

## Constituição dirigente e reformismo constitucional

Álvaro Ricardo de Souza Cruz  
Thiago Henrique Barouch Bregunci

Datas como “cinco de outubro de 2008” possuem um valor muito maior do que o cronológico. A constatação de que se passaram vinte anos desde a promulgação da Carta atual possui especialmente um efeito simbólico de cunho variados, empregando discursos de vieses psicológicos, antropológicos, econômicos e filosóficos se incorporam a um “balanço” jurídico do pilar do nosso ordenamento jurídico.

Assim, como os superávits e déficits de um balancete econômico, a doutrina nacional se une para avaliar fatores que consideram positivos ou negativos desde então. Desse modo, a superação das crises econômicas, a estabilidade política com sucessivas eleições livres e democráticas, a significativa adesão nacional aos sistemas e tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, a melhoria dos índices de desenvolvimento humano, a procedimentalização de ações afirmativas, o controle da inflação, dentre outros aspectos, são lembrados como conquistas históricas desse período.

Por outro lado, as distorções em um pacto federativo extremamente centralizador, o excessivo enfeixamento de poderes no Executivo, o enfraquecimento do Legislativo, seja em face de medidas provisórias ou leis delegadas (como no Estado de Minas Gerais), a morosidade, a ineficiência e o corporativismo judiciário e do Ministério Público, o nepotismo, a corrupção desenfreada, o analfabetismo, as desigualdades sociais e regionais são também lembrados como fatos que atestam fracassos da sociedade brasileira.

Contudo, de uma forma geral, os sucessos são esquecidos muito rapidamente em favor de um discurso “catastrofista” diante da impaciência tanto de setores de nossa sociedade, como sindicatos, a imprensa, grandes conglomerados econômicos, partidos políticos e organizações não governamentais, quanto da doutrina jurídica pátria. Fique claro que não se está aqui a pregar qualquer mensagem estoicista de conformismo, de imobilismo ou de passividade diante de um quadro de permanente violação da dignidade humana no cenário nacional. Longe disso! O que se propõe é uma análise do emprego “ideológico” que o neoliberalismo faz de tais “balanços”. Em tais palavras, a ação estratégica que “usa” a insatisfação da doutrina com um quadro de injustiça social, para materializar seu desejo de torpediar uma identidade constitucional democrática, ainda incipiente, por meio de uma revisão constitucional de alcance e amplitude variados.

A revisão da Constituição ou, até mesmo, a convocação de uma Assembléia Constituinte, é justificada por vários motivos. O primeiro deles pode ser traduzido por um esdrúxulo discurso de manutenção das condições de governabilidade, que esconde o interesse de preservação a todo custo do poder por esta ou aquela agremiação partidária. Outro deles tem em suas fileiras os defensores do “grande capital” e o explicitam por um discurso “modernizante” neoliberal, eis que nossa Carta foi elaborada antes da queda do muro de Berlim. Por fim, tem-se ainda um discurso ideológico de efetivação dos direitos sociais.

De todo modo, esses vinte anos foram marcados justamente por constantes alterações formais no texto magno, seja por emendas revisionais seja por emendas constitucionais propriamente ditas. E, tais mudanças, em sua maioria, foram ditadas pelos interesses da burocracia governamental ou

pautados pelos anseios das corporações econômicas e internacionais.

Barroso<sup>1</sup> entende que as reformas econômicas brasileiras que empregaram mudanças na Constituição conduziram a duas transformações substantivas na ordem econômica: a *extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro* e a *flexibilização dos monopólios estatais*. A primeira se operou pelas Emendas de nº 6/95, de nº 7/95 e de nº 36/02. Exemplificativamente, a conceituação de empresa brasileira nacional foi extinta, suprimindo os benefícios especiais que então lhe eram atribuídos e criou-se a possibilidade de participação de estrangeiros em até trinta por cento do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão. A segunda transformação decorreu de mudanças efetivadas pelas Emendas de nº 5/95, de nº 8/95 e de nº 9/95. A título ilustrativo, abriu-se a possibilidade de concessão de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado e a rompimento do monopólio estatal em atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, dentre outros derivados.

Octaviano Nogueira<sup>2</sup> evidencia que a precariedade, em oposição à continuidade dos textos constitucionais, é marcante na experiência brasileira. Ao estabelecer divisão em dois momentos, entre 1823-1930 e 1930-2008<sup>3</sup>, a manutenção de Estado de exceção na segunda fase é bem expressiva. Durante a primeira fase, foram 17 meses excepcionais e 1249 meses de normalidade<sup>4</sup>, representando a ausência democrática em 1,34% do total. No segundo período, são 294 meses de excepcionalidade e 533 meses de normalidade, contando com 35,5% do tempo regado pelo autoritarismo e arbitrariedade.

Entre 1934 e 1987, período que se estendeu da Constituição de 1934 até a promulgação da Constituição da República de 1988, tivemos sob o parâmetro de cinco diferentes textos constitucionais, com uma média de vigência de aproximados 10 anos.<sup>5</sup> Diante do compromisso democrático que se estabeleceu com a promulgação da Constituição-cidadã, a conquista dos 20 anos de normatividade constitucional demonstra que, em alguns casos, a interpretação constitucional não padeceu em estaticidade e imutabilidade. Novos caminhos foram abertos para a atualidade e atualização<sup>6</sup> das normas constitucionais, como a utilização da jurisdição constitucional com a finalidade de possibilitar a inclusão social.

O problema da insuficiente concretização das normas constitucionais é outra tese que fundamenta as infundáveis proposições de reformas constitucionais. Nesse contexto, com argumentos retóricos, a responsabilidade pelas disparidades econômicas e sociais é atribuída à Constituição, como se as pretensas revisões e emendas fossem capazes tanto de solucioná-las quanto de garantir aos cidadãos condições sociais para a realização de sua normatividade sob os parâmetros democráticos.<sup>7</sup>

Destarte, a estabilidade da ordem constitucional estabelecida em 1988 está em xeque, mediante a apresentação de várias proposições de instauração de Assembléia Revisora e de Assembléia Nacional Constituinte. Dentre essas, destacam-se a Proposta de Emenda à Constituição de nº 157/2003, de autoria do Deputado Luiz Carlos Santos, pela qual se pretende convocar Assembléia de Revisão Constitucional e as Propostas de Emenda à Constituição de nº 43/2005, de autoria do Senador Almeida Lima e de nº 51/2005, de autoria do Senador Demóstenes Torres, que visam à convocação de Assembléia Nacional Constituinte com amplos poderes.

A Proposta de Emenda à Constituição de nº 157/2003<sup>8</sup> ganhou posição de destaque em detrimento das demais, devido ao estágio avançado de sua tramitação. Atualmente, obteve aprovação da Comissão de Constituição e Justiça e da Comissão Especial, ambas vinculadas à Câmara dos Deputados. Após parecer do relator Michel Temer, foi apresentado substitutivo que acrescentou a necessidade de referendo popular para a aprovação do texto, atribuiu intangibilidade de reforma para as normas do Título II, Capítulo II da Constituição e abriu a possibilidade de revisão constitucional a cada dez anos.

A justificação da PEC 157/2003 se atém a dois principais fundamentos, pelos quais se visa à desjuridificação de normas do texto constitucional. O primeiro se refere à classificação da Constituição de 1988 como *analítica* e o segundo denuncia que a promulgação excessiva de emendas constitucionais confere instabilidade à ordem jurídica. Ainda, como argumento de segunda ordem, “a presente proposta tem por objetivo instituir regime especial de reforma da Constituição, ofertando ao país nova oportunidade de proceder tão necessária profilaxia constitucional”.<sup>9</sup>

A Proposta de Emenda à Constituição de nº 51/05 pretende convocar Assembléia Nacional Constituinte, composta pelos membros da Câmara e do Senado Federal, mediante *quórum* para aprovação de maioria absoluta de seus membros. As justificativas de sua apresentação também se pautaram pela exaustiva promulgação de emendas constitucionais e dispensáveis normatizações de caráter concreto, atribuindo à Constituição vigente a fragilidade decorrente de sua reforma ao alvedrio dos governantes.

“Uma nova Assembléia Constituinte, passados vinte anos da primeira, poderia provocar, de início, a discussão de uma nova ordem política para o País, fundada mais em princípios gerais e não em regras específicas para cada situação da vida dos cidadãos, a começar pela revisão de padrões éticos e culturais, pela discussão do sistema político num grande fórum nacional que retomaria as questões fundamentais para a construção e consolidação das instituições democráticas em nosso País” (BRASIL, PEC 51/2005).

As propostas supracitadas sofreram resistência da comunidade jurídica brasileira,<sup>10</sup> principalmente quanto à desnecessidade de convocação de uma “*mini-constituente*” para serem feitas as reformas necessárias e à pretensão de simplificação do processo constituinte reformador, mediante a modificação do *quórum* qualificado de aprovação da reforma do texto constitucional, substituindo os três quintos pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. Diante do momento constitucional, da inafastabilidade da utilização de emendas constitucionais para a reforma política, das limitações materiais da Constituição e de uma possível utilização da revisão para ampliar a possibilidade de reeleição, a convocação de nova constituinte flexível pode servir como instrumento de golpe, assim como defendido por Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Lenio Luiz Streck, dentre outros.

A Proposta de Emenda à Constituição de nº 43 também tem como escopo a instauração de

Assembléia Nacional Constituinte, *livre e soberana*.<sup>11</sup> Em resposta antecipada à acusação dos opositores às reformas propostas por maioria absoluta, dispôs o autor em sua justificacão:

“Preliminarmente, refutamos, com respeito, mas veemência, a opinião dos que julgam ser *golpe* a realizacão de trabalhos constituintes no momento histórico por que passamos. Primeiramente, não se pode falar em golpe se se tratar de uma deliberação congressual que obedeça fielmente às disposições da Constituiçãõ hoje vigente acerca da elaboraçãõ de Emendas à Constituiçãõ. Segundo, não há golpe algum na deliberação soberana dos representantes do povo brasileiro, em funcionamento regular do Congresso Nacional. Terceiro, a busca da elaboraçãõ de nova Constituiçãõ Nacional nasce da sensaçãõ de sua necessidade, e tem como ponto de partida a via revolucionária ou a convocaçãõ de órgão constituinte; escolhemos esta via por respeito à paz institucional e à normalidade do processo. Quarto, à alegaçãõ de *mudança das regras do jogo* respondemos que tais regras devem, sim, ser mudadas, se insuficientes para conduzir este País ao progresso social e institucional. Golpe seria manter as regras hoje vigentes, as quais condenam o Brasil e seu povo a este espetáculo triste e degradante de esfarelamento institucional, político e social” (BRASIL, PEC 43/2005).

Apesar das Propostas de Emenda à Constituiçãõ de nºs 51/05 e 43/05 não se encontrarem em estágio avançado de tramitaçãõ como a PEC nº157/03, apresentaçãõ sucinta de seus conteúdos são relevantes para a presente exposiçãõ, pois aquelas diferem desta quanto à extensãõ das matérias plausíveis a serem objeto de deliberação. Ou seja, a manifestaçãõ do Poder Constituinte encontraria limitações de espécies territoriais, culturais, relativas aos direitos humanos<sup>12</sup> e das mutações constitucionais, ao passo que ao Poder Constituinte Reformador, somar-se-iam as limitações materiais, formais, temporais e circunstanciais.

Há que se observar que a PEC 157/03 não se atém às limitações impostas pela Constituiçãõ de 1988 às vias reformadoras constituídas pelo legislador originário. Concorrentemente à via ordinária de reforma, foi disposto no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o mecanismo da Revisão Constitucional, de caráter episódico e consumado em 1993, pelo qual foram promulgadas seis emendas, dentre os 74 projetos apresentados na sessãõ. Destarte não há como sustentar a legitimidade de proposta atinente à instauraçãõ de Assembléia Revisora, devido à inexistência de abertura normativa na Constituiçãõ vigente que autorize a flexibilizaçãõ das limitações e do *quórum* de aprovaçãõ destinado à via ordinária<sup>13</sup> de reforma.

As modificações propostas da ordem constitucional não se mostram hábeis a resolver os entraves na concretizaçãõ das normas constitucionais, pois a adoçãõ de nova normatividade constitucional não é instrumento capaz de suprimir as disparidades econômicas e sociais encontradas na sociedade. Ressalva-se que a concretizaçãõ não se confunde com o texto constitucional, pois o “texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relaçãõ através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretizaçãõ”.<sup>14</sup>

O fetiche iluminista com a capacidade da “lei” de operar mudanças na realidade social impregna o discurso de todos aqueles que pretendem mudanças na Constituição. Assim, crê-se, tal qual no século XVIII, que uma “boa lei” poderia corrigir distorções presentes na realidade nacional, seja para redução das desigualdades sociais e regionais, seja pelo incremento da “segurança jurídica” para fins de garantia de investimentos produtivos do capital nacional e internacional. Nesse mesmo sentido, o presente também o “mito” do acréscimo de “normatividade” da Constituição pelo discurso de dessintonia entre o texto e a realidade brasileira. Tanto uma quanto outra são percepções que, mais tarde, desembocam no conceito de *Constituição Dirigente*, ou seja, de Carta que “constitui a ação”, que pauta tanto os fins quanto os meios para a sua promoção, problemática que será abordada um pouco mais à frente.

De todo modo, há que se ter sempre em mente que qualquer alteração do texto constitucional deve respeitar a identidade do sujeito constitucional.<sup>15</sup> Na visita de Michel Rosenfeld à Universidade Federal de Minas Gerais, em simpósio realizado entre os dias 19 e 20 de agosto de 2003, respondeu ao comentário da Professora Maria Fernanda Salcedo Repolês sobre a utilização do termo *sentimento constitucional*, utilizado pelo Professor José Luiz Quadros de Magalhães, como identidade entre o povo brasileiro e a Constituição:

“Uma forma de colocar as pessoas envolvidas com a Constituição não é, necessariamente, por meio de aspectos da Constituição que fornecerão um governo melhor, com o qual, talvez, o imaginário da população se identifique. Antes, porém – o que é de certo modo estranho, e é aqui que eu acho que a noção de identidade constitucional é importante –, é necessário que as preocupações, os sonhos, os pesadelos, os mitos, as lendas, os pontos de referência comuns, históricos, etc., estejam na base desse governo constitucional, de forma que possamos conseguir algum laço emocional entre o que o sentimento popular possa ser e o governo, de fato, é: muito técnico e reservado a advogados e legisladores [...] o que é importante é que há, na consciência coletiva do país, certa ligação com a Constituição”.<sup>16</sup>

A construção discursiva da identidade do sujeito constitucional impede que seu conteúdo se apresente *a priori* e permanente, seja no seu ato fundacional, ou como querem agora em seu novo momento de “refundação”. E, isso se dá porque a atividade de sua definição ao longo do tempo demanda o entrelaçamento do passado do constituinte com o presente e com as gerações futuras.<sup>17</sup> Destarte, a dificuldade de se precisar a identidade do sujeito constitucional, transformo-o em um projeto a ser sempre perseguido, inacabado, provisório e atinente à diversidade e ao multiculturalismo.

Ressalte-se que a apreensão da identidade não se dará diante de um espaço monológico, mas em um ambiente dialógico,<sup>18</sup> no qual se operarão as figuras de linguagem da negação,<sup>19</sup> metáfora<sup>20</sup> e metonímia<sup>21</sup> destacadas por Michel Rosenfeld para a reconstrução plausível de um sujeito constitucional adequado.<sup>22</sup> Nesse contexto, somado às diversas apreensões possíveis acerca da intenção do constituinte, com auxílio das figuras de linguagem, a identidade do sujeito

constitucional poderá ser reconstruído e reinterpretado.

O modo de operação da Constituição está vinculado a fatores extra-constitucionais, como a identidade nacional, religiosa e cultural. Ainda, para que haja funcionamento da Constituição em determinada comunidade, é necessário que se defina suficientemente uma identidade constitucional compartilhada. Apesar da identidade extra-constitucional e a constitucional não serem tidas como sinônimos, elas se entrelaçam e se definem dinamicamente, em tentativa de se conciliar os pólos convergentes e divergentes. Contudo, sua delimitação varia em cada sociedade e sofre limitações do constitucionalismo, ou seja, a identidade constitucional deve se ater às limitações dos poderes governamentais, os ditames do Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais. A legitimação desses elementos é indispensável para a construção plausível da identidade do sujeito constitucional.<sup>23</sup>

Rosenfeld diferencia a formação de uma nova ordem constitucional, mediante a ruptura com a antiga ordem, da reforma do texto constitucional, pois implicam diferentes variantes para a construção da identidade constitucional. A criação de uma nova ordem<sup>24</sup> demanda a negação das identidades pré-constitucionais e de aspectos das identidades extra-constitucionais, a fim de que sejam reinterpretadas e reincorporadas à ordem constitucional. Esse processo se opera dialeticamente, mediante a resolução das tensões e conflitos existentes que, ao longo do tempo, emergirão novas oposições que demandarão mudanças na identidade constitucional.<sup>25</sup> De outro modo, a reforma constitucional<sup>26</sup> decorre da mudança gradual e da evolução decorrentes da *revolução constitucional*. A necessidade de modificação do texto constitucional pode advir “de baixo” ou “de cima”. A iniciativa vem “de cima” dá-se quando os atores do poder público desejam alterar o texto constitucional, porém não querem ir ao ponto de provocar uma revolução constitucional. E o impulso “de baixo” aparece nos casos em que a identidade constitucional ou as identidades extra-constitucionais evoluíram ao ponto de gerar um senso de discrepância entre a Constituição e formal e seu conteúdo material. Em ambos os casos, o ímpeto de reforma deve alinhar as concepções formais com as mutações nas identidades constitucional e extra-constitucionais.<sup>27</sup>

Destarte, a construção da identidade do sujeito constitucional revela-se como limitação às proposições da PEC 157/03, PEC 43/05 e da PEC 51/05. A abertura da utilização do referendo popular para a aprovação das modificações a serem empregadas não se revela como instrumento garantidor para a construção do sentimento de identidade da sociedade brasileira para com a Constituição. Antes, pois, a iniciativa operada “de cima” deve estabelecer espaço deliberativo aberto e permeável, constituído por aspectos próprios de uma esfera pública – tida como “rede adequada de comunicação orientada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões”,<sup>28</sup> para a definição do conteúdo de identidade do sujeito constitucional brasileiro. A partir dessa orientação, traçar-se-iam limitações impostas pela sociedade brasileira ao poder reformador ou originário, transformando-as em parâmetros para aferição da (i)legitimidade das propostas.

Apresentadas as linhas gerais das propostas de modificação ou substituição da ordem constitucional vigente, a identidade do sujeito constitucional como substrato ao exercício do poder constituinte, será contrastada a opção do legislador constituinte de 1988 em transpor ao texto constitucional normas principio-lógicas e diretivas, que projetaram ao futuro – ou ao momento atual – a melhoria das condições políticas, econômicas e sociais da sociedade. Assim, ao invés de adotar a classificação

dual de constituição analítica e sintética, assim referida pelo Congresso Nacional, optar-se-á pela investigação do conceito de *Constituição Dirigente*, cuja pretensão é de apontar a problemática que a circunda e a possibilidade de suas imperfeições fundamentarem as convocações constituintes.

O reconhecimento da Constituição brasileira como dirigente demanda a investigação sobre a correlação necessária entre o jurídico e o político, pois o projeto contido na lei fundamental restringe/vincula a atuação dos órgãos estatais e, em certa medida, na escolha das políticas públicas. Ainda, uma vez sedimentado na Constituição, inaugura-se a possibilidade de concretização judicial, interferindo no planejamento e orçamento públicos a decisão que determinar o cumprimento das normas que se revestem de caráter pecuniário.<sup>29</sup> Diante disso, a existência de exaustiva normatividade pode atribuir ao Poder Judiciário o papel de supremacia diante dos demais poderes, em decorrência da ampliação da atividade judicial.<sup>30</sup>

A abordagem habermasiana<sup>31</sup> do nexos interno entre direito e política implica a canalização do poder político pelas vias do Direito. O Direito confere às decisões dos organismos politicamente organizados o caráter vinculante para a coletividade, inclusive na determinação dos direitos fundamentais – elencados como criadores das condições de igualdade de participação nos processos legislativos democráticos. Desse modo, compete à comunidade atribuir ao poder central (Estado) as atividades de organização, sanção e execução das normas jurídicas, devido à necessidade de se implantar os direitos, de criar uma jurisdição e de transformar a vontade política em programas efetivos. “O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais”.<sup>32</sup>

“A idéia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimidade estatuído*”.<sup>33</sup>

A legitimidade oriunda da aceitação racional dos membros do Direito traz como consequência uma incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado, mediante a participação na produção legislativa.<sup>34</sup> Destarte, o princípio da soberania popular de que todo “poder político emana do povo” se concretizará por intermédio de “procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação diferenciada da opinião e da vontade”,<sup>35</sup> desde que interligado às liberdades subjetivas.

Cumprir ressaltar que o procedimentalismo habermasiano não pretende desconsiderar as particularidades culturais e históricas no momento de formação das decisões políticas e da atividade legiferante do Estado, pois o espaço discursivo orientado para o entendimento não deve ser concebido como estritamente formal, pelo qual seria plausível sustentar a separação de valores substantivos do procedimento. Essa perspectiva conteudística evidencia-se no discurso constituinte de fundamentação, no qual os direitos fundamentais deixam sua condição formal para assumirem-se como produto desse mesmo discurso contextualizado pelas circunstâncias históricas.<sup>36</sup>

A legitimidade das propostas de convocação constituinte não se atesta pelo conteúdo dos discursos políticos, pois a formação política da vontade deve ser realizada diante da linguagem do direito que, por sua vez, só se legitimará em ambiente discursivo criado para a formação da opinião e da vontade. Destarte, caso as propostas de emenda à Constituição pretendam se legitimar, os representantes políticos devem garantir aos cidadãos a possibilidade de participação igualitária nas deliberações dos conteúdos específicos da revisão constitucional. Essa participação orientada pelo princípio democrático se estabelecerá como controle às pretensões neoliberais de desjuridificação dos direitos sociais.

A opção do legislador constituinte em sedimentar normas que extrapolam disposições de garantia de direitos individuais, procedimentais, de organização do Estado e de limitação dos poderes, abrangendo também os direitos sociais, econômicos, culturais e normas vinculativas ao legislador infraconstitucional, com o escopo de traçar objetivos e finalidades ao Estado e à sociedade, conduz, sumariamente, à conceituação de uma constituição dirigente por parte significativa da doutrina nacional e estrangeira.

Canotilho sustenta que a constituição dirigente deve racionalizar<sup>37</sup> a política, por intermédio da introdução de normas determinadoras de fins do Estado, de princípios político-programáticos e de imposições sociais. Assim, a legitimação da ordem fundamental se efetivará tanto em dimensões formais, quanto em dimensões materiais. “A *programática*, os *princípios* e as *directivas* constitucionais outra coisa não são que propostas de legitimação material da magna carta de um país.<sup>38</sup>

“O problema da constituição dirigente surge, pois, como um problema de legitimação: a conformação social, a distribuição de bens e a direção do processo econômico deslocam a questão da legitimidade da ordem constitucional e da validade do direito constitucional para o campo da legitimação do *capitalismo tardio* do *reformismo* e do *socialismo*, vindo, assim, a entroncar nos debates sobre o Estado e a produção da sociedade”.<sup>39</sup>

Bercovici observa que a preocupação com a vinculação/discricionariedade do legislador traz outro problema à concepção de constituição dirigente, pois acaba por atribuir ao Poder Judiciário a decisão sobre as questões constitucionais.<sup>40</sup> Assim, seguindo entendimento de Böckenförde, a existência de todos os princípios e possibilidade de conformação da ordem jurídica atribui a responsabilidade pela decisão política à atividade judicial.

A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição centrada em si mesma, mediante o reconhecimento de sua auto-suficiência. Essa é a principal falha apontada por Bercovici na tentativa de seguir a teoria da constituição proposta por Canotilho, pois acaba por atribuir à Constituição um suposto poder capaz de transformar a realidade apenas com dispositivos constitucionais, favorecendo, certamente, o instrumentalismo constitucional.<sup>41</sup>

Ao sedimentar a Constituição como uma tábua de valores políticos, vinculados ao atendimento das

finalidades e tarefas escolhidas pelo constituinte, a lei fundamental atribui à atividade hermenêutica um possível primado dos parâmetros interpretativos fundados na axiologia<sup>42</sup> e na teleologia.<sup>43</sup> Esse impasse perturba que a atividade de concretização das normas se desvincule do texto constitucional para a sua contextualização, a ser conformada com a realidade social e com a concepção de direito como integridade definida por Dworkin.

O conceito de *Constituição Dirigente* assume um caráter ontológico, no sentido de supor que os “fins”, que os “objetivos”, estejam *a priori* fixados pelo texto. Pior: faz com que os direitos fundamentais e que as normas jurídicas inseridas na Constituição sejam entendidas como “políticas públicas”, “políticas”<sup>44</sup> na visão de Dworkin, que acabam podendo ser relativizadas pelos interesses ideológicos, econômicos ou burocráticos dos governos ou até pela visão pessoal de um juiz ou de um tribunal.

É curioso observar que a doutrina da *Constituição Dirigente* nasce no bojo do paradigma do Estado Social, no interior do movimento que militava em favor da efetivação dos direitos sociais. Contudo, essa doutrina não se dá conta de que é utilizado estrategicamente para a demonstração da necessidade da “reforma constitucional”. Não percebe que a Constituição não encerra apenas dimensão política e que conceber as normas constitucionais sob ângulos estritamente axiológicos e finalísticos corrompe inteiramente a dimensão jurídica da Constituição.

Acrescente-se a tudo isso a impropriedade da doutrina diante das conquistas da reviravolta lingüístico-pragmática da Filosofia e do Direito, eis que, o texto normativo, os direitos descritos semanticamente pelo Constituinte exigem das instituições estatais, em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a permanente possibilidade de construção e reconstrução de seus sentidos. Do contrário, supor que a Carta tenha fixado “objetivos” imutáveis, fixos, pré-determinados, imunes ao discurso e à alteridade, livres da ação do tempo, implica seu retorno inaceitável à Metafísica e um aceite indireto dos cânones da “Jurisprudência dos Conceitos” do Pandectismo alemão do século XIX.

Dizer isso é, no momento atual, denunciar e se opor aos ataques de escavação generalizada de direitos fundamentais no Brasil do princípio do século XXI. Negar a racionalidade do conceito de uma *Constituição Dirigente* implica, a nosso ver, obstaculizar esse acesso fácil que o neoliberalismo havia encontrado nas fileiras da doutrina nacional. Se pretendem uma reforma sindical, uma reforma trabalhista, uma reforma do regime dos servidores públicos, que o façam sem qualquer subterfúgios para que cada um de nós possa avaliá-la criticamente.

Curiosamente os debates que se fizeram por aqui seguiram um caminho inverso, tais como os conhecidos encontros na Fazenda Cainã, a despeito de guardarem em si idênticas preocupações que esse pequeno ensaio encerra, ou seja, o *topoi* da proibição do retrocesso social.

Nesse sentido, o prefácio da segunda edição da tese de doutoramento de J. J. Gomes Canotilho causou perplexidades na comunidade acadêmica brasileira, ao constatar em sua conclusão, “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”.<sup>45</sup> Diante disso, a declaração resultou em afirmações de que Canotilho havia sepultado a diretiva da constituição dirigente e, por conseguinte, a superação de sua problemática mediante propostas de alteração da constituição-cidadã.

Em 21 de fevereiro de 2002, reuniram-se em videoconferência Canotilho e o Grupo das Jornadas da Fazenda Cainã, com o intuito de estabelecer fórum discursivo sobre a constituição dirigente. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>46</sup> pediu que Canotilho comentasse sobre a suposta morte da estrutura diretiva da Constituição, pois um discurso de desautorização que a circunda serviria como justificativa para a desjuridificação de programas imprescindíveis numa caminhada democrática e de construção da cidadania.

“Portanto, quando se coloca essas questões da morte da consti-tuição dirigente, o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da proble-matização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu”.<sup>47</sup>

A resposta dada por Canotilho não indica a solução dos problemas oriundos do dirigismo da constituição dirigente, porém reafirma a existência de princípios diretivos sociais e econômicos. A menção à “morte” somente se referiu às normas de viés revolucionário, cuja normatização se justificou no momento histórico específico. Diante disso, ainda cabe aos intérpretes da Constituição a tentativa de empregar alternativas hermenêuticas para a ampliação da concretização constitucional.

O reconhecimento da problemática trazida da Constituição Dirigente não pode ser entendido como defesa à desjuridificação ou desconstitucionalização da Constituição de 1988, a fim de que esta se transforme em uma *constituição como instrumento de governo*. Apesar da insuficiente concretização gerar desconfiança no texto constitucional como normatividade jurídico-política, as diversas modificações da ordem constitucional brasileira se mostraram ineficientes para a construção do argumento que relacione suficientemente reforma e concretização.<sup>48</sup> O maior problema não reside na norma fundamental, mas nas relações sociais que obstam a superação do *status quo*.

Para tanto, os ganhos obtidos pela Constituição de 1988 ao estabelecer a juridificação de normas de direitos sociais não devem ser objeto das pretensões reformadoras das PECs supracitadas. As normas de direitos sociais integram o art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição, pois a segmentação dos direitos fundamentais em gerações somente faz sentido como metodologia de ensino acadêmico. Ainda, o reconhecimento dos direitos sociais como direitos de defesa revela sua eficácia direta e plena, diferindo dos direitos individuais quanto à aplicação diferenciada do §1º do artigo 5º da Constituição.<sup>49</sup> Desse modo, não hierarquizar os direitos fundamentais, mas reconhecer regimes diferenciados de aplicação torna a observância dos direitos sociais como indispensáveis para a atividade hermenêutica.

Os adeptos da *Teoria da Constituição Dirigente* erigem a defesa da *Constituição Dirigente* como

fator de limitação para a desjuridificação constitucional. Essa tentativa revela a pretensão de auto-suficiência de sua teoria, ao superpor a “Constituição como texto normativo” com a Teoria da Constituição. Contudo, ao reconhecer a problemática da *Teoria da Constituição Dirigente*, não se tem como escopo atacar a Lei Fundamental nos termos de uma concepção neoliberal. O que se pretende é, igualmente aos defensores da *Constituição Dirigente*, sustentar a manutenção da juridicidade de normas relativas aos direitos econômicos, coletivos. Contudo, pretendemos o mesmo, mas procuramos afastar os riscos que a abertura aos métodos teleológicos e axiológicos de interpretação inerentes à própria *Teoria da Constituição Dirigente*.

Entende-se que as reformas necessárias à correção de problemas de governabilidade não demandam a criação de instrumento especial, que situe além das balizas da Constituição vigente. Como o problema fundamental de concretização se relaciona com maior intensidade às condições extrínsecas ao Direito, a questão fulcral se pauta em construir condições sociais adequadas ao exercício da autonomia política e à garantia dos direitos fundamentais.

Quanto à proposta referente à convocação de constituinte originário, propugnamos pela sua insustentabilidade, pois os cidadãos não manifestaram diante de esfera pública específica o interesse pelo exercício da soberania popular.

Os avanços apreendidos, sejam sociais ou jurídicos, por maiores ou menores que sejam, ainda não são suficientes para considerar que algum dia o projeto brasileiro de construção democrática possa ser considerado acabado. Para a consecução do fundamento da República de construção de uma sociedade mais justa e igualitária, devemos aceitar a contingência da humanidade<sup>50</sup> de que nem sempre avançamos da velocidade desejada, pois encontraremos obstáculos como as profundas desigualdades sociais, desatendimento aos direitos fundamentais e a possibilidade de colonização do mundo da vida pela burocracia e pelo poder econômico.

No entanto, o reconhecimento das dificuldades de efetivação da Constituição não deve ser levado ao extremo, a ponto de se pretender injustificável substituição da normatividade fundamental, pois a desjuridificação de uma Constituição não tem o condão de, por si só, modificar as realidades sociais e econômicas.

## Referências Bibliográficas

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo e Econômico*, Salvador, n. 1, p. 3-5, fev.- abr. 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 61 p. 5-24, 2004.

CANNON, Mark W. Why Celebrate the Constitution? (A Centennial Retrospective) *National Forum. The Phi Kappa Phi Journal*, Fall, 1996. Disponível em: [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_qa3651/is\\_199610/ai\\_ns8750267](http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3651/is_199610/ai_ns8750267). Acesso em: 15/01/08.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e a vinculação do legislador*. 2. ed.

Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Patriotismo constitucional contra fraudes à Constituição. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, n. 1. 2007.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista ALCEU*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul.-dez. 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. In: GALUPPO Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUCMinas, 2006. p. 47-104.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão constitucional: subsídios para o processo de transformação do Estado Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 136, p. 138-140, out./dez. 1997.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOGUEIRA, Octaviano. Constituição e direito constitucional. In: NOGUEIRA, Octaviano (Org.). *Doutrina constitucional brasileira*. Brasília: Senado Federal, 2006.

ROSENFELD, Michel. *The problem of Identity in Constitution-Making and Constitution Reform*. Working Paper n. 143, Jacob Bruns Institute for Advanced Legal Studies, 2005.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito. *Cadernos da Escola do Legislativo – ALMG*, Belo Horizonte, n. 12, p. 29-30, 2004.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, IngoWolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Assembléia Constituinte é Golpe!* Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 19/08/05.

TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. In: GUTMANN, Amy (Ed.) *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo e Econômico*, Salvador, n. 1, p. 3-5, fev.- abr. 2005.

<sup>2</sup> NOGUEIRA, Octaviano. Constituição e direito constitucional. In: NOGUEIRA, Octaviano (Org.) *Doutrina constitucional brasileira*. Brasília: Senado Federal, 2006.

<sup>3</sup> Octaviano Nogueira compara até 2002, em razão da data de sua publicação. Naquele momento, o período de excepcionalidade representava 33,48% do total. Assim, atualizamos os dados para fins de melhor elucidação.

<sup>4</sup> É preciso registrar, que essa “normalidade” registrada por Octaviano Nogueira deve ser entendida com reticências. Seu critério é formalista, ou seja, o emprego de medidas excepcionais constitucionais, como o Estado de Sítio ou, até mesmo, medidas arbitrárias, como os Atos Institucionais da ditadura militar. Contudo, o século XIX foi marcado no Brasil por sucessivos conflitos militares, tais como a Revolução Praieira, a Guerra dos Farrapos, as Revoluções Coloniais de Minas Gerais e São Paulo, a Cabanagem, a Revolta Federalista, dentre outras, sem mencionar os conflitos com potências estrangeiras, dentre os quais se destacam os sete anos de guerra com o Paraguai.

<sup>5</sup> A renovação dos textos constitucionais a partir da segunda metade do século XX não é uma exclusividade da experiência brasileira. Aproximadamente dois terços das 160 Constituições nacionais sofreram modificações parciais ou totais desde 1970 e dentre essas, somente 14 foram realizadas antes da Segunda Guerra Mundial. A partir desse marco, calcula-se que 53,5% dos estados independentes tiveram mais de uma Constituição, com destaque para Tailândia e Síria, que contaram com 9 textos constitucionais, cada, em um lapso de quarenta anos (CANNON, Mark W. Why Celebrate the Constitution? (A Centennial Retrospective). *National Forum*. The Phi Kappa Phi Journal, Fall, 1996. Disponível em: [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_qa3651/is\\_199610/ai\\_ns8750267](http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3651/is_199610/ai_ns8750267). Acesso em: 15/01/08).

<sup>6</sup> O sentido empregado pelos termos “atualidade” e “atualização” abstrai-se de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e a vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 317-319. Esses conceitos se imbricam com a eficácia imediata dos direitos fundamentais. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal tomou decisões que revelam a atualização de disposições constitucionais referentes a direitos fundamentais, como nos casos de horizontalização dos direitos fundamentais (RE 201819/RJ, RE 161.243/DF, RE 158.215-RS e RE 160.222/RJ) e os julgamentos dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, pelos quais foi

regulamentado o direito de greve dos servidores públicos civis, com aplicação subsidiária da Lei n.º 7.783/89 até que o Congresso Nacional elabore lei específica.

<sup>7</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 186-187.

<sup>8</sup> Foi requerida apensação da PEC n.º 447/05 à PEC n.º 157/03 (REQ 3511/2005, deputado Alberto Goldman), contudo, foi indeferido em razão de se encontrarem em estágios de diferente tramitação. Após a publicação do parecer da Comissão Especial, a última tramitação que se deu, até o momento, foi a apresentação do REQ n.º 2097, pelo deputado Flávio Dino, que requer a apensação da PEC n.º 193/07 às PECs n.º 554/1997 e n.º 157/2003.

<sup>9</sup> BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n.º 157/03. Disponível em: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Acesso em: 10/12/07.

<sup>10</sup> Cf. Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, Celso Antônio Bandeira de Mello, Dalmo de Abreu Dallari, Fábio Konder Comparato, Flávio Pansieri, Marcelo Cerqueira, Paulo Lopo Saraiva, em depoimentos dados à coordenação do site [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/5049/Juristas-repudiam-id%C3%A9ia-de-constituinte-para-reforma-pol%C3%ADtica>; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Patriotismo constitucional contra fraudes à Constituição. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, n. 1. mar.-maio 2007; BRASIL. *Manifesto Republicano em Defesa da Constituição: Revisão é Golpe!* Disponível em: <http://www.ihj.org.br>. Acesso em: 19/08/05; STRECK, Lenio Luiz. *Assembléia Constituinte é Golpe!* Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 19/08/05.

<sup>11</sup> BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n.º 43/05. Disponível em: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). Acesso em 10/12/07.

<sup>12</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. In: GALUPPO Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUCMinas, 2006. p. 47-104.

<sup>13</sup> Divergimos na posição defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao considerar a emenda constitucional como via de reforma extraordinária e a revisão constitucional como via ordinária, pois entendemos que a concepção fere a *rigidez constitucional*. Ao tentar legitimar a proposta de revisão constitucional, mediante atendimento às formalidades próprias das emendas constitucionais, por convocação popular para eleição de uma Constituinte Revisora específica e com o referendo popular de aprovação, parece-nos mais uma convocação do Poder Constituinte Originário do que a tentativa de salvação do instituto da revisão, que se prevê de forma limitada e episódica na Constituição de 1988 (NETO, Diogo de Figueiredo. *Revisão constitucional: subsídios para o processo de transformação do Estado Brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 136, p. 138-140, out./dez. 1997).

<sup>14</sup> Cf. NEVES, *op. cit.*, p. 84. Ainda, o autor indica os modelos de Häberle e Müller que seguem a mesma orientação.

<sup>15</sup> As emendas constitucionais se relacionam com a identidade do sujeito constitucional, na medida em que sua indevida utilização pode ameaçar a destruição/esquecimento da identidade. Assim,

Rosenfeld relembra o caso da Hungria, que na transição do regime socialista ao capitalista, as emendas foram utilizadas para efetuar uma revisão total do texto constitucional (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 20). Ainda, cumpre transcrever a ressalva feita por Rosenfeld, “o fato de que há uma identidade constitucional não significa que há uma adoção constante dos valores da Constituição. Significa que isso se torna um fator importante para a consciência política e histórica do povo, da nação (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito*. *Cadernos da Escola do Legislativo – ALMG* Belo Horizonte, n. 12, p. 29-30, jan.- jun. 2004).

<sup>16</sup> Id., *ibid.*, p. 29.

<sup>17</sup> Cf. ROSENFELD, *A identidade...*, *op. cit.*, p. 17-18.

<sup>18</sup> “The monological ideal seriously underestimates the place of the dialogical in human life. It wants to confine it as much as possible to the genesis. It forgets how our understanding of the good things in life can be transformed by our enjoying them in common with people we love; how some good become accessible to us only through such common enjoyment. Because of this, it would take a great deal of effort, and probably many wrenching break-ups, to *prevent* our identity’s being formed by the people we love. Consider what we mean by identity. It is who we are *where we’re coming from*” (Tradução livre: “O ideal monológico subestima seriamente o lugar do ideal dialógico na vida humana. Ele busca restringi-lo, ao máximo, à gênese. Ele esquece como nosso entendimento das boas coisas da vida pode ser transformado pelo fato de as apreciarmos em conjunto com as pessoas que amamos; como algumas vezes o bem se torna acessível a nós somente por meio dessa apreciação comum. Por esse motivo, seria exigido grande esforço, e provavelmente vários rompimentos violentos, para evitar que nossas identidades fossem formadas pelas pessoas que amamos. Considere o que queremos dizer por identidade. É o que somos, *de onde viemos*”). Cf. TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition*. In: GUTMANN, Amy (Ed.) *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 33.

<sup>19</sup> Mecanismo de exclusão de tendências ideológicas, políticas ou religiosas anti-pluralistas (CRUZ, *Poder constituinte*, *op. cit.*, p. 85).

<sup>20</sup> Permite apoio essencial para a conformação da identidade constitucional por meio de analogia e similaridades (CRUZ, *Poder constituinte*, *op. cit.*, p. 85).

<sup>21</sup> Trabalha a noção de contigüidade/sucessividade no interior do contexto normativo, possibilitando tanto a ampliação quanto a restrição do alcance do mesmo (CRUZ, *Poder constituinte*, *op. cit.*, p. 85).

<sup>22</sup> Cf. ROSENFELD, *A identidade...*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>23</sup> ROSENFELD, Michel. *The problem of Identity in Constitution-Making and Constitution Reform*. Working Paper n. 143, Jacob Bruns Institute for Advanced Legal Studies, 2005, p. 2.4.

<sup>24</sup> São quatro modelos para a formação de uma nova constituição: (1) modelo revolucionário; (2)

modelo baseado na guerra; (3) transição pacífica – entende-se como transição de um regime autoritário ao democrático, como a experiência da CF/88; (4) modelo de constituição-tratado transnacional (id., *ibid.*, p. 17).

<sup>25</sup> Rosenfeld cita exemplo clarificador da experiência americana. Um dos componentes essenciais da identidade constitucional americana é a proposição “todos os homens foram criados iguais”, contida na Declaração de Independência de 1776. A expressão representa a negação do poder colonizador da Inglaterra e a afirmação da liberdade liberal fundadora da nova ordem constitucional. Contudo a escravidão ainda perdurou cerca de 80 anos após a promulgação da Constituição, impedindo uma construção coerente da identidade constitucional (ROSENFELD, *The problem of Identity...*, *op. cit.*, p.15-16).

<sup>26</sup> Rosenfeld separa, sob aspectos formais, a revisão constitucional, a reforma constitucional e a feitura de uma nova constituição em substituição a outra. Em comparação à experiência americana, a França teve cerca de 15 constituições e, diante, das alterações de conteúdo de ambos países, não há como precisar qual gozou de maiores modificações substanciais no mesmo período. Portanto, o autor considera mais frutífero a observação das mudanças materiais (*ibid.*, p. 22-23).

<sup>27</sup> Id., *ibid.*, p. 24-25.

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2. p. 92.

<sup>29</sup> A concretização dos direitos sociais ainda sofre restrições, devido à ausência de mediação legislativa, somadas à contingência e escassez dos recursos públicos. Entretanto, o direito à saúde tem sido objeto de destaque nos tribunais, em razão do êxito das demandas que pleiteiam o pagamento de medicamentos e tratamentos de saúde pelo Estado. Para uma leitura específica da concretização do direito à saúde, vide AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>30</sup> “Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos” (CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista ALCEU* Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul.-dez. 2004, p. 106).

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 170-190.

<sup>32</sup> Id., *ibid.*, p. 170-171.

<sup>33</sup> Id., *ibid.*, p. 172.

<sup>34</sup> “Na medida em que uma sociedade se torna capaz de ação política e pode atuar sobre si mesma, uma constituição democrática autoriza os cidadãos à progressiva institucionalização de direitos

civis iguais. Por certo, mesmo quando eficazmente institucionalizados num ambiente favorável, os procedimentos do Estado constitucional democrático podem, na melhor das hipóteses, oferecer uma probabilidade de sucesso, sem assumir sua garantia” (HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 222).

<sup>35</sup> Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 173.

<sup>36</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 22-23.

<sup>37</sup> De acordo com Canotilho, a racionalidade deve ser objeto de ressalvas. Não se deve entender a racionalidade como forma de emancipação do direito constitucional, de forma a se constituir como racionalidade formal weberiana. A racionalidade não equivale a uma “racionalidade sistêmica”, empenhada em retirar a normatividade da constituição no sentido de redução da complexidade do sistema e, assim, assegurar a compatibilidade social. Outra objeção se refere ao entendimento da racionalidade como produto do consenso jurídico da profissionalização jurídica, ao invés de se reconhecer como produto social (CANOTILHO, op. cit., p. 42-49).

<sup>38</sup> Id., ibid., p. 22.

<sup>39</sup> Id., ibid., p. 24.

<sup>40</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 61 p. 5-24, 2004, p. 12.

<sup>41</sup> Essa constatação de Gilberto Bercovici resulta na afirmação que “a Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria sem Teoria do Estado e sem política” (BERCOVICI, op. cit., p. 13).

<sup>42</sup> A axiologia em questão preconiza a percepção de que as normas jurídicas devam ser aplicadas como valores. A crítica habermasiana contra o relativismo, da sua gradualidade, discricionariedade, solipsismo e utilitarismo da chamada “Jurisprudência de Valores” pode ser melhor apreciadas em nossas obras anteriores (*Jurisdição constitucional democrática*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004; *Habermas e o direito brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; e, ainda, *Hermenêutica jurídica e(m) debate*, Belo Horizonte: Fórum, 2007).

<sup>43</sup> Se a Constituição fixa os fins e os meios para a a instrumentalização de tais fins, de certo, a “Teoria da Constituição Dirigente” admite implicitamente um *método* para a aplicação das normas constitucionais: o teleológico! Para os adeptos do círculo hermenêutico gadameriano isso implica uma recaída inaceitável aos patamares da Filosofia da Consciência por meio de um retorno à *Jurisprudência dos Interesses* de Von Jhering.

<sup>44</sup> “I call a policy that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political or social feature of the community” (Tradução livre: “Denomino *policy* aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em aspecto econômico, político ou social da comunidade”). Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 22.

<sup>45</sup> Cf. CANOTILHO, op. cit., p. XXIX.

<sup>46</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 27.

<sup>47</sup> Id., *ibid.*, p. 31.

<sup>48</sup> “Não raramente, o discurso do poder invoca a *desconstitucionalização* como panacéia ou vara de condão, isto é, como solução mágica para todos os problemas constitucionais. Recorre-se aqui acriticamente ao vigoroso debate sobre a juridificação no Estado democrático de direito do Ocidente desenvolvido. Assim, não só se despercebe que a concretização da Constituição sintética de 1891 ainda foi mais problemática, mas sobretudo também se considera que o problema no Brasil reside antes na realidade política desjuridificante e na realidade política constitucionalizante, Sua solução não pode ser remetida a uma pretensa desconstitucionalização ou desjuridificação do plano do texto constitucional, devendo ser relacionada em primeiro lugar à constitucionalização da realidade jurídica e à juridificação das relações políticas” (NEVES, *op. cit.*, p. 187).

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 281.

<sup>50</sup> Cf. CRUZ, *Hermenêutica jurídica e(m) debate*, *op. cit.*, p. 332.