# FUNÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES SOBRE A HISTÓRIA E A INTERPRETAÇÃO DO PROJETO NORMATIVO PARA A SOCIEDADE PLURAL

FUNCTIONS OF CONSTITUTIONAL LAW: REFLECTIONS ON THE HISTORY AND INTERPRETATION NORMATIVE PROJECT FOR PLURAL SOCIETY

**PIETRO DE JESÚS LORA ALARCÓN***

*Recebido para publicação em junho de 2012*.

**RESUMO:** O presente artigo analisa o objeto do Direito Constitucional contemporâneo, sustentando a necessidade de uma dogmática para a concretização dos direitos, sobre a base da reconstrução histórica dos constitucionalismos como processos de interação de forças sociais e uma interpretação principiológica, que revele os fins e valores constitucionais como elementos de um projeto transformador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; Direito Constitucional; História Constitucional; Interpretação Constitucional.

**ABSTRACT:** This article analyzes the object of contemporary constitutional law, arguing the need for a dogmatic to the achievement of rights, on the basis of historical reconstruction of how constitutionalism interaction processes of social forces and a principled interpretation, which reveals the purpose and constitutional values as elements of a transformative project.

**KEY WORDS:** Constitution; Constitutional Law; Constitutional History; Constitutional Interpretation.

## Introdução

A exigência de compreender a razão de ser do Direito Constitucional, sua validade e autonomia, supõe orientar esforços para entender seus fundamentos, tarefas e funções, tanto no passado quanto na contemporaneidade.

Nesse sentido, no cerne do qualquer análise sobre o rol do Direito Constitucional se encontram indagações singelas e profundas: para que serve uma Constituição? Qual o valor de uma Constituição? Porque e para que tentar fazer Direito Constitucional?

E certamente, refletir sobre os avanços e dilemas do Constitucionalismo contemporâneo, bem como sobre as transformações e inovações das funções da ciência constitucional – que, já se afirmou em outras oportunidades, tem por objeto criar um discurso explicativo, profundo e de impacto para uma transformação consciente da sociedade, na perspectiva de efetivar direitos - conduz inevitavelmente a abordar alguns dos problemas do Direito de hoje como fenômeno e realidade irresistível.

* Professor Doutor pela PUC/SP. Com estudos pós-doutorais na Universidade Carlos III de Madrid e na Universidade de Coimbra. Professor dos Cursos de Pós-graduação da PUC/SP e do Centro Universitário ITE de Bauru.

Dessa reflexão emanam percepções, tensões e possíveis novos compromissos, tanto dos estudiosos do Direito, como da Magistratura, das mais variadas forças sociais e do cidadão que nos marcos da sociedade plural procura ser reconhecido *in Constituição,* é dizer, como *ente constitucionalizado*, ou seja, procura ser um ente constitucional, participativo, atuante e senhor da sua história.

Razão não falta a Hans Peter Schneider, quando na sua *Democracia e Constituição* lembra que as constituições de hoje possuem o caráter de um amplo modelo de vida para a comunidade política orientada ao futuro. E que disso resulta uma orientação finalística do Direito Constitucional.

Realmente, se observamos o caráter da Constituição brasileira de 1988 ou de outras constituições recentes, como a da Venezuela ou da Bolívia, encontramos que sempre tem algo de *utopia concreta*, uma natureza dirigente, com mandamentos constitucionais convidativos a conquistas jurídicas e novos patamares de concretização de direitos, através de uma ação que não raro envolve famílias, sociedades e governos. São constituições que além de retratar as relações de poder, e de reconhecer a existência de direitos fundamentais, promovem uma atitude positiva, dirigida a criar as condições para atingir um estágio civilizatório renovado.

Segundo Schneider, os objetivos da Constituição podem ser sintetizados na realização de um humanismo real na convivência social, no respeito à dignidade da pessoa humana, na conquista da justiça social sobre a base da solidariedade e nos marcos da igualdade e da liberdade, na criação de condições socioeconômicas para a livre autorealização e emancipação humana, bem como o desenvolvimento de uma consciência política geral de responsabilidade democrática.

Veja-se que em cada um desses objetivos é possível identificar valores, que costumam ser expostos nas constituições à maneira de normas-princípio, ou normas principiológicas, de alto nível de abstração e que desfrutam de certa condição de flexibilidade interpretativa, que faz com que sob as balizas da razoabilidade e da ponderação possam ser aplicados às mais diversas situações e fatos que requerem um tratamento jurídico adequado para concretizar direitos.

Com essas premissas, faremos uma reflexão sobre alguns elementos, os que consideramos os mais relevantes e determinantes para estudar e propor um Direito Constitucional de compromisso com a concretização dos direitos.

Partimos da base de que os ordenamentos jurídicos atravessam (*ou devem atravessar*) um processo de constitucionalização, é dizer, de forte impacto jurídico da cobertura constitucional em cada ramificação do Direito, e que, portanto, torna-se necessário que cada lei, cada política pública ou decisão administrativa e cada decisão jurisdicional passem pelo crivo dos fundamentos constitucionais.

No contexto latino-americano esse processo de constitucionalização do ordenamento é bastante vagaroso, por razões históricas o sentido de Constituição é ainda precário. Contudo, tem-se dado passos importantes para gerar as condições técnicas – constituições rígidas, cortes constitucionais, interpretações conforme o Texto Maior – para alicerçar o processo, gerando-se, aos poucos, uma dinâmica de lealdade constitucional, aliada ao fortalecimento dos controles e sistemas de defesa da Constituição e das ações constitucionais. Uma espécie de enraizamento que pode quiçá converter o texto normativo em elemento de obrigatória e cotidiana referência para as gerações presentes e futuras.

## 1. Direito Constitucional e História Constitucional

Tem-se afirmado, e com sobradas razões, que o objeto da Ciência do Direito Constitucional é a Constituição, o sistema jurídico constitucional. Entretanto, no decurso da experiência do estudioso as inquietações científicas ampliaram singularmente o campo de visão, considerando-se também o Constitucionalismo, movimento que reduz as faculdades estatais ou as dispõe em benefício das liberdades e dos direitos sociais ou, na opinião de Canotilho, como teoria ou ideologia que ergue o princípio de governo limitado e indispensável à garantia dos direitos (2002: p. 51).

Com essa perspectiva podem-se inicial e claramente distinguir *constitucionalismos com corações diversos* (idem: p. 51), que nos seus momentos de aproximação fornecem uma complexa tessitura histórico-cultural, das constituições que consagram os modelos, composições, técnicas e arranjos da política e dos afazeres e obrigações estatais para com as sociedades às quais se vinculam.

E talvez a primeira grande dificuldade do estudioso do Direito Constitucional seja deparar-se com que o Direito, a Constituição e o Constitucionalismo, são fenômenos e resultados variáveis na

história e da história, e precisamente por isso, os argumentos aduzidos para esclarecer o conteúdo de tais assuntos não são unívocos, mas marcados por concepções jurídicas diversas, formas de compreensão modificadas por tempos e espaços, temporais e atualizáveis como corresponde às correntes de pensamento.

Mais ainda, o acontecer histórico e conceitual das constituições de um determinado Estado é regularmente o resultado da compreensão dos grupos humanos sobre o que seja Direito, lei, justiça, constituição e, desde logo, Estado.

Logo, as grandes transformações constitucionais se relacionam usualmente às grandes transformações econômicas, ao triunfo das inéditas e vitoriosas convicções filosóficas sobre o papel do ser humano como indivíduo e ser social, a sua maneira de encarar os avanços da ciência e as modificações culturais, e sua relação com a ciência e a tecnologia, às formulações sobre as aproximações entre institucionalidade política e indivíduos considerados como participantes, em maiores ou menores graus, das decisões sobre o público.

Disso se deduz algo que pelo simples é contundente e basilar: as Constituições e o Constitucionalismo são uma realidade histórica e, portanto, nada em ambos pode ser interpretado sem levar em conta os elementos fáticos e paradigmáticos que o legitimaram, o afirmaram, que o tornaram possível e o desenvolveram até os nossos dias. E tampouco, justamente em tempos de transformações, pode haver interpretação sadia sem se entender os paradigmas que negam aqueles que presentemente aceitam para prosseguir sua evolução, numa dialética perfeitamente observável pelo cientista do Direito.

Por isso, para o estudioso do Direito Constitucional, é de extremo valor a distinção entre a história das constituições e a história constitucional, ainda que exista a tendência a identificar os dois assuntos, especialmente em termos pedagógicos.

Colocadas assim as coisas, claro resulta que a história constitucional não pode ser confundida com a história das instituições ou daquele quadro de órgãos que configuram uma determinada organização política e administrativa. Na verdade, a história constitucional é a história das relações entre os indivíduos que desde um ponto de vista ou interesse de classe agiram de conjunto formando forças econômicas e políticas que forneceram uma musculatura ao Estado, fomentando

metas e valores – opções constitucionais – plasmados em textos normativos, isto é, na Constituição como conjunto de dispositivos que reclamam força normativa.

E por isso, uma dogmática constitucional, é dizer, um conjunto de técnicas e argumentos destinados a resolver os problemas constitucionais – nem a de outrora nem a de hoje – somente pode ser forjada tendo em vista essa relação entre homens, constituições e poder. Portanto, desde agora salientamos que essa dogmática não pode ser uma mera reprodução da ordem, senão um instrumento de impulso a uma Ciência Jurídico-Constitucional resultado de um pensar crítico-construtivo, que corre e deve correr riscos quando observa a estagnação na interpretação/aplicação do Direito.

A alusão ao perigo da estagnação é compreensível se levamos em conta que embora o Direito seja pautado pelas opções constitucionais compromissadas com os direitos fundamentais, isso não tem impedido as erosões no campo da efetividade – nem das opções nem dos direitos - oriundas da sua negação arbitrária e injustificada pela agressividade estatal, pela omissão estatal ou pelos particulares. E a dogmática precisa auxiliar para a resposta adequada do Direito Constitucional a cada alternativa de lesão ou ameaça de lesão.

Para tal cometido, essa dogmática e o Direito Constitucional que proclama não pode ser submisso à história, à economia ou à política. Zagrebelsky alerta sobre este ponto de maneira bastante esclarecedora ao promover uma união construtiva entre Direito Constitucional e história, partindo de que não pode o primeiro ser apenas uma contínua procura de meios de emergência, para sempre retardatários e necessariamente instrumentalizáveis em sentido político, uma espécie de subproduto da história e da política. Pelo contrário, o Direito Constitucional deve ser uma força autônoma, constitutiva do Direito e da Política (2005: p. 28).

Na verdade, somente por esse prisma poderemos consolidar uma cultura de responsabilidade democrática, aliada de uma força cidadã agigantada diante da injustiça social. O povo que conhece a história que nega, e simultaneamente compreende a razão de um projeto constitucional em texto normativo que configura um presente e um futuro de direitos, e que entende e confia em que o fator de pre-compreensão para solucionar os conflitos contemporâneos em sede jurisdicional é a

preservação da dignidade humana, dá um passo significativo para a construção do humanismo real na convivência social.

Nessa visão os direitos fundamentais não são uma categoria histórica, mas, pelo contrário, profundamente afincados na história e determinados por circunstâncias humanas. A miséria, a pobreza, a exclusão não são nem podem ser vistos como obra de forças sobrenaturais ou vontade divina, senão fruto de modelos econômicos, construções do pensar humano, falidos esquemas de distribuição de renda que só contemplam alguns e detrimento da maioria, enquanto se escoa o bem-estar e os direitos.

E precisamente por isso o Direito Constitucional tem como tarefa e função advogar pela plenitude da efetivação dos direitos fundamentais, relacionando as opções constitucionais – valores e fins constitucionais - em contexto democrático, o único contexto possível para a reprodução de um Estado Constitucional e, por sua vez, o único modelo de Estado que pode expandir a democracia como conjunto de condições de liberdade e igualdade para e pelos seres humanos.

Pois bem, se já sabemos que sistematizar e compreender algumas das tarefas da Ciência Jurídica, e de maneira peculiar aquela ligada à análise da Constituição, supõe uma visita inicial aos fundamentos do Constitucionalismo, a contemporaneidade requer ultrapassar o entendimento corriqueiro de que a história é uma ciência auxiliar do Direito Constitucional.

Faz todo sentido a opinião exposta por Zagrebelsky linhas atrás, - e por isso reafirmaremos - pois as características do objeto de estudo, isto é, a Constituição ou o sistema jurídico constitucional, bem como a contribuição de cientista – a Ciência do Direito Constitucional – estão inevitavelmente inseridos na história, é dizer, são seu resultado, numa mistura de acontecimentos e reflexões do seu pensar sobre as noções mais básicas de Direito, direitos, obrigações, liberdades, instituições, justiça, pontos de referência cultural, moral, e da análise de processos de inclusão, exclusão, violências e submissões.

Não é mais possível, nesse entendimento, manter o Direito Constitucional como um Direito sem história, sem passado nem futuro.

Lembra Carlos Santiago Nino que para um setor da Doutrina o atributo necessário do Direito é tratar das diretrizes promulgadas por uma autoridade e, para isso, tiveram que deixar de lado os

costumes jurídicos, que não apresentam essa propriedade (2010: p. 15). Essa concepção, de passagem, ao fundar o Direito no querer da autoridade, interessados sem dúvida em atribuir um significado ao Direito o menos vago possível, mas sem que importasse muito quem fosse autoridade, inibiu a exigência de conhecer as bases reais de um ordenamento jurídico.

A essa noção tradicional lhe foi conferido um enfoque estático do poder constituinte. A manifestação constituinte virou um momento único, confundindo-se a Constituição na história com a etapa na qual a massa ou um ator qualquer ocasiona com a sua ação uma reviravolta estatal e impõe seu sentido de lei, direitos e justiça.

A opção condenou ao Direito Constitucional a examinar a história através de datas e fenômenos emergenciais e sobre tudo considerou o poder constituinte como uma fonte onipotente, que cria as normas constitucionais, um documento jurídico que se eleva sobre uma estrutura social, a constituição da própria sociedade, mas depois termina por negar-se a si próprio porque se assume como força conservadora do *status quo.*

Essa história, ancorada na mera manifestação ordeira, não permite a consideração das relações humanas, ou seja, do poder constituinte como sujeitos ativos da democracia no marco da pluralidade, que não desaparecem após a elaboração do texto, senão que prosseguem como fonte pressionando alterações formais e informais do texto constitucional.

Num enfoque obtuso o paradoxo, como diz Negri é trágico e insustentável: o poder constituinte nasce do nada, no entanto formula as bases de todo o ordenamento jurídico (2002: p. 9).

Essa perspectiva estreita, apenas abre campo à descoberta do Direito Constitucional como estudo da sustentação da Constituição - documento jurídico - ao longo do vigor conceitual do texto. Veja-se claramente que a tarefa do poder constituinte fica condenada, por essa via, a resistir a novos momentos constituintes disciplinando aos atores sociais, que são os próprios constituintes e ele próprio se flagela pelo mecanismo da representação.

Com apoio em Burdeau, Antonio Negri alerta sobre a natureza híbrida do poder constituinte, ele é rebelde a uma integração total num sistema hierarquizado de normas e competências e permanece sempre estranho ao Direito (NEGRI, 2002, p. 8).

E a crítica de Negri, logo fundada em Marx, parece-nos bastante justa: *"(...) a ciência jurídica nunca se exercitou tanto naquele jogo de afirmar e negar, de tomar algo como absoluto e depois estabelecer-lhe limites – que é tão próprio do seu trabalho lógico – como o fez a propósito do poder constituinte"* (Idem: p. 9).

Como se vê, o produto constitucional – o texto normativo – passou a ser considerado imutável ou apenas aperfeiçoado pelo órgão legislativo, capacitado para fazer emendas. No Brasil, uma verdadeira máquina de reformas à originalidade constitucional. Se com justeza expõem-se razões para criticar a tarefa legislativa, porque a lei, por óbvio, nunca foi *expressão da vontade geral*, imagine-se ou que não poderia ser dito sobre a oportunidade jurídica concedida ao Congresso brasileiro para modificar o texto constitucional.

A visão da Constituição como documento perfeito pouco ou nada deixa a fazer a uma análise sobre a efetividade das normas constitucionais. Uma forma de jusnaturalismo se encontra no âmago desta visão, que tenta conciliar a tarefa constituinte com a imutabilidade. Vale lembrar que a reação do Iluminismo, ao observar que na ausência de mudanças constitucionais uma sujeição da geração futura às decisões da geração que promulga o Texto, originou outra direção para o assunto. Nela, uma Constituição pode e deve mudar a cada certo tempo, conforme as perspectivas geracionais.

Não entraremos nessa discussão que remete aos *pais fundadores* no Constitucionalismo dos Estados Unidos, mas sim haveremos de ressaltar que no embate entre conservadorismo e mudanças geração a geração, o que seja o texto normativo e ainda, o que se reflita na história como uma Constituição viva é o resultado da síntese do confronto. Tudo depende do que se modifica e para que se modifica o texto de uma Constituição, como se interpreta e para que se interpreta o texto.

Em tais condições, por um lado, ou se realiza um Direito Constitucional para conservar a originalidade do texto e, então, os processos, formais ou informais, são pautados pelos valores e fins do constituinte originário, ou se realiza um indesejável Direito Constitucional para retroceder, modificando ainda os valores e os fins, favorecendo forças superadas pelo constituinte.

Por outro lado, essa conservação de valores e fins não inibe o papel promocional do Direito Constitucional, que deve oferecer saídas construtivas e criativas aos dilemas jurídicos que oferece a

própria evolução da sociedade, sempre reconhecendo novas sensibilidades capazes de fazer surgir novos direitos.

No contexto das sociedades plurais, nas quais a concorrência por dar um sentido ou direção à sociedade política se legitima pela Constituição e esta, por sua vez, se legitima em elementos de consenso – justiça, vida, liberdade, dignidade, igualdade – o Direito Constitucional funciona participando da realidade, compromissado com transformações de progresso e promovendo a efetividade dos direitos.

E nessa função, o Direito Constitucional identifica a promessa da Constituição, um modelo de vida para a comunidade política, no qual as pessoas não somente têm direitos declarados, senão usufruídos por uma prática constitucional coerente que respeita e valoriza a pluralidade e a retoma como elemento democrático, inserindo a tolerância e a solidariedade, a valorização das potencialidades humanas e a satisfação das necessidades para fazer ao homem realmente livre.

A Constituição não transforma a realidade, para tanto são necessárias vontades constitucionais, atores dispostos e um exercício de interpretação e aplicação do Direito, atentos ao projeto global normativo disposto pelo constituinte, solucionando conflitos a partir da construção de normas com fundamento valorativo.

Também a dogmática, nesse sentido, cria as condições para que a menção da Constituição passe a ter um impacto positivo nos membros da coletividade. Uma afeição ao Texto normativo que consagra com firmeza os direitos e substitui conteúdos arbitrários de uma recente ditadura, impulsiona consensos como a de que seus dispositivos devem ser conhecidos por todos. Motiva-se uma pedagogia constitucional de amplo espectro, que abandona a zona de reclusão dos Cursos de Direito; e potencializa o texto normativo para aplicá-lo no dia a dia - constitucionalização não só da ordem jurídica, mas da própria sociedade - estimulando contínuas adesões a sua intencionalidade.

A anunciada *invasão constitucional* (ALARCÓN, 2011, p. 125), que eliminou a possibilidade de um Direito interpretado de maneira fraca, sem sustentáculo numa teoria dos valores e fins, aliada a essa percepção de Constituição que não esquece os problemas dos seres humanos e a ação cidadã contra as omissões legislativas ou a ausência de política pública, originou um peculiar momento jurídico, no qual o Judiciário – não raramente acusado injustificadamente de *ativismo* - na sua tarefa

de equacionar conflitos construindo normas de decisão – *prudência* juris - requer cada vez com maior precisão, das fórmulas que somente podem ser entregues pela Ciência do Direito – *sciencia* juris -.

Temas como ações afirmativas, dentre elas as cotas para afrodescendentes, indígenas ou estrangeiros, ou, ainda, as condições jurídicas de aceitação da interrupção da gravidez por anencefalia fetal – para tão só mencionar dois exemplos – são opções fundamentadas na Constituição, questões de expressão e essência constitucional.

A aproximação entre o Direito e a Ética, a Biologia, a Antropologia e outras ciências interfere no raciocínio do intérprete que transversaliza reflexões. O exercício, em lugar de debilitar ao Direito Constitucional, o alimenta e o deixa mais coeso, mais autônomo na definição de seu espaço de abrangência e toque social.

Há, entretanto, e para finalizar o ponto, uma questão que merece reflexão nas sociedades que atravessam processos de regeneração democrática, como o caso da sociedade brasileira.

Temos dito que a Constituição revela opções do constituinte e que estas não se produzem no vácuo da história. No caso brasileiro, o constituinte olhou o passado para negá-lo. Seu interesse é evitar o desrespeito pelos direitos fundamentais e o retorno a períodos de exceção.

Na continuidade da história, esse passado, gera não poucos problemas quando se trata de realizar a travessia ao Estado de Direito.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento da ADPF 153 deparou-se com essa situação. Na oportunidade a Corte apreciou a inconstitucionalidade da Lei 6.683 de 1979, a chamada Lei de Anistia.

Para adequar a Lei à nova ordem constitucional, o argumento do Tribunal foi tecnicamente considerar o ato normativo editado durante o período de Estado de fato uma *lei medida.* Observe-se o raciocínio:

> (...) O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente á interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no

> sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não aquelas designadas leis-medida (Massnahmegesetze) que disciplinam diretamente interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual (...).

Em que pese o argumento da Corte, do ponto de vista da Ciência Constitucional a questão tem outra possibilidade de análise e solução. Pelo viés de uma dogmática conformadora e afirmadora dos direitos, que impõe a vontade constituinte de refundar um Estado apenas amarrado à reprodução de valores e fins – os já apontados em outras passagens - a *imprescritibilidade* das condutas daquela época, atentatórias contra os direitos mais elementares do ser humano, é o pressuposto que melhor satisfaz a intencionalidade constitucional.

É que o triunfo da Constituição decorre precisamente do fato de se impor ao passado e arquitetar o futuro. De que valeria a força da Constituição senão pudesse se afirmar no presente porque prepondera o passado que nega? Especialmente quando existe uma exigência de gerenciamento democrático das consequências desse passado.

As razões para a opção da Corte apenas são justificáveis se o que se desejava era uma ruptura para o esquecimento que sacrificasse a lembrança e, sobretudo, a subordinação à nova ordem e a capacidade de culpabilizar e punir. O novo Estado brasileiro, diga-se claramente, exclui as ofensas aos direitos fundamentais como algo legítimo em qualquer tempo.

Essas confrontações entre configurações novas e antigas constituem parte da travessia da regeneração estatal e social. Ciência e jurisprudência devem se encontrar no reconhecimento dos valores e fins constitucionais, o norte necessário num processo deliberativo sobre as expectativas dos atores do presente diante do passado e o futuro.

## 2. *"Fazendo"* Direito Constitucional: dilemas, tensões e deveres

### 2.1 As inquietações do estudioso. O primeiro passo

Ao tratar do tema proposto – os fins e metas do Direito Constitucional de nossos dias - muito provavelmente o cientista do Direito se depare com uma problemática existencial. É que a

necessidade de fornecer suficientes, válidas e responsáveis respostas para entender a razão de ser do Constitucionalismo e da Constituição seja também o exercício de se autodescobrir como trabalhador do Direito.

Isso resulta completamente lógico pela aproximação atual da Teoria da Constituição com a Teoria Geral do Direito. De certo, as constituições reproduzem uma *ideia de Direito,* que acompanha todo e qualquer exercício de interpretação.

Zagrebelsky inicia seu *Direito Dúctil*, explicando que os grandes problemas jurídicos jamais de encontram nas constituições, ou nos códigos, nas leis, nas decisões dos juízes ou em outras manifestações do "direito positivo". Há que procurar mais acima. E, o que conta, em última instância, e do que tudo depende, é a *ideia de direito, da Constituição, do código, da lei, da sentença. A ideia é tão determinante que, às vezes, quando está particularmente viva e é amplamente aceita, pode-se até prescindir da "coisa" mesma, como sucede com a Constituição da Grã Bretanha* (2007: p. 9).

Indo na linha de Zagrebelsky, se a ideia de Direito e de Constituição não for tão ampla e determinante, como usualmente acontece em sociedades que comumente alternam Estados de fato e Estados de Direito ou quando não se solidifica um costume jurídico-constitucional e se está sempre tentando fazer uma redação supostamente "melhor" do Texto normativo aprovado, ou quando a ideia de Direito, de interesse público, de lei, fica reduzida aos perfis particulares de um ou de outro ator social em situação de vantagem injustificada, então tanto o Direito quanto a Constituição perdem sua essência transformadora, reproduz uma dogmática pouco crítica, de conformismo e sem alento para promover mudanças substancias na seara social.

Para o estudioso do Direito Constitucional, manter e desenvolver uma atitude que dê resposta ao porque da Constituição e do Direito Constitucional implica ter presente o compromisso com uma ideia de Direito e de Constituição. Tentará, logo, explorar as mudanças da contemporaneidade, as vitórias do projeto constitucional, as derrotas e adiamentos da normatividade no que se refere a seu impacto na realidade.

O Direito, como fenômeno histórico e cultural, alberga um conteúdo valorativo que se projeta à norma. A Constituição jurídica estabelece os paradigmas de compreensão do conteúdo dos direitos, reconhecendo-se como eixo inicial o direito aos direitos nos marcos da pluralidade

Nesse quadro, o estudioso do Direito Constitucional reconhece que a comunidade assume papel ativo na produção do Direito, na reprodução dos valores e na consecução dos fins. Com *olhar estereoscópico* – texto e realidades – procura compreender as urgências do projeto global transformador e propõe saídas e soluções.

## 2.2 Um Direito Constitucional agressivo e normas constitucionais vinculantes

Aqui é preciso passar a uma segunda plataforma de análise. É que cumpre advertir, novamente, que as reflexões jurídicas não podem ser realizadas no vazio. Problemas como marginalidade, fome, precário atendimento à educação e à saúde, déficits gritantes de moradia, dentre outros não menos graves, não permitiriam um afastamento teórico.

A agressividade do Direito Constitucional e a reflexão sobre seu papel histórico dilui-se quando se abandonam dois campos de análise: o primeiro, o entorno atual de desenvolvimento das relações humanas, as condições objetivas de existência do ser, numa tentativa, que sempre será frustrada, de focalizar realidades isentas de contradições; o segundo, o exame dessa realidade em perspectiva de construção do Direito. É dizer, quando essa realidade se afigura como mundo do *pré-jurídico.*

A falta de compreensão da força vinculante da Constituição - especialmente quando se reproduz uma cultura jurídica na qual o texto normativo é um leque de princípios ou normas programáticas que não possuem efeito ou aplicação imediata, supostamente porque carecem de claros vectores de permissão, proibição ou obrigação, e por isso o Estado deve agir conforme sua *"possibilidade real de gestão e cumprimento*", enquanto se tomam decisões de duvidosa razoabilidade administrativa e se mantêm um legislador omisso -, torna a sociedade refém da boa vontade constitucional de alguns dos seus atores, geralmente os atores governamentais. O que se propõe, e que é perfeitamente compatível com a ideia de Hesse, é que se entenda que o Texto Normativo Constitucional, como programa de trabalho orientador da comunidade política, não

tolera interpretações que restringem sua aplicação com fundamento em que se trata de formulações vãs.

Assim, todas as normas constitucionais contam com eficácia reconhecida e aplicabilidade não diferida, com plena independência da estrutura normativa.

### 2.3 Pensando pós-positivistamente

Num terceiro avanço reflexivo, veja-se que a formação de uma ideia útil de Constituição e Direito Constitucional depende da filosofia com a qual se compreende o porquê e o para quê do Direito.

Isso tendo em vista que se o Direito se reduz à espécie normativa - a *lei* -, e afastamos reduccionistamente o conteúdo dos conceitos de *direitos, justiça, igualdade, tolerância,* dentro outros, para finalmente atribuir caráter jurídico exclusivo ao que emana da instância estatal, desconhecendo seu caráter, então, naufraga-se finalmente num raciocínio acrítico.

No positivismo clássico renunciou-se a uma análise na que pudessem interagir valores e texto normativo. Não se poderia, com essa filosofia, avançar a um constitucionalismo de princípios porque o transfundo dos princípios são precisamente os valores.

E a preeminência da Constituição sobre o restante das espécies normativas decorre, precisamente, da sua tutela dos direitos fundamentais através de normas princípio que caso a caso podem expor a intencionalidade constituinte.

Isso supõe o reconhecimento de uma relação entre sociedade, Direito e ideologia jurídica, evidente porque o constitucionalismo de princípios, como o denomina Prieto Sanchis, mantém que o sistema jurídico implica ensaiar uma via alternativa ao iusnaturalismo e ao positivismo (1997: p. 167). E essa via deve superar ambas concepções, não sem retomar elementos das duas. O pós-positivismo, como período histórico ou como nova explicação do sistema jurídico, tem o dever de reconhecer o que fica e aquilo que se perde na história.

Duas teses em particular, caem nesta etapa, conforme reconhecimento de Norbert Hoerster, a de que o conceito de Direito tem de ser definido através do conceito de lei e a de que a *aplicação*

*do Direito* – isto é, da lei -, pode ser levada a cabo em todos os casos mediante uma subsunção livre de valorações (2000: p. 11).

A lei, deve-se afirmar, não desaparece, pois ela é fundamental para a materialização do Direito. Mas subordinada à Constituição, deve ser sempre interpretada, mesmo sendo o intérprete reduzido na sua discricionariedade pela própria clareza do seu texto, a vontade do legislador e a vontade objetiva da lei sujeitam-se à vontade do constituinte.

## 2.4 Reconhecendo o constituinte difuso

Logo desta constatação, a reflexão do cientista passa a ser pautada por preocupações teóricas e praxeológicas oriundas do abandono da zona de conforto do positivismo legalista clássico.

Com efeito, a lógica conduz, então, a tentar compreender que tanto dos valores, agora reconhecidos, fazem parte das opções do constituinte. É dizer, quais as opções na intencionalidade constituinte?

E tal exercício é completamente válido conquanto não se estabeleça a premissa de que o poder constituinte, como complexo de forças que desenham um texto normativo, concluíram um texto definitivo no momento constituinte.

A distinção clássica entre poder pré-jurídico e poder jurídico, para distinguir entre o poder do *constituinte primário* e o da *competência reformadora,* não é questionada aqui como uma simples condição antagônica entre *ser* e *dever ser*. Na verdade o que se contesta é a atitude distante de qualquer cientificidade, de que o Direito Constitucional ocupa-se exclusivamente do momento posterior à versão constitucional.

Nessa visão todo o passado se concentra na normatividade constitucional para distinguir se houve revogação ou recepção, e todo o futuro se condensa nas disposições lançadas e codificadas. Toda mudança se registra no momento constituinte e se condena outra alteração, a futura. A revolução passa a ser a grande inimiga da estabilidade constitucional, num exercício conservador, que exclui a dialética da história.

O caráter regulatório do Direito e sua capacidade emancipatória, desde nosso ponto de vista, perdem-se se se produz um Direito Constitucional *congelado.* É que, logicamente, as relações humanas não desaparecem, são condicionadas pelo texto constitucional, no qual há que distinguir os postulados de princípio que promovem a conquista de metas e objetivos que em algum momento haverão de se tornar evidentes pela ação social, das regras que, como já foi afirmado pela doutrina, são postulados de altíssima concretude.

O poder constituinte, feita sua obra, passa a agir de maneira difusa, nos marcos de uma sociedade plural. De forma que, pelo menos em parte, os avanços e retrocessos do projeto se geram pela ação das forças do todo social. É ali onde se concentram as contradições, equilíbrios, sucessos e fracassos do processo constitucional, do qual o momento constituinte é um passo.

A consequência desta abertura de análise se verifica no campo da interpretação/aplicação da normatividade constitucional, que adquire um sentido variável, podendo-se interpretar o mesmo texto normativo de maneira diversa, por cada ator social.

Neste campo, Zagrebelsky expõe que

> (...) *o advento do pluralismo numa Constituição democrática é simplesmente uma proposta de soluções e coexistências possíveis, é dizer um "compromisso de possibilidades" e não um projeto rigidamente ordenado (...) somente assim teremos constituições abertas, que permitam dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a concorrência para assumir a direção política, condições ambas para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática* (2007: p. 14).

Plenamente consciente de que a Constituição é o resultado dos abandonos ou adesões ao pluralismo, e de que é necessário detectar os resultados constitucionais a partir de uma análise histórica concreta, o cientista do Direito segue um caminho mais técnico, convocado pela atividade hermenêutica, que lhe reporta novos desafios.

## 2.5 O *"fazer Direito Constitucional"*

Nas condições mencionadas, o constitucionalista é motivado pela práxis, pela realidade que continuamente lhe apresente sintomas ou crueldades distantes do projeto constitucional. A seguir

desenvolve um raciocínio tendente a compreender as causas, agentes e elementos que desde o entorno real negam ou possibilitariam uma transformação com base nos postulados principiológicos consagrados na Constituição. Finalmente, volta à práxis, coloca a serviço da transformação o resultado da sua reflexão.

Nesse exercício o Direito Constitucional adquire forma e razão de ser, mediando consolida-se exatamente no nexo entre texto e realidade.

## 2.6. Atenção às "confluências" de movimentos jurídicos

Entretanto, nem o Constitucionalismo nem o Direito Constitucional atual isoladamente ou sem parceiros. Essa constatação impõe a realização do diagnóstico sobre os impactos e projeções atuais dos movimentos jurídicos, bem como seu entrelaçamento, propostas de subordinações e sobreposições.

Essa caracterização pode ser bastante complexa. Não está isenta de contradições. Pelo contrário, reflete um aspecto essencial, a tomada de posição teórica sobre a supremacia da Constituição.

Apenas para chamar a atenção sobre o ponto, veja-se a relação atual do Constitucionalismo e o Internacionalismo, logo de que este último proclamou após o final da Segunda Guerra seu compromisso com a efetividade dos direitos humanos, surgindo, ao final, o problema da relação vertical ou horizontal entre textos normativos constitucional e textos de tratados, questão que nos parece convenientemente resolvida a partir da interpretação/aplicação do princípio *pro-homine*.

## 2.7 A interpretação da Constituição e a ciência jurídica Constitucional

Como temos afirmado, uma das tarefas do Direito Constitucional consiste em detectar o momento jurídico, o que atualmente o aproxima da Teoria Geral do Direito.

Nessa aproximação, como temos reconhecido, o estudioso desmitifica a Constituição como transformadora da realidade com sua força única. Observa que a Constituição jurídica é moldada pela realidade histórico-concreta. A análise da efetividade constitucional sugere que se detenha num

conjunto de fatores, que K. Hesse desdobra como a vontade de Constituição e os de ordem econômica, política e cultural, dentre outros que de fato limitam a força normativa do seu texto (1991: p. 24).

Daí que Eros Grau aponte de maneira acertada que a Constituição é parte da realidade, está inserida na realidade, e ela deve ser cumprida, mas ela não supre a utopia da transformação da sociedade (2005: p. 123).

Da relação entre a Constituição como texto e a Constituição como realidade se desprende que o cientista não pode ser um intérprete exclusivo de textos normativos, mas também de fatos.

No caso da tarefa jurisdicional, o magistrado realiza um exercício de interpretação e aplicação do Direito, como uma operação só. Daí que, como afirma Eros Grau, nesse caso, a interpretação/aplicação parta da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passe pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finde com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma de decisão (2005: item II).

Agora bem, no terreno da construção do cientista do Direito Constitucional a interpretação de textos normativos e fatos origina normas com potencialidade de aplicação, que poderão vir a ser, eventualmente, utilizadas como referência para a construção da jurisprudência.

As interpretações doutrinárias são valiosas como referentes para sua aplicação a casos concretos, daí que suas análises se pautem em casos reais ou fictícios. O cientista produz teoricamente o Direito, e não o faz em sentido prático, porque esta tarefa é jurisprudencial. O cientista problematiza, mas para retornar ao sistema, e procura a solução no sistema, e se confronta novamente com realidades distorcidas às pretensões do constituinte, e neste exercício assume que não é neutral, mas parte ele próprio da realidade, portanto falível, influenciável pelas ideologias e cosmovisões.

## 2.8 A repercussão da ciência do Direito Constitucional

Temos afirmado que uma dogmática renovada para um Direito Constitucional de compromisso é essencial para a transformação de realidades e aproximação do texto normativo como projeto abrangente de sociedade.

Nesse marco a experiência científica e jurisprudencial recente do constitucionalismo brasileiro não pode ser considerada um modismo, nem subestimada. Muito pelo contrário, a Constituição se afirma paulatinamente, a jurisprudência com fundamento em valores se desenvolve e a atividade hermenêutica ganha novas dimensões.

Não entanto, as possíveis respostas fornecidas pelo sistema jurídico tropeçam com outros sistemas como o econômico, por exemplo, o que gera desafios doutrinários no intuito de saídas possíveis e necessárias para continuar a concretizar direitos.

Pedimos vênia para, em lugar de alongar-nos numa exposição sem fim de temas variados e difusos, concentrar a atenção no desafio que constitui para a ciência uma questão de concreta repercussão: a da nova caracterização dos direitos sociais e seu impacto na jurisprudência.

O papel do cientista jurídico e do Direito Constitucional neste campo resulta de induvidosa importância, especialmente porque numa época, não muito distante, gerou-se a confusão, já outras vezes exposta, entre reserva do possível e reserva orçamentária como justificativa para atender a uma programaticidade da inefetividade e aplicabilidade dos dispositivos que consagram esses direitos.

Ficou claro, como alerta Eros Grau, que um jurista não alienado nem ingênuo, deve criticar e superar duas posturas, *a dos idealistas utópicos, voluntaristas que imaginam que a Constituição pode, com um passe de mágica, instalar as condições materiais indispensáveis à concretização de todos os diretos, - esses em verdade bem sabem ser isto impossível, mas vão em frente fazendo o jogo do "progressismo constitucional" (...) outra, a postura do que subordinam a força normativa da Constituição à força normativa do orçamento público* (2005: p. 125).

A indispensabilidade de tratar dos fatores materiais que condicionam a efetividade dos direitos sociais, de caracterizar os direitos sociais como direitos fundamentais do homem no contexto, que foge de uma imagem ideal, na qual não padece porque suas liberdades públicas se encontram garantidas, de exigir que o Estado seja um agente compensador e nivelador das

desigualdades, intervindo para efetivá-los, opondo-se a uma lógica de mercado, e o desafio mais gritante da ciência jurídica de hoje.

Os subsídios para uma jurisprudência que obrigue ao Estado a intervir para uma nova realidade social brasileira são parte da responsabilidade da doutrina. Superar a ingenuidade, assumir uma postura realista e de compromisso com os direitos é uma necessidade da qual é hoje impossível fugir.

## 3. À Maneira de Conclusão

As tarefas do Direito Constitucional estão ligadas à reprodução de uma cultura de responsabilidade democrática e a superação de condições perversas de distribuição da riqueza social em detrimento da possibilidade de objetivar a dignidade humana.

Um Direito Constitucional crítico, oposto a formas de dominação, que oferta razões e sustenta ações com fundamento em valores e fins expostos em 1.988. Construir-se a partir de análises e interpretações de textos normativos que consagram um programa global transformador de realidades não desejáveis e de uma permanente atenção à evolução social, à ação das forças que expressam adesões e abandonos ao projeto.

Apoiar-se na história constitucional, numa dogmática para a transformação para dar subsídios a uma jurisprudência de valores é a tarefa do momento.

## Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência Política, Estado e Direito Público.* São Paulo: Verbatim, 2011.
CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do Direito.* São Paulo: Malheiros, 2005.
_____. *Realismo e Utopia Constitucional In Direito Constitucional Contemporâneo.* F. Ximenes Rocha e F. Moraes (Coord.). BH: Del Rey, 2005, p. 117-126.
HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico.* Barcelona: Gedisa, 2000.
NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito.* Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
PRIETO SANCHIS, Luis. *El Constitucionalismo de princípios. Entre el positivismo y el iusnaturalismo? In Anuario de Filosofia do Dirieto,* XIII, 1996-1997. p. 166-225.
ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constituición.* Madrid: Trotta, 2005.
_____. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007.