

Uma vida dedicada ao Direito
HOMENAGEM A

**CARLOS HENRIQUE
DE CARVALHO**

O Editor dos juristas

COLABORADORES

CLÁUDIO LEMBO
Vice-reitor da Universidade Mackenzie

I — DIREITO CONSTITUCIONAL

ANTONIO VITAL RAMOS DE VASCONCELOS
Juiz Federal e Professor de Processo Civil das FMUs — S. Paulo

CLÉMERSON MERLIN CLÉVE
Mestre (UFSC: 1983) e Doutor (PUC/SP: 1992) em Direito. Pós-graduado pela *Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain* — Bélgica. Professor Titular (cursos de graduação e de pós-graduação) e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFPR. Ex-Procurador da República; Procurador do Estado e Advogado militante no Paraná

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo

PINTO FERREIRA
Professor de Direito Constitucional. Ex-Reitor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Senador da República

II — DIREITO CIVIL

AÉLIO PAROPAT SOUZA
Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Sumular da UNIUBE-MG

ALBERTINO DANIEL DE MELLO
Defensor público. Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO
Doutor em Direito e Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil e Romano, da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Advogado e Conselheiro da Seccional da OAB de São Paulo

ANTÔNIO CHAVES
Catedrático aposentado de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da qual foi Diretor Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

ARNALDO RIZZARDO
Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

ARRUDA ALVIM
Advogado em São Paulo. Professor Titular da Faculdade de Direito e Coordenador do Mestrado e Doutorado de Direito Civil e Processual Civil da PUC-SP

CARLOS ALBERTO BITTAR
Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da USP. Juiz do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO
Procurador do Estado de São Paulo

CARLOS ALBERTO DABUS MALUF
Professor Associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo

GALENO LACERDA
Desembargador aposentado do TJRS. Professor de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

J. A. VAN LOON
Primeiro Secretário do Bureau Permanente da Confederação de Haia sobre Direito Internacional Privado. Haia, Países Baixos

JOSÉ MARRARA
Juiz do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e Professor de Direito Processual Civil da PUC-MG

LUIZ ELÁVIO GOMES
Juiz de Direito em São Paulo. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e Doutorando em Direito Penal em Madrid. Presidente e Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Membro do Conselho Diretivo da Revista Brasileira de Ciências Criminais

NEWTON DE LUCCA
Mestre. Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

THEREZA ALVIM
Advogada em São Paulo. Professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado da PUC-SP

© Desta edição: 1995

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Presidente: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO
Diretor Superintendente: ANTONIO BELLINELLO
Diretor Editorial: AFRIO MARCONDES DOS SANTOS
Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor: ROBERTO GALVANE
Gerente: KUNII TANAKA
Assistente: MELISSA TREVIZAN CHIBANE
Capa: MÁRCIA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal, cf. Leis 6.895, de 17.12.80 e 8.635, de 16.3.93) com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 122, 123, 124, 126, da Lei 5.988, de 14.12.73, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (04-1995)

seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), ela não poderia atentar contra a justiça e contra a liberdade. O culto da lei pelo liberalismo produziu conseqüências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei enquanto forma. A identificação do direito com a lei acabou por dar lugar a toda uma concepção formalista da experiência jurídica, assim denominada de positivismo. "A lei contém todo o direito" é a expressão máxima dessa concepção.

Não se pode esquecer, todavia, que a liberdade e a justiça que a lei garantia eram a liberdade e a justiça tal como professadas por uma classe: a classe que recentemente conquistara o aparelho de Estado. Mas a lei mudou de perfil. O processo de democratização crescente da sociedade muda o Parlamento e, pois, igualmente, o seu produto: a lei. O Parlamento do oitocentos era um órgão composto quase que exclusivamente por representantes da burguesia. Neste passo, não havia confronto ideológico nas casas legislativas. O debate parlamentar prestava-se, mesmo, para, no contexto de uma identidade ideológica, produzir leis genéricas, abstratas e impessoais. Portanto, aí, nesse tempo, a lei era mesmo uma expressão da vontade geral, compreendida esta como a vontade expressada pelos representantes da nação (que em última instância eram apenas os representantes de uma classe).

Tudo muda com o sufrágio universal. Os novos eleitores farão novos representantes. O Parlamento deixa de ser o lugar da identidade ideológica. Ao contrário, sérias fissuras passam a ocorrer no seio das casas legislativas. Fissuras que darão lugar aos partidos políticos organizados, que substituem os antigos blocos parlamentares. O debate parlamentar passa a ser um debate eminentemente ideológico, onde diferentes concepções a respeito do papel do Direito e do Estado passam a se confrontar. A lei não consistirá mais na expressão da vontade geral. Não é possível encontrar uma vontade geral descoberta pelo debate parlamentar orientado pela razão. A lei passa, sim, a ser, talvez, apenas expressão de uma "vontade política".² A "vontade política" do grupo majoritário no seio do Parlamento. Aparece aqui talvez o primeiro atentado contra a concepção sacralizadora da lei.

E porque constitui expressão da "vontade política", cada vez menos os juristas se importam com o conteúdo da lei. A lei é forma. Não importa o seu conteúdo. Importa, sim, o fato de que foi votada pelo Parlamento em processo regular. Parece paradoxal que o processo

2. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

2

A TEORIA CONSTITUCIONAL E O DIREITO ALTERNATIVO (para uma dogmática constitucional emancipatória)¹

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE

Mestre (UFSC: 1983) e Doutor (PUC/SP: 1992) em Direito. Pós-graduado pela *Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain* - Bélgica. Professor Titular (cursos de graduação e de pós-graduação) e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFPR. Ex-procurador da República; Procurador do Estado e Advogado militante no Paraná.

1. A pré-compreensão da problemática — 2. Os momentos do direito alternativo. Uma proposta de retomada da dogmática: 2.1 Uma específica compreensão da Constituição; 2.2 Uma específica compreensão do direito constitucional — 3. A dogmática jurídica alternativa e o operador jurídico enquanto sujeito — 4. Conclusão.

1. A pré-compreensão da problemática

Os revolucionários burgueses acreditavam na força da razão. Por isso que, não passando a lei, para eles, de norma descoberta pela atividade racional, não poderia ela atentar contra a justiça e a liberdade. Os revolucionários, neste caso, não faziam mais do que conciliar as lições pronunciadas pelos arautos do racionalismo iluminista: entre tantos, Montesquieu e Rousseau.

Imaginavam os revolucionários que o Parlamento produziria a lei pelo trabalho dos representantes da nação orientados pela razão; e porque a lei era, a um tempo, regra criada pela nação por meio de

1. Conferência proferida no "Seminário Nacional sobre o uso alternativo do Direito", evento comemorativo do Sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, realizado no Rio de Janeiro, nos dias 7, 8 e 9 de junho de 1993.

de democratização pelo qual passou a humanidade nas últimas décadas tenha contribuído para o surgimento de um direito formalizado, destituído, em princípio, de conteúdo.

Assim como a lei deixa de ser a expressão tranqüila da "vontade geral", também a Constituição deixa de expressar de modo automático os postulados ideológicos da classe hegemônica.

Com efeito, se a Constituição instrumentalizou, num primeiro momento, os ideais burgueses herdados do contratualismo e do idealismo, hoje constitui "espaço de mediação de conflitos e condensação da relação de forças travadas entre as classes e frações de classes sociais",³ mesmo em sociedades periféricas como a brasileira.⁴ A Constituição enquanto instância da harmonia passa a ser o resultado do conflito. As *Constituições doutrinárias* (fiéis a um único postulado ideológico, doutrinário ou filosófico) passam a ceder espaço para as *Constituições compromissórias*, condensadoras do conflito emergente e desenvolvido no seio da sociedade. A democratização do debate constitucional exige um preço. O questionamento permanente da legitimidade da Constituição. Sim, porque, sendo as Constituições modernas do tipo compromissório, elas não são de ninguém. Aqui reside a sua fraqueza. Nenhuma classe social a possui e, portanto, a defende. Mas, aqui, paradoxalmente, reside também a sua força. Porque não são de ninguém, as modernas Constituições são de todos. As classes populares, especialmente as organizadas, estão na Constituição. Seus valores, suas lutas, seu sangue e suor encontram-se na Constituição. É preciso aproveitar esses dados. E aqui reside um dos maiores desafios do direito constitucional na atualidade.

2. Os momentos do direito alternativo. Uma proposta de retomada da dogmática

Não é preciso dizer o que é o direito alternativo. Penso que todos sabem do que se trata. Basta, nesta oportunidade, dizer que se trata de um movimento novo (não de uma nova filosofia, ou de um novo método de abordagem jurídica), não necessariamente homogêneo, e que, a partir de vários aportes e vias teóricas, pretende favorecer a emancipação das classes populares através do direito. Ou seja, o direito, para o movimento, desafia novas abordagens e práticas.

3. Poulantzas, Nicos. *O Estado, O Poder, O Socialismo*. Rio de Janeiro, Graal, 1981.

4. Não qualquer formação social periférica, mas aquelas com as características da brasileira. É evidente que a tese não guarda sentido em sociedades que não passaram pelo processo de industrialização.

Há uma diferença entre o direito alternativo e a antiga teoria crítica do direito. Esta, nascida no seio das Universidades, preocupava-se em desmistificar o fenômeno jurídico através de novos deslocamentos epistemológicos. Tratava-se de um discurso de desconstrução. O direito alternativo, no Brasil, desenvolveu-se após a emergência desse tipo de teorização e certamente vale-se de sua experiência. Todavia, sua proposta é diferente. Cumprir, agora, não apenas criticar o direito posto (discurso da denúncia), mas também contribuir para a emergência de um novo direito. O direito alternativo é um *plus* em relação à teoria crítica.

* O jurista crítico era um não profissional, na medida em que não advogava, não transitava no foro, não atuava como operador jurídico. Acreditava unicamente na política e na mudança do direito através da política. Isso começa a mudar. Há um consenso entre os filósofos, cientistas políticos e sociólogos que o operador jurídico desempenha um papel importante na consolidação de posições renovadas das classes populares no contexto social, econômico e político.

Cumprir, pois, agora, resgatar a dogmática jurídica. Aliás, é importante dizer que não é possível confundir a dogmática com o dogmatismo. O dogmatismo é o apego preconceituoso e irrefletido a dogmas.⁵ O exegeta é um dogmático. O dogmatismo pode configurar-se tanto no direito legal como no direito costumeiro, dando origem a um positivismo jurisprudencial ou legalista. A dogmática pode ser dogmatista. Mas pode também assumir configuração especial, diferenciada. A dogmática constitui o saber jurídico instrumental e auxiliar da solução de conflitos, individuais ou coletivos, de interesses. O direito vive e, para os alternativos, deve viver, sem o dogmatismo e o positivismo. Mas não há direito sem doutrina e, portanto, sem dogmática. Assim como o médico-cirurgião intervém no corpo do paciente para exercer sua missão, valendo-se do instrumental cirúrgico, cabe ao jurista intervir no mundo jurídico através do seu instrumental próprio: — a dogmática.

* Não basta o discurso-denúncia. Não basta o discurso antropológicoamente simpático ou amigo (amigo das classes populares, amigo dos pobres, amigo do humanismo, amigo das esquerdas etc), como diz Canotilho.⁶ Mais do que isso, importa, hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo,

5. Clève, Clémerson Merlin. "Uso Alternativo do Direito e saber jurídico alternativo" in: Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.) *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991, p. 107.

6. Canotilho, José Joaquim Gomes. "Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos — o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção

no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo. Cabe invadir um espaço tomado pelas forças conservadoras, lutando ombro a ombro, no território onde elas imperam, exatamente para, com a construção de uma nova dogmática, alijá-las de suas posições confortavelmente desfrutadas.

A postura é outra, então.

Não se trata de um "positivismo de combate",⁷ porque a proposta nada tem de positivista. Aqui neste ponto, aliás, devo dizer que muitos fazem confusão entre o positivismo e o direito positivo. Ora, o positivismo constitui leitura, forma de apreensão do direito positivo. O direito positivo, antes de mais nada, constitui um fenômeno ou, então, um processo em constante devenir, um processo que pode ser visualizado também como instância de normatividade, de luta pela normatividade e de mediação de conflitos. O direito positivo é o direito reconhecido como tal num momento histórico determinado. Nada mais do que isso. O direito positivo não é o resultado da ação do *outro*. Pode ser, também, uma fórmula de condensação de relações de forças, onde todas as classes podem se reconhecer. Não totalmente, é verdade, mas onde podem, de algum modo, reconhecer-se. A retomada da dogmática jurídica não constitui "positivismo de combate", na medida em que propõe um pensamento novo que se distancia totalmente dos postulados do positivismo (neutralidade, imparcialidade, apego ao legalismo estreito, inexistência de *vorande* no ato de aplicação da lei; inexistência de criatividade na atividade do operador jurídico, etc.). Ao contrário, o direito positivo para a nova dogmática constitui fenômeno datado, processual e relacional, em constante evolução, mas que não constitui um *dado* que possa ser apreendido, mas antes um *construído* que resulta do movimento dialético da história e cuja concretização sofre também a importante e não negligenciável contribuição do jurista. O jurista participa do processo de recriação do direito, assim como o cientista, ensina Bachelard, participa do processo de construção do seu objeto.⁸

judicial contra as omissões normativas" in Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.) *As Garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 357. Diz o autor que "não basta, porém, a *emoio* de uma narrativa emancipatório-constitucional; é necessário revisitar o tema e defrontarmos com a cruzeta da *ratio* jurídico-dogmática".

7. A expressão é utilizada, entre outros, pelos combativos Miguel Pressburger e Amílton Bueno de Carvalho.

8. Bachelard, Gaston. *Epistémologie, Textes Choisis*. Paris: PUF, 1971. Tb. Japiassu, Hilton. *Introdução ao Pensamento Epistemológico*. 3.ª ed., Rio de Janeiro: F. Alves, 1979, p. 69.

A construção da nova dogmática desafia a emergência de um esforço teórico interdisciplinar comprometido com os avanços da sociologia jurídica, da filosofia jurídica, da teoria da linguagem, da ciência política etc. A redescoberta da Constituição (e do Direito Constitucional), penso, poderá importar em significativo avanço para a empreitada.⁹

A utilização da Teoria Constitucional, para esse fim, todavia, exigirá, uma (i) específica compreensão da Constituição e (ii) uma específica compreensão do Direito Constitucional.

2.1 Uma específica compreensão da constituição

A compreensão da Constituição para os fins propostos desafia uma releitura de qualquer Constituição, assim como uma releitura da Constituição Brasileira. As Constituições, no sentido jurídico, já foram compreendidas como mero instrumento de limitação do Estado. Assim, suas disposições voltavam-se para os Poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo. Não vinculavam o Judiciário nem o cidadão, que não podia fundamentar uma pretensão perante o juiz valendo-se deste ou daquele dispositivo constitucional. Os direitos individuais consagrados nas primeiras Constituições francesas eram lidos como meras declarações,¹⁰ que desafiavam, para operar força normativa a favor do cidadão, legislação integrativa. Aliás, aí, nessa oportunidade, a Constituição jurídica não passava de juridicização da política tal como compreendida pela burguesia. A Constituição era do Estado. A sociedade seria regida por outra sorte normativa, especialmente o direito privado elaborado a partir da noção de autonomia da vontade.

As Constituições, hoje, são documentos normativos do Estado e da Sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. A Constituição não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *autoritas*, mas também impõe coordenadas específicas para o Estado, apontando o vetor de sua ação. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positivamente ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador.

9. A retomada da dogmática e, pois, da Constituição aponta para apenas um dos caminhos que podem ser seguidos na direção de um saber compreendido com a democracia material e com a emancipação do homem.

10. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1991, p. 191.

Por isso a Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande *locus*, onde se opera a luta jurídico-política. O processo constituinte é um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo poder constituinte, de sua obra. A luta, que se travava no seio da Assembléia Constituinte, transfere-se para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Afirmar esta ou aquela interpretação de determinado dispositivo constitucional, defender seu potencial de execução imediata ou apontar a necessidade de integração legislativa, constituem comportamentos dotados de claríssimos compromissos ideológicos que não podem sofrer desmentido.

No Brasil contemporâneo, constitui missão do operador jurídico produzir a defesa da Constituição.¹¹ A Constituição brasileira, tão vilipendiada, criticada e menosprezada, merece consideração. Sim, porque aí, nesse documento mal escrito e contraditório, o jurista encontrará um reservatório impressionante de *topoi* argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica e da defesa dos interesses que cumpre, para o direito alternativo, defender.

Já foi dito que a *Constituição brasileira é compromissória*. Por isso, condensa um compromisso entre as classes e frações de classes sociais que participaram do jogo político que conduziu a sua elaboração. A Constituição, a um tempo, protege a propriedade privada e exige que ela cumpra sua função social. Aceita os postulados da livre iniciativa, mas procura proteger o trabalho, o trabalhador e o consumidor. Os valores caros às classes populares encontram-se na Constituição. Todavia, até agora, no Brasil, quais valores são concretizados todos os dias pelo juiz e pelo operador jurídico? Certamente, não aqueles das classes populares. Ora, cumpre agora potencializar a força normativa dos dispositivos condensadores dos valores libertários. O Brasil precisa de uma nova geração de constitucionalistas, propagadores dos valores que exigem propagação.

A *Constituição brasileira é também democrática*. Porque seu processo de elaboração foi democrático. Não há, na atualidade, país que tenha passado por um processo tão democrático de elaboração constitucional.¹² Muitos dos defeitos da Constituição de 1988 devem-se ao fato de que nem mesmo projeto prévio foi elaborado. O Congresso Consti-

11. Do "núcleo essencial" da Constituição, que aponta para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Cumpre lembrar, todavia, que a missão desse movimento é muito mais ampla do que essa.

12. Apesar dos "lobbies", das pressões e da não convocação de uma Assembléia Constituinte Exclusiva, nem por isso ficou comprometida a legitimidade da Constituição de 1988.

tuíte partiu do nada. Aliás, partiu das inestimáveis contribuições oferecidas pela sociedade civil. Mas é democrática, igualmente, porque condensa propósitos democráticos. O *Princípio democrático* é um dos princípios estruturais da Constituição Brasileira de 1988. E a democracia proposta pela Constituição não é aquela formal, mas antes a real, efetiva, material. Aliás, por isso a *Constituição de 1988 é dirigente*.¹³ Exatamente porque estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade brasileiros. A atuação governamental, de todos os Poderes, não pode ser concretizada sem a prévia observância dos referidos objetivos. As políticas públicas devem atuar esses objetivos, que densificam uma vontade constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária. A *Constituição brasileira é também analítica*, razão pela qual é mais extensa do que muitos gostariam. Mas é preciso dizer que se, em muitos casos, a extensão da Constituição merece crítica, em outros, ela foi inevitável, posto servir de resposta à questionável experiência jurídico-constitucional brasileira. O saudoso Min. Seabra Fagundes já dizia que, no Brasil, é necessário que a Constituição diga tudo "tintim por tintim".¹⁴ Nos EUA, a Suprema Corte não necessitou de nenhum dispositivo expresso para exercer o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. No Brasil, à falta de dispositivo expresso, o juiz titubeia e com ele, muitas vezes, por receio ou timidez, acaba por amesquinhar seu sentido. Tenha-se em conta o que o Judiciário fez com o limite constitucional incidente sobre os juros bancários e o que o Supremo Tribunal Federal fez, num primeiro momento, com o mandado de injunção.¹⁵ Aliás, é necessário lembrar o modo desconfiado como o Judiciário brasileiro, após a promulgação da primeira Constituição republicana, encarou a recém-atribuída competência para o controle da legitimidade constitucional das leis. A experiência brasileira recomendou mesmo, em muitos casos, a extensão inusitada da Constituição.¹⁶ Os

13. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

14. Seabra Fagundes, Miguel de. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 1989, sobre "A Administração Pública na nova Constituição".

15. O Supremo Tribunal Federal, pronunciou-se pela não auto-aplicabilidade da vedação constitucional inscrita no art. 192, § 3.º, da Constituição. Quanto ao mandado de injunção, o STF amesquinhou a sua significação em julgado (MI 107-3-DF) que acabou por equipará-lo à ação de inconstitucionalidade por omissão. O STF vem, agora, revendo sua posição.

16. Em muitos outros casos, todavia, a extensão da Constituição deveu-se apenas às manobras de cunho nitidamente corporativista que foram encetadas por este ou aquele grupo de interesses.

novos papéis do Estado na sociedade contemporânea somados à experiência constitucional brasileira exigiram elaboração e Constituinte uma Constituição analítica.

Vários postulados constitucionais vêm sofrendo severas críticas, por isso mesmo que são apontados como peças retóricas, hipócritas ou mentirosas. A crítica não é justa nem sábia. Ora, a Constituição, em muitas situações, apresenta-se como reflexo invertido do real. Quando o Constituinte aponta, em norma Constitucional, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ou para a erradicação da miséria e da desigualdade regional, é evidente que não pretende ser retórico, hipócrita ou mentiroso. Claro que os postulados constitucionais são contrariados pela realidade crua do cotidiano, repleta dos oprimidos, excluídos, pobres, marginalizados, etc. A Constituição reflete, de modo contrário ou invertido, essa situação, apostando e exigindo a sua superação. Disposições constitucionais desse naipe são impensáveis na Suíça, na Bélgica ou na Dinamarca. Porque lá tais dispositivos não guardariam nenhum sentido. Mas aqui tudo se dá de modo diferente.

É preciso ter claro que a *Constituição brasileira sustenta uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro*. Define uma resposta para o passado, daí por que exige a transparência e a moralidade na Administração Pública, aposta na função social da propriedade, essencialmente da urbana, censura os juros bancários arrancados dos cidadãos desindexados, atualiza a Federação, investindo na descentralização, restringe os poderes do Executivo antes hipertrofiado, etc. Mas a Constituição representa também uma proposta para o futuro. E por isso é *dirigente*. Apresenta uma direção vinculante para a sociedade e o Estado. A república brasileira (a *res publica*), compreendida como comunidade nacional independente — momento da unidade — e constituída por classes e frações de classes sociais — momento do conflito —, desde o prisma jurídico, possui objetivos que devem ser perseguidos: aqueles plasmados no documento constitucional. Cumpre buscar a efetividade desses comandos e esta é uma missão que não pode ser negligenciada por aqueles que pretendem trabalhar um direito emancipatório.

Os dados normativos, democráticos, compromissórios, analíticos e reflexivos da Constituição, aliás não de qualquer Constituição mas de uma Constituição como a Brasileira de 1988, devem ser potencializados por uma dogmática constitucional. Se a Constituição condensa normativamente valores caros às classes populares, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também jurídica) de sua afirmação, realização, aplicação. O como fazer isso juridicamente, esta

é obra da nova dogmática, cujo desafio é fazer desta Constituição uma *Constituição normativa integral*. Poque hoje corremos o risco de fazer dela uma *Constituição normativa* na parte que toca aos interesses da classe hegemônica e uma *Constituição nominal* na parte que toca aos interesses das classes que buscam a emancipação. Faço uso da terminologia de Loewenstein¹⁷ para ressaltar que a dogmática alternativa não pode aceitar nem uma *Constituição semântica* (que simplesmente justifica juridicamente o exercício autoritário do poder) nem uma *Constituição nominal* (Constituição de papel, despida de valor jurídico efetivo), devendo lutar para fazer da Lei Fundamental em vigor uma *Constituição normativa integral*.

2.2 Uma específica compreensão do direito constitucional

Em face da *Constituição de 1988, o direito constitucional alternativo pode constituir uma dogmática da efetividade*. O valor normativo da constituição deve ser potencializado, especialmente a normatividade dos capítulos condensadores dos interesses das classes não hegemônicas. Mas, para isso, é necessário entender que a Constituição é, entre outras coisas,¹⁸ também norma e não mera declaração de princípios ou de propósitos. E se é norma (o preconceito contra a norma não deve substituir¹⁹ dela decorrem, inexoravelmente, consequências jurídicas que são sérias e que devem ser tomadas a sério. E, mais que tudo, *sendo norma suprema*, o sentido de seu discurso deve contaminar todo o direito infraconstitucional, que não pode nem deve ser interpretado (concretizado/aplicado) senão à luz da Constituição. A *filtragem constitucional* consiste em interessante mecanismo propiciador de atribuição de novo, atualizado e comprometido sentido ao direito civil, ao direito penal, ao direito processual, etc.

Não há, na Constituição, dispositivo despojo de normatividade. O preâmbulo, os princípios, os preceitos, inclusive os programáticos, são norma e assim devem ser considerados. Encontra-se absolutamente

17. Loewenstein, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

18. A compreensão da Constituição como norma não esgota sua significação. A Constituição é muito mais do que isso. O momento normativo constitui apenas aquele que deve ser privilegiado pelo jurista, mas que não exclui as leituras da Constituição que podem ser oferecidas pela sociologia, pela história, pela ciência política, pela antropologia, pela lingüística, pela economia, etc.

19. Sobre isso ver adiante.

superado, desde Vezio Crisafulli,²⁰ o entendimento de que as programáticas não são norma e, bem por isso, desmerecem aplicação. Encontrase, também, superada a tese segundo a qual o preâmbulo da Constituição nenhuma normatividade pode produzir.²¹ Quanto aos princípios, as normas dotadas de densidade normativa pequena e alta abstração, a doutrina mais recente procura demonstrar a sua força normativa.²² Aliás, é preciso salientar a riqueza do preâmbulo da Constituição brasileira, indicador de importantes princípios, que, somados aos demais, fundamentais, inscritos no corpo constitucional, dão conta da idéia de direito e de justiça que preside o direito brasileiro.²³

A doutrina vem procurando definir a Constituição como um "sistema normativo aberto de princípios e preceitos".²⁴ Os princípios, ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa e, bem por isso, sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional. Além disso, condensam as idéias estruturais do sistema, razão pela qual, em geral, os preceitos constituem desdobramentos de idéias-sínteses engessadas nas disposições normativas principiológicas.

Os princípios, inclusive aqueles enunciados no preâmbulo, dispõem de uma funcionalidade. Ou seja, prestam-se para alguma coisa. São, pois, funcionais. Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado lugar e tempo, por isso que fixam *standards* de justiça, prestam-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional e, mais do que isso, experimentam uma eficácia mínima, ou seja, se não podem sofrer aplicação direta e imediata,

20. Crisafulli, Vezio. *Stato, popolo, governo — illusioni e delusioni costituzionali*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985.

21. Brito, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 38. Sobre o assunto consultar, entre outros, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. T. II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, pp. 209 e ss.

22. Barros, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

23. Clève, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo, Academia, 1993.

24. Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989. Tb. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 171.

exigindo nas mais das vezes (não é o caso dos princípios-garantia) integração normativa decorrente da atuação do Legislador, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva da legislação posterior incompatíveis com seus postulados.²⁵

Aliás, também as normas programáticas atuam, pelo menos, essas últimas funções.

Uma dogmática emancipatória não pode esquecer esses dados. Quando a Constituição elege valores como a justiça, a liberdade e a igualdade, princípios como o Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e, como objetivo, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é preciso ter em mente que apontadas dimensões principiológicas devem ser atuadas e realizadas. A funcionalidade dos dispositivos que fazem essa eleição merece ser explorada. O conteúdo decorrente desses valores, princípios e objetivos conforma o que alguns constitucionalistas chamam de Constituição jurídica material²⁶ (que não se confunde com a Constituição real de Lassalle),²⁷ aquele corpo de idéias que indicam o conteúdo do direito de determinados tempo e lugar. A partir dessa idéia, fica evidente que a lei não pode dispor de qualquer conteúdo. O conteúdo da lei deve concretizar a idéia de direito lançada na Constituição ou pelo menos não contrariá-la. *Essa construção permite apontar a substancial inconstitucionalidade de qualquer lei injusta*,²⁸ ou seja, de qualquer lei que contrarie os *standards* de justiça plasmados normativamente no documento constitucional. A dogmática constitucional deve desenvolver essa construção para filtrar todo o direito infraconstitucional, apontando inconstitucionalidades (não apenas formais, mas especialmente materiais), ou sugerindo novas leituras ajustadoras da legislação infraconstitucional à materialidade constitucional. Neste processo, certamente, serão potencializados os dispositivos constitucionais densificadores dos valores compromissórios com a dignidade da pessoa humana. Esse processo pode ser chamado de "constitucionalização do direito infraconstitucional", que

25. *Idem*, p. 175.

26. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, pp. 156 e ss.

27. A Constituição real de Lassalle era uma constituição sociológica. A teoria material da Constituição promove renovada leitura da Constituição jurídica. Esta teorização nada tem a ver com a teorização liberal construtora do binômio Constituição em sentido material/Constituição em sentido formal.

28. Freitas, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989.

nada tem a ver com a "positivação constitucional do direito infraconstitucional". O primeiro constitui processo de releitura do direito infraconstitucional. O segundo consiste em técnica de atribuição de *status* constitucional-formal a institutos tradicionalmente tratados pelo direito infraconstitucional. Apenas o primeiro processo interessa neste momento.

A construção de uma dogmática potencializadora dos valores libertários e igualitários condensados no corpo constitucional é exigente de: 1. Uma ética da responsabilidade; 2. de uma política da criatividade; 3. de um compromisso ideológico definido (crítica da neutralidade).

Superado o mito da neutralidade do direito e dos operadores jurídicos, deve o jurista alternativo (seja ele juiz, advogado ou promotor de justiça) definir claramente seu compromisso ideológico. Os juristas procuram negar a ideologia. O mesmo ocorre com os juizes. Estes, muitas vezes, escondem as suas preferências fazendo uso do discurso mistificador da neutralidade. Na verdade, aplicam o direito tal como o compreendem, ajustando-o à sua professada ideologia, todavia argumentando que o fazem com apoio unicamente na lei. Tudo se passa como se prolatassem uma não-decisão. Uma sentença que não faz mais do que aplicar a vontade (decisão) abstrata do dispositivo legal. Os juizes mesmo não possuem vontade! Escondem esses discursos (sentenças), verdadeiros silêncios com uma carga de significação muito mais intensa do que aquela do texto. Em casos assim, há que se ler não o que o discurso diz, mas, sim, efetivamente, aquilo que ele deixa de dizer. O controle da decisão judicial deve aqui incidir sobre o silêncio e não apenas sobre o texto da decisão.

Os operadores jurídicos e, em especial, os juizes devem assumir a dimensão ideológica do direito. Devem, mais do que isso, dizer (motivação) em que tipo de ideologia fazem repousar a decisão judicial. De onde parte o vetor determinante da solução do caso decidido. Somente assim se conseguirá alcançar a transparência no universo jurisdicional, transparência esta exigida pelo Estado Democrático de Direito.

Pior, todavia, do que o que pretende decidir ocultando a ideologia é aquele que decide ideologicamente imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade. O juiz inconsciente, aquele incapaz de enxergar a carga de significação do universo jurídico-imaginário, aquele que desconhece os movimentos da história e os interesses concretos das classes sociais, este é cativo das ideologias hegemônicas, é *escravo* do poder e dos interesses das classes dominantes. Este juiz é perigoso, porque age ideologicamente, acobertando certos interesses com a plena convicção de que não fez mais do que

aplicar a lei. Mas, de que modo foi aplicada a lei? A compreensão literal do texto normativo nem sempre significa plena compreensão do direito.

A clara definição ideológica, todavia, não basta. É preciso que o direito alternativo elabore, de modo sólido e objetivo, as bases teóricas do saber jurídico que pretende operar. Hoje, o que vemos muitas vezes entre os juristas alternativos é um desenvolver desenfreado de postulados jurídicos voluntaristas e subjetivistas despidos de rigor metodológico ou teórico. Apela-se ora para o jusnaturalismo, ora para os princípios gerais de direito, ora para um direito supra-estatal que não se sabe bem em que consiste, ora para dados oferecidos pela leitura sociológica dos conflitos emergentes, ora para uma teoria da justiça pouco transparente, ora para as declarações internacionais de direitos humanos etc, tudo para justificar uma tomada de posição comprometida unicamente com a subjetividade e o voluntarismo orientados, ninguém desconhece, pela objetividade do compromisso ideológico. Quando os juristas conservadores criticam os alternativos, em muitos casos, se fazem crítica conservadora mas séria, apontam para deficiências concretas do novo discurso. Essas críticas precisam ser absorvidas para que os paradigmas jurídicos alternativos se desenvolvam. Trata-se de fazer da crítica conservadora matéria para o ritual antropofágico proposto por Oswald de Andrade²⁹. O discurso alternativo precisa superar o voluntarismo e o subjetivismo, alcançando um padrão objetivo de juridicidade.³⁰ Os argumentos dos juristas alternativos devem ser sólidos e objetivos o suficiente para colocar em xeque as leituras conservadoras do direito e da Constituição. O rigor quanto à concepção do direito que os alternativos querem fazer triunfar constitui dimensão necessária para a construção de uma nova ordem.

Vivemos um momento de superação dos postulados individualistas do direito. Os conflitos individuais vão, na sociedade técnica e de massas, cedendo espaço para os conflitos coletivos.³¹ Por outro lado, o tempo se acelera; conflitos novos nascem sem uma pronta solução normativa. As leis vão assumindo um caráter de provisoriedade. O papel do jurista cresce cada vez mais em importância. Cabe a ele, afinal, adequar os velhos dados normativos às renovadas conjunturas e às situações emergentes. Se o direito dependia, na sociedade liberal,

29. O "Manifesto antropofágico" é de 1928. No manifesto, Oswald de Andrade ensina: "Antropologia. Absorção do inimigo sacro para transformá-lo em tótem. A humana aventura. A terrena finalidade".

30. A proposta não implica o "engessamento" da consciência crítica.

31. Faria, José Eduardo. "Justiça e Conflito. Os juizes em face dos novos movimentos sociais". São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o jurista. Teria, todavia, ele consciência disso?

Apanhe-se o papel do juiz. No Brasil de hoje, não pode o juiz aplicar, simplesmente, os dados normativos residentes, por exemplo, no Código Civil, sem procurar adequá-los aos novos tempos e, mais, à idéia de direito consagrada na Constituição. Esse trabalho de adequação — “filtragem” (negativa de aplicação de determinados dispositivos e interpretação de outros conforme a Constituição)³² não é fácil. E, neste ponto, nem todos estão preparados para levá-lo adiante. O preparo dos novos operadores jurídicos constitui função das escolas de direito. E neste ponto afirma-se, as escolas de direito estão falhando. Não se preocupam em atualizar os seus programas curriculares; não se preocupam em analisar o papel dos operadores jurídicos, inclusive do juiz, na sociedade contemporânea; não se preocupam com a crítica da dogmática jurídica tradicional nem com a desconstrução de uma mitologia jurídica que, muitas vezes, além de ultrapassada e inadequada, é surrealista e reacionária. A escola de direito precisa mudar, assim como o juiz e os operadores jurídicos.

Se o juiz não consegue, com o apoio de disciplinas como a filosofia, a sociologia e a história, desenvolver uma visão global do direito, de sua estrutura e de seus problemas, então teremos um homem escravo de concepções jurídicas que podem ser contraditórias. Sim, porque o universo de produção da lei é um universo, muitas vezes, irracional, fortemente marcado pelas concepções políticas cambiantes, por isso que, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar dispositivos de conteúdo marcadamente corporativo (a CLT), ao lado de outros absolutamente individualistas (o Código Civil) que se encontram ao lado de outros de conteúdo plenamente ajustado às exigências do Estado Democrático de Direito (Estatuto da criança e do adolescente). Um juiz perdido no cipoal normativo do direito positivo, que se pretende mero aplicador da lei, será um juiz corporativo ou individualista ou social conforme o texto que pretenda aplicar. O juiz não pode ser prisioneiro das concepções que presidiram e elaboração dos textos normativos individualmente considerados. O Juiz deve

32. Fala-se, aqui, em “interpretação conforme a Constituição” não exatamente como técnica de salvamento de atos normativos (jurisprudência da Corte Constitucional Alemã e do Supremo Tribunal Federal). Sobre isso: Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle da Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 284), mas, sim, com o sentido de “filtragem” constitucional do direito infraconstitucional.

entender a dimensão axiológica que preside, hoje, na atualidade, no momento da realização da justiça, o sistema jurídico. Assim a normativa, de não importa qual época, deve ser compreendida à luz das coordenadas hermenêuticas emancipatórias atualizadas pela história e corporificadas na Constituição.

Como se vê, penso que a Constituição pode oferecer um importante aporte não apenas para a atualização do direito (construção de uma dogmática jurídica atualizada), como igualmente para a arquitetura dos parâmetros objetivos definitórios do direito que os alternativos pretendem aplicar. No campo do direito alternativo, a luta pela objetividade será longa, constituindo excitante desafio. Para a superação desse desafio, devem ser exploradas as potencialidades da Constituição, especialmente num país como o nosso, onde qualquer juiz exercita jurisdição constitucional. O sistema constitucional brasileiro, mais do que qualquer outro sistema, oferece todas as possibilidades para que a Constituição seja utilizada nesse processo.

Neste ponto, emergem as referidas ética da responsabilidade e política da criatividade. O jurista assumirá a responsabilidade de oferecer soluções jurídicas aos casos concretos. Deve assumir a responsabilidade pela criação (reconstrução) da ordem jurídica que vai se operar a partir dos dados emancipatórios inscritos na Constituição. Cabe à nova dogmática com base na Constituição e por isso sempre de modo objetivo, redefinir os postulados do direito civil (conceito de propriedade, por exemplo), do direito penal (lei de crimes hediondos e princípio da proporcionalidade, por exemplo), do direito do trabalho (dispensa sem justa causa e princípio do devido processo legal, v.g.), etc.

Mas ao lado da ética da responsabilidade é importante a implementação de uma política da criatividade. Cumpra, de modo inventivo, buscar novas fórmulas jurídicas indispensáveis para a efetividade dos comandos emancipatórios definidos na Constituição. Esses comandos normalmente encontram-se anunciados ou em dispositivos programáticos ou em disposições principiológicas. De que modo, sob o ponto de vista jurídica, os direitos conferidos por esses comandos podem ser exigidos? Cumpra buscar essas soluções, porque os juristas tradicionais não possuem interesse de levar adiante semelhante empreitada. A criatividade também será indispensável para a filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional. Aqui a dogmática alternativa será suficiente para colorir todos os ramos do direito com a cor forte dos valores democráticos cristalizados na Lei Fundamental.

3. A dogmática jurídica alternativa e o operador jurídico enquanto sujeito

Ninguém desconhece que o direito positivo constitui fenômeno histórico (sua mutação depende das coordenadas impostas pelo processo histórico). A emancipação das classes populares é tributária de modo como as forças sociais desenham a geografia societária. O momento político é fundamental para a transformação dessa geografia. Por isso a criação de um direito comprometido com os valores liberais depende basicamente de um sujeito histórico: as classes populares.³³ Que devem organizar-se em torno de associações, sindicatos ou partidos políticos para o fim de influir, poderosamente, na dialética histórica. Mas a luta dentro do campo jurídico é inevitável. Daí por que o jurista pode ser um aliado indispensável da luta democrática. Um aliado que procura, dentro dos limites do discurso jurídico (o discurso jurídico mesmo politizado possui limites), criar renovadas categorias e conceitos, consolidar posições alcançadas através da ação política, elevar a potência dos signos igualitários e libertários absorvidos pelo direito positivo e dar efetividade aos comandos constitucionais condensados no momento difícil e desafiante da Constituinte. É preciso insistir no fato de que se o direito positivo constitui processo, ele não é um "dado". Ao contrário, o próprio jurista inevitavelmente participa do processo de criação do direito. Quando ele apreende o direito, ele o faz deste ou daquele modo. A sua posição ideológica e sua formação jurídica-científica serão determinantes do modo como o direito será concretizado. O operador jurídico constrói, dentro de certos limites é verdade, o seu objeto de estudo, ou seja, o direito positivo desafiante de aplicação. O próprio Kelsen, um positivista, reconhecia essa verdade tão negada pelos positivistas brasileiros, que em geral são mais kelsenianos que o próprio Kelsen.³⁴

As fronteiras da criatividade são mais largas no domínio do direito constitucional em face da baixa densidade normativa e do elevado grau de abstração de seus preceitos. A constitucionalização do direito infraconstitucional (filtragem constitucional do direito infraconstitucional) favorece a releitura comprometida e criativa dos vários ramos da árvore jurídica, ampliando o grau de participação do jurista na determinação (construção) do direito aplicável.

33. Conferir: Volkmer, Antonio Carlos. "Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa" in: Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 44.

34. No sentido de que são mais positivistas que Kelsen.

É necessário ter em conta que a Constituição, como ensina Canotilho, é um sistema aberto e por isso dispõe de uma "capacidade de aprendizagem".³⁵ A Constituição comunica-se com a realidade, aprendendo com ela, apreendendo-a inclusive, e interagindo com os signos mutacionais que ela, a realidade, oferece. Por isso, a Constituição pode registrar (com limites, é evidente), sem necessidade de alteração formal de seu texto e através de seu "código de aprendizagem" (mutação constitucional),³⁶ a alteração no grau de simetria ou assimetria da correlação de forças dinamizadora das várias instâncias de formação social. Encontra-se aqui a válvula de oxigenação de todo o direito positivo e o canal legitimador da atuação do jurista criador e criativo.

Enquanto nos países da Europa continental o "uso alternativo do direito" vem-se realizando basicamente a partir do aprofundamento das possibilidades oferecidas pela hermenêutica jurídica (auxiliada pela teoria da linguagem, pela teoria da argumentação, etc.), no Brasil, porque todo o juiz exerce jurisdição constitucional, o acesso à Constituição (filtragem constitucional), especialmente aos parâmetros substantivos da Constituição, configura mecanismo que se soma ao primeiro para dar ao jurista alternativas muito mais alentadoras no processo de definição (construção/concretização) do direito (normalmente infraconstitucional) aplicável à solução dos casos concretos.

Reitere-se: a atividade do jurista não pode se resumir à leitura (exegese) do direito positivo. É necessário a "concretização" do direito aplicável à luz da Constituição e com o compromisso de realizá-la (torná-la efetiva). A concretização não se confunde com a interpretação do texto da norma; "é, sim, a construção de uma norma jurídica".³⁷ Não é necessário apelar para o jusnaturalismo ou para critérios subjetivos de justiça para o operador jurídico alcançar soluções adequadas a determinado problema. O acesso à Constituição, compreendida como *hard law* e norma, pode substituir, com vantagens, essas tentativas nem sempre bem sucedidas. Por norma constitucional, todavia, na trilha do pensamento de Müller, "entender-se-á não o enunciado (formulação, disposição, texto) normativo senão um modelo de ordenação juridicamente vinculante, orientado para uma concretização material e constituído: 1) por uma medida de ordenação expressa

35. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 171.

36. Ferraz, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

37. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 209.

através de enunciados lingüísticos (programa normativo) e 2) por uma constelação de dados reais (sector ou domínio normativo)". Tradicionalmente, a norma reconduzia-se ao programa normativo (simples adscrição de um significado a um enunciado textual); hoje, a norma não pode desprender-se do domínio normativo".³⁸

Não cabe confundir a norma com o texto da norma porque "a prescrição jurídica positiva é tão-somente a cabeça do *iceberg*. No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndita e profunda, porém invisível, é que se deve procurar a essência da normalidade, feita dos fatos e relações de natureza política e social".³⁹ Por isso, o texto da norma não contém "a normatividade e sua estrutura material concreta. Cinge-se tão-somente, dentro de sua moldura, a dirigir e limitar as possibilidades legais de uma determinada concretização material do Direito".⁴⁰ Então, anota Bonavides, não é possível isolar a norma da "realidade", antes é a realidade em seus respectivos dados (o círculo ou âmbito da norma ou *normbereich*) afetada pela disposição da norma (o "*programa da norma*" ou *normprogramm*) o elemento material constitutivo da própria norma".⁴¹

Essa concepção normativa permite ampla margem de atuação para o operador jurídico, que ultrapassando os métodos clássicos de interpretação desenvolverá uma metódica concretista (não há interpretação sem problemas concretos a resolver) que deve transitar entre a norma ("*programa normativo*" mais "*domínio normativo*") e o problema concreto a resolver. Neste caso, a norma de decisão, aquela que resolverá o problema concreto, constitui resultado da atividade (concretização) do jurista e não algo pronto desafiante de mera aplicação (execução) como querem os vários positivismos.

Aqui não é o lugar apropriado⁴² para descrever os esforços que a teoria jurídica tem desenvolvido no campo do direito constitucional para superar os condicionamentos impostos pelas velhas concepções mas, todavia, instituindo parâmetros objetivos de aferição da juridicidade. Cumpre lembrar, entretanto, que tais esforços levam em conta uma concepção material da Constituição (os valores da Constituição indicam uma determinada idéia de direito e de justiça), procurando conciliar

38. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 209.

39. Bonavides, Paulo. Op. cit., p. 420. O autor cita Müller.

40. Idem.

41. Ib. id.

42. Um panorama completo da temática pode ser encontrado na preciosa 4.ª ed. do *Curso de Direito Constitucional* escrito por Paulo Bonavides.

a tradição sistemática do direito com a herança problematizante da tópica. Os resultados têm sido alentadores. Afinal a síntese entre a criatividade do jurista e a objetividade do direito, ao contrário do que muitos pensam, é possível.

4. Conclusão

A sociedade contemporânea exigiu a emergência de um tipo de Constituição que pode ser definida como compromissória. A Constituição Brasileira de 1988, compromissória, mas também analítica e dirigente, condensa uma série de valores emancipatórios. Esses valores devem ser "realizados". Cumpre fazer da Lei Fundamental uma Constituição normativa por inteiro, e não normativa apenas nos capítulos interessantes à classe hegemônica. Por isso que um direito constitucional alternativo constituirá sempre, em face da Constituição de 1988, uma teoria constitucional da efetividade integral.

Está na hora de o movimento alternativo trabalhar na construção de uma nova dogmática jurídica, inclusive constitucional. A dogmática, mera tecnologia da ação jurídica, nada tem a ver com o positivismo e com o dogmatismo. É possível construir uma dogmática não positivista e não dogmatista. Essa construção deve ser encarada como um desafio para os juristas alternativos. Nesse processo a Constituição pode, especialmente em país como o nosso, que admite o exercício da jurisdição constitucional por todos os juizes, oferecer um aporte importante. A construção de uma dogmática jurídica alternativa, potencializadora dos valores libertários e igualitários condensados no corpo constitucional, exige (1) uma ética da responsabilidade, (2) uma política da criatividade e, mais do que isso, (3) um compromisso ideológico definido, portanto, uma crítica da neutralidade.

A somatória desses requisitos satisfizes autorizará, ademais, a emergência de uma prática jurídica definida como constitucionalização (filtragem constitucional) do direito infraconstitucional (direito civil, direito penal, direito do trabalho, direito processual etc). Esse processo fará incidir sobre o direito infraconstitucional os valores substanciais emancipatórios adotados pela Carta Constitucional. Como a Constituição possui um "registro de aprendizagem" — a Constituição comunica-se com a realidade apreendendo sua dinâmica — é natural que a atualização da Constituição signifique a permanente oxigenação do direito infraconstitucional, já que este não pode ser lido nem compreendido senão à luz daquela.