

MATERIALIDADE CONSTITUCIONAL: a Contribuição dos Princípios e a Necessária Superação do Formalismo

Jeferson Dytz Marin

Resumo:

Os princípios constitucionais são, na verdade, espécies de normas. Assim, tem-se as regras, dotadas de objetividade e aplicáveis restritivamente, e os princípios, que constituem a própria estrela polar do trato jurídico, devendo permear todos os atos jurisdicionais, por vezes horizontalmente, informando o processo, por vezes verticalmente, como o principal instrumento de solução de conflitos. É na primeira hipótese que se põe a valoração da Constituição enquanto cultura, que perpassa a produção legal do poder constituinte originário reclamando a efetiva participação da sociedade, o que atribui à Constituição cunho cultural e permite o alcance da tão almejada eficácia social.

Palavras-chave:

Culturalismo. Direitos fundamentais. Constituição. Estado. Dignidade da pessoa humana. Igualdade. Liberdade. Princípios.

Abstract:

The principles constitutional are, in the truth, species of norms. Thus, one restrictively has the rules, endowed with object and applicable and the principles, that constitute the proper polestar of the legal treatment, having to permear all the jurisdictional acts, for times horizontally, informing the process, for times vertically, as the main instrument of solution of conflicts. It is in the first hypothesis that if puts the valuation of the Constitution while culture, that pass the legal production of the originary constituent power complaining the effective participation of the society, what it attributes to the Constitution cultural matrix and allows the reach of so longed for social effectiveness.

Keyword:

Basic culturalism. Rights. Constitution. State. Dignity of the person human being. Equality. Freedom. Principles.

Sumário:

Introdução. 1 Supremacia constitucional principiológica. 2 Direitos fundamentais: igualdade, liberdade, formalidade e materialidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A concepção que aqui se adota, denominada personalista, busca a harmonização, a (inter)relação entre os valores individuais e coletivos; inexistente, portanto, aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou a supremacia do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, resultado que pode ser tanto a compatibilização, como, também, a preeminência de um ou outro valor.

O certo é que todo o ato jurídico deve estar necessariamente impregnado de uma carga principiológica constitucional, sob pena de ser considerado inválido e ineficaz. Se o constitucionalismo for visto como cultura social e as previsões da Carta Política registrarem, além do aval do poder constituinte originário – reflexo da democracia representativa – a chancela da população, mediante instrumentos que assegurem a participação popular – corolário da democracia direta – a dita Lei Fundamental alcançará a almejada *eficácia social*, assegurando a definitiva vinculação de seu texto não só aos atos jurisdicionais, mas à própria vivência diária cidadã.

1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL PRINCIPIOLÓGICA

O norte desta abordagem reside no exame das questões jurídicas de forma imanente ao historicismo, à Filosofia e à Sociologia, tendo como valor máximo o constitucionalismo, particularmente o modelo garantista oriundo do iluminismo, transportando-o ao mesmo nível da soberania e tendo-o como limitador do poder estatal arbitrário – ante o estatuído na Magna Carta – e assegurador das liberdades individuais, de consciência, de expressão e do princípio da dignidade da pessoa humana.

A classificação positiva de nossos dias põe as regras e os princípios ao abrigo das normas; ou seja, as normas vertem os princípios e as regras, de sorte que os primeiros correspondem a um grau valorativo fundamental, sendo mesmo a “estrela polar” do trato jurídico, v.g., princípio da igualdade, do fim social da

propriedade, de proteção à intimidade, da dignidade da pessoa humana; por sua vez, as segundas adquirem *status* de objetividade, perfazendo uma disciplina específica, v.g., regulamentação dos direitos trabalhistas, do usucapião ou do casamento, ou ainda a definição das políticas de planejamento urbano.

No respeitante às regras, não existem grandes dificuldades no que se refere a sua aplicação, posto que, diante de seu caráter objetivo, a simples leitura do dispositivo, na maioria das vezes, oferta a solução em concreto, todavia os princípios exigem um fôlego bem maior do jurista no momento da adequação aos fatos. Como assinala Friedrich Muller, é preciso cotejar o “‘programa da norma’ (o texto da norma a ser concretizado e seu significado) e o ‘âmbito da norma’ (a compreensão da realidade dos fatos da vida)”,¹ ou seja, faz-se necessário um exercício de exegese assaz intenso, no sentido de interpretar o princípio e coaduná-lo com o caso em apreço, sem descurar, em nenhum instante, do enfoque do “conjunto”, lançando mão de um exercício autopoiético, assegurando-se a coerência interna, sem esquecer as noções de complexidade e contingência e a necessária influência do sistema social e do próprio meio ambiente.

Robert Alexy analisa com proficiência a questão da aplicação dos princípios no que tange à disciplina dos direitos fundamentais:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los

¹ Muller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas sons normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos.²

A conclusão que se extrai, portanto, é a de que os princípios ensejам uma hermenêutica que jamais pode estar divorciada dos fatos, dimensionando sempre a larga amplitude que provém de qualquer um deles.

Há muito se afirma que os princípios ditam os rumos do Direito, emprestando notável importância ao estudo e às lides diárias da Ciência Jurídica, mormente quando se cuida de princípio previsto na Carta Política; diante dessas arguições não é difícil responder o que deve preponderar quando do confronto entre um princípio e uma regra. Em que pese a necessária análise fática/jurídica de todo o caso concreto, tem-se que, em razão da alegada extensão principiológica, bem como pelo grau valorativo superior, quando postos no mesmo patamar o princípio nunca deve ser atropelado pela regra.

O legislador pátrio adotou o sistema de constituição rígida, que atribui às normas constitucionais um consistente poder de resistência às alterações provenientes de leis ordinárias, com o fito de evitar constantes alterações, postas ao sabor das transitórias maiorias legislativas. Assim, razão não há para deslocar a força constitucional do centro do Estado, devendo-se atribuir a ela toda a robustez normativa que reclama. Várias foram as influências sofridas pela Carta Política desde a sua origem, em potencial quando do advento da Constituição Federal de 1988, que introduziu definitivamente no mundo jurídico pátrio os basilares princípios atinentes aos direitos e garantias fundamentais do homem, há um bom tempo reconhecidos pelo Brasil quando da assinatura da Declaração Universal.

² Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 162.

Desde seu início, o constitucionalismo caracteriza-se por instaurar no território um sistema político, uma cultura jurídica, uma cultura e um sistema de liberdades antes do poder, de garantias antes da instituição, de autonomia antes do agrupamento e de subjetividade e prioridade antes do comportamento de participação.

Matteucci enfoca com clareza a crise do constitucionalismo na modernidade, mostrando os óbices à definitiva fixação da cultura da lei fundamental, como um estandarte social, que deixe as cátedras e os salões dos parlamentos para se incorporar à vida social.

Esta falta de fantasía constitucional es menos comprensible par un período, como nuestro tiempo, en el que la tercera revolución industrial, que tiene en la tecnología su motor, há transformando no sólo los órdenes sociales sino que también há causado la marginación o desaparición de los espacios y articulaciones internas que el constitucionalismo había garantizado en el ámbito de la formación del Estado moderno, permitiendo una sociedad pluralista. Por un lado, el individuo es cada vez más dependiente de la máquina social y de la lógica funcionalista que la preside, por lo que – como ayer reivindicó el *habeas corpus* – hoy reclama la *privacy*; por otro, la distinción entre sociedad civil y Estado tiende a anularse, en la medida en que existe una objetiva invasión, de uno o del otro, en las recíprocas esferas, y el estado amenaza con convertirse en total, sin dejar espacios neutrales.³

Assim, paralelamente à correta consideração da hierarquia das normas, põe-se a definição da Constituição como cultura jurídica, que brote dos anseios da população por meio da garantia de uma participação efetiva, fazendo jus ao sistema misto do Estado nacional, permeável à inserção da democracia direta, mediante a participação, no norte predominante de democracia indireta, na forma representativa.

³ Matteucci, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. História del Constitucionalismo Contemporáneo, 1998. p. 291.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: Igualdade, Liberdade, Formalidade e Materialidade

*A igualdade material ou substancial cuida não só de um tratamento igual perante o Direito, mas mesmo perante os próprios bens da vida.*⁴ É forte a carga humanitária e ideológica que traz consigo o princípio da igualdade, no entanto, do ponto de vista prático, a maioria das nações ainda resiste em aplicá-lo integralmente – ou materialmente –, defendendo uma cultura regulamentista desnecessária e que afronta o princípio em sua essência, ou seja, como um dos principais baluartes da Declaração Universal. Doutra banda, a *igualdade formal* representa a conotação programática da acepção, cabendo mencionar os exemplos dos chamados direitos sociais à saúde, à educação ou mesmo o direito à vida e à própria dignidade da pessoa.

O surgimento da igualdade formal, por sua vez, deu-se com a Revolução Francesa, quando a intenção de sua inserção dentre os pilares humanitários da conflagração era impedir que os cidadãos franceses recebessem tratamento não idêntico diante de sua posição de nobre ou mesmo em razão do gozo de forte apelo popular. Essa significação resta evidente no discurso proferido por Maximus Robespierre, no Tribunal Revolucionário Francês, por ocasião do julgamento de Danton, líder da contrarrevolução, que acabou por condená-lo junto com os demais líderes da revolta à guilhotina, já no período de crise da República Francesa. Eis um trecho da famosa oração de Robespierre:

Poremos certos indivíduos acima da República? Querem conceder a ele o que não concederam aos outros?⁵ Por que princípios? Quer dizer que Danton é um cidadão acima das leis? A República foi o povo que a construiu. Quem poderia afirmar: “Sou a alma da República”. Nenhum mérito dá direito a privilégios. (...) Se acham que ele (Danton) merece uma

⁴ Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 1994. p. 165.

⁵ *In casu*, referindo-se ao rogo de Danton para usar a palavra no Tribunal, o que não era permitido aos demais cidadãos e que, ulteriormente, restou concedido por meio da reconhecimento do princípio do contraditório.

justiça diferente, peçam a extinção da corte e julguem a nós. O mundo olha para nós, não podemos mostrar fraqueza, covardia. Que seria da França se não confiassem em nós? Terei em volta de mim homens justos e honestos. A inocência não pode temer a vigilância pública. (...) Só os culpados tremem. Pois mesmo que por alguma lei obscura da Providência a queda de um criminoso provoque a minha, e daí? Para nós o perigo não pesa no cumprimento do dever.⁶

Hoje, no entanto, a igualdade formal não tem mais como principal fim o perseguido pela Revolução Francesa, posto que, em razão da evolução histórica, o poder econômico ou o apoio popular já não são mais fatores determinantes das decisões judiciais. Na atualidade a igualdade alçou voos muito mais altos, deparando-se com fatores das mais diversas naturezas. Celso Ribeiro Bastos conceitua a igualdade formal como sendo *“o direito de todo o cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância dos critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional”*.⁷

Diante da doutrina garantista e em respeito aos direitos fundamentais, a igualdade substancial ou material é que encontra maior pertinência, e portanto, merece a atenção dos julgadores quando da deferência deste princípio constitucional.

Assim, o constitucionalismo atual desprestigia essa materialidade oriunda das bases de sua constituição – que deveria ser ínsita a sua aplicação –, uma vez que as instituições – principalmente o Judiciário – têm fragilizado seu poder, supervalorizando as codificações, fruto das maiorias transitórias. Lobato enfoca com proficuidade a crise enfrentada atualmente pelo constitucionalismo, especialmente no que tange à inefetividade dos direitos humanos fundamentais:

⁶ Ver: Hobsbawm, Eric J. *A era das Revoluções (1789-1848)*, 2000; Duby, Georges; Aires, Philippe (Orgs.). *História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra*, 1999.

⁷ Bastos, Celso Ribeiro, op. cit.

A adoção de políticas sociais de parte de um Estado nacional pode implicar, em termos globais, a sua fragilização econômica. A cidadania planetária desperta para a constatação de que a aplicação imediata dos Direitos Humanos e Fundamentais será um imperativo mundial, posto que, do contrário, implicaria uma situação de desigualdade real do comércio internacional. Trata-se de uma questão primordial para a comunidade internacional que caminha na direção de um modelo de desenvolvimento ecológico e socialmente sustentável.⁸

Hoje, muito mais do que a mera adequação do princípio aos fatos, o julgador deve adotar uma conduta positiva, no sentido de ultimar a completa superação das diferenças, olhando para o *discrímen* constitucional como um instrumento de defesa das minorias, dentre as quais estão as populações de baixa renda, sem acesso à habitação digna. Ou seja, o princípio da isonomia constitui-se no principal recurso jurídico/social de superação das diferenças e combate às posturas discriminatórias tão presentes em nossa sociedade, devendo nortear a conduta do Judiciário no combate a tão frequente omissão do Estado/Leviatã.

O direito à liberdade caminha ao lado daquele que exige que todos sejam tratados com respeito as suas diferenças, uma igualdade real e não meramente filosófica, o dever do Estado de tratar “de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais da sociedade”. Nesse sentido, os ensinamentos do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, que tão bem discorre sobre a imortal máxima francesa da *liberté e égalité*:

(...) o princípio da democracia econômica e social não é um simples “instrumento”, não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma “função conformadora” tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de igualdade de oportunidades e não apenas de uma certa “justiça de oportunidades”. Isso significa o dever de compensação positiva da

⁸ Lobato, Anderson Orestes Cavalcante. Direitos Fundamentais e cidadania: um estudo sobre as condições jurídico-constitucionais de implementação dos direitos humanos no Brasil. *Revista Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul. v. 1, n. 1, p. 71, jan/jun.2002 .

“desigualdade de oportunidades”. O princípio da igualdade e o princípio da democracia económica e social aglutinam-se reciprocamente numa “unidade” não redutível a momentos unidimensionais de “estática” ou “dinâmica” da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (rechtsstaatliche Chancengleichheit) a um princípio de igualdade de democracia económica e social (sozialstaatliche Chancengleichheit).⁹

Veja-se que Canotilho refere-se a um princípio igualitário social interveniente que, no caso supra cuidava de “eventual desigualdade de oportunidades aos postos de trabalho”. É a chamada compensação positiva das desigualdades.

Canotilho torna explícita sua intenção de plenitude de superação das desigualdades quando faz alusão aos chamados direitos das minorias:

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na Constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação alarga-se a todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex: direito de acesso a cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissional). Alarga-se de igual modo aos direitos e prestações (prestações de saúde, habitação). (...) É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade de direitos numa sociedade de direitos multicultural e hiperinclusiva (“direitos dos homossexuais”, “direitos das mães solteiras”, “direitos das pessoas portadoras de HIV”).¹⁰

⁹ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 1993. p. 486-487.

¹⁰ Idem. p. 385-386.

Bobbio adverte que “os direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”.¹¹

A fase da reconção dos direitos fundamentais foi praticamente ultrapassada, posto que a grande maioria dos países do globo guarda previsão em seus ordenamentos do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim sendo, a problemática não é filosófica – pois já há um consenso quanto à importância desses direitos –, mas sim política, notadamente no plano da aplicabilidade dos direitos já reconhecidos. Como assevera Bobbio: “A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser”.¹²

Por fim, no que respeita ao princípio da igualdade, sublinha-se que deve ter uma aplicação plena, alcançando não apenas caráter programático, nem tampouco restrito, mas sim levado ao mundo jurídico como cultura popular, objetivando a superação das desigualdades e a determinação de posturas que equiparem o desigual, combatendo não apenas as condutas positivas, mas também as omissões dos indivíduos e do próprio poder criador da lei. A igualdade, vista sob o prisma “real”, demanda um Estado necessariamente interveniente, que não se limite a assegurar os direitos em seu ordenamento e viabilizar sua defesa jurisdicional por intermédio do reconhecimento de garantias correspondentes a esses direitos, mas também desenvolva ações compensatórias das desigualdades. A fase da liberdade jurídica terminou, dando lugar a uma liberdade real, devendo ser sepultada a igualdade abstrata e meramente filosófica, dando azo assim ao surgimento de uma igualdade fática, que deixe as laudas da Constituição para se tornar um verdadeiro sentimento de cidadania correspondida.

¹¹ Bobbio, Norberto. *Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem*. In: “A era dos direitos”, 1992a. p. 17.

¹² Bobbio, Norberto. “*Presente e Futuro dos Direitos do Homem*”. In: “A era dos direitos”, 1992a. p. 29.

Locke considera a liberdade um direito natural¹³ e Kant, provavelmente sob a influência da teoria jusnaturalista, a define como o único direito fundamental e original do homem.¹⁴ Aristóteles, todavia, que viveu em uma sociedade onde o trabalho escravo era comodamente admitido, não hesitou nenhum instante em assegurar que a escravidão era um “direito natural”,¹⁵ assim como os iluministas consideraram igualmente “natural” a liberdade. Isto só reforça a teoria desenvolvida por Bobbio de que os direitos fundamentais variam de conformidade com o período histórico e a cultura de cada povo. Esta visão, no entanto, não deve descurar da conservação dos básicos princípios do jusnaturalismo, sob um prisma de modernidade e adequação histórica. Deve ele conviver com o positivismo e, mais do que isso, restar considerado acima deste, como teoria garantidora do respeito aos direitos fundamentais do homem e contraproducente dos argumentos tecidos pelas malgradadas justificativas dos desmandos e das arbitrariedades do Estado. Para ratificar a tese defendida, veja-se a contribuição de Bobbio:

... há uma diferença entre uma teoria das obrigações naturais e uma teoria dos direitos naturais, e a passagem de uma a outra pode servir para assinalar uma linha evolutiva. Trata-se não de uma revolução, mas de uma passagem gradual. O progresso histórico passa primeiro pelas reivindicações de liberdade e de igualdade jurídica, depois pela igualdade social. O jusnaturalismo moderno é a consciência reflexa desse processo e, ao mesmo tempo, seu promotor.¹⁶

Kelsen, por sua vez, alça a validade da norma para a primeira escala valorativa do plano jurídico, situando-a acima da justiça. A esse teor, a teoria desenvolvida na clássica obra *O Problema da Justiça*:

¹³ Ver: Bobbio, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, 1997.

¹⁴ Ver: Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura*, 1996.

¹⁵ Ver: Bobbio, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, 1997.

¹⁶ Idem. p. 54.

Abstrair da validade de toda e qualquer norma da justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está em harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça – o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas – é justamente o princípio do positivismo jurídico.¹⁷

Forçoso concordar com a afirmação kelseniana, pois inserida num contexto positivista rígido e fechado. As considerações da pós-modernidade,¹⁸ notadamente no que diz respeito à doutrina de Bobbio e Ferrajoli, dispensam o plano clássico de validade da norma arquitetado por Kelsen, uma vez que, pela teoria dos jusfilósofos referidos, a norma justa deve sobrepor-se à injusta. Por exemplo, quando uma lei ordinária é considerada perfeita, acabada e válida sob o ponto de vista kelseniano, caberá seu tranquilo afastamento ante eventual afronta a princípio constitucional, mesmo que integrante do plano subjetivo, como ocorre com os direitos fundamentais do homem. Por fim, tem-se que a validade das normas deve ser examinada, precipuamente, sob a ótica constitucional. Exatamente aqui adentra a valoração do Direito natural moderno, que põe o fim justo, igualitário e democrático da norma no mesmo patamar que a teoria da validade formal dissecada por Kelsen.

Nesse viés, o atendimento material à supremacia dos princípios constitucionais, dispensando a visão positivista ortodoxa, que alterca um regulamentismo de cunho privatista e individualista, pondo-se na contramão da publicidade reclamada pelo Direito gestado no Estado Social, é fundamental à

¹⁷ Kelsen, Hans. *O problema da justiça*, 1996. p. 11.

¹⁸ Interessante a crítica que Warat faz à expressão pós-modernidade. Pelo emprego do vocábulo transmodernidade Warat faz um duro ataque à nomenclatura consagrada – pós-modernidade – que julga denotar a ideia de fim, de um inevitável sentimento de epílogo. *“A transmodernidade fala do novo como o lugar em que cada um de nós pode descobrir-se a si mesmo. Em todo caso, o novo não como território de que vislumbra a terra prometida, a exterioridade sonhada. É o novo como sensibilidade”*. (Warat, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*, 2000. p. 47).

sobrevivência da democracia, ao compromisso do exercício pleno da cidadania e à garantia de uma verdadeira *cultura constitucional* que passe a integrar o rol de valores da população.

A conscientização da supremacia principiológica da Constituição junto aos poderes instituídos, entretanto, é só o primeiro passo para sua integralização social. É necessário que se proporcione aos movimentos sociais constituídos e aos próprios indivíduos a oportunidade de participação verdadeiramente *livre* da influência dos estereótipos políticos institucionalizados. Só assim a cultura constitucional será um produto das demandas sociais plurais, que não sejam apenas representativas quantitativamente, mas qualitativamente, fruto da manifestação desapegada dos mandos governamentais.

Como propõe Warat, faz-se necessário um rompimento com a *doxa*¹⁹ e o estabelecimento de uma gestão *carnavalizada*²⁰ dos *paradoxos*,²¹ por intermédio de um culto ao *devoir* que encoleirize o indivíduo e dê azo à inovação, rompendo-se com o saber institucionalizado. Nesse sentido, a marginalidade é para a semiologia a possibilidade de reencontrar a linguagem do estado nascente.

¹⁹ Crença absoluta, integrante do saber dominante e estagnado, dogmático e hermético, que impõe uma resistência insuperável às inovações.

²⁰ Termo que denota o franco rompimento com o saber institucionalizado e consegue expressar a rebelião individual contra o determinismo científico. Carnavalizar as Ciências Sociais é deslocar uma herança, subverter o ideal de uma ciência rigorosa e objetiva, estabelecer o caráter imaginário das verdades e compreender que, por meio do gênero científico, nunca poderá efetivar-se a crítica à sociedade e reconciliar-se o homem com seus desejos. O programa metodológico das Ciências Sociais nada tem a ver com a missão da crítica e a realização do desejo. Ou, lançando mão da linguagem deliciosamente poética de Warat, poderíamos dizer que “*carnavalizando a Epistemologia, reconheceremos que as verdades propostas pelas ciências sociais são: explicações assustadas/respostas omissivas/conceitos mutilados que provocam práticas mutiladoras/ montagens insensíveis/ questões de desejos/ hipóteses desertizadas/ convicções sem futuro*” (Warat, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*, 2000, p. 166).

²¹ Dificuldade na conclusão de um raciocínio, seja pela vaguidade dos termos das suas proposições, seja pela insuficiência dos instrumentos lógicos formais. Paradoxo socrático. Filosofia. Tese socrática que afirma: “Ninguém faz o mal voluntariamente, mas por ignorância, pois a sabedoria e a virtude são inseparáveis.”

Podemos ter, em ilação, que se o conhecimento institucionalizado exercer sempre um poder coercitivo e castrador em relação à visão crítica – marginal – o Direito jamais experimentará as inovações que reclama, pondo-se na contramão da evolução social. E só o constitucionalismo como cultura social pode assegurar um movimento integrado e integrador entre a sociedade e o Estado. Como lucidamente assinala Warat, com a coragem que lhe é peculiar:

... como o desejo pode perder-se quando o lugar do prazer é convertido em lugar do dever; perde-se quando o prazer é realizado como obrigação, como um mecanismo de defesa do desejo frente ao pecado. Sempre que a obrigação repercute no prazer, teremos alguma forma de exercício da repressão. (...) Juridicamente falando, o dever e a razão ocupam todos os espaços até terminarem por confundir o desejo com as vontades legalmente expressas. O prazer adquire a cara pálida de um desejo contratualmente expresso. Não se pode esperar maior subversão jurídica que a emergência do direito junto ao lugar do prazer. Seria uma reterritorialização que tornaria o direito instrumento da democratização do social.²²

Assim sendo, a real eficácia das normas, deixando de lado a teoria preconizada por Pontes de Miranda, de inspiração kelseniana, e passando ao plano de análise jusfilosófica, de Norberto Bobbio, só será alcançada a partir do momento em que a Constituição for concebida como instrumento cultural que compatibilize os interesses do Estado e da sociedade civil,²³ só assim ela realmente *existirá* entre nós, será *válida e eficaz*, perfectibilizando a tríade sustentadora da norma idealizada pelo próprio ordenamento positivo.

²² Warat, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*, 2000. p. 27, 30.

²³ Relembrando que segundo Gramsci, não há Estado Democrático de Direito sem a anuência e a efetiva participação da sociedade civil organizada de forma livre e arrimada nos instrumentos disponibilizados pelo próprio Estado.

CONCLUSÃO

O respeito à supremacia principiológica e a resolução dos conflitos regras/regras, princípios/princípios e regras/princípios, não é suficiente para explicar e assegurar um sistema constitucional dotado de eficácia social. Faz-se necessária a instituição do constitucionalismo na vivência cidadã da sociedade. Ou seja, ele só se tornará verdadeiramente legítimo a partir do momento em que, além do aval das instituições políticas, alcançar a chancela irrestrita da população.

Os princípios constitucionais, assim, não podem ser fruto dos processos burocráticos institucionalizados, mas da consciência social e por ela serem assimilados como uma semiologia do verdadeiro exercício da cidadania.

Para que se assegure a cultura constitucional não basta a semeadura popular da norma fundamental, dado que o Judiciário, na qualidade de intérprete da Constituição, é veículo essencial à caracterização que se lhe dá.

Dessa forma, na esteira da teoria da ação comunicativa de Habermas, que prioriza a junção de signos, pode-se conceber dialeticamente o exercício jurisdicional, no sentido de evitar que se puna o inovador, a quebra de paradigmas e o processo de autoconstrução do Direito, aberto à interdisciplinaridade. O cerceamento nunca deve se materializar quando da manifestação de ideias que visem a romper com as decisões tradicionais, buscando a adequação do sistema jurídico à evolução da sociedade, por meio do exame da Constituição de forma integrada à cultura nacional, além de considerá-la, efetivamente, no topo da pirâmide legal do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992a.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992b.

_____. *Locke e o Direito Natural*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Do Estado liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DUBY, Georges; Aires Philippe (Orgs.). *História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 637 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Bari: Laterza, 2000. 1.062 p.

_____. *O Direito como sistema de garantias in O novo Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 89-109.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções (1789-1848)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. 365 p.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de J. Rodrigues de Menege. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 148 p.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Direitos fundamentais e cidadania: um estudo sobre as codições jurídico-constitucionais de implementação dos direitos humanos no Brasil. *Revista Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, jan./jun. 2002.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. História del Constitucionalismo Contemporáneo*. Madrid: Trotta. 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos Fundamentais. 3. ed. Tomo 4. Coimbra: Coimbra, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*. Elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MULLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 186 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

_____. *A definição jurídica*. Tradução de Alcione Niederauer Correa. Porto Alegre: Atrium, 1977.

_____. O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas. In: *Introdução Geral ao Direito II*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 57-99.

Recebido em: 24/9/2009

Aprovado em: 4/12/2009