

A leitura ética da constituição

Vicente Barretto *

A interpretação do texto constitucional vem sendo objeto de diferentes tipos de análise, que remetem para uma compreensão mais abrangente da constituição. Nesse processo passam a ser considerados como relevantes alguns fatores que até então achavam-se relegados ao campo de outras ciências sociais, mas que eram considerados como estranhos à hermenêutica jurídica. A questão da relação da ética com a política e com o direito, a partir da década dos cinquenta, tornou-se objeto da investigação de juristas e filósofos do direito, superando o caveat lançado por Kelsen na década dos vinte do século XX. No Brasil, essa problemática sómente apareceu como uma questão relevante para a reflexão jurídica, depois da crise do regime autoritário e as primeiras manifestações da sociedade civil contra o arbítrio e os desmandos por êle encobertos, que, entretanto, continuaram a reproduzir-se nos primeiros governos da redemocratização, ainda que denunciados e chegando mesmo a provocar o *impeachment* do Presidente da República. A passagem dos regimes autoritários para regimes abertos e democráticos, na última década, tem suscitado em todos os continentes problemas político-institucionais comuns. Esses problemas tiveram na cultura política específica de cada país um tratamento diferenciado, ainda que tenham recebido influência decisiva das duas macrotendências da economia e da política no final do século XX: a globalização da economia - que, alguns, talvez com mais acerto, como Alain Touraine, preferem chamar de mundialização da economia- e a democratização do estado e da sociedade. A questão ética irrompeu com toda a sua força no contexto do processo da institucionalização democrática do poder. A Constituição brasileira de 1988 expressou essa demanda da sociedade no caput do art. 37 ao determinar como obrigatória para a administração pública a observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

O tema da ética depois de ter sido a bandeira, juntamente com o da liberdade e da igualdade, do movimento de contestação ao autoritarismo, acabou consagrado constitucionalmente. A constitucionalização do tema ético implica, entretanto - e isto procuraremos demonstrar neste texto - numa nova concepção do estado, onde a liberdade e a igualdade, deixam de ser concessões do poder estatal, e passam a constituir valores morais fundadores da ordem estatal. Para isto iremos utilizar o método da "leitura

moral da constituição" (Dworkin, 1996), privilegiando, portanto, somente o aspecto moral do processo de democratização, sem, no entanto, ignorar a complexidade das transformações sociais e econômicas que ocorrem neste final de século.

Antes de tratar do tema da leitura moral da constituição, torna-se necessário situá-lo no quadro geral da evolução da hermenêutica constitucional, chamando-se a atenção para a contribuição da teoria sociológica do direito de Niklas Luhmann e o emprêgo do funcionalismo estrutural na teoria da constitucionalização simbólica, desenvolvida por Marcelo Neves (1994). A interpretação das normas constitucionais implica a utilização de métodos que se diferenciam do método de interpretação das demais normas de direito público e privado. Existe uma concordância entre os juristas de que a constituição, por sua própria natureza, especialmente quando trata da declaração dos direitos fundamentais, supõe uma leitura que a distingue daquela realizada no quadro da dogmática tradicional. A interpretação da norma constitucional torna-se ainda mais específica, quando ocorre no quadro do estado democrático de direito, pois pressupõe o emprego de conceitos e valores caracterizadores dessa forma de regime político-constitucional.

Essa exigência hermenêutica recentemente ganhou fôro de concordância entre os estudiosos do direito, quando, a partir do término da II Guerra Mundial, começaram a sofisticar-se os métodos e a abrangência temática da sociologia do direito. Alguns dados empíricos tinham sido levantados, nas décadas anteriores, relativos ao conflito no estado liberal entre os ideais constitucionais e a prática político-institucional . No Brasil, autores pioneiros como Gilberto Amado (1924) e Oliveira Vianna (1927), assinalaram a discrepância entre a retórica do texto constitucional e a realidade nacional. Essa preocupação empírica abriu novas perspectivas na teoria do direito, até então prisioneira do positivismo. Norberto Bobbio foi o grande impulsionador dos estudos da sociologia teórica do direito, a partir da década dos setenta, estabelecendo os seus fundamentos metodológicos.

O advento desse novo método de investigação do fenômeno jurídico, correspondeu a uma mudança na natureza do estado liberal, com a assumpção pelo poder público de crescentes funções no campo social e econômico; a progressiva transformação do estado liberal no estado do bem-estar social fez com que a função e a finalidade do pessoa humana in genere e o sistema social e econômico, consagrado pelo direito, também fossem repensados. Tornaram-se bastante evidentes as incongruências da ordem jurídica liberal: de um lado, encontrava-se a proclamação de direitos e liberdades, que tinha no estado de direito a sua formalização mais acabada; do outro, um sistema social e econômico, que negava esses mesmos direitos aos segmentos mais pobres da população. Nesse sentido é que se afirmava ser o direito um sistema normativo destinado à manutenção do status quo , constituindo um entrave à mudança social. A abordagem da sociologia do direito abriu uma nova perspectiva nos estudos jurídicos, ao distinguir as três funções do direito - a função de orientação social, a de solução dos conflitos e a de legitimação do poder -, pois permitiu que se introduzisse na

investigação jurídica a questão dos valores sociais e políticos. A análise jurídica deixou, assim, de ficar restrita e prisioneira do dogmatismo e retomou uma tradição do pensamento social do Ocidente, que por quase dois séculos ficara sufocada por diferentes formas e níveis de positivismo: o debate sobre as finalidades e a busca de uma sociedade justa. Nesse quadro é que se explicitaram as possibilidades da teoria luhmaniana, ao conceituar o direito como "a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas" (Luhmann, 1972).

Para Luhmann, o sistema político é o codificador e generalizador simbólico do poder. O poder, entretanto, nas sociedades complexas e plurais da contemporaneidade, perdeu progressivamente a sua identificação com a coerção, a violência e a repressão; surgiu nesse processo histórico uma nova forma de organização política, onde a força do poder público passou a depender, principalmente, da possibilidade do indivíduo ou vários escolherem soluções para os problemas da comunidade. A liberalização e a participação de um número crescente de cidadãos na tomada das decisões públicas faz com que a legitimação do processo político implique, como escreve Luhmann, numa dupla aceitação: a aceitação pelo cidadão das decisões da administração pública e a aceitação pela administração pública da participação dos cidadãos nos procedimentos institucionalizados. Essa sociedade política, no entendimento de Luhmann, não se caracteriza mais pela coerção, mas a sua força irá nascer da livre e autônoma adesão dos cidadãos às normas coletivas.

A teoria da constitucionalização simbólica (Neves: 1994) possibilitou uma maior abrangência das idéias de Luhmann, fazendo com que se introduzisse na teoria da sociologia do direito do autor alemão indagações conducentes à análise do papel dos valores sociais na construção e implementação do direito. Partindo da teoria de Thurman Arnold, sobre o papel simbólico do direito e especificamente da constituição, Neves acrescentou à temática luhmaniana alguns desdobramentos, que a complementaram e enriqueceram. O direito para Arnold, citado por Neves (1994: 28), deve ser concebido dentro de um quadro mais complexo do que aquele desenhado pela dogmática jurídica. Isto porque, escreve Arnold, "é parte da função do "direito" reconhecer ideais que representam o oposto exato da conduta estabelecida". Logo, o direito tem duas funções - a simbólica e a instrumental -, a primeira referida ao mundo do dever-ser e a segunda relacionada com a realidade social objetiva. O emprego dessas duas dimensões de forma integrada entre si, contribui para um entendimento mais sofisticado do fenômeno jurídico, onde o direito incorpora na sua dimensão simbólica um telos político, e, portanto, moral.. Neves não argumenta no terreno da ética, mas fornece as bases teórico-sociológicas, que irão fundamentar uma teoria ética da constituição.

O estudo da teoria ética da constituição necessita, no entanto, ser antecedida por um entendimento da forma pela qual a teoria da constitucionalização simbólica possibilita a análise da dimensão ética, dentro de um quadro conceitual jurídico. A constitucionalização simbólica abre

perspectivas para a incorporação dos valores morais na análise da ordem jurídico-constitucional, pois admite a mútua influência entre o direito positivo e o mundo dos ideais sociais e políticos a serem realizados pelo direito. A constituição servirá para explicitar a tensão entre o mundo dos valores e o mundo da regulação social, fazendo com que a sociedade integre no seu cotidiano normas, que não se resumem à solução de conflitos inter-individuais ou grupais, mas que forneçam os parâmetros de uma sociedade, garantidora do bem comum, da segurança jurídica e da justiça (Radbruch, 1974:417). Nesse contexto é que o estabelecimento pela Constituição de 1988 (art.1º, caput) do estado democrático de direito obriga a sua leitura levando em consideração, as dimensões acima referidas do direito.

O trabalho da hermenêutica - é oportuno recordar que a palavra deriva do deus Hermes, que exercia a função de mediador entre os homens e os deuses - jurídica contemporânea desenvolve-se em dois planos, que abrangem às duas clássicas indagações kantianas: o primeiro, procura responder à pergunta do *quid sit iuris* (o que está de acordo com o direito?); e o segundo, conceitua o que é o direito (na indagação de Kant: *quid sit ius* ?). Foram essas perguntas kantianas que permitiram, no campo da filosofia do direito, superar o impasse provocado pela "querela dos universais"(Libera, 1996), tema permanente da epistemologia desde a sua primeira formulação no pensamento de Platão. A leitura do texto constitucional, portanto, somente adquire sentido, quando admite a tensão dialética provocada pelas perguntas kantianas. Isto porque, a diferença entre a lei positiva e o direito ocorre dentro de um "ciclo vital" (Frosini, 1994: 66), onde a resposta às duas perguntas são condicionantes entre si. Em outras palavras, a interpretação jurídica não pode ser realizada sem que se saiba o que é o direito, para que se possa caracterizar uma questão como sendo jurídica; ao mesmo tempo, não se pode interpretar o sentido do direito sem que se tenha determinado como esse conceito se situa no quadro de um ordenamento jurídico determinado.

A teoria estruturante do direito de Müller (1996), ainda que não considere explicitamente a questão ética, e a teoria dos "princípios legais" de Dworkin (1986) abriram novos caminhos hermenêuticos, principalmente, no que se refere à leitura do texto constitucional. Esse tipo de análise encontra-se em estágio embrionário nas letras jurídicas e nos tribunais brasileiros. Prisioneiros do positivismo dogmático, somente depois de terem se defrontado com os desafios colocados pela prática constitucional no estado democrático de direito, é que juristas e magistrados começaram a preocupar-se, no Brasil, com a avaliação dos pressupostos morais na elaboração e na aplicação da lei.

A teoria de Müller permite que se construa uma metodologia, atenta à realidade social do direito, mas onde o objetivo da pesquisa é a estrutura da norma jurídica e as condições fundamentais de concretização do direito. Para o autor alemão, a hermenêutica tradicional reduziu o seu objetivo ao exame da compreensão do texto à sua expressão linguística, interpretação essa que encontrou sua expressão no processo dedutivo, onde se formula a "norma-decisão"; o poder judiciário diz "a verdade legal" (Seabra Fagundes, 1950:

118). A hermenêutica estruturante, por sua vez, procura ultrapassar o estágio tradicional e considera que "compreender não é um "puro" conhecer. É um agir, e como tal, depende do contexto da ação e, portanto, de vida daquele que age compreendendo". (Müller, 1996: 42). O objetivo da teoria estruturante do direito consiste, assim, na superação da premissa fundamental do positivismo jurídico, qual seja a de que a norma jurídica é um dado no quadro de uma ordem jurídica considerada como acabada, podendo ser aplicada sob a forma de um silogismo. Logo, concretizar a norma jurídica será um processo que envolve mais do que considerar a norma, mas, também, a sua realização, tendo em vista um caso e, portanto, sua inserção no quadro mais abrangente de valores morais. Podemos, assim, entender os princípios estruturantes de Müller ou os "princípios

legais" de Dworkin como sendo a constatação de que existem fora do ordenamento jurídico-constitucional , normas fundadoras da ordem constitucional e, portanto, que devem inspirar a sua aplicação aos casos concretos. Caminhamos,

portanto, por um caminho interpretativo que se inicia na lei posta, mas que dela não fica prisioneiro, evitando-se, assim, o que Müller chamou de "cilada lógica" na qual fica imobilizado o positivismo jurídico.

Diferentes respostas têm sido dadas a esse novo tipo de indagação: quais são os princípios que irão diferenciar a constituição do resto do ordenamento jurídico dando-lhe " o caráter " político"do seu objetivo"? (Verdu, 1987: 74). A primeira constatação que se pode fazer é a de que o "político"será determinado em função de princípios, que irão definir o papel da lei. Essa servirá para tornar o govêrno mais coerente em princípio e preservar a integridade da ação governamental, de modo que a comunidade seja governada por "princípios e não somente por normas que podem ser incoerentes em princípio" (Dworkin, 1994: 471). O conteúdo dos princípios constitucionais pode ser definido em função de dois critérios, referidos por Dworkin (1996): o primeiro deles, procura o conteúdo dessas normas meta-constitucionais no sentido que lhe pretendiam dar os constituintes. Trata-se de uma interpretação histórica do texto constitucional, que se revela, particularmente, insuficiente quando ocorre nas sociedades complexas, pluralistas e dinâmicas do mundo contemporâneo. Para corrigir as limitações da abordagem estritamente histórica na determinação dos princípios estruturantes, Dworkin sugere que se desloque a análise para o campo mais abrangente dos valores, onde se poderá definir quais os objetivos maiores da ordem constitucional. Esses objetivos na sociedade democrática tem a ver com a realização da tríade dos revolucionários do século XVIII: a liberdade, a igualdade e a fraternidade (que pode ser lida modernamente como solidariedade). Em torno desses três valores superiores da sociedade democrática , processa-se a determinação dos princípios constitucionais.

A primeira estratégia de interpretação constitucional consiste em privilegiar o princípio majoritário na leitura do texto constitucional, considerar que as leis e as políticas públicas de uma sociedade democrática devem ser determinadas pela maioria dos cidadãos, através de seus representantes políticos. A aplicação da premissa majoritária na leitura do texto do texto constitucional corre o risco de ignorar direitos individuais, que, por ventura, entrem em conflito com a vontade da maioria.

O argumento de Dworkin contra a premissa majoritária baseia-se no respeito aos direitos individuais, que são relacionados com valores superiores à ordem jurídica, mas que são determinantes na sua aplicação. A concepção constitucional da democracia rejeita a tese de que o valor supremo da democracia encontra-se na vontade transitória da maioria dos cidadãos, ainda que plenamente informados e racionais em suas decisões. Atribui a função de decisões coletivas às instituições políticas cuja estrutura, composição e prática considera em pé-de-igualdade todos os cidadãos. Situa, portanto, a igualdade de tratamento e de oportunidades como o vetor principal na prática da democracia constitucional.

A leitura moral da constituição, assim chamada em virtude de estar vinculada à concepção da democracia como um regime político que se fundamenta em valores morais da pessoa humana, permite que se incorpore e leve em consideração no processo de aplicação da lei, ao caso concreto, as finalidades últimas do regime democrático. Trata-se de considerar os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade como princípios fundantes da ordem jurídica. O sentido da leitura constitucional torna-se moral na medida em que esses valores são encarados, não como simples arranjos político-institucionais, mas sim como dimensões morais do cidadão a serem implementados na sociedade política. Na história do estado moderno a articulação entre os valores fundantes da ordem democrática ocorreu de forma diferenciada, dependendo do tipo de estrutura político-institucional estabelecida pela constituição. O estado liberal privilegiou a dimensão da liberdade, sendo que se construíram, historicamente, três modelos de arranjos institucionais para a proteção dessa liberdade, fundamentalmente política: o modelo legislativo, o modelo da democracia constitucional e o da participação política. Esse último, veio expressar a nível institucional a autonomia, ou seja, a capacidade de fazer as nossas próprias leis, inserindo-se na tradição de Rousseau e de Kant. Para que se possa desenvolver uma possível leitura moral da constituição, torna-se necessário, em primeiro lugar, estabelecer o sentido da tríade da liberdade, igualdade e fraternidade no contexto do estado democrático de direito. Trata-se, portanto, de reconhecer as limitações do estado liberal face à complexidade da sociedade contemporânea, principalmente levando-se em conta a concepção peculiar dos grandes teóricos liberais sobre a natureza e o exercício da liberdade, sobrepondo-se à igualdade e à fraternidade. Essa limitação tem a ver com a própria noção de autonomia, que se constitui na tese política fundamental do pensamento liberal. Ao contrário do que sustentam alguns intérpretes (Villey, 1976), Kant, o grande expositor e sistematizador do problema na filosofia moderna, concebia a autonomia do

indivíduo dentro da sociedade; a autonomia não era, portanto, uma característica do homem como ser individualista, mas sim como ser social (Höffe, 1985). E por ser uma dimensão do ser humano que se realiza somente em sociedade, o exercício da autonomia, que é garantido pelo direito à liberdade, para a sua plena realização, supõe o respeito à igualdade entre os membros da sociedade. A fraternidade, que os autores contemporâneos referem-se como sendo a solidariedade, representa nessa concepção o estágio superior de aperfeiçoamento da sociedade, onde ocorre a convergência da liberdade e da igualdade no todo social. O momento de integração dos três valores irá ocorrer somente quando da superação do estado liberal, ordem constitucional do individualismo burguês. Pode-se, então, fazer referência aos valores constitucionais implícitos contidos no "domínio normativo" (Canotilho, 1993) do estado democrático de direito. O entendimento das principais características conceituais do estado democrático de direito, como a expressão mais acabada da "democracia constitucional", e de como o funcionamento dos seus mecanismos institucionais pressupõe uma leitura específica, vale dizer moral, dos valores maiores da liberdade, igualdade e fraternidade. Essa leitura especial torna-se necessária, para que os mesmos possam ser incorporados na própria dogmática constitucional. A chamada "leitura moral da constituição" pode ser descrita como sendo um processo hermenêutico, que se desdobra em duas etapas: a primeira, consistindo no entendimento crítico dos três valores fundantes da ordem democrática contemporânea, acima referidos; a segunda, na atribuição ao poder judiciário da função da leitura desses valores face ao caso concreto. A teoria política tem chamado a atenção para o uso plurívoco da palavra "democracia". Existe, entretanto, uma concordância quanto ao emprego da expressão "democracia constitucional", que expressaria a aceitação de alguns pressupostos que a diferenciam, como regime político, dos demais tipos de democracia. Em torno da evolução da democracia constitucional, na verdade, no exame de sua progressiva democratização durante o século XX, é que podemos situar as características básicas do estado democrático de direito.

Para que se possa dimensionar essas diferenças conceituais torna-se necessário discutir como a premissa majoritária, fundamental no conceito de democracia, perde a sua posição determinante na democracia constitucional. Quando falamos em democracia, fazemos referência a uma palavra que, desde quando foi empregada pela primeira vez, por Heródoto (História, III, 80-83), associa-se a idéia de "demokratia"- governo pelo povo"- com a idéia de isonomia - igualdade diante da lei. Essa associação, como observa Sartori (1994; 52), preponderou, desde os gregos, com respeito à associação entre democracia e eleutheria (liberdade). A ênfase no primeiro binômio provocou no pensamento político moderno, principalmente a partir de Rousseau, o desenvolvimento de dois projetos políticos distintos: o projeto democrático, privilegiando a igualdade e o projeto liberal, fazendo preponderar a liberdade. O estado democrático de direito irá procurar superar essa antinomia latente, integrando êsses dois projetos políticos.

O processo de integração talvez possa ser explicado se analisarmos o tipo de ação coletiva, que é pressuposta pelo governo democrático. A ação coletiva pode ser estatística ou comunitária: o primeiro tipo ocorre, quando a vontade de um grupo social reflete a vontade ou o interesse de seus membros individualmente considerados; a ação coletiva é considerada comunitária, quando é exercida através de uma agência ou órgão comum. Nesse caso, os indivíduos atuam através de uma decisão, que se supõe coletiva, chamada por Rousseau de "vontade geral". O radicalismo democrático sustenta que a ação coletiva democrática identifica-se com a premissa majoritária, aquela que considera a "vontade geral" como fruto do voto de uma maioria de cidadãos, individualmente considerados. A democracia liberal, por sua vez, adota a premissa majoritária como método de aferição de votos, mas a vontade coletiva será o produto construída por um amálgama das vontades e interesses individuais e grupais, que se formam uma nova vontade qualitativamente diferente da soma das vontades individuais. No estado liberal essa vontade geral é construída através dos órgãos de representação coletiva. A liberdade, a igualdade e a fraternidade ou solidariedade assumem nos dois tipos de ação coletiva características absolutamente diferentes. Tome-se, por exemplo, o argumento do radicalismo democrático de que uma decisão que contrarie a vontade da maioria é ilegítima. A leitura da mesma decisão no quadro da democracia constitucional aponta para outra direção. Isto porque, na ação coletiva comunitária o exercício da liberdade ocorre nas relações não entre o governo e cada cidadão individual, mas entre o governo e a cidadania coletivamente considerada. Dessa forma, os limites à decisão majoritária, consagrados, aliás, nos textos das constituições modernas sob a forma das declarações de direitos e garantias fundamentais, permitem que sejam expandidas as liberdades individuais. Dworkin (1996; 21-22) argumenta que a premissa majoritária, fundamento do radicalismo democrático é "o ideal político mais potente - e perigoso do nosso tempo". As pessoas terminam por querer serem governadas, escreve Dworkin, por grupos aos quais pertencem e com os quais se identificam; pretendem ser governados por irmãos da mesma religião, raça ou comunidade linguística, considerando uma comunidade política que não satisfaça essas exigências como tirania e opressão. O exercício da liberdade individual talvez exija uma forma de organização política, que se baseia num determinado tipo de compromisso moral, que faz com que todos os cidadãos tenham preocupação igual pelos interesses de todos os demais membros da comunidade. A idéia de reciprocidade constitui, portanto, um pressuposto moral da própria existência da comunidade, sendo que a integração da pessoa na comunidade ocorrerá somente quando ela puder tomar parte e ter interesse nas decisões coletivas e, em relação a elas, guardar sua independência individual. A concepção comunitária de democracia, escreve Dworkin (1996; 25), explica uma intuição partilhada por muitos: a de que uma sociedade, na qual a maioria despreza as necessidades e pretensões de alguma minoria, é ilegítima e injusta. Vemos, então, como a introdução do tema da liberdade sob o ângulo da

moralidade, leva-nos ao tema da igualdade. A idéia da igualdade, que reduzida à sua dimensão estritamente estatística levou alguns autores a referir-se à "idéia vazia da igualdade" (Westen, 1982), ignorando a sua face moral, torna-se sob esse último aspecto essencial para o entendimento do estado democrático de direito. A antinomia entre os dois termos - liberdade e igualdade - que o estado democrático de direito pretende resolver, somente pode ser concebida na medida em que situarmos a igualdade como uma "condição da liberdade" (Sartori, 1994; 138), isto é, como uma condição social e política que assegure o pleno exercício da autonomia individual, através de uma ordem jurídica garantidora da igualdade de liberdade. Logo, a distinção entre igualdade natural e igualdade jurídica, elaborada pelos pensadores liberais (Vachet, 1970) perde o seu sentido lógico, pois a redução da igualdade à sua normatização no direito positivo, tem como resultado o esvaziamento do conteúdo moral da palavra. A liberdade sendo o ato moral por excelência do ser humano, tem na igualdade, não sua condição suficiente, mas necessária para o seu exercício por todos os cidadãos. Logo, a hegemonia do valor liberdade no quadro jurídico do estado liberal termina por negar o próprio conceito de autonomia individual, que acaba desencarnada de suas necessárias conexões intersubjetivas. Enquanto os dois primeiros termos da tríade revolucionária estão diretamente ligados aos poderes do indivíduo na sociedade, a fraternidade ou solidariedade relaciona-se com o tipo de sociedade ou com a qualidade da vida social ou bem comum. A palavra solidariedade nos anos dourados do estado liberal foi empregada com forte conotação idealista e utópica. A evolução do estado moderno, que teve como fulcro central a convergência da tese da igualdade com a da liberdade, fez com que a idéia da fraternidade adquirisse um conteúdo substantivo, perdendo o seu caráter meramente adjetivo.

O conteúdo da idéia de solidariedade refere-se à necessária relação de respeito mútuo entre indivíduos e a construção de uma sociedade, que permita o pleno desenvolvimento do homem como ser moral, isto é, igualmente livre. Para tanto, a idéia de solidariedade implica numa comunidade que é mais abrangente do que o Estado, assegurando a participação das pessoas em diferentes tipos de organização social, perseguindo diversos objetivos e finalidades. A boa sociedade política será aquela que garanta aos seus cidadãos o atendimento de uma múltipla gama de interesses, através de uma grande variedade de associações não-políticas, como igrejas, grupos sociais e profissionais (Millon-Delsol, 1992; Ewald, 1996).

A atribuição de conteúdos aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade permite que se estabeleça uma esfera de valores jurídicos, que se constituem nos princípios estruturantes da ordem jurídica democrática. Não devem, entretanto, esses valores serem confundidos com direitos naturais, mas sim considerados como princípios, que obrigam o legislador e o aplicador da lei, por expressarem uma etapa superior na conscientização moral da sociedade. As consequências lógicas na construção de uma ordem política e jurídica, que assegure a garantia desses valores, possibilitou,

inclusive, que se criasse uma esfera intermediária entre a ordem dos princípios e o texto constitucional, esfera onde se situam os direitos humanos. Por essa razão, não cabe no estado democrático de direito a aplicação da lei ignorando-se êsses valores jurídicos, pois fazem parte do domínio normativo, sendo mesmo pré-constitucionais. A pergunta que permanece tem a ver com a aplicação no estado democrático de direito de normas constitucionais, que sòmente podem ser apreendidas em sua inteireza levando-se em consideração os valores jurídicos, alguns deles, explicitados no texto constitucional (Constituição Federal, art.1º, caput). Em outras palavras: como as condições do estado democrático de direito, estando referidas a três valores fundantes e objetivos - a realização de uma sociedade livre, igualitária e justa - disciplinam, em última análise, o processo de aplicação da norma constitucional? A resposta a essa pergunta tem sido dada por dois modelos político-institucionais. O primeiro, procura prever no texto constitucional, em detalhes, todos os possíveis casos nos quais os princípios estruturantes deverão ser obedecidos; o segundo modelo - aliás, o modelo adotado em número crescente por constituições elaboradas nos últimos decênios -, estabelece na constituição princípios gerais e abstratos, deixando para as instituições a sua aplicação aos casos concretos. As constituições rígidas prevêm, também, não sòmente quais os princípios, mas, principalmente, o modo pelo qual o poder judiciário deverá interpretá-los. O juiz torn-se escravo da lei e não o seu intérprete, obediente na sua aplicação ao princípio do, como escreveu Radbruch, "Gesetz ist Gesetz". A tradição constitucional brasileira insere-se nesse caso, com a exceção da Constituição de 1988, que se encontra em situação limítrofe, pois é detalhista, mas remete a princípios que pertencem ao domínio normativo e necessitam, por essa razão, uma interpretação específica. Talvez encontre-se nesse ponto as dificuldades surgidas no processo de construção do estado democrático de direito no Brasil, desde 1988. As constituições não-rígidas parecem adaptar-se melhor às condições sociais, econômicas, políticas e culturais de uma sociedade pluralista. As experiências inglesas e norte-americana mostram dois tipos de modelos institucionais, que procuram integrar os valores jurídicos, contidos no domínio normativo, na aplicação ao caso concreto. A constituição inglesa atribui à maioria parlamentar a função de intérprete último da norma constitucional, podendo tudo, como afirmam os constitucionalistas britânicos, menos transformar homem em mulher. O modelo norte-americano estabelece uma hierarquia judiciária, cabendo ao seu mais alto grau hierárquico, a Côte Suprema, a palavra final sòbre o significado do texto constitucional. Atualmente, êsse modelo apresenta em alguns países, a variante da corte constitucional, em alguns casos, eleita por períodos mais ou menos longos. A leitura moral da constituição pode ser feita por quaisquer desses modelos, mas, essencialmente, consiste no processo de determinação de como as cláusulas constitucionais, que estabelecem os parâmetros do estado democrático de direito, devem ser lidas. Essa leitura supõe, portanto, o entendimento moral e integrado dos conceitos de liberdade, igualdade e

fraternidade e como esses valores recebem uma primeira posituação sob a forma dos direitos humanos (Bobbio, 1992). Em virtude dessa exigência lógica e política, o funcionamento do estado democrático de direito supõe a atuação do poder judiciário dentro desses princípios superiores, cabendo-lhe fazer a leitura moral da constituição. O processo de aplicação dos princípios legais aos casos concretos pelo poder judiciário corre, entretanto, o risco de cair na armadilha do subjetivismo ético dos juizes, que imporiam à sociedade suas concepções morais. Esse risco, no entanto, é realidade no quadro de um sistema jurídico positivista, sendo a inserção do poder judiciário no contexto moral e político do estado democrático de direito o grande desafio na construção da sociedade democrática do próximo século.

Bibliografia

- Amado, Gilberto. "Instituições políticas e meio social no Brasil", em À Margem da História da República. Rio de Janeiro: "Anuário do Brasil", 1924.
- Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1982, trad.bras.
- Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional . Rio de Janeiro, Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- Dworkin, Ronald. - Law's Empire. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- "Law, philosophy and interpretation", em Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie, 80 (4): 1994.
- Freedom's Law - The moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.
- Edwald, François. Historie de l'État Providence. Paris: Grasse & Fasquelle, 1996.
- Seabra Fagundes, M., O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. Rio de Janeiro: José Kofino Editor,1950.
- Frosini, Vittorio. La lettera e lo spirito della legge. Milano: Giuffrè Editore, 1994.
- Höffe, Otfried. Introduction a la philosophie pratique de Kant. Albeuve: Castella, 1985.
- Libera, Alain de. La querelle des universaux. Paris: Seuil, 1996.
- Luhmann, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de janeiro: Tempo Brasileiro, 1972.
- Millon- Delsol, Chantal. L'État Subsidiaire. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- Muller, Friedrich. Discours de la Méthode Juridique . Paris: Presses Universitaires de France, 1996, trad.francesa.
- Neves, Marcelo. A Constituição simbólica . São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

- Radbruch, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- Sartori, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Rio de Janeiro: Ática, 1994, vol.II, trad.bras.
- Vachet, André. L'Ideologie liberale. Paris: Anthropos, 1970.
- Verdu, Pablo Lucas. La lucha contra el positivismo juridico en la Republica de Weimar. Madri: Tecnos, 1987.
- Vianna, Oliveira. O Idealismo na Constituição. Rio de Janeiro: Livraria Globo, 1927
- Villey, Michel. Critique de la pensée juridique moderne. Paris: Dalloz, 1976.
- Westen, Peter. "The Empty Idea of Equality", em Harvard Law Review, 95 (3): jan.

**Professor na UERJ e na UGF*

Barreto, Vicente. **A leitura ética da constituição** Disponível em <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_3.html>. Acesso em 25 de setembro de 2006.