinte e trinta, quando a ineficácia normativa das Constituições adveio da antinomia com a política econômica adotada naquele quadrante histórico. Há todavia um diferencial entre aquele período e o que se vive nos anos oitenta e noventa: nos anos vinte e trinta, ainda estavam sendo assentadas as bases do Estado social; nos anos oitenta e noventa trata-se de desmonte das estruturas já sedimentadas do Estado social.

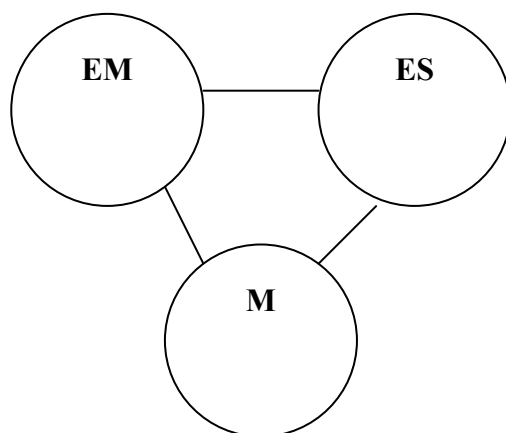
³⁹⁵ . HAYEK, F. A. **O caminho da servidão**. 5. Ed. Rio de Janeiro: IL, 1990. P. 86-108. JOUVENEL, B. de. **A ética da redistribuição**. Porto Alegre: Ortiz, Instituto Liberal, 1996. Passim. PRZEWORSKY. **Estado e economia no capitalismo**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995. P. 26-43.

4.12. O modelo constitucional em transformação - no aguardo de parâmetros.

Bem avistado que a Constituição brasileira de 1988 surge em momento de transformação do constitucionalismo social do século XX. O processo constituinte brasileiro (de 1985 a 1988) encontrou-se com os dilemas de um mundo que apresentava o desmoronamento de sistemas econômicos - socialismo real - e o esgotamento do regime autoritário (Estado Econômico-Social), na forma peculiar de capitalismo nele embutida. Centrando-se na órbita das relações entre o poder econômico, a política econômica e as opções dos modelos constitucionais, pode-se utilizar o quadro de Göran Therborn para a ilustrar, como síntese, da relação trabalhada, ao longo do capítulo, sobre o constitucionalismo e o sistema econômico:³⁹⁶

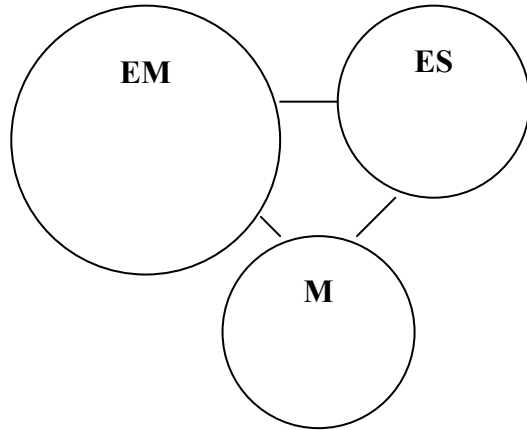
EM - empresa; ES - Estado; M - mercado.

1. capitalismo competitivo clássico:

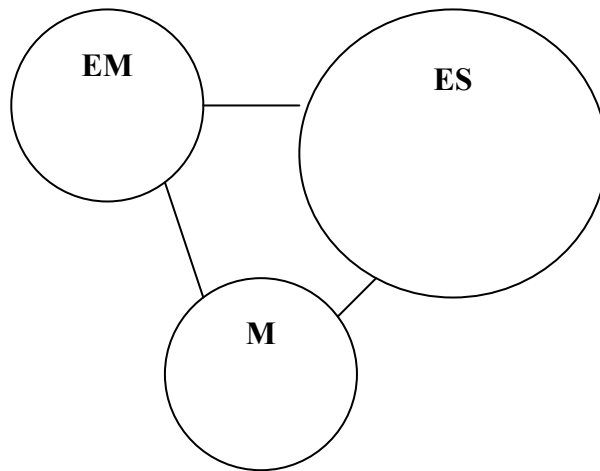


³⁹⁶ . THERBORN, G. A crise e o futuro do capitalismo. In: **Pós neoliberalismo**. As políticas sociais e o Estado Democrático. 3. Ed. Paz e Terra: São Paulo, 1996. P. 41-42.

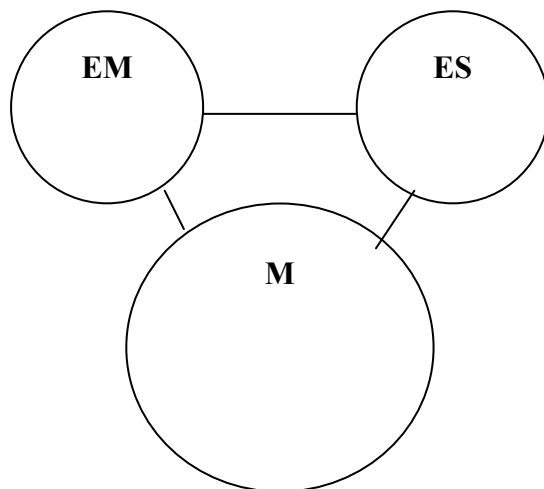
2. capitalismo organizado (ou monopolista)



3. capitalismo do bem estar.



4. novo capitalismo competitivo (atual)



É no momento da figura quatro que se descortinou o trabalho do constituinte brasileiro, servindo de pauta para a definição da direção preceptiva que foi contemplada na Ordem Econômica da Constituição. Princípios e programas foram definidos em cima da realidade econômica do que Therborn chama novo capitalismo competitivo. Ainda não esgotadas as formas do constitucionalismo social mas síncrono a uma ordenação - material - da economia em transformação. O capítulo encerra, com projeção escrupulosa, na forma de indagação sobre qual a direção normativa do constituinte na produção normativa de 1988, com a base material da economia em mudança?

5. O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A ORDEM ECONÔMICA.

5.1. Em busca da ideologia do preâmbulo da Constituição de 1988.

Os capítulos antecedentes forneceram as bases da teoria geral do Direito, da teoria constitucional, da teoria política e da teoria do Estado capazes de apresentar variadas interpretações sobre a natureza, a função dos preâmbulos, a posição sistemática e os principais modelos de ideologia influenciadores da tradição constitucional. A tarefa do último capítulo é realizar a interpretação e crítica de um preâmbulo: o da Constituição de 1988.

Aqui será descortinado o quadro histórico da Constituição concreta do Estado informando a ideologia – ou modelo de ideologia - adotado no texto de 1988. A ideologia do preâmbulo será posta em relação com a Ordem Econômica da Constituição, cumprindo, inicialmente, explicitar o quadro conceitual de Ordem Econômica e do Direito Econômico para visualizar a sua relação com o preâmbulo.

5.2. Conceituando a Ordem Econômica.

As Constituições elaboradas no século XX caracterizam-se por incluir em plano textual de normas uma parte dedicada à política econômica do Estado. Nas tradições constitucionais brasileiras, iniciadas em 1934, a seção textual recebe usualmente a denominação de Ordem Econômica. Voltando ao conceito de Constituição como texto de normas fundamentais do Estado, há a necessidade de considerar, sob este prisma, a seção de normas consagradoras de política econômica estatal também como as normas fundamentais, normas de base da organização econômica do Estado. Essa dimensão econômica das Constituições, que explicita as normas fundamentais da economia, normalmente sob a dimensão normativa de princípios, estabelecerá, assim, os contornos do sistema econômico deste Estado, do modo de produção; da distribuição do poder econômico e do produto social; dos programas de execução e implementação de política econômica e de como se exerce a coordenação da atividade econômica numa formação social ³⁹⁷.

A parte do texto das Constituições nomeada de Ordem Econômica traz para a teoria constitucional um problema de organização sistemática. O problema de organização sistemática surge do fato de a ordenação normativa da economia e da política econômica do Estado não estarem reduzidas ao pedaço de texto, chamado Ordens Econômicas. Essa constatação torna-se particularmente relevante se for lembrado que o modelo de Constituição liberal simplesmente não incluía uma parte textual de Ordem Econômica.

Pode ser enfrentado o problema de razão sistemática da Ordem Econômica das Constituições se for considerado que, alheio a qualquer problema sistemático e esquemático textual, a Constituição for considerada a *Constituição econômica do Estado*. Com isso se expressa a idéia de que a Constituição é também a Constituição econômica, portanto sem

³⁹⁷. MOREIRA, V. **A ordem jurídica do capitalismo**. Lisboa: Centelha, 1977.. p. 135-137.

haver a necessidade de descer a minúcias de qual parte ou seção do texto trata de normas de ordenação econômica, por tratar-se integralmente da base da organização econômica do Estado. Assim, como podem ser encontrados conteúdos fundamentais da organização política marginais ao texto constitucional e analisados pelo ângulo dos conceitos formal e material de Constituição, cabe afirmar que certos conteúdos fundamentais de organização econômica de um Estado podem ser encontrados além do texto constitucional.

Assim, é possível discriminar a existência de uma *Constituição econômica material* da *Constituição econômica formal*. Por vezes as normas jurídicas estruturantes de um sistema não estão explicitadas na Constituição, podendo mesmo estar presentes no plano de normas infraconstitucionais:

i) *Constituição econômica formal*, normas sobre de ordenação da economia presentes na Constituição, ou no texto da Constituição;

ii) *Constituição econômica material*, qualquer norma que define ponto fundamental da economia, não encontrada necessariamente na Constituição.³⁹⁸

Outro ponto que deve ser enfrentado, após a ilustração dos conceitos de Constituição econômica formal e material, é que se for apreciado dentro da história constitucional, surge a dúvida sobre as primeiras Constituições, próprias do modelo liberal do constitucionalismo. Seriam as Constituições liberais modelos de Constituições que, por razões sistemáticas e esquemáticas de texto, excluem a dimensão normativa da economia de seu texto? Deve ser avaliado que o conjunto de normas de política econômica de um texto reflete a *medida* de política econômica da Constituição. É típica das Constituições liberais a opção por *medida* de política econômica de abstenção no plano normativo. Não incluir normas de direção econômica no texto é opção de política econômica do liberalismo, já que é tradicional ao Estado liberal omitir do texto o ativismo estatal na economia, pois isso é expressão de

³⁹⁸. FERREIRA FILHO, M. G. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 6-8.

política de não- interferência estatal, do livre empreendedorismo e da maximização da ação de agentes privados.

A opção de abstenção das Constituições liberais não permite afirmar que não exista Constituição econômica nos textos de tais Constituições. Permite verificar que os fundamentos do sistema econômico estão garantidos, mas com amplos espaços permissivos à ação de agentes privados, espaços tutelados por normas proibitivas à ação estatal. Como exemplo a liberdade de trabalho ofício ou profissão, comando de permissão do agente privado e de vedação à ação estatal.

Outro caractere das Constituições liberais é a sua convivência com amplo espaço de normas materiais fundamentais da economia, a Constituição material da economia, gerado por sua visão de mundo de um mercado auto-regulado, de auto-gestão de interesses. Como para o Liberalismo o mercado obtém o seu equilíbrio de interesses por ação racional de seus agentes, textualmente, na Constituição, cumpre apenas colocar limites a ações – danosas – do Estado na economia, ou estampar normas que direcionem a ação do Estado na garantia da própria auto-regulação do mercado, por exemplo ao garantir a propriedade privada.

Para J. Simões Patrício, a Constituição econômica formal de um Estado pode ser visualizado sobre vários blocos de normas:

- i) as normas que demarcam e garantem os elementos definidores de um sistema econômico, nesse sentido constituinte do mesmo sistema (área de garantia, constituição estatutária);*
- ii) as normas que têm por objeto as formas de organização e funcionamento do sistema, normas que podem variar e de fato variam, no espaço e no tempo, para um mesmo e único sistema (área de organização);*
- iii) as normas que prospectivamente disciplinam ou implementam uma nova ordem econômica, mostrando-se aí*

- (...) - o papel inovador ou criador do Direito (*área de programa, Constituição programática*).³⁹⁹

As Constituições modelo do Liberalismo preocupavam-se mais com a *área de garantia* do sistema econômico, próprio ao estilo do *estatuto do poder* que informava a concepção dessas Constituições. A idéia da Constituição como Estatuto do poder pode ser melhor explicada se for entendido que a Constituição, no modelo do Liberalismo, tratava da ação política e das limitações ao Estado. A economia era encarada como livre disposição dos agentes privados, daí a larga dimensão da chamada Constituição econômica material em detrimento da consagração textual de normas de política econômica. A área de organização das Constituições do Liberalismo é o lugar em que a abstenção estatal faz-se sentir, o lugar em que a organização do Estado era ditada por atividades mui restritas, quase só ao corpo de atividades essenciais à própria existência do Estado, dispondo sobre uns poucos serviços públicos e o domínio público.⁴⁰⁰

A partir do momento em que há o advento do constitucionalismo social, mudanças no modelo textual de Constituições são sentidos com a inserção dos Direitos Econômicos e Sociais. Mais do que o sistema esquemático de distribuição de textos, a valorização ideológica de uma nova dimensão constitucional, de marca reformadora, faz incluir a dimensão de normas de política econômica no texto da Constituição. O que marca a grande ruptura com as Constituições liberais é o espírito de positividade e obrigatoriedade de ações estatais, aumentando os encargos estatais na economia em sua *área de organização*.

A insurgência dos textos constitucionais do século XX, com o aumento de tarefas estatais na conformação da economia, acentuou o caráter programático das Constituições. Deve ser realçado que a ruptura com as idéias de Constituição como simples estatuto de poder

³⁹⁹. PATRÍCIO, J. J. S. **Curso de Direito Econômico**. 2. ed. revista e atualizada. Lisboa: AAFDL, 1985. p. 158-159.

⁴⁰⁰. CAMARGO, R. A. L. **Breve introdução ao direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 31.

e do abstencionismo estatal, exigiu a estipulação constitucional de diretrizes e anúncios normativos de objetivos de política econômica. É paralelo ao surgimento do planejamento estatal, o planejamento normativo da política econômica que, nas Constituições liberais deixava-se à medida do mercado e, no novo desenho do Constitucionalismo social, encaixa-se dentro daquela que é definida como *área de programa* das Constituições. Por isso, muitas vezes, o constitucionalismo social é também nomeado ou confundido com o constitucionalismo programático. A última constatação deve ser vista com extrema cautela, uma vez que o tipo de planejamento ou programa (a ambição normativa de uma Constituição) pode variar de acordo com as ideologias influenciadoras de cada Constituição positiva.⁴⁰¹

A Ordem Econômica de uma Constituição é a parte textual que consagra normas das três áreas de uma Constituição econômica: *estatuto, organização e programa*. A diferença está em que se vê inserida esta parte, seção, capítulo ou título chamado Ordem Econômica, no discurso normativo constitucional. A partir do momento em que se supera o modelo liberal e o constitucionalismo social afirma-se como modelo das Constituições (século XX). Inserir no texto de uma Constituição uma parte de Ordem Econômica demonstra uma opção – valorativa e ideológica – por certo modelo de tratamento da política econômica, pela presença de princípios programáticos, Direitos Fundamentais econômicos e a organização da ação estatal na economia em representação gráfica na Constituição. Somente com o advento das Constituições sociais é que a Ordem Econômica ganha assento textual (no caso brasileiro desde 34).

É certo, portanto, que a Ordem Econômica enquanto tomada como parte do texto da Constituição não se confunde com a definição de Constituição econômica. Esta última pode comportar qualquer norma, ausente ou presente no texto constitucional e, quando se

⁴⁰¹ . EIZRIK, N. A Ordem Econômica na Constituinte. **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXVI, n. 60, p. 12-17, out. dez. 1985. NUSDEO, F. A Ordem Econômica constitucional no Brasil. **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXVI, n. 65, p. 15-18, jan. mar. 1987.

tratar de normas presentes no texto constitucional, pode estar contida ou distribuída em qualquer parte da Constituição, e não necessariamente na Ordem Econômica (como é o caso de normas de propriedade presentes nos Direitos Fundamentais).

Mas a expressão Ordem Econômica pode comportar três significados e, em certa medida, podem ser sinônimos de Constituição econômica⁴⁰²:

i) Ordem Econômica pode designar o modo de ser uma economia concreta, expressão de uma realidade concreta, conceito que descreve o mundo fático. A expressão Ordem Econômica seria o substrato do ser na qual não estão explicitadas dimensões normativas.

ii) Ordem Econômica pode designar todo o complexo normativo que regula a atividade econômica. Tal complexo normativo é o mais amplo possível e comporta normas de Direito, moral, religião. Em tal sentido, Ordem Econômica pode ser sinônimo de Constituição econômica já que designa todo o normativo que ordena a economia.

iii) Ordem Econômica pode designar todo o complexo de normas jurídicas que regulam a economia. Aquelas normas que, num determinado espaço econômico, têm por objeto as relações de produção e, em geral, as relações econômicas que possuem lugar nesse espaço. Também pode ser sinônimo de Constituição econômica.

A expressão Ordem Econômica é plurívoca e somente com a redefinição de seu uso, pode ser esclarecido o que se quer englobar com o termo. Quando se menciona a Ordem Econômica da Constituição brasileira podem ser descritas todas as normas fundamentais da economia presente no texto constitucional ou somente aquelas de seu Título VIII. Podem ser delimitados dois sentidos principais de Ordem Econômica na Constituição:

⁴⁰². MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 67-71.

i) Sentido amplo de Ordem Econômica – sinônimo de Constituição Econômica – para todo o universo de normas jurídicas reguladoras da economia presentes na Constituição escrita ou mesmo fora dela – Constituição econômica material.

ii) Sentido restrito de Ordem Econômica, englobando disposições de política econômica reunidas, em forma de norma jurídica constitucional, em parte especialmente determinada do texto.⁴⁰³

É interessante finalizar mostrando que, no seu sentido restrito, a Ordem Econômica situa-se no terreno da área de organização e programa de uma Constituição econômica, englobado por esta, pois a Constituição que contempla uma parte especial de seu texto para a política econômica estatal o faz como organização de uma certa forma de funcionamento do sistema econômico e com um conteúdo prospectivo, de direção de política econômica.

5.3. Conceituando o Direito Econômico.

O Direito Econômico é um sistema normativo informado e delimitado por um conjunto de normas ou sistema de normas que encontra os seus princípios fundamentais na Constituição, na Ordem Econômica Constitucional. O campo de relações a que o Direito Econômico oferece o tratamento jurígeno é aquele de normas com conteúdo econômico, com conteúdo de economicidade: as normas de Direito econômico têm sempre um conteúdo econômico. A assertiva deve ser assimilada com reserva e prudência pois toda norma, de qualquer campo do Direito, terá, de alguma maneira, relação com os fatos econômicos: o

⁴⁰³. A inserção das Ordens Econômicas Constitucionais é fruto de um processo de racionalização progressiva da economia - cada vez mais com calculabilidade e previsibilidade -, e a normatização jurídica seria o exemplo maior do processo de racionalização sistemática da economia MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 98-103.

tratamento dado ao furto em matéria penal não deixa de ser uma valoração do fato econômico.⁴⁰⁴

A especificidade das normas de Direito econômico encontra-se no fato de que estas normas estão voltadas ativamente à consecução de fins sócio-econômicos definidos dentro da política econômica do Estado. A valoração do fato econômico pelo Direito econômico dá-se dentro dos parâmetros da política econômica, definida pelo ente estatal, considerando o Estado como conformador da atividade econômica. Aí reside a especificidade do Direito econômico. A economicidade que enforma a norma de Direito econômico vai além da mera consideração do fato econômico como passível de ponderação pelo Direito (o Direito em geral), já que a economicidade fornece um plus às normas do Direito econômico ao considerar a atividade econômica como expressão da ordem política.⁴⁰⁵

A definição da política econômica do Estado é a expressão de uma ideologia constitucional. Essa ideologia que dá sentido ao texto normativo tem o seu princípio no preâmbulo e vai ganhando dimensões cada vez mais concretas em princípios – implícitos e explícitos – ao grau mais definido e determinado das regras. Elemento fundamental nas normas de Direito Econômico é regulação do conflito entre *os agentes privados e públicos*. A conciliação e harmonização da iniciativa privada com as iniciativas estatais, devem desenvolver seus campos de atividades com vistas a atingir ao Bem-estar coletivo, objetivo este definido na política econômica nacional. A regulação das normas de Direito Econômico é realizada no plano *macro-jurídico*, determinando o comportamento global dos agentes econômicos. Esta regulação macrojurídica faz realçar um aspecto peculiar do Direito Econômico que é a tutela e o tratamento de bens jurídicos de apropriação e fruição pela

⁴⁰⁴ . Sobre o conceito de Direito Econômico ver: CAMARGO, R. L. Breve introdução ao Direito Econômico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 14-15. CARVALHOSA, M. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 285-361. GRAU, E. R. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 1979, p. 24-31. SOUZA, W. P. A. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Movimento Editorial, UFMG, 1995. p. 79. v. 1. id. **Primeiras linhas de direito econômico**. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTR, 1994. p. 43.

⁴⁰⁵ . BORGES, A. W. **A Ordem Econômica e Financeira da Constituição e os monopólios**. Análise das Reformas Constitucionais de 1995 a 1999. Curitiba: Juruá, 2000. p. 78-80.

coletividade, não centrada exclusivamente na tutela de Direitos do sujeito individual e sim, no coletivo. O Direito Econômico é exemplo típico de ramo do Direito em que se tutelam interesses difusos.⁴⁰⁶

Ao encarar o Direito Econômico como ramo do Direito na tutela de interesses difusos da coletividade tais como a concorrência, a liberdade de iniciativa, o livre funcionamento dos mercados há de se ressaltar a historicidade do Direito Econômico. O Direito Econômico integra uma geração de Direitos de regulação macrojurídica que vai além dos níveis clássicos iniciais de Direitos, como os Direitos individuais e políticos, e já vizinho aos Direitos Sociais. Resta notar que há diferenças sistemáticas, orientadas pela carga de valores consagradas nos princípios de cada ramo, separando o Direito Econômico dos Direitos sociais. Os Direitos sociais tutelam Direitos individuais, coletivos ou difusos para a proteção do homem trabalhador na sociedade. Diferem do Direito Econômico que tutela o funcionamento do sistema econômico pela consagração deontológica da política econômica estatal. Compreende-se a distribuição de matérias que o legislador constituinte brasileiro redigiu no texto constitucional, separando a Ordem Econômica e Financeira dos Direitos Sociais (Título II) e da Ordem Social (Título VIII).⁴⁰⁷

Na distribuição de competências no plano da federação, o Direito Econômico é colocado como matéria a ser legislada por competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (artigo 24, I, da Constituição). O papel da União é ditar normas gerais, sendo suplementadas as suas normas gerais pela produção normativa dos Estados e Distrito Federal. É plenamente plausível esta distribuição realizada pela Constituição ao se entender que,

⁴⁰⁶ . COELHO, F. U. **Direito antitruste brasileiro**. Comentários à Lei nº 8.884-94. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 4-7. PROENÇA, J. M. M. **Concentração empresarial e o direito de concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 47-49.

⁴⁰⁷ . Não pode ser esquecida a necessária articulação sistemática entre Direitos Sociais, Ordem Social e Ordem Econômica, s os três pilares do Estado Social. Se o legislador constituinte foi claro ao distribuir as matérias de Direito Sociais e de Direito Econômico, ele não o fez ao nomear o Título VII de Ordem Econômica e Financeira, gerando confusão entre os princípios do Direito Financeiro e o Sistema Financeiro Nacional. A expressão *ordem financeira* deve-se à inclusão do artigo 192 no Título VII e não às normas de Direito Financeiro, que estão concentradas no Título VI, Da Tributação e do Orçamento.

realmente, a política econômica deve ser nacionalmente integrada, logrando atingir a maximização de resultados, quando incorporada e direcionada a todos os agentes econômicos do território nacional. Outro aspecto que deve ser destacado é a acentuação de maior necessidade de articular a política econômica nacional em eixos de integração, em blocos e comunidades econômicas.⁴⁰⁸

5.4. Delineamentos históricos – as transformações do sistema econômico mundial.

As mudanças no sistema econômico refletem na forma e regime deste sistema, as quais estão consagradas em instituições e normas jurídicas. Toda ruptura, transformação ou mesmo o advento de um novo sistema econômico modifica todo o plano institucional e normativo de regulação da economia. Ao abordar a Ordem Econômica da Constituição de 1988, torna-se como ponto de partida de discussão a ruptura entre a ordem normativa e institucional anterior – 1967 – e a nova ordem constituída após 1988. O problema da definição do modelo de implementação de política econômica consagrado na Constituição brasileira de 1988 pode ser entendido por vários sintomas de esgotamento e transformação na forma e regime do sistema econômico, os quais vão aparecendo nos anos oitenta, no final do ciclo militar, iniciado em 1964. Por certo ser necessário compreender que as mudanças ocorridas entre o modelo normativo de 1967-69 e o advento do novo modelo de 88 não podem ser apreciados apenas com a análise das transformações internas do Estado brasileiro, ou em outras palavras: deve ser salientado que não é possível insular o problema de esgotamento do modelo de política econômica constitucional brasileira – de 1967 – das

⁴⁰⁸ . Restaria ainda o âmbito suplementar de Municípios, em matéria de Direito Econômico, consagrado no artigo 30,II.

transformações mundiais que podem ser detectadas desde os anos setenta.⁴⁰⁹

Desde o final da Segunda guerra mundial, a ordenação das economias do sistema econômico capitalista orbitava em torno de um pólo comum que indicava a ação estatal empresarial e no fornecimento de bens e serviços públicos de maneira ampliada, cobrindo desde os setores empresariais aos bens de consumo social nos campos de saúde, educação e condições de Bem-estar (como habitação, infra-estrutura citadina e outros). A inclusão de planejamento como função indutora do Estado na economia também se tornou, no período ora delineado, praxe de toda a ordenação de política econômica. Relativamente, no período, as altas taxas de crescimento econômico alcançadas, cobrindo todos os países do sistema capitalista.⁴¹⁰

No início da década de setenta, houve o abalo da matriz energética petrolífera da economia mundial, demonstrado pela alta daquilo que, até 1973, era tratado como mercadoria primária no mercado. Pelo forte impacto da alta da matriz energética, o efeito imediato foi a alta inflacionária em quase todas as economias industrializadas e a ruptura da estabilidade de preços, relativamente bem sucedida, das três décadas anteriores.

A alta do preço da *commodity* petróleo trouxe, paralelamente, uma situação de alta liquidez para as economias exportadoras da matéria- prima petroleira. Especialmente por

⁴⁰⁹ . Acompanhe o seguinte trecho: *Em complementação ao conceito de sistema, Lajugie aponta que um regime econômico é “o conjunto de regras legais que, no seio de um sistema econômico, regem as atividades econômicas dos homens, isto é, seus atos e ações em matéria de produção e troca.” Um sistema econômico pode reunir diferentes regimes econômicos. O capitalismo pode reunir, historicamente, regras dissemelhantes sobre as relações de propriedade (limitações sobre a propriedade, desmaterialização da propriedade). A liberdade econômica cristalizada na relação empregado x empregador pode ser relativizada, como aconteceu ao emprestar tratamento jurídico diferenciado às relações de trabalho. E não só esta como outras relações entre as pessoas dentro do sistema: liberdade econômica ou restrições para a escolha da atividade, para o exercício da atividade.*

Para Vital Moreira a melhor definição de um sistema deverá ser buscada na aproximação com o conceito de forma do sistema as formas de um sistema econômico são as manifestações deste. Aqui, mais do que nunca, deve-se prestar a devida atenção às formas de coordenação de um modo de produção. O capitalismo, sistema econômico, integra-se à estrutura social de diferentes formas: BORGES, A. W. **A Ordem Econômica e Financeira da Constituição e os monopólios**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 6. Também: LAJUGIE, J. **Os sistemas econômicos**. Difusão Européia do Livro: São Paulo, 1959. Tradução de Édison Rodrigues Chaves e Gerson Souza. Coleção Saber Atual. p. 8-59. MOREIRA, V. op. cit. p. 38-45.

⁴¹⁰ . BULGARELLI, W. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 19-31.

limitações ditadas por normas de fundamentos religiosos e morais, que proibiam a apropriação de frutos do dinheiro sob a forma de juros, vários agentes econômicos de países de filiação religiosa muçulmana tornaram-se investidores em instituições financeiras estadunidenses e européias. Os agentes financeiros dessas economias tornaram-se grandes prestamistas em função, justamente, dos valiosos aportes oriundos de países exportadores de petróleo (no que ficou conhecido como petrodólares), realizando aportes de recursos em economias em expansão por todo o mundo subdesenvolvido e, em quantias bastante significativas, para países integrantes do bloco econômico socialista.⁴¹¹

Houve ainda a implicação simbólica da derrocada militar da economia hegemônica, os Estados Unidos, com focos expansionistas do socialismo no sudeste asiático (Camboja e Vietnã) e no continente africano (ex-colônias portuguesas e Etiópia). Além do aspecto simbólico, o envolvimento em conflitos no sudeste asiático trouxe, para o corpo da economia hegemônica, impacto inflacionário com o recrudescimento dos gastos públicos militares.⁴¹²

Há nos anos setenta, uma significativa ordenação de novas formas e processos de produção que são notados nos setores de microinformática e telecomunicações – sem descurar do impacto de tais tecnologias no aparato militar. A força tecnológica e inovadora vai se concentrar em setores intimamente ligados aos serviços – como é o caso de telecomunicações – com significativa participação de pequenas e médias empresas de micro e eletro-eletrônicos, com relações obrigacionais entre pessoas jurídicas – e afastando-se de relações

⁴¹¹ . O Brasil contraiu, no período, muitos empréstimos aproveitando-se da liquidez no mercado prestamista internacional.

⁴¹² . É indispensável mencionar os graves problemas políticos internos que culminaram na renúncia do Presidente do mandato 73-76, Richard Nixon. O Chefe do Executivo viu-se envolvido em denúncias de crime político ao pôr obstáculos à investigação patrocinada para apurar espionagens na sede do Partido Democrático, no escândalo que ficou conhecido como *watergate* – em função do nome do prédio onde ocorrera o ato de espionagem. Pressionado e ante a eminência de ver instaurado o processo por crime de responsabilidade, ainda mais depois de decisão da Suprema Corte determinando que o Presidente entregasse as fitas de gravação pessoal que mantinha em seu gabinete (*United States versus Nixon*), Richard Milxous Nixon renunciou ao mandato de Presidente da República.

empregatícias típicas -, em que tais micros e pequenas empresas são grandes prestadoras de serviços a agentes econômicos de grande poder econômico.

Doutra banda há o forte incremento de setores de serviços típicos, incrementados por sensível expansão de atividades de lazer, turismo e descanso. Atividades ligadas a difusão esportiva, ao lazer urbano e na programação de descansos semanais ou anuais tornam-se fortes contratadoras de mão- de- obra e grandes absorvedoras de investimentos. Os progressos da informática e das comunicações propiciaram, certamente, em virtude do grande volume de liquidez disponível - em função das rendas petroleiras, o robustecimento do setor financeiro e das transações decorrentes de operações financeiras. Em conclusão simplificada, o setor de serviços fez crescer a sua participação nas rendas nacionais e na função de contratação de mão- de- obra.

A mudança dos processos de produção teve que contar com a inclusão de externalidade, nos anos setenta, como a questão ambiental. Setores de forte degradação dos sistemas ecológicos tiveram que sofrer adaptações e houve, definitivamente, a incorporação do custo ambiental para as atividades econômicas. A necessidade de recursos em quantidades para atender ao consumo das atividades humanas começou a ser repensado com a variante sustentabilidade. Ao mesmo tempo, a questão ecológica entrou na pauta de políticas econômicas e ganhou espaço nos fóruns decisórios e nas diretrizes estatais.

A ordem interna da política estadunidense vai sofrer transformação significativa no fim da década de setenta. Os graves desajustes de hegemonia, no campo militar, são enfrentados com a nova política militar de endurecimento de relações com o bloco soviético associados a maciços investimentos no desenvolvimento de novos armamentos de fronteira tecnológica (inclusive com o projeto militar de sugestivo nome *guerra nas estrelas*). Já nos primeiros anos da década de oitenta, a nova orientação militar é implementada com intervenções diretas, ou por incentivos em pecúnia para grupos contra-revolucionários, em

movimentos políticos alinhados ao bloco soviético na América Latina, Ásia e África (intervenção em Granada, financiamento aos contras nicaragüenses, apoio aos guerrilheiros afeganes em luta contra a URSS, apoio a UNITA angolana).

A mencionada mudança de orientação militar é também desdobramento da nova organização de forças no comando do Executivo dos EUA. Ainda, no início dos anos setenta, no mandato presidencial de Richard Milxous Nixon, a ordem democrática estadunidense enfrentou, com ineditismo para o Chefe do Executivo Federal, no século XX, a iminência de processo por crime de responsabilidade. Os sucessores para o final do período dos anos setenta enfrentaram sérios problemas de apoio popular por problemas econômicos (alta inflacionária com crescimento econômico modesto) e militares (invasão do Afeganistão pela URSS, novos regimes comunistas em países africanos e asiáticos) e, talvez a mais intensa para a simbologia de poder hegemônico, a revolução islâmica iraniana e o sítio a Embaixada estadunidense naquele país asiático.

A plataforma de perfil conservador de Ronald Reagan, candidato republicano vitorioso à sucessão de J. Carter, pregava o fortalecimento do poder militar, uma nova política econômica que debelasse o mal inflacionário e, enfaticamente, trabalhava com o diagnóstico de que os problemas econômicos decorriam das políticas econômicas de forte ação estatal e pregava a valorização de empreendimentos individuais e retração do campo de atuação estatal na economia.⁴¹³

A política econômica implantada por R. Reagan, em seu biênio inicial, foi marcada por ortodoxia monetária e leniência orçamentária. A autoridade de política monetária – o *Federal Reserve* – elevou a taxa de juros encarecendo a disponibilidade de dinheiro – na política do dólar forte. Paralelamente ao garrote monetário, os gastos públicos em defesa aumentaram nas dotações militares e reduziram-se nas dotações para assistência social. Houve

⁴¹³ . A mesma ideologia discursada por Margaret Thatcher, do partido conservador, vitorioso nas eleições britânicas de 1979.

ainda o cerco às pretensões de movimentos parastas por melhores salários, com deliberada redução do poder negocial dos sindicatos.⁴¹⁴

5.5. Delineamentos históricos - O Brasil dos anos 70 aos anos 80.

É prudente que seja adotado um fracionamento do texto em blocos, para que as políticas econômicas executadas e implementadas no Brasil sejam analisadas. O primeiro bloco entre 1930-1985; outro bloco, de menor duração e transicional entre 1985 e 1988; um bloco contemporâneo, de 1988 ao momento presente. O primeiro bloco, 1930-1985, indiscutivelmente é abrangente, restando compreender que se fosse tomada análise detida de períodos menores, grande carga de informações e minúcias deveria ser discutida, tarefa que foge ao objeto do presente trabalho. O período 85-88 é o momento constituinte de elaboração do texto, que ora é objeto de análise, o seu preâmbulo. Finalmente, o último bloco é o momento de vivência – efetiva vigência e aplicação da Constituição.

Note-se que desde a década de 30 há – inicialmente sem maior planejamento e após a metade final da década de trinta deliberadamente – a implantação de políticas econômicas de industrialização da economia brasileira. Reflexos dessa industrialização são visíveis na crescente urbanização e, sobremaneira, no incremento, em cinquenta anos, do produto interno bruto e do produto per capita. No plano jurídico são substituídos os modelos constitucionais liberais, presentes nas Constituições de 1842 e 1891, por Constituições marcadas por partes denominadas Ordem Econômica onde a política econômica do Estado é,

⁴¹⁴ . Salientemos que, apesar de discurso que pregava reduções de gastos em todos os serviços sociais, a administração republicana efetivamente reduziu-os ao setor de assistência social – sem grandes mudanças na saúde e educação. Ver: BELLUZZO, L. G. Finança global e ciclos de expansão. In: FIORI, J. L. **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 108-117. KRUGMAN, P. **A era do conformismo**. As expectativas econômicas frustradas. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 43-50. WALD, A. Algumas premissas da reforma constitucional: a redução do papel do Estado, o fortalecimento da empresa privada e a limitação do poder monetário. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 30, n. 120, out-dez. 1993.p. 111-118.

principiologicamente, estampada no texto constitucional – assim as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 (1969).⁴¹⁵

Diferenciada por sua forma de elaboração, pelo momento político de impulso produtor da Constituição e por diferenças esquemáticas de seu texto, no cotejo de todas as Constituições, quando o objetivo é desenhar as linhas mestras normativas de política econômica estatal, é bem possível esquadriñar algumas concentrações temáticas comuns na Ordem Econômica das Constituições brasileiras de 1934 a 1967:⁴¹⁶

- i) distinção entre a propriedade do solo e subsolo;
- ii) espírito nacionalizante dos recursos minerais e hídricos (do solo e subsolo);
- iii) ordenação do sistema financeiro nacional para operar em proveito da coletividade (punindo-se a usura);⁴¹⁷
- iv) progressiva ordenação da função social da propriedade, urbana e rural;
- v) perfil programático para alcançar existência digna e bem comum;
- vi) repressão ao abuso do poder econômico;⁴¹⁸
- vii) principiologia pró ativa do Estado na complementação da ação privada;
- viii) delimitação constitucional da ação empresarial do Estado, em serviços públicos e atividades econômicas (inclusive sob a forma de monopólio).

Desde a década de trinta até os anos oitenta as ações estatais permitem caracterizar o Estado como um ativo agente no processo industrializador, especialmente na formação de

⁴¹⁵ . ALMEIDA, J. O desenvolvimento da classe empresarial brasileira. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 11, n. 42, p. 196-294, abr.-jun. 1974.. COSTA, C. Intervenção do Estado nas relações industriais nos anos 80. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 17, n. 67, p. 207-226, abr.-jun. 1974. COTRIM NETO, A. B. A intervenção do Estado na economia. Seu processo e ocorrência históricos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 24, n. 96, p. 139-154, out.-dez. 1987. MARINHO, J. A Ordem Econômica nas Constituições brasileiras. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano V, v. 19, p. 51-59, jan.-mar. 1972. VASCONCELOS, W. A. A intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 1, n. 4, p. 55-71, dez. 1964. VIEIRA, R. A. A. O intervencionismo brasileiro: raízes e perspectivas históricas (ou o estatismo é um determinismo?). **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 11, n. 42. p. 296-367, , abr.-jun. 1974.

⁴¹⁶ . Um quadro da Ordem Econômica das Constituições brasileiras pode ser encontrado no capítulo 2 de: BORGES, A. W. op. Cit. P. .

⁴¹⁷ . As Constituições de 34 e 37 previam a progressiva nacionalização bancária.

⁴¹⁸ . Explicitamente a partir da Constituição de 1946.

infra-estrutura para as atividades econômicas e na realização de investimentos em setores de alta concentração de investimentos em áreas de fronteira tecnológica ou de base. A expressão Estado empresarial serve para destacar a amplitude de ação do Estado brasileiro, orientado constitucionalmente, na execução de serviços públicos e atividades econômicas estatais, exatamente naqueles setores de base ou de ponta mencionados.⁴¹⁹

Tomando-se mais detidamente o período de ditadura militar, 1964 a 1985, percebe-se, especialmente quando confrontado o texto constitucional com a política econômica executada, a manutenção do eixo de ação estatal na economia, esquadrihado nos itens acima. O que pode ser percebido, no período ditatorial, são as variantes entre os governos ditatoriais com relação aos problemas e gestões enfrentadas na administração da política econômica, que permitem desenhar o seguinte quadro sintético:⁴²⁰

i) O primeiro período, no Governo de Humberto Castelo Branco, houve a nítida preferência por políticas de contenção de despesas; de política monetária austera e ativa; de política legislativa para reformulação administrativa e organizacional da ação do Estado. O arrefecimento da atividade econômica e a queda da massa salarial induziram à recessão e, com isso, houve sucesso na contenção das taxas de inflação:⁴²¹

⁴¹⁹ . Exemplificados: monopólio do petróleo, serviços de telecomunicações, setor industrial siderúrgico, indústria aeronáutica, monopólio nuclear, atividades do sistema financeiro, serviços de energia elétrica, resseguros.

⁴²⁰ . BORGES F^o, N. **Os militares no poder**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 93-100. VIANA F^o, L. **O governo Castelo Branco**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1975. p. 128-171.

⁴²¹ . A doutrina de segurança nacional estabeleceu a ligação entre o desenvolvimento e a segurança. Embora o regime militar tenha começado com encômios à livre iniciativa, flertando abertamente com o liberalismo - governo Castelo e gestão Roberto Campos -, houve, a partir do início dos anos 70, o recrudescimento da participação do Estado na atividade econômica. COMBLIM, J. **A ideologia da segurança nacional - O poder militar na América Latina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980. p. 66. ROUQUIÉ, A. **O Estado militar na América Latina**. São Paulo: Alfa-Omega, 1984. p. 326-334 e 352-355. Na história legislativa deve ser destacado na gestão do Sr. H. Castelo Branco o advento da nova Constituição. No campo infraconstitucional foram normatizados assuntos da maior importância: i) a Lei do Sistema Financeiro Nacional (Lei n^o 4595-64); ii) o novo Código Tributário Nacional (Lei n^o 5.172-66); iii) a Reforma Administrativa (Decreto Lei n^o 200-67).

Tabela 1.⁴²²

PERÍODO	PIB TOTAL em %	INDÚSTRIA em %	SERVIÇOS em %	AGRICULTURA em %	PIB per capita US\$
1964	3,4	5,2	2,0	1,3	282
1965	2,4	- 4,7	1,3	13,8	298
1966	6,7	11,7	5,8	- 3,2	364
1967	4,2	3,0	5,8	5,7	388

ii) Já na gestão de Artur da Costa e Silva e prolongando-se na gestão de Emílio Médici houve o aproveitamento da nova matriz organizacional do Estado e da estabilidade de preços para o incremento de fortes políticas de crescimento do produto interno bruto. Este mesmo período, houve índices recordes de crescimento, com notável progresso da indústria de bens de consumo:

Tabela 2.⁴²³

PERÍODO	PIB TOTAL em %	INDÚSTRIA em %	SERVIÇOS em %	AGRICULTURA em %	PIB per capita US\$
1968	9,8	15,5	8,9	1,4	411
1969	9,5	12,1	11,6	3,8	438
1970	10,4	10,4	10,5	1,0	485
1971	11,4	11,8	11,4	10,2	546
1972	11,9	14,2	12,5	4,0	637
1973	13,9	17,0	15,6	0,1	889

iii) A gestão de Ernesto Geisel instalou-se com os problemas decorrentes da alta da matriz energética petróleo e, mesmo havendo arrefecimento das taxas de incremento do produto interno bruto, estas se mantiveram elevadas, sobretudo por ativa política estatal na

⁴²² . Verifica-se uma forte contração da economia nos anos de 64 e, especialmente, no ano de 65. Em 1965 registrou-se queda do produto industrial. A taxa de crescimento do PIB, em 1965, mal cobria o crescimento da população..

⁴²³ . Analisando a tabela verifica-se o impressionante crescimento do PIB nos seis anos, de 68 a 73, constituindo uma marca recorde na história econômica nacional e mesmo feito notável na história econômica mundial do século XX. Destacável, ainda, o notável incremento da produção industrial e dos serviços, os últimos alimentados pela expansão do consumo nas classes média e alta.

infra-estrutura industrial, de serviços públicos e atividades econômicas. O crescimento da indústria de bens de consumo gerou disparidades que precisaram ser corrigidas nas telecomunicações, siderurgia, química e petroquímica, energia e transportes. Os problemas de poupança interna e investimentos foram solucionados com a contratação de empréstimos externos, aproveitando-se da liquidez dos prestamistas internacionais (oferta dos petrodólares): ⁴²⁴

Tabela 3. ⁴²⁵

PERÍODO	PIB TOTAL em %	INDÚSTRIA em %	SERVIÇOS em %	AGRICULTURA Em %	PIB capita per US\$
1974	8,3	8,5	10,9	1,3	1140
1975	5,1	4,9	4,9	6,6	1309
1976	10,2	11,7	11,4	2,2	1516
1977	4,9	3,1	5,0	12,1	1704
1978	4,9	6,4	6,1	- 2,8	1887

iv) A gestão de João Batista Figueiredo iniciou-se com a segunda crise do petróleo (revolução islâmica iraniana) e inflação elevada. No biênio 1979-1980, ao contrário de adotar política fiscal cautelosa e de contenção inflacionária, como indicava a situação econômica mundial, adotou-se agressiva política de expansão do consumo e lançando mão, novamente, de recursos de prestamistas externos. Com a recessão estadunidense, as constrições do sistema financeiro estadunidense, a alta de juros (influenciando diretamente o serviço da dívida externa brasileira) e a insolvabilidade de outros devedores (México), o país entrou em

⁴²⁴ . FURTADO, C. **Análise do modelo brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. p. 37-45. Ibid., **O Brasil pós-milagre**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981. p. 21-89.

⁴²⁵ . Ao comparar a tabela 3 com a tabela 2 verifica-se a moderação na taxa de crescimento fruto de política monetária cautelosa e do desaquecimento da economia global. Isso indica uma mudança na direção da política econômica na gestão Simonsen e Velloso com diferenças da política do auge do Milagre econômico.

bancarrotas no período 81-83. Somou-se aos problemas externos, a alta da inflação alimentada por alta petroléira e desvalorização cambial.⁴²⁶

Tabela 4.⁴²⁷

PERÍODO	PIB TOTAL Em %	INDÚSTRIA Em %	SERVIÇOS em %	AGRICULTURA Em %	PIB per capita US\$
1979	6,8	6,8	7,7	4,8	2041
1980	9,3	9,3	9,2	9,6	2111
1981	- 4,3	- 8,8	- 2,5	8,0	2207
1982	0,8	0,0	2,1	- 0,2	2182
1983	- 2,9	- 5,9	- 0,5	- 0,5	1490
1984	5,4	6,3	5,4	2,6	1455

5. 6. A situação crítica na transição.

Quando ocorrem a transição entre o período ditatorial, em 1985, o novo governo civil tinha uma pauta de problemas econômicos a resolver, podendo expressá-los em:⁴²⁸

i) alto serviço da dívida externa, comprometendo o balanço de pagamentos, apesar dos esforços de geração de divisas pela política exportadora;

ii) inflação elevada por desvalorizações cambiais – decorrentes do esforço exportador -, indisciplina fiscal do Estado e memória inflacionária dos agentes econômicos;

⁴²⁶ . AYERBE, L. F.; PACHECO, C. A. **O choque econômico e a transição negociada**. Brasil e Argentina. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 81-83. NASSIF, L. F. **O cruzado – por dentro do choque**. São Paulo: Cultura Editorial, 1986. p. 52-59.

⁴²⁷ . A tabela 4 ilustra a tentativa, frustrada, em 79 e 80, de reeditar o sucesso de crescimento do Milagre, seguido por forte retração da atividade econômica e, em 84, volta do crescimento puxado pelas exportações. Impressiona a queda da produção industrial no ano de 1981, inédita na história recente do Brasil. O PIB per capita encontrava-se deprimido em 84, menor que no início da série – 79-84.

⁴²⁸ . FURTADO, C. **A nova dependência (dívida externa e monetarismo)**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 13-47. GUIDOTTI, Pablo, KUMAR, M.; S. K. Administração da dívida pública interna. **Finanças e desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 12, n° 3, p. 9-12, set. 92. PEREIRA, L. C. B. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil - para uma nova interpretação da América Latina**. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 77-147.

iii) indisciplina fiscal do Estado, forçando o Poder Público a endividamento interno (por indisponibilidade de recursos no mercado internacional) gerado pela necessidade de manter a ação estatal para o custeio e investimentos indispensáveis;

iv) atualização do parque industrial para a nova onda de desenvolvimento da microinformática e telecomunicações.

As questões que exigiam ações econômicas deviam ser solucionadas e condicionadas por uma variável forte influenciadora de todas as decisões de política econômica a serem adotadas: a indispensabilidade de políticas públicas capazes de resolver ou encaminhar programas de melhoria dos indicadores sociais. Os relativos sucessos empresariais do Estado brasileiro, fomentando e implantando uma economia dinâmica e industrializada, contrastavam com uma sociedade de forte clivagem, com indicadores pouco auspiciosos na distribuição da renda nacional, acesso aos serviços de seguridade social aquém das possibilidades de infra-estrutura do Estado, precariedade da infra-estrutura urbana e cidadina.

As demandas por políticas públicas de bens de consumo social foram se alargando com a urbanização e modernização econômica, culminando, no final dos anos setenta, com organização de grupos de pressão para alcançar tais vantagens: sindicalismo insurgente, partidos obreiros e operários, grupos de agricultores sem-terra, grupos de pequenos camponeses, células de reivindicação de política habitacional, nova postura de entidades como a OAB e inclusão programática das demandas sociais pelos partidos políticos.

A peculiar forma de convocação, instalação, funcionamento, elaboração e promulgação da Constituição brasileira de 1988 refletem a intrincada rede de confrontos ideológicos e o mosaico de interesses e visões de mundo que encontravam representação na sociedade brasileira. As mudanças econômicas, que ocorreram desde o início do século, em que podem ser detectados pequenos ciclos representados por ordens políticas (Revolução de

30, Estado Novo, Redemocratização, ciclo democrático de 50-60, Ditadura de 64, Abertura), servem de ilustração para que se compreendam novos grupos de poder, novos interesses e a multiplicidade de forças que, necessariamente, se fazem representar em qualquer espaço de jogo político. É perceptível no final dos anos oitenta, encerramento da ditadura, que o cenário de forças políticas era ocupado por setores operário-sindicais organizados, burocracia estatal, burguesia industrial e financeira, permitindo aferir uma pluralidade de ideologias e conceitos de ação política econômica.

A modernização econômica e os inevitáveis reflexos na estrutura social germinaram, no seio da própria ditadura que implementou parte do processo de modernização econômica, os elementos de contestação e oposição ao regime autoritário. O esgotamento do período autoritário, no entanto, não foi marcado por ruptura abrupta, ao contrário, a transição foi assegurada por controlada política de negociação e pactos de transição. Na gestão de João Batista Figueiredo houve reformas institucionais de consolidação e encerramento do período ditatorial militar. Obtiveram registro cinco partidos, um de situação – o Partido Democrático Social -, e quatro partidos opositores: Partido do Movimento Democrático Brasileiro, constituindo uma grande frente de opositores à ditadura militar, de variados matizes ideológicos e programáticos; Partido Trabalhista Brasileiro, agregando elementos conservadores do trabalhismo brasileiro; Partido Democrático Trabalhista, agregando elementos de esquerda do trabalhismo; Partido dos Trabalhadores, com programa socialista obreiro.⁴²⁹

Com a rejeição pelo poder constituinte derivado, no ano de 1983, de Emenda à Constituição, para a eleição direta do Presidente a ser eleito em 1985, manteve-se a normatividade eleitoral de eleição presidencial pelo legislativo, acrescido de representantes dos legislativos regionais, em forma de colégio eleitoral. Todavia, o partido situacionista

⁴²⁹ . Partidos de orientação marxista, alinhados a China ou URSS, não puderam obter registro, tendo os seus militantes e simpatizantes mantido atividade partidária no interior de partidos como o PT e PMDB.

cindiu-se em dois grupos no momento em que ficou assentada a opção por um sucessor civil. Um setor aderiu á candidatura do candidato indicado por convenção partidária; outro aderiu ao candidato do partido oposicionista – candidatura do PMDB – que recebeu a denominação de *frente liberal*.

É relevante que o quadro partidário e de alianças de 1984, mais do que refletir em uma simples sinopse de grupos pró e contra ditadura, expressavam a pluralidade de um Estado de contrastes sócio-econômicos e de ideologias em confronto. A transição lenta e gradual da ditadura à democracia, mais do que um plano controlado e mediatizado de forças dominantes, se autolimitando, expressava a impossibilidade de força hegemônica e a necessidade de compromissos e pactos entre grupos divergentes. Explica-se, assim, o amplo leque de grupos e ideologias que participaram da eleição, em 15 de janeiro de 1985, votando favoravelmente à candidatura do Sr. Tancredo de Almeida Neves, candidato da oposição. Recebendo a denominação de Aliança Democrática, esta frente englobava desde grupos que apoiaram a ditadura militar até os tradicionais oposicionistas.

Dentre as variadas pautas de ação política e compromissos partidários firmados no grande leque aliancista, sobressaiu a convocação de assembléia constituinte e elaboração de nova Constituição. Evidente que tal demanda não podia ser retardada pois o texto constitucional de 1967-69 não oferecia sustentação, em seu plano normativo, para uma nova ordem política democrática. Se a necessidade de elaboração de Constituição era proeminente e pauta de aceitação ampla, os atos pré-constituintes e a definição processual e formular de como seria elaborada a nova Constituição não contavam com a mesma homogeneidade de pontos de vista. Após confrontos e divergências, adotou-se a processualística da Emenda Constitucional n° 26.⁴³⁰

⁴³⁰ . PEREIRA, O. D. **Constituinte – anteprojeto da comissão Afonso Arinos interpretado**. Brasília: Senado-Unb, 1987. passim.

5.7. Tarefas e dilemas da Constituinte.

A nova Constituição deveria atender a complexas demandas da sociedade. O primeiro e destacado ponto é que seria elaborada com a participação de forças políticas fragmentadas, maximizando o caráter pluralista e multifacetado do futuro processo constituinte. E como uma Constituição surge por necessidades de uma sociedade que dita as pautas de um processo constituinte, a pauta maior era a definição de uma nova ordenação política do Estado, de uma nova matriz organizacional para o Estado, organizando Direitos Fundamentais e Poderes, substituindo o modelo ditatorial.

Especificamente para a definição da política econômica estatal, que ganharia a sua definição constitucional na Ordem Econômica, não poucos seriam os desafios enfrentados pelo constituinte. Note-se em primeiro plano que o mundo vivia, na década de oitenta, a modernização de modelos normativos que encerravam determinações de implementação de política econômica do Estado Social. Noutro plano, o projeto de socialismo soviético passava por reestruturação patrocinada por suas falhas estruturais – *glasnost, perestroika*. O tradicional catálogo de Direitos fundamentais sofria, ainda, o acréscimo de uma nova dimensão, em que se incluiu o tratamento jurídico a bens de apropriação difusa pela coletividade, que é a dimensão ambiental e ecológica. O constituinte enfrentava esta questão como outro desafio de incluir essa dimensão no texto constitucional, conjugando-a com a matriz organizacional do Estado, com a política econômica adotada e com os Direitos fundamentais.

A definição de uma nova matriz organizacional do Estado que implementaria a política econômica constitucionalmente definida, deveria conciliar modelos econômicos que inspiravam os Constituintes, bastante diferenciados, não raras vezes antípodas. Em outras palavras, colocava-se uma pergunta aos constituintes: qual era o modelo de organização do

Estado conveniente ao momento de transformação modelar que o mundo atravessava? E o mais acentuado de todos os pontos que dependiam de contemplação constitucional: como transformar o modelo de Estado Empresário em bem sucedido modelo de Bem-estar? Demonstrava-se portanto que a direção programática da Constituição deveria apontar para a solução da dimensão dos Direitos fundamentais sociais, de uma política econômica que garantisse o acesso aos bens de consumo social, que superasse a clivagem social acentuada e o problema de fruição de Direitos sociais e econômicos, enquanto satisfação de necessidades individuais e não apenas do plano organizacional empresarial do Estado.⁴³¹

Referindo-se ao processo eleitoral da Assembléia Constituinte, embora seja extremamente difícil realizar a intersecção entre a manifestação popular em sufrágios e a adoção de uma determinada política econômica, é indispensável relacionar o processo eleitoral de 1986 com a condução da política econômica nacional naquele período. Em fevereiro de 1986, foi adotado um plano de estabilização econômica que incluiu reforma monetária, congelamento de preços e salários, reestruturação fiscal do Estado (ao menos em potência) e reformulação de políticas sociais: o Plano Cruzado. É interessante notar que o plano deixou de dedicar um tratamento claro e objetivo para o problema do endividamento externo, reformulação da matriz organizacional do Estado e de formulação de políticas para as

⁴³¹ . Ver: PENNA, J. O. de M. **O dinossauro**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1988. passim.

áreas de ponta da economia.⁴³²

Os resultados foram a contenção de inflação e uma explosão do consumo (ocasionada pelo congelamento de salários em pico). Os dois primeiros anos do governo civil apresentaram significativos avanços na taxa de crescimento da economia, e o Plano Cruzado foi instituído no segundo ano deste biênio:

Tabela 5.⁴³³

PERÍODO	PIB TOTAL Em %	INDÚSTRIA Em %	SERVIÇOS Em %	AGRICULTURA em %	PIB per capita US\$
1985	7,8	8,3	6,9	9,6	1598
1986	7,5	11,7	8,1	- 8,0	1905

O ambiente econômico favorável e a expectativa de prosseguimento da orientação de política econômica conduziram os dois partidos governistas – PMDB e PFL – à conquista da maioria das vagas na futura Constituinte. Interessante notar que o maior partido, o PMDB, não conseguia produzir uma afinidade ideológica entre os seus filiados, integrando desde históricos opositores até recém egressos do regime militar. Aumentava o quadro de complexidade da composição da Constituinte a porção de 1/3 de Senadores, eleitos no pleito

⁴³² . Outro aspecto que ilustra a coexistência conflitual de orientações de política econômica no novo governo civil é que, durante o ano de 1985, primeiro semestre, insistiu-se em políticas ortodoxas de controle da inflação – gestão Francisco Dornelles como Ministro da Fazenda. No segundo semestre, é alterada a composição dos agentes ministeriais de política econômica que vão formular o ajuste heterodoxo de 1986 – gestão Dilson Funaro. As inconstâncias da política para a dívida externa também são patentes: No primeiro momento, adotou-se uma política continuadora da gestão econômica anterior, do final da ditadura (gestão Francisco Dornelles). A ênfase foi dada no controle do déficit público e acerto com o FMI e banqueiros privados – negociação da dívida. O segundo momento caracteriza-se por uma guinada nas negociações da dívida externa e ênfase no crescimento. O objetivo era garantir margem de manobra interna (apoio para as eleições de novembro de 1986) e capaz de influenciar nas negociações da dívida externa (gestão Dilson Funaro). Adotou-se estratégia heterodoxa de controle inflacionário – Plano Cruzado. No final de 1986, houve o esgotamento do plano heterodoxo de controle inflacionário e incapacidade de honrar os compromissos externos para o ano de 1987 (decretação da moratória no início de 1987). Ao longo de 87, houve troca do comando da área econômica (fim da gestão Funaro e a rápida gestão de Bresser Pereira) sem a adoção clara e objetiva de política econômica para o controle inflacionário e da dívida externa. AYERBE, L. F.; PACHECO, C. A. op. Cit. P. 84-89. NASSIF, L. F. op. Cit. P. 49-50. É de ressaltar que, desde 1984, a economia apresentava sinais de recuperação em virtude do salto exportador no período. Sobre o quadro partidário da Constituinte, ver: BARROSO, P. H. **Constituinte e Constituição**. Participação popular e eficácia constitucional. Curitiba: Juruá, 1999. p 96-97. DREIFUSS, R. **O jogo da Direita**. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 99-180.

⁴³³ . O acelerado crescimento do biênio 85-86 não se repetiria nos anos seguintes da gestão José Sarney.

regular de 1982 que, pela Emenda Constitucional nº 26, tornaram-se Senadores Constituintes. Fato curioso e da maior gravidade é que, após as eleições, nos anos de 1987 – instalação – e de 1988 – promulgação, o governo civil deixou fragmentar a sua tênue base de aprovação popular com a derrocada de sua política econômica. Na verdade, os anos de 1987 e 1988 são de completa inconsistência de qualquer política econômica, causada pela sustentação precária do governo.⁴³⁴

Todo o processo de elaboração da Constituição, no período de 87-88, foi estabelecido sobre a base de negociações, acordos, insuflar de grupos de pressão e confrontos sem vencedor hegemônico. O quadro fragmentado e centrífugo das forças políticas (e partidárias) desenhou o processo constituinte da fragmentação e da pluralidade desconexa. Esse quadro refletiu na impossibilidade de adoção de qualquer modelo, forma ou regime puro para a Ordem Econômica constitucional. As dificuldades de englobar descritivamente todos os setores representados na Assembléia Nacional Constituinte limitam a redação de um quadro preciso. Pode ser elaborado um elenco, em síntese superficial, dos principais blocos de ação no processo constituinte:⁴³⁵

i) Forças do antigo regime ditatorial militar e forças da redemocratização. A classificação é bastante imprecisa. O choque no processo constituinte entre as duas forças resume-se às tentativas de evitar a consagração de normas que representassem rupturas abruptas no processo de transição lenta, negociada e segura da ditadura à democracia. E o que

⁴³⁴ . No começo do ano de 1987, há nova troca de Ministério da área de economia. Novo plano de estabilização é editado em maio. Em dezembro de 1987, há nova troca de Ministério.

⁴³⁵ . A literatura política apresenta um grupo conservador denominado Centro Democrático ou Centrão como um grupo hegemônico no processo constituinte. A assertiva deve ser avaliada com cuidado. É bem provável que as linhas gerais do confronto esquerda e direita pudessem ser delimitados na elaboração da Constituição com o Centrão, situando-se à direita no espectro político. Porém, deixa escapar todas as divisões e pluralidades que povoavam, inclusive, o Centrão. Um caso marcante de dissenso na base do Centrão ocorreu na votação da parte do Sistema Financeiro Nacional na qual a bancada ruralista – tradicional integrante do Centro Democrático - aliou-se à esquerda nacionalista e socialista. O que não dizer dos monopólios constitucionais em que houve a quebra do voto do Centro Democrático entre liberais e a Direita nacionalista.

seriam as forças de redemocratização? Englobariam grupos conservadores democráticos, dissidentes do regime militar e setores de esquerda.⁴³⁶

ii) Choque entre concepções de social-democracia e socialistas e o liberalismo. O momento em que a Constituição foi produzida era o da insurgência de modelos liberais renovados (neoliberais), mudanças nas plataformas da social democracia e o caso das democracias populares (ou socialismo real). As diversas concepções acabaram refletindo nas normas da Ordem Econômica, na definição da margem de ação do Estado e dos agentes privados no domínio econômico. Desse choque podem ser destacados os da ampliação de Direitos Sociais, da estrutura normativa da Ordem Social e Ordem Tributária e Financeira.⁴³⁷

iii) Alavancagem das representações populares. Os setores populares, representados por uma miríade de movimentos sociais, lutaram ao longo do processo constituinte por modificações e ampliações de Direitos Individuais, Coletivos, Sociais e Políticos, além de uma maior participação direta nos instrumentos de Organização dos Poderes e de eficácia e controle de constitucionalidade. Houve embate entre esses movimentos populares e segmentos que basearam as suas plataformas na manutenção de uma estrutura clássica de Constituição, limitando o controle popular direto na organização dos Poderes e de eficácia e controle constitucional em prol de instrumentos tradicionais de democracia representativa.

5.8. O balanço da Constituição produzida.

Todo o processo constituinte foi inegavelmente marcado pela ausência de uma força hegemônica capaz de imprimir uma direção normativa explícita ao texto. A consequência é a presença textual de constantes antinomias de princípios que têm como fundo

⁴³⁶ . Como ilustração do debate, o choque ocorrido para a definição do papel constitucional das Forças Armadas.

⁴³⁷ . Como a questão dos monopólios, da função social da propriedade e da política agrária.

os conflitos de valores e ideologias. O mesmo conflito de ideologias e valores é que explica a existência de muitas disposições textuais com lacunas ou com larga remessa de conteúdos ao legislador infraconstitucional e ao leque discricionário do agente conformador do texto.

A correlação de forças que atuou no processo constituinte - 86 a 88 - acabou por elaborar um texto de compromisso entre o novo e o velho. O modelo econômico, constitucionalmente adotado, não ousou rupturas com o velho modelo autoritário, também não o reprimou na nova Carta. O produto final foi ao mesmo tempo *imperfeito, inacabado, contraditório e surpreendente*. Isso significa que o Constituinte abusou no texto da Ordem Econômica na utilização de fórmulas compromissórias, escritas em princípios programáticos de controversa justicialidade, com campo aberto a lacunas e silêncios, quando não estampadas fórmulas contrapostas de ideologias em conflito.⁴³⁸

*Intervencionismo e liberalismo se alternam na formulação dos princípios e essa relação alternativa que poderá conduzir ao primado de um ou de outro, exprime o clima de ambigüidade e de duplo sentido que percorre as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira. Liberalismo, intervencionismo e dirigismo econômico refletem as correntes que se debateram na Assembléia Nacional Constituinte e as maiorias eventualmente vitoriosas imprimiram no texto da Constituição a concepção heteróclita da Ordem Econômica.*⁴³⁹

i) A imperfeição decorre da fórmula compromissória que desperta dúvidas sobre a direção de política econômica a ser adotada. Exemplo disso são algumas antinomias de avaliação presentes no confronto entre princípios e subprincípios da Ordem Econômica. O Constituinte colocou, como uma das idéias nucleares, a ação estatal na economia e a promoção de políticas sociais do Estado brasileiro como, promotor de bens e produtos de

⁴³⁸. As expressões de balanço da Constituição foram extraídas de: COELHO, J. G. L. Duelo entre o novo e o antigo. **Humanidades**, Brasília, ano V, n° 19, p. 6-12, 1988.

⁴³⁹. HORTA, R. M. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 28, n. 111, p. 15, jul./set. 1991.

consumo social, reorganizador da estrutura social e ativo na economia (ver artigo 3º combinado com o artigo 170). Essa natureza requer uma ação global planejada na qual a função estatal do planejamento *deveria ganhar destaque*, já que a Constituição coloca o Estado como interventor na economia: defesa do consumidor (artigo 170, V) , defesa do meio-ambiente (artigo 170, VI), titular de serviços públicos (artigo 175), explorador de atividades econômicas (artigo 173), redutor das desigualdades regionais e sociais (artigo 170, VII) e garantidor do desenvolvimento nacional (artigo 3º, II). Com tantos encargos, espera-se um maior cuidado na função planejamento, para a boa execução desse leque de políticas públicas. O planejamento está limitado, todavia, ao artigo 174 (e seu parágrafo). É tutela de pouco destaque e imprecisa delimitação para instrumento de tanta importância na promoção de políticas públicas.⁴⁴⁰

ii) As contradições decorrentes de confrontos ideológicos estão estampadas no choque de princípios da Ordem Econômica trazendo problemas interpretativos para encontrar-se uma forma de harmonização e ponderação. Ao mesmo tempo em que coloca como os seus fundamentos a livre iniciativa e a liberdade de iniciativa (artigo 1º, IV; artigo 170, *caput*), acrescentou ao texto um artigo que bem pode ser interpretado como hipostasia do Estado, ao entregar-lhe funções como agente normativo e regulador, fiscalizador, incentivador e planejador da atividade econômica. Embora tenha colocado uma ressalva de que a função planejamento seja indicativa para o setor privado e determinante para o setor público, não foram poucas as divergências interpretativas que o artigo trouxe. Na verdade, em um dos seus sentidos possíveis, permite-se uma amplitude de ação estatal que, por não encontrar um preciso limite no artigo 170, criaria um dirigismo estatal inédito em nossa história.

iii) O caráter inacabado do texto constitucional pode bem ser visto nas incessantes constatações de espaços discricionários, margens de conformação ao legislador e lacunas

⁴⁴⁰ . COUTO E SILVA, C. V. O planejamento na economia brasileira. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 28, n. 109, p. 43-60, jan.-mar. 1991.

intencionais. Talvez o mais exemplar artigo desta natureza, na Ordem Econômica, seja o artigo 192 que trata do Sistema Financeiro Nacional. O artigo 192 estampa em seu *caput* determinações genéricas de promoção da coletividade (sem especificar meios e fins) que bem podem ser interpretadas como verdadeira petição de princípio, elenca uma lista de princípios para o mesmo Sistema Financeiro que, em sua maioria, já estavam contempladas em legislação infraconstitucional antiga (a Lei nº 4.595, de 1964). O que é interessante é o dispositivo constitucional remeter a real determinação de meios, fins e regulamentação para futura lei complementar, com evidente ampla margem ao legislador complementar.

iv) O resultado da Constituição é surpreendente, pois as fórmulas dilatórias e compromissórias, abrindo um amplo leque de opções interpretativas e de concretização da Constituição, conseguiram servir de suporte para o momento de rupturas e transformações que eram os palcos para a produção da norma constitucional. A dilação e a opção por coordenadas jurídicas genéricas (lacunosas), somada à conciliação de oposições e comandos contraditórios na forma de pacto entre forças (antinomias e imperfeições), conseguiram oferecer à coletividade um espaço mítico de acomodação de conflitos e expectativas. A análise atenta das disposições constitucionais faz ressaltar que as normas constitucionais da Ordem Econômica em vez de serem *determinadas* são *determináveis*. É bom salientar que, além da fragmentação de forças políticas, o momento de produção da Constituição era o momento de quebra de paradigmas, de ruptura de sistemas econômicos e de ordenação de novas formas ou regimes do capitalismo. Ao destinar aos agentes políticos a conformação e a estipulação de coordenadas determinadas, o Constituinte conseguiu evitar o superdimensionamento da função constitucional. A Constituição faz determinações genéricas de política econômica, entregando a sua efetivação aos agentes políticos e administrativos, dispondo estes de larga margem discricionária para a sua implementação. A Constituição não consagrou o dirigismo

estrito em matéria de política econômica mas, ao contrário, deixou ao jogo político posterior, a determinação final e concreta de suas diretrizes genéricas e plurívocas.⁴⁴¹

5.9. O preâmbulo e a ideologia constitucional.

A coexistência de visões de mundo e de forças políticas diferenciadas levam o intérprete da Constituição de 88 à conclusão de que ele se está defrontando com um texto de compromisso. Talvez por sua indeterminação e intencional vagueza e ambigüidade, o texto da Constituição de 88 tenha despertado tantas considerações diferentes nos comentários à Ordem Econômica:

*Podemos alinhar, à guisa de conclusões, quatro pontos característicos do modelo econômico conservador na Carta de 88: o primeiro, a manutenção do estatismo, uma solução política exaurida. (...)*⁴⁴²

Ou:

*A partir da Constituição de 1988, houve uma grande mudança sobre o conceito de intervenção do Estado na economia, restringindo-o.*⁴⁴³

⁴⁴¹ . BORGES, A. W. A Ordem Econômica da Constituição: um balanço das reformas constitucionais dos anos 90. **Cadernos de estudos jurídicos contemporâneos**, Uberlândia, ano 1, n. 1, p. 93-99, agos. 2001. O mito congela as formas de participação conflitual e respeitadora das diferenças da sociedade. As transformações imprevisíveis - e invisíveis - da sociedade contemporânea sepultaram mundos ideais. Conforme WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito - III - o direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

⁴⁴² . MOREIRA NETO, D. F. O Estado e a economia na Constituição de 1988. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 26, n. 102, p. 19, abr./jun. 1989.

⁴⁴³ . BASTOS, C. R. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 446.

Ou:

*A ordem econômica na Constituição de 1988 – digo-o –
postula um modelo de bem estar.*⁴⁴⁴

A natureza peculiar do texto constitucional, inclinado aos compromissos e aos espaços de disputa política infraconstitucional curiosamente parece abrir, na doutrina brasileira, um espaço de confronto de juristas intérpretes. Este caráter peculiar da Constituição brasileira começa a ser percebido, logo à entrada do texto, com seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

O preâmbulo torna cristalino que o Constituinte preocupou-se com o estabelecimento de um pacto, como se esta disposição textual realizasse a ratificação de um pacto de coexistência entre modelos diferenciados, acentuando a abertura à maleabilidade do sistema constitucional brasileiro. O modelo constitucional adotado pelo constituinte tem forte indicação de filiação ao Estado Social, abandonando pretensões finalísticas puras, pondo em seu lugar, coordenadas determináveis. Pode-se mesmo afirmar que o modelo adotado é um modelo de pautas mínimas e não de objetivos rígidos

⁴⁴⁴ . GRAU, E. R. **A Ordem Econômica e Financeira na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 309. O autor cataloga várias concepções sobre a OE em sua obra desde a página 194.

previamente fixados. Utilizando-se da terminologia de Simões Patrício, é perceptível uma fraca inclinação do Constituinte brasileiro para uma área de programa fortemente determinada. A área de programa da Constituição brasileira é de balizamento indicativo, sem ser de rígida determinação de programas finalísticos.⁴⁴⁵

E como é possível identificar a ideologia presente no texto preambular, comparando-o com modelo do Estado Social? É necessário decompor as mensagens chave do texto. Assim, o preâmbulo será analisado em pontos principais:⁴⁴⁶

- i) a definição da autoridade produtora, na entrada – função de anúncio de autoridade;
- ii) o modo de ação e reunião do processo Constituinte;
- iii) o regime político do Estado;
- iv) o rol de Direitos do texto constitucional;
- v) a aproximação aos Direitos individuais clássicos do liberalismo;
- vi) a aproximação aos Direitos sociais do constitucionalismo social;
- vii) valores que receberão a consagração como princípios fundamentais do Estado;
- viii) programas de ordenação do Estado;
- ix) valores que receberão consagração nos princípios das relações internacionais do Estado;

⁴⁴⁵ . Os preâmbulos como documento de ratificação são encontrados na ilustração de Humberto Quiroga Lavié sobre a Constituição Argentina. Trata o autor da função do preâmbulo como ratificador do pacto federal. QUIROGA LAVIÉ, H. **Leciones de Derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 21-23.

⁴⁴⁶ . SOUZA, W. P. A. de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 26, n. 102, p. 21-49, abr.-jun. 1989. id. O discurso intervencionista nas Constituições brasileiras. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 21, n. 81, p. 323-348, jan.-mar. 1984. id. Poder constituinte e ordem jurídico-econômica. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 23, n. 89, p. 33-48, jan.-mar. 1986.

x) ato solene de promulgação da Constituição;

xi) proteção invocada ao ser supremo.

Assim, o preâmbulo serve para identificar valores que são fundamento de princípios da Constituição; a estrutura do regime político do Estado; o rol de Direitos Fundamentais; princípios de relações internacionais.

Preâmbulo – fundamento – artigo 1º - regime político;

Preâmbulo – fundamento – artigo 3º - objetivos;

Preâmbulo – fundamento – Título II – Direitos fundamentais;

Preâmbulo – fundamento – artigo 5º - Direitos individuais e coletivos ;

Preâmbulo – fundamento – artigo 6º ao artigo 11 – Direitos sociais;

Preâmbulo – fundamento – artigo 4º - Relações internacionais.

5.9.1. *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia*

Nacional Constituinte. Esta mensagem identificadora do poder produtor ressalta que a Constituição não foi produzida com a necessidade de ratificação popular posterior. Os Constituintes gozavam de legitimidade para a produção e promulgação da nova Constituição pela sua eleição como representantes populares no pleito de 1986. A eleição de 15 de novembro de 1986 foi o título legitimador, tornando dispensável a ratificação popular posterior.

5.9.2. *Para instituir um Estado democrático.* A instituição do Estado

Democrático como tarefa ou finalidade deve ser contextualizada como objetivo mor da nova Constituição. A produção do novo texto constitucional foi o marco de rompimento

com a antiga ordem autoritária iniciada em 1964 e encerrada três anos antes. Essa mensagem é emblemática, pois se coloca como uma das mais determinadas e precisas finalidades da Constituição que é a conquista democrática ou redemocratização. Este parece ser um dos pontos que alcançou consenso entre as forças políticas divergentes. O tema, todavia, vai se tornar complexo ao longo do texto, pois há uma área a ser delimitada para a configuração deste quadrante democrático.

A idéia de democracia transmitida pelo preâmbulo e concretizada na Ordem Econômica é de democracia com justiça social e de Bem-estar coletivo – existência digna. Esses são traços preciosos para poder ser entendida a nuance do Estado Social da Constituição. A bem da verdade que justiça social e existência digna são mensagens ambíguas, não deixam de conotar a significação de um Estado de Bem-estar, próprio ao Estado Social. Muito se aproxima a mensagem do preâmbulo ao Estado Social, quando a vemos concretizada nos dispositivos da Constituição, no modelo de democracia social ou social liberalismo.

5.9.3. Destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. O modelo de democracia, preocupada com o Bem-estar coletivo e com as estruturas políticas do Liberalismo clássico, aliado às dimensões morais do Liberalismo (liberdades individuais), está na mensagem preambular, ao colocar como fim da ordem constitucional a conjugação de Direitos individuais – em sua dimensão moral e política – e Direitos sociais. Interessante é a colocação em primeiro plano dos Direitos sociais, seqüencialmente no texto antecedendo os Direitos individuais. Por certo que, a pesada e sensível dívida social que foi motivadora imediata da Constituição acabou colaborando para esta ordem de preferência, embora não possa significar a ascendência de um Direito ao outro. Estabelecer essa ascendência contraria o plano compromissório da Constituição e fere o tópico de unidade constitucional. O razoável é supor que a preocupação do Constituinte com o

Estado Social visa justamente o estabelecimento de uma sociedade com melhores condições de desenvolvimento humano (compatível com a riqueza nacional).

Então, a ordem de preferência está como condição e, ao mesmo tempo, finalidade do modelo de Estado constituído. A instituição do Estado social é colocada no plano da Constituição como exigência de uma sociedade marcadamente desigual e injusta na distribuição da riqueza e acesso aos bens de consumo social indispensáveis. Esta tônica social encontra-se no Título II, na parte dos Direitos Sociais e no Título VIII, Da Ordem Social que devem ser conjugados ao Título VII para a compreensão de várias disposições do último como justiça social, existência digna, e na combinação de elementos que são colocados como fundamentos da Ordem Econômica – valorização do trabalho humano e livre iniciativa. Combinar o valor trabalho – tutelado nos Direitos Sociais – e livre iniciativa têm a pretensão de oferecer as prerrogativas de Direitos individuais liberais clássicos com a proteção social, confirmando a estrutura de Estado Social.

5.9.4. *A liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.* Como desdobramento da ideologia de um Estado Social, o preâmbulo combina elementos essenciais do Liberalismo – a liberdade – em relação com a persecução do Bem-estar individual e coletivo. É interessante notar que a idéia de liberdade vai além da liberdade individual – embora seja indispensável – para a liberdade de uma forma de vida em sociedade racionalmente organizada. A mesma linha de interpretação para o conceito de segurança está direcionada para a segurança social, como estampada no artigo 170, *caput*, em que a Ordem Econômica deve assegurar existência digna. Igualdade e justiça são princípios centrais do Estado liberal instaurado após os movimentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII. O preâmbulo de 88 pretende a consideração da justiça e igualdade em sentidos ampliados, incluindo condições materiais isonômicas, com tratamento diferencial em atenção às concretas condições econômico-materiais (como é patente ao

analisar os incisos IV e IX, artigo 170). O termo justiça reforça a preocupação com várias normas de desdobramento de seu conteúdo: direitos e garantias individuais, acesso às instituições do Estado Democrático Constitucional, supremacia constitucional e adequada distribuição de bens de consumo social – justiça social. Acentuando o seu plano programático, o preâmbulo define que o Estado, ora instituído, deverá promover o desenvolvimento. O desenvolvimento supõe a mudança de estágio, de um patamar ao outro, devendo o Estado brasileiro alcançar níveis de excelência

nos indicadores de progresso material humano disponíveis.⁴⁴⁷

5.9.5. *Como valores supremos.* A supremacia de valores expostos no preâmbulo serve de indicador necessário de qualquer critério valorativo que se utilize o intérprete na hermenêutica dos Direitos constitucionais. A ideologia constitucional está alicerçada nos valores de justiça, liberdade, desenvolvimento, igualdade, segurança e Bem-estar, todos esses valores integrados na estrutura de um Estado Democrático. A referência aos valores supremos imprime a marca da ideologia transposta à parte normativa da Constituição, combinando os elementos do Liberalismo – nos Direitos individuais, políticos e coletivos – com o sopro social – Direitos Sociais, Econômicos (e também as dimensões do Estado ecológico).

5.9.6. *De uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.* A coexistência entre correntes e ideologias diferenciadas no processo Constituinte brasileiro, alimentando acesos a debates e a fricção de valores, serviu para que na redação preambular fosse contemplado enfaticamente os elementos vetores da

⁴⁴⁷ . ARAÚJO, S. L. S. O preâmbulo da Constituição Brasileira de 88 e sua ideologia. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, Brasília, p. 8-11. O desenvolvimento é antes de tudo um Direito com caráter de medida. Como definir o estágio de desenvolvimento? Um parâmetro bastante razoável seria a aferição da cota de riqueza, produtividade, avanço tecnológico alcançada por um Estado quando comparado à média alcançada pelos Estados mais aquinhoados. Para que esta aferição seja atestada com um grau de segurança, há a necessidade de séries históricas alongadas, captando séculos ou mais do que série cinquentenária. Ver: ARRIGHI, G. **A ilusão do desenvolvimento**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. passim. Ilustrativamente veja o quadro da renda – per capita - média de alguns países comparados à renda média do núcleo de países desenvolvidos:

Ano base	1938	1948	1960	1970	1980	1988
Itália	32	22.8	37	50.4	60.9	74.8
Espanha	41.6	18.4	18.6	28.9	48	43.4
Japão	20.7	14.5	23.2	52.1	76.3	117.9
Brasil	12	11.3	12.1	12.7	17.5	12.1
África do Sul e Central	25.2	18.3	10.5	11.3	n.d.	6.1
Malásia	n.d.	n.d.	13.4	9.6	14.1	10.9

Ibid., p. 57 e 59. A renda per capita brasileira mantém um patamar de corresponder a pouco mais de dez por cento da renda do núcleo desenvolvido. Os exemplos notáveis são os do Japão e Itália. Há ainda a acrescentar à idéia de desenvolvimento, o problema central do desenvolvimento ecologicamente equilibrado, pauta inevitável dos últimos anos.

democracia: o pluralismo e a tolerância. A ordem constitucional democrática brasileira consagra em vários de seus princípios (artigo 1º, artigo 4º): a superioridade da via pluralista e tolerante, seja na ordem jurídica interna como no plano de relações entre Estados. A coexistência de ideologias ao mesmo tempo em que atravessa o texto constitucional com a vagueza e os silêncios, também permite a larga margem de atuação do jogo político e dos debates, no limite das estruturas institucionalizadas da Constituição e do Estado de Direito.

5.9.7. Promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. O anúncio do nome oficial do Estado é simultâneo ao ato propriamente de execução da nova Constituição. O Estado Democrático balizado por estruturas liberais e sociais é um Estado Constitucional, servindo a Constituição de ponto culminante na cadeia de normas e valores do sistema de Direito positivo brasileiro, e também como espaço de regulação jurídica máxima do jogo político e da constituição dos poderes, órgãos e funções estatais. Mesmo mantendo o caráter de Estado laico (artigo 5º, VI; artigo 19, I) o preâmbulo ressalta o valor do religioso, do extraordinário, ao mesmo tempo em que serve de limite à sacralização do mundo, exaltando a figura divina não como entidade antropomorfizada por um determinado culto ou religião mas, fiel a sua ideologia de tolerância e pluralismo, o divino como espaço comum a todos os cultos, religiões e credos.⁴⁴⁸

5.10. O momento pós-constituente. A nova Ordem Econômica e os seus desafios.

⁴⁴⁸. ARAUJO, S. L. S. op. Cit. P. 12-13.

A fragmentação do poder civil de transição ocorreu paulatinamente ao esgotamento de suas ações econômicas. De 1987 a 1989, houve uma sucessão de normas de urgência e emergência na forma de Decretos-Lei e – da recém criada – Medida Provisória que receberam a denominação de planos econômicos. Na verdade, o emprego da expressão plano é antitética para descrever tal situação, pois esta expressava o descalabro, a crise na condução da economia, longe de qualquer ordenação racional e previsível de política econômica, longe de qualquer plano ou planejamento.⁴⁴⁹

Tabela 6.⁴⁵⁰

PERÍODO	PIB TOTAL em %	INDÚSTRIA em %	SERVIÇOS em %	AGRICULTURA Em %	PIB per capita US\$
1987	3,5	1,0	3,1	15,0	2057
1988	- 0,1	- 2,6	2,3	0,8	2196
1989	3,2	2,9	3,5	2,8	2893

Os índices inflacionários alcançaram inéditas marcas hiperinflacionárias – a despeito de congelamentos oficiais – e a questão das dívidas pública interna e externa sem solução. Pela falta de credibilidade do emissor – Estado – os títulos de dívida pública eram rolados diariamente para atender às necessidades de custeio do Estado que não eram mais cobertas pela arrecadação tributária – corroída pela alta inflação e ineficácia da arrecadação. O Estado brasileiro foi constituído em mora de sua dívida externa por duas vezes: no início de 1987, por ausência de recursos para honrar os seus compromissos, com declaração expressa do Estado brasileiro; em 1989, sem manifestação oficial, mas novamente por não haver

⁴⁴⁹ . Em 1987, houve a edição do Plano Bresser; em 1989 a edição do Plano Verão. FARIA, J. E. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 39-50.

⁴⁵⁰ . Houve decréscimo da produção, em momentos recessivos, como em 1988. O vigor do biênio 85-86 não foi recuperado.

recursos para honrar os seus compromissos. Com isso, cessaram os contratos com prestamistas internacionais por insolvabilidade do país.

A matriz organizacional do Estado – especialmente na conformação constitucional de sua ação empresarial - manteve-se com poucas alterações no texto constitucional, continuando o modelo implantado ainda nas Constituições do começo do século XX. Este modelo consagrava as seguintes linhas gerais.

i) Um campo de serviços públicos estatais, dividido entre serviços públicos de própria essência do Estado e um setor de serviços públicos de natureza empresarial. Os serviços públicos de natureza empresarial podem comportar execução por delegados privados ou outorga exclusiva a entes estatais. O texto original de 1988 mantinha sob o regime de outorga exclusiva a entes estatais serviços de ponta tecnológica, como telecomunicações.

ii) Um campo de atividades econômicas exploradas pelo Estado, podendo a exploração ser processada em regime de monopólio ou em competição com a iniciativa privada. A Constituição de 1988 inovou ao elevar atividades ao status de monopólio constitucional – resseguros, petróleo e gás natural e atividades nucleares.

iii) A responsabilidade do Estado pela repressão dos abusos do poder econômico, sem definição explícita de órgão ou entidade responsável – muito menos de meios específicos.⁴⁵¹

O setor empresarial estatal – de atividades econômicas e serviços públicos – também se encontrava fortemente fragmentado e ineficiente. As empresas estatais usaram de sua personalidade jurídica própria para contrair empréstimos externos e eram obsoletas na prestação de suas comodidades. Um expediente muito usado na década de oitenta foi a contenção inflacionária por represa de tarifas e preços públicos sob a responsabilidade de

⁴⁵¹ . LIMA, R. de O. Estatismo e intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 15, n. 60, p. 31-52, abr.-jun. 1993. BANDEIRA DE MELLO, C. A.. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 432-500. MUKAI, T. **Participação do Estado na atividade econômica – limites jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 71-116.

estatais. Notadamente em setores de ponta empresas estatais mostravam inoperância e atraso tecnológico – informática e telecomunicações.

Um dos alicerces do – novo – Estado social encontrava-se justamente no rol de Direitos Sociais, indispensáveis para a construção da Ordem Econômica que garanta a todos existência digna e justiça social. Os Direitos Sociais apresentam um caráter dúplice em sua efetivação: há uma gama de Direitos Sociais que são suportados pelos agentes econômicos privados; outros são de responsabilidade do Estado (com o custo suportado pela atividade tributária do Estado). Os Direitos Sociais suportados pelos agentes privados logo encontraram acomodação em patamar estratificado no mercado formal de trabalho. Imensa massa da população em idade de trabalhar ficou, assim, situada marginalmente aos Direitos sociais por não se encontrar em vínculo empregatício formal, logo não podendo aproveitar dos Direitos tutelados. Os Direitos Sociais de responsabilidade do Estado foram vitimados por ineficiente política de redistribuição por parte do Estado. Apesar da forte carga tributária, as comodidades estatais – saúde, educação, cultura – não lograram êxito distributivo imediato.

Um traço curioso é que as dimensões do Estado ecológico sofreram notável avanço *com a*, e *no após* Constituição. A Constituição colocou de maneira inédita a defesa do meio ambiente como princípio da Ordem Econômica e elevou, inovadoramente, o Direito ao Meio Ambiente como Direito Constitucional (artigo 170, VI; artigo 225). Embora passe despercebido, o esgotado governo civil reformulou os entes estatais que dispunham de competência em matéria ambiental e teve destacada atividade legiferante na concretização de Direitos ecológicos.⁴⁵²

Como conseqüência da perda de referência na moeda nacional e na busca de instrumentos que expressassem valor e referência, o Sistema financeiro nacional atravessou

⁴⁵². Como exemplo inicial, a reformulação dos órgãos da política nacional de meio ambiente, pela Lei nº 7.735, de fevereiro de 1989, com a criação da autarquia federal IBAMA. A Lei nº 6.938-81, definidora da política nacional do meio ambiente também foi alterada pela Lei nº 7804-89. A Lei nº 7.802 de 89 tratou do manuseio, produção e depósito de agrotóxicos. O código florestal, Lei nº 4.771-65, foi alterado pelas Leis nº 7.803 e 7.754 de 1989. Ainda as Leis nº 7.643-87 e nº 7.679-88, dispoendo sobre a pesca e proibição de pesca de cetáceos.

momento de inconsistente prosperidade. As tentativas de indexação de valores e a frenética atividade de renovação – diária – da dívida pública recrudesceram a participação do sistema financeiro na riqueza nacional. As diretrizes de política urbana e política agrária previstas na Ordem Econômica (artigos 182 a 191 da Constituição) não mereceram qualquer trabalho destacado de concretização legislativa ou de ação administrativa. A debilidade da sustentação política do 1º governo civil não lhe emprestava qualquer legitimidade para a atuação nesta área.

5.11. Os governos eleitos após a Constituição – balanço dos anos 90.

As eleições para o Executivo Federal no ano de 1989 e para os demais cargos eletivos federais e estaduais no ano de 1990, renovaram a representação política e administrativa, com reflexos na política econômica a ser concretizada sob a supremacia da nova Constituição. O mandato do Sr. Fernando Collor de Mello iniciou com a adoção de ousado plano de estruturação da dívida interna e severa contenção das disponibilidades de liquidez no mercado, com o objetivo de conter a hiperinflação. Foi utilizado o expediente de retenção forçada de haveres depositados nas instituições do Sistema Financeiro Nacional. A questão do endividamento externo foi encaminhada com o início de novas negociações com os credores externos - até o final de 1990, o Estado brasileiro manteve-se inadimplente em suas obrigações externas. As dimensões do Estado Ecológico foram realçadas com a realização de conferência internacional, na cidade do Rio de Janeiro, onde foram discutidas e encaminhadas diretrizes para futura concretização normativa a tutelar os Direitos ecológicos, com harmonização principiológica e normativa mundial.⁴⁵³

⁴⁵³ . PEREIRA, L. C. B. **Os tempos heróicos de Collor e Zélia**. Aventuras da modernidade e desventuras da ortodoxia. São Paulo: Nobel, 1991. p. 35-76.

Encaminhou-se a reforma da matriz organizacional do Estado com a deflagração de um programa nacional de desestatização que compreendeu, na gestão dos Srs. Fernando Collor de Mello e Itamar Franco, a alienação de empresas estatais exploradoras de atividades econômicas pelo Estado. A margem discricionária dada ao Estado para explorar atividades econômicas em competição com os agentes privados era – por vontade de autolimitação do Executivo Federal – restringida. As barreiras tributárias e de origem administrativa à entrada de bens e serviços estrangeiros foram reduzidas, procurando emprestar um novo tratamento isonômico ao mercado e aos agentes econômicos nacionais com os mercados e agentes econômicos estrangeiros.⁴⁵⁴

Tabela 7.⁴⁵⁵

PERÍODO	PIB TOTAL em %	INDÚSTRIA em %	SERVIÇOS em %	AGRICULTURA em %	PIB per capita US\$
1990	- 4,30	- 8,20	- 0,80	- 3,70	3219
1991	1,03	0,26	1,96	1,37	2764
1992	- 0,54	- 4,22	1,52	4,89	2694
1993	4,92	7,01	3,21	- 0,07	2901

Os problemas de inflação só foram solucionados ao final da gestão do Sr. Itamar Franco, no ano de 1994, com a reforma monetária e a criação de nova moeda nacional, após a bem sucedida criação de indexador geral de preços. A política da nova moeda adotou o expediente de valorização induzida da moeda nacional na paridade com moedas estrangeiras, com o claro objetivo de inibir aumentos de preços por agentes nacionais – confrontados com concorrência de preços estrangeiros (de importação facilitada pelas reformas anteriores). Expediente que passou a ser largamente utilizado pelos agentes administrativos e políticos

⁴⁵⁴ . FIORI, J. L. **Os moedeiros falsos**. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 139-150. Deve ser realçado que este primeiro momento não incluía modificação no texto constitucional já que as exploradoras de atividades econômicas não encontravam *status* constitucional. Os primeiros anos da década de 90 apresentaram redução da renda per capita e foram marcados por recessão. Note-se a acentuada queda do PIB industrial.

⁴⁵⁵ . São compreensíveis as dificuldades de sustentação política de Fernando Collor de Mello se forem analisadas as condições econômicas do período: recessão e queda da renda per capita.

encarregados de política monetária foi a utilização da política de juros para contenção de preços e para atrair divisas externas, equilibrando as contas internacionais do país (já que a moeda nacional apreciada inibia um avanço de obrigações de exportação).⁴⁵⁶

A questão da dívida externa foi encaminhada com a celebração de novação e transação de obrigações no ano de 1994 (além da remissão de parte dos contratos celebrados). É interessante notar que há, nos anos noventa, uma mudança dos dinheiros que ingressam no país, em virtude da cessação de barreiras ao ingresso de capitais. Cada vez mais, agentes do sistema financeiro internacional – privado – dispõem-se a investir recursos em mercado de capitais e títulos da dívida pública, aproveitando-se tanto do diferencial dos juros praticados no país em relação aos juros internacionais, como dos preços atraentes dos valores mobiliários nacionais.⁴⁵⁷

A partir de 1995, na gestão do Sr. Fernando Henrique Cardoso, haverá a deliberada mudança dos princípios de organização estatal da Ordem Econômica. De 1995 a 1999, há um ciclo de Emendas à Constituição que alteram – ou rompem com o modelo econômico longo que foi mantido em 1988.⁴⁵⁸

Tabela 8.⁴⁵⁹

PERÍODO	PIB TOTAL em %	INDÚSTRIA em %	SERVIÇOS em %	AGRICULTURA em %	PIB per capita US\$
1994	5,85	6,73	4,73	5,45	3569

⁴⁵⁶ . SOLIMEO, M.; TROSTES, R. L. **Plano real – pára ou contínua?** São Paulo: Makron books, 1997. passim.

⁴⁵⁷ . GOMES, C.; UNGER, R. M. **O próximo passo.** Uma alternativa prática ao neoliberalismo. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996. p. 41-73.

⁴⁵⁸ . Luiz Carlos Bresser Pereira define um rol de medidas a serem adotadas para uma reforma do Estado - e superação da crise. Em síntese apertada, o rol compreenderia: a) um ataque à inflação, b) reforma da administração pública, c) reforma da previdência social, d) inserção ousada do país no mercado internacional, e) recuperação da capacidade de poupança e investimento - público e privado. Uma leitura atenta pode elucidar que não é o plano normativo constitucional o obstáculo à recuperação da credibilidade do Estado, à queda da inflação ou ao restabelecimento do investimento e da poupança. É de se refletir se grande parte das reformas não dependeria, isso sim, da legislação infraconstitucional (como acabar com certos privilégios de aposentadoria de nichos da burocracia) e de uma correta condução da política econômica. Um ponto que parece ser fundamental ao restabelecimento da poupança pública seria uma reforma tributária que também dependesse mais de produção legislativa ordinária que da atuação Constituinte. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Loc. cit. p. 207-315.

⁴⁵⁹ . O comportamento da economia pode ser representado por um pico, em 1994 (alimentado pelo bom resultado de 93), e a linha descendente até 1998 e crise cambial no começo de 1999.

1995	4,22	1,91	4,48	4,08	4554
1996	2,76	3,73	1,87	4,06	4920
1997	3,68	5,52	1,24	2,69	5037
1998	0,15	- 0,98	0,75	0,36	4798

5.11.1. *A conformação constitucional de uma nova organização estatal (conseqüências para a política econômica constitucional).* As Reformas Constitucionais de 95-99 efetivamente definem novas diretrizes de política econômica estatal ao restringirem a ação estatal empresarial e possibilitarem uma maior participação de agentes econômicos de capital estrangeiro nas atividades econômicas do mercado interno. Aquela natureza de conflitual coexistência de orientações de política econômica divergentes, de discursos não-conclusivos, presentes na Ordem Econômica constitucional, foi sensivelmente reduzida após o ciclo de Emendas à Constituição. A existência de uma hegemonia com representação parlamentar - e no Executivo -, permitiu a superação da fragmentação do texto constitucional com uma determinada implementação de política econômica – na margem discricionária dos agentes políticos e administrativos.⁴⁶⁰

O rol de Emendas consiste em:

i) EC nº 5 - 15.08.95. Altera o § 2º do artigo 25. Permite a concessão à iniciativa privada do serviço público de gás canalizado, antes só podendo ser explorado pelos Estados ou por delegação exclusiva a empresa estatal.⁴⁶¹

ii) EC nº 6 - 15.08.95. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do artigo 176. Acaba com a distinção entre empresa brasileira constituída sob as leis brasileiras e

⁴⁶⁰ . Sobre as mudanças institucionais ver: NORTH, D. C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 16. (Ensaio e artigos).

⁴⁶¹ . Redação original do § 2º: Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado. Passou a vigorar com a alteração: Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante *concessão*, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

empresas brasileiras de capital nacional. O artigo 171 é simplesmente suprimido.⁴⁶²

iii) EC nº 7 - 15.08.95. Altera o art. 178. Altera a regulação dos serviços públicos de transporte. Põe fim à exploração exclusiva por embarcações nacionais da navegação de cabotagem.⁴⁶³

iv) EC nº 8 - 15.08.95. Altera o inciso XI e alínea *a* do inciso XII do art. 21. Põe fim à exploração exclusiva dos serviços públicos de telecomunicações por entidades estatais, limita a expressão dos serviços públicos de telecomunicação.⁴⁶⁴

⁴⁶² . Na redação original assim dispunha: São consideradas: I. empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II. empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de Direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. Redação original do inciso IX, artigo 170: Tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Passou a vigorar com a alteração: Tratamento favorecido para as empresas brasileiras de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Redação original do § 1º, do artigo 176: A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. Passou a vigorar com a alteração: A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

⁴⁶³ . Redação original: A lei disporá sobre: I. a ordenação dos transportes aéreo, marítimo e terrestre; II. a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros e do país exportador ou importador; III. o transporte de granéis; IV. a utilização de embarcações de pesca e outras. § 1º. A ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. § 2º. Serão brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais. § 3º. As navegações de cabotagem e interior são privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública, segundo dispuser a lei. Alterado passou a vigorar: A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

⁴⁶⁴ . Redação original do inciso XI: Compete à União: Explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de Direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União. Alterado passou a vigorar: Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Redação original do inciso XII, a: Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações. Alterado passou a vigorar: Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

v) EC nº 9 - 09.11.95. Dá nova redação ao art. 177. Altera a forma do monopólio da União sobre as atividades ligadas ao petróleo, permitindo a concessão do monopólio estatal do petróleo.⁴⁶⁵

vi) EC nº 13 – 21.08.96. Dá nova redação ao inciso II do art. 192. Altera o papel do órgão estatal de resseguros no Brasil, acabando com o monopólio de resseguros.⁴⁶⁶

vii) EC nº 19 – 04.06.986. Altera o parágrafo primeiro do artigo 173 da CRFB, definindo especificidades do regime jurídico das exploradoras de atividades econômicas.⁴⁶⁷

No plano infraconstitucional, a política econômica adotada ainda se caracteriza por alienação de empresas estatais prestadoras de serviços públicos de natureza empresarial e outras exploradoras de atividades econômicas. A apreciação de moeda ocorrida de 1994 a 1998 foi corrigida com a desvalorização cambial em janeiro de 1999. Os juros continuaram sendo usados como instrumento de política econômica para inibição de altas inflacionárias – especialmente após a desvalorização cambial de 99. A valorização de moeda e a redução de

⁴⁶⁵ . Redação original: Constituem monopólio da União: I. a pesquisa a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II. a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III. a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV. o transporte marítimo do petróleo bruto (...) ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V. a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. § 1º. O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, (...). Alterado o § 1º e inserido o § 2º, passou a vigorar: § 1º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º. A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: I. a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II. as condições de contratação; III. a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

⁴⁶⁶ . Redação original: Art. 192. (...) II. autorização e o funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador. Nova redação com o fim da exclusividade do órgão estatal de resseguros – IRB: Art. 192. (...) II. autorização e o funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador .

⁴⁶⁷ . Redação original: Art. 173. § 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Nova redação: Art. 173. § 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, a sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: a sua função social e as formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

barreiras ao ingresso de concorrentes estrangeiros geraram um problema na pauta de exportação do país que se procura corrigir no triênio 2000-2002.⁴⁶⁸

Mas, certamente, a tônica das Emendas foi a adoção de um discurso constitucional de maior participação de agentes privados – sob a forma de delegados privados – nos serviços públicos empresariais e atividades econômicas em regime de monopólio. Houve uma concreta direção de política econômica no plano da Ordem Econômica, na reformulação da matriz organizacional do Estado, em suas atividades empresariais. Adrede relacionadas às novas diretrizes de política econômica deve ser mencionado o fenômeno das agências reguladoras, entidades em regimes autárquicos especiais, responsáveis pela atividade de regulação de serviços públicos e atividades econômicas. As agências são a expressão de uma ordenação estatal descentralizada na persecução da política econômica, dotadas que são as autarquias de boa margem de autonomia para a fiscalização e normatização das atividades de sua competência.⁴⁶⁹

Eloqüente no Direito Econômico é o advento da Lei nº 8.884-94 que alterou a estrutura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Vistas sob um mesmo ângulo, a nova disciplina do CADE e o advento das agências reguladoras são as concretas ilustrações da retirada do papel do Estado de sua função empresarial – ou de execução de serviços e atividades sob a sua responsabilidade – para a função de regulador – por definição de normas, pelo exercício do seu poder de polícia e atividades judicantes (administrativas). A idéia central deste novo desenho de funções do Estado é de que deve ser proporcionada, aos agentes privados, a máxima oportunidade de alocação de recursos e investimentos, cumprindo ao Estado a realização de atividade regulatória – e não de intervenção direta empresarial.

⁴⁶⁸ . SOLIMEO, M.; TROSTES, R. L. **Plano real acabou?** São Paulo: Makron Books, 1999. passim.

⁴⁶⁹ . BULGARELLI, W. Op. Cit. P. 117-127. FIGUEIREDO, P. H. P. de. **A regulação do serviço público concedido.** Porto Alegre: Síntese. Passim.

Mesmo na esfera de serviços públicos, é possível ocorrer a realização da tarefa por delegados privados.⁴⁷⁰

5.12. O balanço do preâmbulo e da Ordem Econômica.

Produzida no momento de choque entre concepções e ideologias, no momento de transformação e mutação da forma ou regime do sistema econômico capitalista, assistindo à ruptura dos modelos constitucionais e do sistema econômico do socialismo real, somados ao momento de aguda crise econômica e de transição política interna, a Constituição brasileira adotou em seu discurso normativo textos com fórmulas abertas, compromissos e pactos de dilatação de opções finais, preferindo entregar as suas matérias de Ordem Econômica ao jogo político, na margem discricionária aos agentes políticos e administrativos para a concretização de políticas econômicas.

O discurso ideológico da Ordem Econômica da Constituição brasileira de 1988 é de um Estado Social, combinando as dimensões de Direitos Individuais e Políticos de conquista liberal aos Direitos impositivos de tarefas na conformação social (Direitos Sociais) e econômica (Direitos Econômicos). Analisando o plano dos Direitos Sociais e Econômicos, verifica-se que a Constituição abraçou em seu texto uma acentuada preocupação com o fornecimento de bens de consumo social, uma política de redistribuição baseada no fornecimento de comodidades sob a forma de serviços públicos e imposição de ônus aos vínculos obrigacionais trabalhistas. Se houve forte opção por políticas públicas sociais, o

⁴⁷⁰ . A Lei nº 8.884-94 definiu o CADE como autarquia federal, órgão de jurisdição administrativa, responsável pela apuração e julgamento de infrações contra a Ordem Econômica e julgamento dos atos de concentração empresarial. O Sistema de Defesa da Concorrência do Direito brasileiro ainda conta com a participação do Ministério Público, Secretaria de Direito Econômico e Secretaria de Acompanhamento Econômico. A atividade judicante do CADE estende-se por todo o território nacional e os seus Conselheiros gozam de garantias de estabilização de sua atuação administrativa. Antes da criação do CADE é de se mencionar a Lei nº 8.137-90 que define os crimes contra a Ordem Econômica. Sobre as mudanças no papel do Estado: GRAU, E. R. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional**. Estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 69-75. PROENÇA, J. M. M. Op. Cit. P. 60-64.

mesmo não se pode dizer de uma acentuada ação empresarial do Estado ou notável conformação do Estado na atividade de agentes econômicos.

A fórmula preambular do Estado Social (ou do Estado Econômico) com conteúdos determináveis, mas sem determinação finalística acabou sendo a tônica também da Ordem Econômica. A Ordem Econômica da Constituição de 1988 consagra um modelo de Estado Social, com ações na economia em busca de bem estar social, deixando em aberto, ao espaço infraconstitucional, as definições explícitas dessa política econômica de bem-estar. Essa fórmula lacunosa e de coexistência de conflitos foi preenchida, na década de noventa, por um ciclo de Emendas à Constituição e atividade legislante que conseguiram impor uma mais determinada direção de política econômica, afastando-se dos resquícios de ação empresarial, herdados da tradição constitucional anterior para um modelo de Estado regulador.

6. CONCLUSÃO.

As respostas ao problema da natureza do preâmbulo constitucional e da função como elemento de interpretação da ideologia da Ordem Econômica devem ser elencadas nos seguintes tópicos:

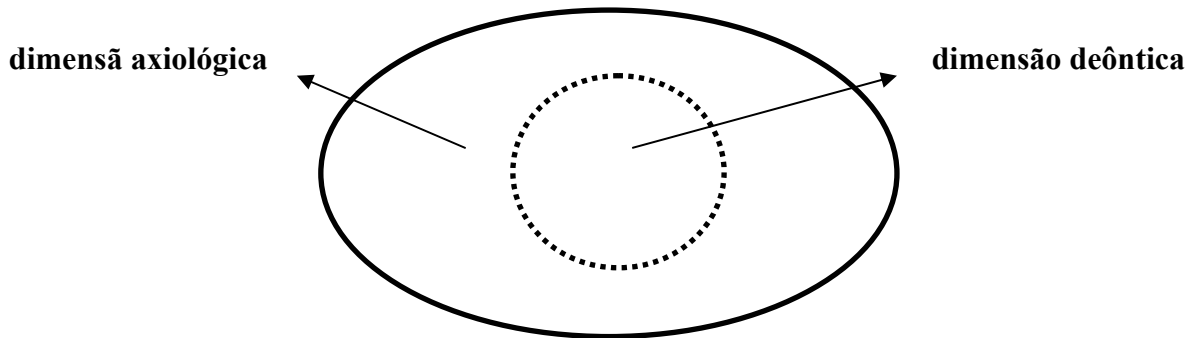
i) O preâmbulo é a parte preliminar das Constituições. O nascimento do constitucionalismo liberal é o nascimento do padrão redacional das Constituições. As técnicas de redação constitucional, consagradas em quatro séculos de experiência constitucional escritas, dão à Constituição padrões de formalização do esquema de conteúdos eleitos pelo constituinte, determinando certos modelos inspiradores na redação constitucional.

É praxe a colocação de material de abertura, com a identificação da autoridade produtora, do momento de produção da norma e dos objetivos de sua produção, constituindo o preâmbulo constitucional. Assim, constata-se que o preâmbulo esteve presente desde o advento do moderno constitucionalismo – Constituição dos EUA em 1787. Todas as Constituições brasileiras trazem preâmbulos em sua abertura, tornando-se comum esta prática redacional na distribuição de conteúdos e matérias da Constituição. Destarte, o preâmbulo é a peça de abertura das Constituições.

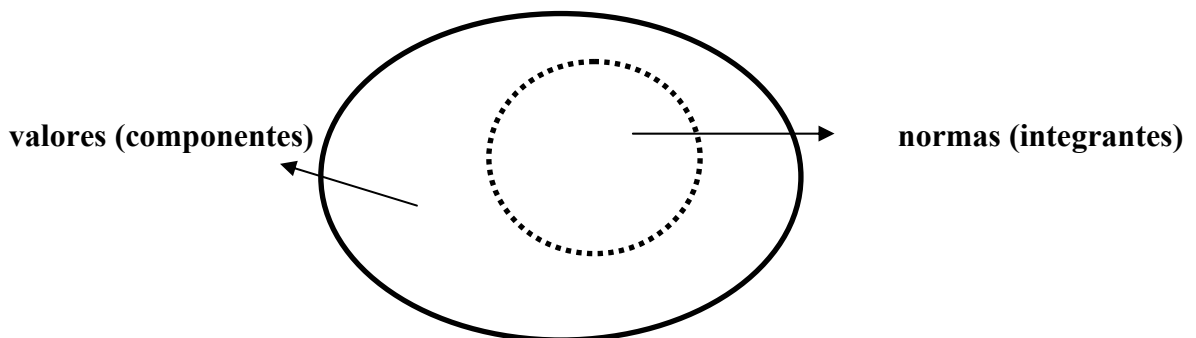
Parte preliminar do texto constitucional – preâmbulo

Descrição – anúncio da autoridade produtora

ii) O sistema do Direito é sistema axiológico. O sistema do Direito pode ser visualizado em duas dimensões, a saber: dimensão axiológica e dimensão deôntica.



Na dimensão axiológica, a dimensão dos valores, pode ser entendida esta como fundamento do dever ser. A dimensão deôntica apresenta a divisão das normas em princípios ou regras. Os valores estão em posição diferenciada, fundamental, em relação aos princípios e regras, dir-se-ia que os valores posicionam-se como elementos orbitais aos elementos deônticos, são os componentes do sistema; as normas são integrantes do sistema (conclui-se que os componentes são orbitais ao núcleo do dever ser).



iii) Os valores definem a teleologia do sistema. Os valores são os fundamentos do núcleo normativo e estabelecem gradações ou direções normativas, baseadas no valioso e na teleologia do sistema mas, importante, sempre é necessário traduzir essas gradações ou

direções para o plano do dever ser. A direção normativa do sistema é determinada pelos valores, mas, é claro, não se resume a ela. A decisão tomada com base em valores deve contar com de expressão gráfica do dever ser. Os valores são os fundamentos do sistema e ao mesmo tempo os indicadores de direção normativa, permitindo identificar o sistema do Direito, sistema nuclearmente normativo, como portador de uma natureza axiológica e teleológica.

iv) O preâmbulo é a consagração textual de valores. O preâmbulo é a consagração textual de valores influenciadores da obra do Constituinte. Os vários métodos de interpretação constitucional afirmam a natureza do preâmbulo como manifestação de vontade do legislador, documento indicador da *mens legislatoris*, servindo para a definição de sentidos de interpretação da Constituição.

Preâmbulo – vontade do Constituinte – consagração textual

v) O preâmbulo é a consagração da ideologia constitucional. O sentido ideológico da Constituição pode ser captado no preâmbulo. O sentido ideológico é o par do sentido deôntico enlaçando, dentro do sistema do Direito, a dimensão valorativa e a dimensão deôntica. Em aspecto mais concreto a ideologia constitui o sistema significante do sentido deôntico dos textos normativos.

Valores – concretos – ideologia

Sentido ideológico - preâmbulo

vi) O preâmbulo define o tipo de ideologia constitucional. Ideologia só existe enquanto puder ser contrastada com outra ideologia. Para a delimitação da ideologia (ou das ideologias) da Constituição é necessário estabelecer uma tipologia das ideologias constitucionais. São tipos de ideologia constitucional: o modelo do constitucionalismo liberal,

o modelo do constitucionalismo liberal do século XIX, o modelo do constitucionalismo social (entre guerras), o modelo do constitucionalismo das democracias populares, o modelo constitucional da direita autoritária e o modelo do constitucionalismo social (pós-guerra). A mensagem do preâmbulo permite definir o tipo ou modelo de ideologia de filiação da Constituição.

Preâmbulo – consagração da ideologia constitucional.

vii) O preâmbulo da Constituição é filiado ao modelo do constitucionalismo social. O preâmbulo da Constituição brasileira menciona em sua mensagem o fundamento valorativo do Estado de Bem Estar, conciliando Direitos individuais com Direitos Sociais e Econômicos e ação do Estado na conformação da economia e sociedade. É mensagem de valores típica da ideologia do constitucionalismo social. Analisando o plano dos Direitos Sociais e Econômicos, verifica-se que a Constituição abraçou em seu texto uma acentuada preocupação com o fornecimento de bens de consumo social, uma política de redistribuição baseada no fornecimento de comodidades sob a forma de serviços públicos e imposição de ônus aos vínculos obrigacionais trabalhistas.

viii) A ideologia da Ordem Econômica é definida pelo preâmbulo. A fórmula preambular do Estado Social (ou do Estado Econômico) com conteúdos determináveis, mas sem determinação finalística acabou sendo a tônica da Ordem Econômica. A Ordem Econômica da Constituição consagra um modelo de Estado Social, com ações na economia em busca de bem estar social, deixando em aberto, ao espaço infraconstitucional, as definições explícitas dessa política econômica de bem-estar.

Assim, o **preâmbulo é elemento não-normativo, texto preliminar ao corpo normativo da Constituição, consagrador de valores, na forma concreta de ideologia, a**

ideologia constitucional de Estado de Bem-Estar social (ativo na conformação de políticas sociais), com plano de política econômica condensado na Ordem Econômica, plano de política econômica determinável (não determinado) abrindo espaço de conformação infraconstitucional.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 74, jul./set. 1999.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ALMEIDA, J. O desenvolvimento da classe empresarial brasileira. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano XI , nº 42 , p. 197-294, abr.- jun. 74.

ALTAVILA, J. **Origem dos direitos dos povos**. 5. Ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ARAGON, M. La interpretacion de la Constitution y el caracter⁴ objetivado del control jurisdiccional. **Anales – Academia nacional de Derecho y Ciências Sociales**, Córdoba, tomo XXV, p. 177-202.

ARANHA, M. I. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1999.

ARAÚJO, L. A.D.; NUNES JR., V. S. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, S. L. S. O preâmbulo da Constituição Brasileira de 88 e sua ideologia. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, Brasília, p. 8-11.

ARGÜELLO, K. S. C. Dilemas do Welfare State. **Alter Ágora**, Florianópolis: UFSC, ano I, nº 2, p. 40-45, nov. 94.

_____. **O ícaro da modernidade**. Direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARRIGHI, G. **A ilusão do desenvolvimento**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

AYERBE, L. F.; PACHECO, C. A. **O choque econômico e a transição negociada**. Brasil e Argentina. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BADELL Y GRAU - DESPACHO DE ABOGADOS. Nueva Constitución. Técnica legislativa y constituyente. Disponível em: <<http://badellgrau.com/constitecleg.html>> Acesso em: 30 jun. 2001.

BALLWEG, O. Retórica analítica e Direito. **Revista brasileira de filosofia**, São Paulo, v. XXXIX, p. 173-184, jul.-set. 1991.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARACHO, J. A. O. A revisão da Constituição francesa de 1958. A permanente procura de uma Constituição modelar. **Unijus**, Uberaba, n. 2, p. 35-67, out. 1999.

BARBOSA, R. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARROSO, L. R. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, P. H. **Constituinte e Constituição**. Participação popular e eficácia constitucional. Curitiba: Juruá, 1999.

- BASTOS, C. R. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BESTER, G. **Cadernos de Direito Constitucional**. parte 1 – teoria constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros.
- _____. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. Multinacionais e a desnacionalização do Estado e da soberania. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano XI, nº 44, p. 12-30, out.-dez. 74.
- _____. **Teoria do Estado**. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BORGES, A. W. Antinomias da Ordem Econômica. Análise de casos de conflitos normativos no Título VII da Constituição. **Unijus**, Uberaba, v. 3, p. 35-44, nov. 2002.
- _____. A ordem econômica da Constituição: Um balanço das reformas constitucionais dos anos 90. **Cadernos de estudos jurídicos contemporâneos**, Uberlândia, v. 1, n. 1, p. 93-100, ago. 2001.
- _____. **A Ordem Econômica e Financeira da Constituição e os monopólios**. Curitiba: Juruá, 2000.
- BORGES Fº, N. **Os militares no poder**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- BRITO, M. N. de. Originalismo e interpretação constitucional. **Sub judice – justiça e sociedade**, Lisboa, n. 12, p. 33- 58, jan.- jun. 1998.
- BOSI, A. **Dialética da colonização**. 2. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- BULGARELLI, W. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CADERMATORI, S. U. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMARGO, R. A. L. **Breve introdução ao Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

____ (org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional**. Estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. **Constituições do Brasil**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994.

____(org.), MOREIRA, V. (org.). **Constituição da República portuguesa**. 3. ed. revista. Coimbra: Coimbra, 1993.

____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

____. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

____. Tomemos a sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Boletim da Faculdade de Direito** – Estudos em homenagem ao professor Ferrer-Correia, Coimbra, III, p. 463-500, 1991.

CAPPELETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

- CARNEIRO, M. F.; ÉLER, K.; SEVERO, F. G. **Teoria e prática da argumentação jurídica – lógica-retórica**. Curitiba: Juruá, 1999.
- CARVALHO SANTOS, J. M. . **Código civil brasileiro interpretado**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. Suplemento I.
- CARVALHOSA, M. **Direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- CHÂTELET, F.; DUHAMEL, O., KOUCHNER, E. P. **História das idéias políticas**. 5. Reimpressão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P., DINAMARCO, C. **Teoria geral do processo**. 8. Ed. São Paulo: RT, 1991.
- CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2000.
- COELHO, E. M et. al. **Ensaio sobre o sistema jurídico**. Uberlândia: Ijcon, 2001.
- _____. **Introdução ao direito penal contemporâneo**. Uberlândia: Ijcon, 2002.
- COELHO, F. U. **Direito antitruste brasileiro**. Comentários à Lei nº 8.884-94. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. **Roteiro de lógica jurídica**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1995.
- COELHO, J. G. L. Duelo entre o novo e o antigo. **Humanidades**, Brasília, ano V, nº 19, p. 6-12, 1988.
- COELHO, L. F. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- COMBLIM, J. **A ideologia da segurança nacional - O poder militar na América Latina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.
- CORWIN, E. S. **The Constitution and what it means today**. Princeton: Princeton University press, 1958.

- CORREAS, Ó. **Crítica da ideologia jurídica**. Ensaio sócio-semiológico. Sergio Antonio Fabris, 1995.
- COSSIO, C. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954
- COSTA, C. Intervenção do Estado nas relações industriais nos anos 80. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano 17, n° 67, p. 207-226, jul.-set. 80.
- COTRIM NETO, A. B. A intervenção do Estado na economia. Seu processo e ocorrência históricos. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano 24, n° 96, p. 139-154, out.- dez. 87.
- COUTO e SILVA, C. V. do. O planejamento na economia brasileira. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano 28, n° 109, p. 43-60, jan.-mar. 91.
- DANTAS, I. **Direito constitucional e instituições políticas**. Bauru: Jalovi, 1986.
- DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DEL VECCHIO, G. **Lições de Filosofia do Direito**. 4. Ed. correcta e atualizada. Coimbra: Armênio Amado, 1972.
- DENISOV, A; KIRISHENKO, M. **Derecho constitucional soviético**. Moscou: Ediciones de Lenguas Extranjeras, 1959.
- DERANI, C. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- DESCARTES, R. **Discurso sobre o método**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1978.
- DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8. Ed. atualizada. São Paulo: Saraiva.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1989.
- DI RUFFIA, P. B. **Diritto costituzionale**. V. XV. Nápoles: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1989.

DREIFUSS, R. **O jogo da Direita**. Petrópolis: Vozes, 1989.

DUMBAULD, E. **The Constitution of the United States**. Norman: University of Oklahoma press, 1965.

DWORKIN, R. Controvérsia constitucional. **Sub judice – justiça e sociedade**, Lisboa, n. 12, p. 27-31.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard university press, 1997.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EASTERLY, William, STANLEY, Fischer. Lições do colapso soviético. **Finanças e desenvolvimento**, Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, v. 14, n° 4, p. 2-5, dez. 1994.

EIZRIK, N. A Ordem Econômica na Constituinte. **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXVI, n. 60, p. 12-17, out. dez. 1985.

ENGELS, F.; MARX, K. **Manifesto do Partido Comunista**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

ESPÍNOLA, E. **A nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

EUA. Suprema Corte. Error to the Supreme Court of the State of Massachusetts. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 US 11 (1905). HARLAN, J., lead opinion. 20 de fevereiro de 1906. Disponível em: <<http://www.usseplus.com>>. Acesso em 21 mai. 2002.

_____. Certiorari to the circuit court of appeals for the ninth circuit. *Olmstead v. United States*. 277 U.S. 438. Taft, J., lead opinion. 04 de junho de 1928. Disponível em: <<http://www.usseplus.com>>. Acesso em 21 mai. 2002

FARIA, J. E. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

- FARIA, W. **Constituição econômica - liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.
- FARIAS, E. P. **Colisão de direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- FERRAZ JR., T. S. **Introdução ao estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 95 – 216.
- FERREIRA Fº, M. G. **Curso de Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. **Do processo legislativo**. 2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. **Estado de Direito e Constituição**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIGUEIREDO, P. H. P. de. **A regulação do serviço concedido**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- FIORI, J. L. (org.). **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- _____. **Os moedeiros falsos**. Petrópolis: Vozes, 1997.
- FONSECA, E. G D. da. **Vícios privados, benefícios públicos? A ética na riqueza das nações**. São Paulo: Companhia das letras, 1993.
- FONSECA, J. B. L. da. **Direito econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998.
- FREITAS, J. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FURTADO, C. **A nova dependência (dívida externa e monetarismo)**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- _____. **Análise do modelo brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- _____. **Formação econômica do Brasil**. 22. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1987.
- _____. **O Brasil pós-milagre**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981
- GADAMER, H. G. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

- GALBRAITH, J. K. **A era da incerteza**. Brasília: UNB, São Paulo: Pioneira, 1979.
- _____. **Transformação e crise na economia mundial**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. **O novo estado industrial**. São Paulo: Pioneira, 1977. (Novos Ubrais).
- GASPARINI, D. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GILISSEN, J. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- GOMES, O. **Introdução ao Direito civil**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- GOMES, C., UNGER, R. M. **O próximo passo - uma alternativa ao neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.
- GOULART, C. S. **Formas e sistemas de governo**. Uma alternativa para a democracia brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1981.
- _____. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. O Estado de pós-bem estar social e o discurso neoliberal (uma alusão ao caso do Brasil). **Alter Ágora**, Florianópolis: UFSC, ano I, nº 1, p. 9-13, mai. 94.
- GUEDES, M. A. P. **Estado e ordem econômica e social**. A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- GUIDOTTI, Pablo, KUMAR, M.; S. K. Administração da dívida pública interna. **Finanças e desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 12, nº 3, p. 9-12, set. 92.
- GURVITCH, E. P. **Fundamentos de sociologia do direito**. Brasília: Unb, 1986.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia**. Entre a facticidade e a validade. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAURIUO, A. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 4. ed. Paris: Édition Montchrestien, 1970.

- HAYEK, F. A. **O caminho da servidão**. 5. Ed. Rio de Janeiro: IL, 1990.
- HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HESSEN, Johanes. **Filosofia dos valores**. Tradução e prefácio de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.
- HIRSCHMAN, A. O. **A retórica da intransigência**. Perversidade, futilidade, ameaça. São Paulo, Companhia das letras, 1992.
- HOBBSAWN, E. **A era do capital**. 5. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano 28, nº 111, p. 5-21, jul.-set. 91.
- _____. **Direito Constitucional**. 2. Ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- HUNT, E. K., SHERMAN, H. J. **História do pensamento econômico**. 16. Ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- JOHNSON, P. **Tempos modernos**. O mundo dos anos 20 aos anos 80. Rio de Janeiro: IL, 1998.
- JOUVENEL, B. de. **A ética da redistribuição**. Porto Alegre: Ortiz, Instituto Liberal, 1996.
- KELSEN, Hans. **Normas jurídicas e análise lógica**. Correspondência trocada entre os Srs. H. Kelsen e U. Klug. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Teoria pura do Direito**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KRUGMAN, P. **A era do conformismo**. As expectativas econômicas frustradas. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

LABASTIDA, H. **Las Constituciones españolas**. Fundo de cultura económica/UNAM: México, 1994.

LAJUGIE, J **Os sistemas econômicos**. Difusão Européia do Livro: São Paulo, 1959. Tradução de Édison Rodrigues Chaves e Gerson Souza. Coleção Saber Atual.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997

LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

LIMA, R. de O. Estatismo e intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano 15, nº 60, p. 31-52, out.- dez. 78.

LIMONGI FRANÇA, R. **Hermenêutica jurídica**. 6.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997.

LINDE, A. S. América Latina e Caribe nos anos 90. **Finanças e desenvolvimento**, Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, v. 15, nº 1, p. 2-6, mar. 95.

LYRA Fº, R. **O que é Direito?** São Paulo: Nova Cultural/Brasiliense, 1985.

LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACRIDIS, R. C. **As ideologias políticas contemporâneas**. Brasília: Unb, 1982.

MAQUIAVEL, N. **O príncipe**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1977.

MARINHO, J. A ordem econômica nas constituições brasileiras. **Revista de direito público**. ano V, n. 19, abr./jun., 1972.

MARX, K. **Marx. Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. Seleção de textos de José Arthur Gianotti. Tradução de José Carlos Bruni et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MAXIMILIANO, C. **Comentários à Constituição brasileira**. 4. Ed. atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

- ____. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947.
- MAZOWER, M. **O continente sombrio**. A Europa do século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- MEDAUAR, O. (coord.). **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MERQUIOR, J. G. O et al. **O liberalismo social**. Uma visão histórica. Massao Ohno: São Paulo, 1998.
- MIRANDA, J. A interpretação da Constituição Econômica. **Estudos em homenagem ao professor Dr. Afonso Rodrigues Queiro**, Coimbra, I, p. 282-291, 1984.
- ____. **Manual de direito constitucional**. tomo I. 4. Ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- ____. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1999
- ____. (org). **Textos históricos do direito constitucional**. 2. Ed. Lisboa: Imprensa nacional, Casa da Moeda, 1990.
- MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MOREIRA, V. **A ordem jurídica do capitalismo**. Lisboa: Centelha, 1977.
- MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MUKAI, T. **Participação do Estado na atividade econômica – limites jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- NASSIF, L. F. **O cruzado – por dentro do choque**. São Paulo: Cultura Editorial, 1986.
- NERY JR. N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. Ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NORTH, D. C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

NUSDEO, F. A Ordem Econômica constitucional no Brasil. **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXVI, n. 65, p. 15-18, jan. mar. 1987.

O'CONNOR, J. **USA: a crise do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

PAULA, Adriano Perácio de. O código do consumidor e o princípio da continuidade dos serviços públicos comerciais e industriais. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano 30, n° 118, p. 403-415, abr.-jun. 93.

PATRÍCIO, J. S. **Direito econômico**. 2. ed. revista e atualizada. Lisboa: AAFDL, 1981.

PENNA, J. O. de M. **O dinossauro**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1988.

PEREIRA, L. C. B. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil - para uma nova interpretação da América Latina**. São Paulo: Editora 34, 1996.

_____. **Os tempos heróicos de Collor e Zélia**. Aventuras da modernidade e desventuras da ortodoxia. São Paulo: Nobel, 1991.

PEREIRA, O. D. **Constituinte – anteprojeto da comissão Afonso Arinos interpretado**. Brasília: Senado- Unb, 1987.

PERELMAN, C. **Lógica jurídica**. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Retóricas**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PIMENTA, P. R. L. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINHEIRO, H. F. **Técnica legislativa: Constituições e atos constitucionais do Brasil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

PONTES DE MIRANDA, A. A. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1946.

_____. **Sistema de ciência do direito positivo**.

PORTELLI, H. **Gramsci e o bloco histórico**. Tradução de Angelina Peralva. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

Preâmbule de 1946. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/p1946.htm>>. Acesso em 12 jun. 2002

Preâmbule de 1958. Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm#Preambule>>. Acesso em 12 jun. 2002

PROENÇA, J. M. M. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PRZEWORSKY. **Estado e economia no capitalismo**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

QUEIRÓS, J. W. N. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

QUIROGA LAVIÉ, H. **Leciones de Derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

REALE, M. **Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Teoria tridimensional do Direito**. Situação atual. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REIS Fº, D. A. **Uma revolução perdida**. A história do socialismo soviético. São Paulo: Perseu Abramo, 1997.

REVISTA USP. Dossiê liberalismo/neoliberalismo. São Paulo: USP, mar./abr./maio, 1993.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981.

ROTHENBURG, W. C. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

ROUQUIÉ, A. **O Estado militar na América Latina**. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

RUSSOMANO, M.V. **História constitucional do Rio Grande do Sul**. 2. Ed. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do RS, 1977.

SADER, E. **Pós neoliberalismo - as políticas sociais e o Estado Democrático**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

SAMPAIO, N. de S. **O processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1968.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. Normas programáticas - análise político-institucional. **Revista de direito público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXI, n. 86, p. 139- 152, abr./jun, 1988.

SCHMITT, C. **A crise da democracia parlamentar**. 1. Ed. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **Teoría de La Constitución**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado. S.d.

SERRANO, J. L. **Validez Y vigencia. Aportación garantista a la teoría del derecho**. 1999. 59 p. Granada: [?]. (apostila mimeo).

SICHES, L. R. **Tratado general de filosofía del derecho**. Mexico: Porrúa, 1978.

SILVA, F. C. V. da. A intervenção do Estado no domínio econômico através dos órgãos da adm. indireta. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano XI, nº 44, p. 31-46, out.- dez. 74.

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. revista. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, O. B. da. **Curso de processo civil**. V. 1. 2. Ed. revista. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

SOBOTA, K. Não mencione a norma. **Anuário dos cursos de Pós-Graduação em Direito**, Recife, n. 7, p. 251-273, 1995.

SOLER, S. La idea de bien comum. In: **Derecho, filosofía y lenguaje**. Homenaje a Ambrosio L. Gioja. Buenos Aires: Astrea, 1976.

SOLIMEO, M.; TROSTES, R. L. **Plano real – pára ou continua?** São Paulo: Makron books, 1997.

_____. **Plano real acabou?** São Paulo: Makron Books, 1999.

SOUZA, W. P. A. de. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Movimento Editorial, Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

_____. Poder constituinte e ordem jurídico-econômica. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano 23, n° 89, p. 33-48, jan.-mar. 86.

_____. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: LTR, 1994.

_____. O “discurso intervencionista” nas constituições brasileiras. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano 21, n° 81, p. 323-349, jan.-mar. 84.

STRATHERN, P. **Aristóteles em 90 minutos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. **São Tomás de Aquino em 90 minutos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

STRENGER, I. **Lógica jurídica**. São Paulo: LTR, 1999.

TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 6. ed. ampliada e revista. São Paulo: Revista dos tribunais, 1989.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Lei das concessões e permissões do serviço público**. Comentada e anotada (Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Medida Provisória n° 890, de 13 de fevereiro de 1995). Rio de Janeiro: Aide, 1995.

TOURAINÉ, A. **Crítica da modernidade**. 4. Ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

VARELA, A. **Direito constitucional brasileiro**. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1998.

VASCONCELOS, W. A. de. A intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano 1, n° 4, p. 55-71, dez. 64.

VENÂNCIO Fº, A. **A intervenção do Estado no domínio econômico**. O direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1968.

VIANA Fº, L. **O governo Castelo Branco**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1975.

VIEIRA, R. A. do A. Duas tendências da economia brasileira: estatismo e desnacionalização. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano XI, n° 44, p. 47-76, out.- dez. 74.

_____. O intervencionismo brasileiro: raízes e perspectivas históricas. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Congresso Nacional, ano XI, n° 42, p. 295-368, abr.-jun.74.

VILANOVA, L. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad.

VILLEY, M. **Filosofia do direito**. Definições e fins do Direito. São Paulo: Atlas, 1977.

WALD, A. Algumas premissas da reforma constitucional: a redução do papel do Estado, o fortalecimento da empresa privada e a limitação do poder monetário. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 30, n. 120, out-dez. 1993.p. 111-118.

WARAT, L. A. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

_____. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Seqüência**, Florianópolis: UFSC, n° 24, p. 36-54, set. 92.

_____. **A pureza do poder**. Florianópolis: UFSC, 1983.

_____. Ética, direitos humanos e transmodernidade. **Humanidades**, Brasília: Unb, n° 21, ano IV, p. 24-27, 1989.

_____. Introdução geral ao direito I. **Interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. 232 p.

_____. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. aumentada com a colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre, 1995.

_____. **Introdução geral ao direito III**. *O direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. 238 p.

____. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 29 e 42-43.

____. O abuso estatal do direito. , Florianópolis: UFSC, n° 16, p.11-24, jun. 88.

____. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). Teoria do Direito e do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 81-96.

____. *Por quien cantam las sirenas: informes sobre eco-ciudadania, ecologia del derecho y de la política*. [Florianópolis], s.d., [1993]. 204 p.

____. Sobre la dogmática jurídica. , Florianópolis: UFSC, ano 1, n° 02, p. 33-55, 2. semestre 80.

WEBER, M. **Economia y sociedad**. Esbozo de sociología comprensiva. 6. reimpression, Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1983.

____. **Economia e sociedade**. Brasília: UNB, 1999, v. 2.

WILSON, E. **Rumo à estação Finlândia**. 3. Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

WOLKMER, A. C. **Ideologia, Estado e direito**. São Paulo: RT, 1989.

____. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994