



## A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

*Paulo Lopo Saraiva\**

### RESUMO

Este trabalho aborda os aspectos básicos da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, e da Teoria Politizante do Direito conforme Paulo Bonavides. Além disso, fala nas dimensões constitucionais das políticas públicas como tributação, orçamento, ordem econômica e financeira, e ordem social, bem como das funções constitucionais de efetivação. Neste sentido, trata da concretização constitucional.

**Palavras-chave:** Teoria Estruturante do Direito. Friedrich Müller. Teoria Politizante do Direito. Políticas públicas. Concretização Constitucional.

## 1 PRÉ-COMPREENSÃO

Antes de Compreender é preciso pré-compreender (Vorverständnis). É esta a lição dos juristas alemães, que utilizam sempre esta estratégia, para melhor entender os elementos ontológicos e epistemológicos.

---

\* Pós-Doutorado em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra. Advogado e Professor.

## 2 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO – ASPECTOS BÁSICOS

A Teoria Estruturante do Direito (*Strukturiende rechtslehre*) apresenta quatro elementos básicos: a) a Dogmática; b) a Metodologia; c) a Teoria da norma jurídica e d) a Teoria da Constituição.

Nesta análise, vamos nos deter sobre a parte metodológica, que se constitui na bússola para a boa percepção da nova teoria jurídica.

Como afirma Oliver Jouanjan (1996, p. 6), “[...] la méthodologie occupe certainement au sein de la théorie structurante du droit une place stratégique”<sup>1</sup>. A primeira observação crítica direciona-se para a Teoria Pura do Direito, que passa a ser considerada como uma teoria em pânico. Friedrich Müller (1996, p. 7) é categórico: “Lá onde Kelsen pensava ter terminado a sua lição é que começa o trabalho.” Kelsen distingue dois tipos de interpretação: a autêntica, realizada pelos órgãos elaboradores e aplicadores do direito e a científica, efetivada pelos cientistas jurídicos.

A concepção estruturante lastreia-se numa interpretação abrangente, não apenas deducionista, mas sobretudo inducionista. Vale dizer: para o intérprete criativo, não basta à abstração normativa, todavia faz-se necessária a fecundidade hermenêutica, que conduzirá inevitavelmente à concretização prática do direito. É nisto que, ao fim e ao cabo, repousa a diferença básica entre a Teoria Pura e a Teoria Estruturante do Direito.

A primeira vê no Direito positivo a base da interpretação e aplicação da norma jurídica; a segunda, pelo contrário, entende que a verdadeira norma jurídica deve ser construída, ao longo do labor interpretativo, a fim de que se realize o Direito, ou seja, que haja eficácia normativa através de uma decisão política.

Neste sentido, Friedrich Müller (1996, p. 49) é peremptório: “*Le droit est une forme particulière de la politique qui est accentué et articulé de manière caractéristique au sein de l’Etat de droit*”<sup>2</sup>.

Conclui-se, facilmente, que o intérprete-concretizador da norma opera obrigatoriamente com o binômio norma/realidade. A relação normatividade/praticidade é o instrumento básico para a labuta do jurista-estruturante.

A proposição jurídica de Kelsen é a dimensão concretizadora de Müller. Kelsen apenas examina a juridicidade da norma (na concepção da Teoria Pura); Müller, ao revés,

<sup>1</sup> Tradução livre: “a metodologia ocupa certamente no seio da Teoria Estruturante do Direito um lugar estratégico”.

<sup>2</sup> Tradução livre: “O Direito é uma forma particular de política, que está acentuada e articulada de maneira característica no seio do Estado de direito”.

analisa integralmente o arcabouço normativo (plano literário, linguístico, plano material, plano conjuntural), em cada caso *per se*, e cria a norma de decisão (*Entscheidungsnorm*), ou seja, o ato decisório, realizador do Direito.

### 3 CATEGORIAS BÁSICAS DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

De modo sucinto e objetivo, analisaremos, agora, as categorias básicas da Teoria Estruturante do Direito.

Para Friedrich. Müller (1996, p. 49) “o Direito é uma forma particular de política”. Vale dizer: é impossível uma satisfatória análise jurídica, sem a pré-compreensão política.

De acordo com a ordem da Nova Hermenêutica, são estas as categorias fundamentais da interpretação concretizante do Direito:

Norma-texto (*Normtext*) é o direito normado. É a norma, na sua expressão lingüística. É a norma, na sua forma redacional. É o enunciado normativo. Exemplo – “A saúde é direito de todos e dever do Estado.” (art. 196 da Constituição Federal/88).

A norma-texto não é, ainda, a norma eficaz, efetiva e eficiente. É a norma-impulso. É a norma primária, que vai possibilitar a construção da norma política de decisão. É a norma inicial. É o *input* do sistema jurídico.

Em seguida, tem-se a norma-programa (*Norm-program*).

A norma-programa é, na verdade, um programa normativo, que possibilita a interpretação do conjunto normativo, *rectius*, o entendimento de todos os elementos essenciais e variantes hermenêuticos da norma textualizada.

Nela encontram-se “os dados lingüísticos” (*sprachdaten*), ou seja, os elementos gramaticais, sistemáticos e genéticos, necessários à correta interpretação jurídica do texto legal.

Ao depois, elencam-se os “dados reais”, isto é, os elementos do campo normativo, a pauta da realidade. É o âmbito normativo (*Normbereich*) é a norma-âmbito.

A interconexão da norma-programa com a norma-âmbito produz a norma de Direito (*Rechtsnorm*) norma jurídica, genérica ao depois, produz a norma de decisão (*Entscheidungsnorm*). É a norma de decisão. É a norma individual. É o *output*. É o ato administrativo. É a sentença. É o contrato. É a convenção coletiva. É tudo que produza efeitos jurídicos-concretos.

Rememorando: as categorias essenciais da Teoria Estruturante do Direito são: a) norma texto; b) a norma-programa; c) norma-âmbito; d) norma jurídica; e e) norma de decisão, composta de juridicidade, politicidade e concretude, ou seja, decisão política.

#### **4 A TEORIA POLITIZANTE DO DIREITO - ASPECTOS BÁSICOS**

A Teoria Politizante do Direito apresenta um discurso fortalecedor do Estado Democrático de Direito. Na sua estrutura doutrinária, encontram-se os elementos solidificadores de uma nova concepção político-jurídica.

Na clássica obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*, aparecem os conceitos nucleares das novas percepções políticas, bem assim uma atualização do pensamento jusfilosófico tradicional.

No *Curso de Direito Constitucional*, o mestre Paulo Bonavides alia, com erudição e maestria, toda a pauta do constitucionalismo clássico com os mais contemporâneos segmentos da vigente realidade constitucional. Enfatiza os aspectos da “Constituição principiológica”, sem dúvida, o grande legado da Constituição Federal de 1988.

De outro bordo, demonstra - *quantum satis* – que os princípios contêm força normativa, vale dizer: devem ser aplicados, eficacializados e efetivados. Numa palavra: concretizados.

Na diferenciação ontológica entre princípios e regras, alerta-nos ele:

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se infere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o *regímen*, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. (BONAVIDES, 1999, p. 260)

Nesta linha de raciocínio, os princípios contêm normatividade.

A dimensão axiológica constitucional é positivada para valer e produzir efeitos concretos.

A época que considerou os princípios como de natureza genética já se foi, de vez que os princípios, no contexto hodierno, valem mais que as normas. Inexiste norma-princípio, no

nosso sentir; princípio é princípio, conquista histórica; e norma é norma, regra jurídica de convivência social. Sejam afirmativos e não dúbios.

Na “Ciência Política”, vislumbram-se as definições de natureza política, tais como regime de governo, sistema de governo, plebiscito, referendo, iniciativa popular, entre outros.

No seu mais recente livro (2007), o mestre de Fortaleza densifica sua mensagem doutrinária, na abordagem de temas como “Globalização”, a “Salvaguarda da Democracia constitucional”, “Constituição ou Medida Provisória” e “Plebiscito e Mini Constituinte”.

Numa pontuação magistral sobre o neo-liberalismo, preleciona: “A globalização é o facismo branco do século XXI: universaliza o egoísmo e ex-patria a solidariedade”.

Devera, a globalização desnatura a convivência social, atingindo os valores básicos da nacionalidade dos povos.

É possível, como já se disse, globalizar o mercado, mas nunca a sociedade.

O Direito tem a função essencial de humanizar o processo globalizante, mantendo o valor humano acima de qualquer outro valor. A defesa, neste passo, do princípio da dignidade da pessoa humana, é decisiva.

Como se vê, a dimensão doutrinária da teoria em foco ostenta uma oceânica fecundidade hermenêutica, nos campos político, jurídico econômico e social, consagrando-a pela permanente indicação política, ou seja, há sempre um liame entre a expressão cultural e o exercício do poder.

## **5 AS DIMENSÕES CONSTITUCIONAIS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

As dimensões constitucionais das políticas públicas, a nosso ver, são estas: Tributação, Orçamento, Ordem Econômica e Financeira e Ordem Social.

No constitucionalismo contemporâneo, que privilegia a “dignidade da pessoa humana”, como princípio máximo do sistema jurídico, é impossível fazer abordagem desses temas, sem uma compreensão sistêmica, holística, universal.

É imperiosa a mudança da metodologia desse importante ente da Constituição, com o escopo de obter-se uma visão geral desses dispositivos constitucionais. A visão tem de ser integrada, sistêmica, repito, holística.

Em verdade, arrecadam-se tributos para a realização orçamentária, que deve propiciar o desenvolvimento econômico e financeiro, para concreção da ordem social.

Sem essa visão integralizada, não se justifica o estudo constitucional desses elementos constitutivos das políticas públicas.

A visão tributária não pode alhear-se da visão social.

Antes da visão predial, material e fiscal, deve ter-se a visão sócio-econômica dos contribuintes e com cuidado para que sejam esclarecidos das suas obrigações tributárias.

É o que estatui o art. 150, § 5º da Constituição Federal.

Esta lei até agora não foi promulgada, nem se tem notícia de algum anteprojeto de lei que preencha esta oceânica lacuna.

Todos os deveres constitucionais centram-se nestas dimensões, pois, se elas não se efetivarem, desaparece o fulgor constitucional.

A Constituição existe para o homem e não o contrário.

A visão fiscalista dos nossos agentes estatais tem desmerecido estas dimensões, que são vitais para o desenvolvimento humano e não para o empobrecimento das pessoas.

Na ordem social, destacamos a saúde, a educação, a previdência, o meio-ambiente, a família, a criança, o adolescente, o idoso, e a comunicação social sobre que escrevemos alhures.

Enfim, a tributação só é justificada, se resultar em benefício social.

Afora isso é desrespeito ao princípio da “dignidade da pessoa humana”.

Tributar sem realizar os bens sociais, é exercer dominação é antidemocrático, é o contrário da democracia. O estado de justiça exige uma nova metodologia tributária, um novo olhar sobre estes temas, pra que haja um “novo saber” e um novo “fazer”.

Importante contribuição legou-nos o STF, através do voto do Ministro Celso de Mello, roborando a possibilidade de controle judiciário das políticas públicas, no que pertine à “reserva do possível” (ADPF- 45).

Há sempre “um mínimo existencial” um “mínimo social” a ser atendido pelo Estado.

O Ministério Público tem desempenhado um papel relevante, no campo da concretização constitucional, em várias áreas.

Realizar e não só proclamar as virtudes da Constituição, eis o desafio hodierno.

## **6 FUNÇÕES ESTATAIS E CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.**

As funções estatais devem concretizar a Constituição. É este o seu papel básico, no constitucionalismo contemporâneo.

Como já afirmou o Mestre Paulo Bonavides (1999, p. 260) “As regras vigem; os princípios valem”.

Supõe-se a eficácia principal, mais do que a concepção teórica.

É o que vem ocorrendo com a função judiciária, mais do que com as funções legislativa e executiva.

Não se olvida a eficiência da função ministerial.

## **7 COMPREENSÃO**

Na compreensão desta nova concepção constitucional, leva-se em conta: a) o compromisso humanístico; b) a implementação da estrutura constitucional e o binômio Princípio-Norma.

## **8 PONDERAÇÕES FINAIS**

A novidade conceitual e metodológica desta nova análise, reside na interação entre a Teoria Estruturante do Direito (Norma-Texto; Norma-programa; Norma-âmbito; Norma-jurídica e Norma de Decisão) e o arcabouço das Dimensões Constitucionais das Políticas Públicas: Tributação (art. 135-CFB); Orçamento (art.165-CFB); Ordem Econômica e financeira (art. 170-CFB) e Ordem Social (art. 193-CFB).

Torna-se impossível o estudo da Norma de Decisão, portanto, uma Norma de conotação política, sem esta nova visão sistêmica.

Finalizamos com a lição do Mestre Paulo Bonavides:

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a Sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). (BONAVIDES, 2007, p. 642)

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

JOUANJAN, Olivier. Présentation du traducteur. In: MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. de Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. de Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires, 1996.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF 45)**. Rel. Min. Celso de MELLO, j. 29/04/2004, D.J. de 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

## THE CONSTITUTIONAL CONCRETIZATION

## ABSTRACT

The present study discusses about the founding aspects of Friedrich Müller's structuring theory of law, and of a politicizing theory of law according to Paulo Bonavides. In addition, it deals with the constitutional dimensions of public politics such as taxation, budgeting, economic and financial order and social order, as well the constitutional functions of effectivation. In this sense, it considers the constitutional concretization.

**Keywords:** Structuring theory of law. Friedrich Müller. Politicizing theory of law. Public politics. Constitutional concretization.