

CONSTITUIÇÃO E CULTURA: A MUDANÇA PARADIGMÁTICA QUE NÃO ESTÁ NA NORMA

*Jeferson Dytz Marin**

Sumário: 1 Introdução; 2 Supremacia Constitucional Principiológica; 3 Direitos Fundamentais: Igualdade, Liberdade, Formalidade e Materialidade; 4 Conclusão.

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.

* Doutorado em Direito pela UNISINOS (2010). Mestrado em Direito pela UNISC (2005). Atualmente é advogado, professor e Membro do Colegiado do Programa de Mestrado em Direito da UCS, ministrando a disciplina “Jurisdição, Teoria da Decisão e Direito Ambiental”. Membro do IEM. Coordenador e co-autor da coleção Jurisdição e Processo. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, Processual e Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: jurisdição constitucional, teoria da decisão e processo.

1 Introdução

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

Mas o certo é que todo 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 famigerada *eficácia social*, assegurando a definitiva vinculação de seu texto não só aos atos jurisdicionais, mas à própria vivência diária cidadã.

2 Supremacia Constitucional Principiológica

O norte desta abordagem reside no exame das questões jurídicas de forma imanente ao historicismo, à filosofia e à sociologia. Seu valor máximo é 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 – em face do 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 agasalho 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 brotam grandes dificuldades no que diz respeito à sua aplicação, uma vez que em face de seu caráter objetivo, a

tão-só 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, o que é assinalado por Friedrich Muller, quando afirma que 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. Em outras palavras, 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 autopoietico, assegurando-se a coerência interna, sem descurar das noções de complexidade e contingência, além da 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 tre 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 principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son 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

Portanto, a conclusão que se extrai é a de que os princípios ensejam 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

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

² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

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, máxime 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, desde um bom tempo reconhecidos pelo Brasil através da assinatura da Declaração Universal.

Desde seu início, o constitucionalismo caracteriza-se por constituir 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 cristalinidade 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

³ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad. História del Constitucionalismo Contemporáneo**. Madrid: Trotta, 1998.

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

3 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 em face 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 contra-revolução, 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:

Paremos 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 pri-

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

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 através da recongnição do princípio do contraditório.

vilégios. (...) Se acham que ele (Danton) merece uma 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

Mas hoje a igualdade formal não tem mais como principal fim o perseguido pela Revolução Francesa, já 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 vãos 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

Frente à 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 -, já que as instituições – principalmente o Judiciário – tem 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:

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

⁶ Cf. HOBBSAWM, Eric J. **A era das Revoluções (1789 - 1848)**. DUBY, Philippe Aires e Georges (org). **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

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**, v. 1, n. 1, p. 71, Caxias do Sul, jan/jun. 2002.

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 freqüente omissão do Estado/Leviatã.

O direito à liberdade caminha ao lado daquele que exige que todos sejam tratados com respeito às suas diferenças, uma igualdade real e não meramente filosófica, na qual há 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 assevera acerca da imortal máxima francesa da *liberté e égalité*:

(...) o princípio da democracia económica 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 ‘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 fala de 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

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 486-487.

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

Bobbio diz 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 reconhecimento dos direitos fundamentais foi praticamente ultrapassada, já que a grande maioria dos países do globo guarda previsão em seus ordenamentos do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Portanto, a problemática não é filosófica - pois já há um consenso quanto a 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 concernente ao princípio da igualdade, sublinha-se que deve ele ter uma aplicação plena, alcançando não apenas carácter 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 só 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. O período 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 tornar-se um verdadeiro sentimento de cidadania correspondida.

¹⁰ Ibidem. p. 385-386.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem** in “A era dos direitos”. 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17.

¹² Ibidem., p. 29.

Locke considera a liberdade um direito natural¹³ e Kant, provavelmente sob a influência da teoria jusnaturalista, a considera o único direito fundamental e original do homem.¹⁴ Todavia, Aristóteles, 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 consideram 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. Contudo, toda a visão acima narrada, 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 corroborar a tese defendida, veja-se a ilação 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, pondo-a acima da justiça. A esse teor, a teoria desenvolvida na clássica obra “O Problema da Justiça”:

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

¹³ Cf: BOBBIO, Noberto. **Locke e o Direito Natural**. Tradução de Sérgio Bath.. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

¹⁴ Cf: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**.

¹⁵ Cf: BOBBIO, Noberto. **Locke e o Direito Natural**.

¹⁶ *Ibidem.*, p. 54.

¹⁷ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 11.

Forçoso concordar com a afirmação kelseniana, pois inserida num contexto positivista rígido e fechado. As considerações da pós-modernidade¹⁸, 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 tranqüilo afastamento em face de 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.

Dessarte, 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 sobrevivência da Democracia, à assegurar o exercício pleno da cidadania e à garantia de uma verdadeira *cultura constitucional* que passe a integrar o rol de valores da população.

Mas a conscientização da supremacia principiológica da Constituição junto aos poderes instituídos 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 esteriótipos 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.

¹⁸ Interessante a crítica que Warat faz ao termo pós-modernidade. Através do emprego do vocábulo transmodernidade Warat faz um duro ataque à nomenclatura consagrada - pós-modernidade - que julga denotar a idéia 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**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000. p. 47)

Como propõe Warat, faz-se necessário um rompimento com a *doxa*¹⁹ e a implementação de uma gestão *carnevalizada*²⁰ dos *paradoxos*²¹, através 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 semilogia a possibilidade de reencontrar a linguagem do estado nascente.

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 sinala 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

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 institucionalidade e consegue expressar a rebelião individual contra o determinismo científico. Carnevalizar 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, através 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 “*carnevalizando 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**. . 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 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. Filos. Tese socrática que afirma: "Ninguém faz o mal voluntariamente, mas por ignorância, pois a sabedoria e a virtude são inseparáveis."

²² WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000. p. 27/30.

Destarte, 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.

4 Conclusão

O respeito à supremacia principiológica e a resolução dos conflitos regras/regras, princípios/princípios e regras/princípios, não se bastam para explicar e assegurar um sistema constitucional dotado de eficácia social. Faz-se necessária a implementação do constitucionalismo na vivência cidadã da sociedade. Em outras palavras, 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 sementeira popular da norma fundamental, uma vez 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 romper com as decisões tradicionais, buscando a adequação do sistema jurídico à evolução da sociedade, através do exame da Constituição de forma integrada à cultura nacional, além de considerá-la, efetivamente, no topo da pirâmide legal do ordenamento jurídico.

²³ Relembrando que segundo Gramski, 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.

Constitution and culture: the paradigmatic change that is not present in norms

Abstract: Constitutional principles are, in fact, species of norms. Thus, we have the rules, which are endowed with objectivity and applied strictly, and the principles, that constitute the own star of the legal treatment, permeating all the jurisdictional acts, horizontally at times, informing the process, or vertically, as the main instrument of conflict resolution. It is the first hypothesis that puts the valuation of the Constitution as culture, that pervades the legal production of the constitutional originary power, requiring the effective participation of the society, what attributes to the Constitution a cultural matrix and allows the reach of the so longed social effectiveness.

Keywords: Basic Culturalism. Fundamental rights. Constitution. State. Human dignity. Equality. Freedom. Principles.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria 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, 1992.

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

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

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

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

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

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

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, jan./jun. 2002.

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

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

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

☒ Recebido: março/2010. Aprovado: abril/2012.