

A Teoria Constitucional e os Juristas Orgânicos

Edson Pires da Fonseca*

1. Introdução

Apresenta-se neste trabalho o direito como um importante espaço de lutas das classes sociais não hegemônicas, em sua busca por emancipação. Criticam-se, nesta esteira, as correntes vinculadas a uma concepção ortodoxa do marxismo, que sob o prisma da relação mecanicista entre estrutura e superestrutura tratam o direito tão-somente como sinônimo de dominação, ignorando-o como possível espaço de emancipação. Essa visão colabora para a cristalização hegemônica do pensamento conservador no ambiente jurídico, na medida em que afasta qualquer possibilidade de transformação que passe pelo direito.

Uma importante luta que tem sido travada no âmbito do direito é a que visa à concretização dos direitos sociais esculpidos no Texto Constitucional de 1988. Muitas das conquistas históricas das classes sociais espoliadas foram erigidas à categoria de lei, mas são sistematicamente sonegadas pelos detentores do poder. Dessa forma, cumpre aos juristas orgânicos¹, por meio de uma dogmática emancipatória, fazerem aterrissar na cotidianidade tais conquistas, sob pena de não o fazendo termos, como bem assevera Clèmerson Clève, uma Constituição normativa no que tange aos interesses das classes dominantes e uma Constituição nominal naquilo que diz respeito aos interesses das classes exploradas².

2. O direito como guerra de posição: crítica da crítica

Endereço: Rua Osíres, 32, Quadra 18, Apartamento 902, Renascença II, São Luís, Maranhão, CEP 65075-775, Fone 98 8129-2577. edsonpfonseca@hotmail.com. Título: O papel dos juristas na concretização dos direitos. Instituição: Curso de Pós-Graduação em Direito (CPGD) - Programa de Mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Instituição de Fomento: CAPES

¹ Neste texto, a expressão juristas orgânicos e juristas alternativos, isto é, juristas vinculados ao movimento do direito alternativo, são utilizadas como sinônimos.

² CLÈVE, Clèmerson Merlin – *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo*. In LEMBO, Cláudio – *Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o Editor dos Juristas*. São Paulo: Editora

O discurso crítico teve e tem importante papel no direito, na medida em que concorreu para a desconstrução do discurso jurídico dominante, desnudando o caráter mitológico dos seus principais dogmas - neutralidade, segurança jurídica, etc. Apesar da grande importância histórica desse discurso, mostra-se insuficiente na atualidade.

A redução do direito unicamente ao seu aspecto de dominação faz com que este perca sua dignidade e força normativa, de modo a deixar os que vivem sob a sua égide desprotegidos.

A negação do reconhecimento de possibilidades emancipatórias por meio do direito tem entre outras consequências nefastas a de afastar do cenário jurídico as pessoas com pensamento crítico que, desiludidas, migram para outras áreas do conhecimento, tais como a filosofia, a ciência política, a sociologia, etc.³. Assim, o ambiente jurídico torna-se praticamente monopólio do discurso normativista-individualista, comprometido com a manutenção do sórdido estado de coisas em que vivemos.

Decorre daí a quase inexistência, durante décadas, de ferramentas dogmáticas que pudessem ser utilizadas como auxiliares nos processos de transformação social ou de reconhecimento e concretização dos direitos já conquistados, mas que ainda não são aplicados.

É neste sentido que o direito alternativo aparece como uma superação dialética em relação a essas citadas correntes críticas, na medida em que faz do judiciário um espaço de batalhas contra-hegemônicas, na perspectiva gramsciana de guerra de posições.

Para Gramsci, a ideia de guerra de movimento – como a travada na Revolução Russa – não serve para os países ocidentais ou que se ocidentalizaram, em virtude de estes terem uma sociedade civil consolidada. A melhor estratégia de lutas para esses países seria, então, a guerra de posição, isto é, uma luta por hegemonia dentro das próprias estruturas existentes.

Revista dos Tribunais, 1995, pp.41 a 43.

³ SCHIER, Paulo Ricardo – *Filragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica* – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p.36.

Os juristas orgânicos – intelectuais orgânicos que atuam no ambiente jurídico – são os organizadores de uma nova cultura, de um novo direito, comprometidos com a superação do bloco histórico atual e com a conseqüente construção de um novo bloco histórico.

3. A teoria constitucional do pós-segunda guerra

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 muitas conquistas oriundas das lutas populares foram erigidas à condição de princípios constitucionais. Com isso, alguns ferramentais teóricos advindos da teoria constitucional como, por exemplo, a normatividade dos princípios, a filtragem constitucional, a interpretação conforme a Constituição, a hermenêutica constitucional da sociedade aberta, afiguram-se indispensáveis para os juristas orgânicos na exploração do viés emancipatório do direito, a partir de uma dogmática constitucional da efetividade integral do texto da Constituição.

De maneira bastante sintética, e com caráter meramente ilustrativo, serão apresentados, na seqüência, alguns dos ferramentais aventados.

3.1 A filtragem constitucional

A idéia de filtragem constitucional é apresentada entre nós pelo constitucionalista paranaense Clèmerson Merlin Clève e desenvolvida, com maestria, por Paulo Ricardo Schier⁴, autor que nos serve de base nesta parte do trabalho.

Configura-se a filtragem constitucional como um importante ferramental da nova dogmática constitucional para a construção/compreensão do direito como instrumento de intervenção e transformação social, sob um viés emancipatório, na medida em que permite aos juristas a realização dos valores presentes na Constituição, sem a necessidade de saírem da ambiência da própria dogmática jurídica.

⁴ SCHIER, Paulo Ricardo – *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica* – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

Partindo-se do conceito de filtragem constitucional, exige-se que todo o ordenamento jurídico passe pelo filtro axiológico da Constituição. Estando os seus dispositivos em sintonia com a Lei maior, permanecem no ordenamento, caso a contrariarem, deverão ser relidos à luz do Texto constitucional. Quando não houver essa possibilidade de releitura, isto é, quando a literalidade do texto impedir a interpretação conforme a Constituição, então o dispositivo conflitante deverá ser defenestrado do ordenamento jurídico.

A filtragem constitucional assenta-se na idéia de preeminência normativa da Constituição, é dizer, em “sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico⁵”. Disso resulta:

1) a interpretação conforme a constituição, isto é, a necessidade da leitura das normas infraconstitucionais através dos valores constitucionais;

2) nulidade das normas infraconstitucionais quando estas estiverem em desacordo com a Constituição, dê, é claro, que não seja possível a interpretação conforme a Constituição. E, por derradeiro;

3) a idéia de autoaplicabilidade das normas constitucionais, salvo quando não forem exequíveis por si mesmas⁶.

Garante-se, assim, a harmonização constante da legislação à luz das normas constitucionais, sem a necessidade de reformas legislativas modificadoras do texto normativo. Irradia-se, com isso, a principiologia constitucional para todo o ordenamento jurídico⁷.

Segundo Schier, a filtragem constitucional exige uma teoria do direito e uma prática hermenêutica que valorizem o aspecto dialético do fenômeno jurídico. É o resgate da juridicidade como espaço de lutas, como espaço de emancipação e de transformação da sociedade em busca da radicalização da democracia⁸.

3.2 Normatividade dos princípios

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes – *Direito Constitucional e teoria da Constituição* – 4ª edição. Coimbra: Almedina, 1999, p.1112.

⁶ SCHIER, obra citada, pp.102 e 103.

⁷ SCHIER, obra citada, pp.107 e 108.

⁸ SCHIER, obra citada, p.111.

A normatividade dos princípios enriquece sobremaneira a dogmática constitucional, abrindo um novo panorama para os juristas. Ganha relevo no chamado pós-positivismo, principalmente com o jusfilósofo estadunidense Ronald Dworkin⁹ e as suas dilacerantes críticas ao positivismo e ao jusnaturalismo.

Tem-se no pós-positivismo a superação dialética da antítese entre jusnaturalismo e positivismo¹⁰, além da distinção entre regras e princípios¹¹. Assiste-se então a hegemonia axiológica dos princípios, que são convertidos no sustentáculo jurídico dos nascentes sistemas constitucionais.¹²

Uma das principais diferenças entre regras e princípios é de natureza lógica. Ambos são normas, haja vista que se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição¹³. Dessa maneira, a diferença existente entre eles é, na verdade, a diferença entre duas espécies de normas¹⁴. Em outras palavras, a norma jurídica é o gênero do qual as regras e os princípios são as espécies. Essa distinção é um dos marcos fundamentais da nova dogmática constitucional.¹⁵

Além do critério lógico, Dworkin¹⁶ destaca a dimensão axiológica como outro elemento de distinção entre normas e princípios. No caso de colisão entre princípios deve-se levar em conta a importância, o valor de cada princípio na equalização do problema¹⁷. As

⁹ Além da obra de Dworkin, Bonavides aponta a normatividade da teoria estruturante do Direito, do jurista alemão Friedrich Müller, como essencial para o pós-positivismo. Cf. BONAVIDES, PAULO – *Curso de Direito Constitucional* – 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p.248

¹⁰ CAMARGO, ob. cit., p.377.

¹¹ ALEXY, Robert – *Teoría de los Derechos Fundamentales* – [versión castellana: Ernesto Garzón **Valdés**] Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1993, p.83.

¹² O pós-positivismo tem como marco o constitucionalismo das últimas décadas do século passado. As Constituições desse período trazem a ideia de supremacia hierárquica dos princípios, convertidos em sustentáculos de toda essa nova ordem jurídica. BONAVIDES, ob. cit., p.237

¹³ ALEXY, ob. cit., p.83.

¹⁴ Idem.

¹⁵ DWORKIN, ob. cit. p. 39

¹⁶ Cumpre-nos ressaltar que embora sejam citadas neste trabalho as obras de Alexy e de Dworkin, não se desconhece a significativa diferenciação existente entre a abordagem que os dois autores fazem da temática dos princípios. Contudo, não é objetivo deste trabalho abarcar tais questões, mas tão-somente apresentar alguns dos instrumentais disponibilizados pela nova dogmática constitucional que possibilitam aos juristas orgânicos um atuar emancipatório.

¹⁷ DWORKIN, ob. cit. pp. 42 e 43.

regras não têm essa dimensão, assim, quando entram em conflito, o resultado é uma antinomia, que será resolvida pela perda de validade de uma das regras.¹⁸

O grau de generalidade também pode ser utilizado como elemento distintivo entre essas duas espécies de normas jurídicas. As regras possuem um baixo grau de generalidade, ditam um resultado. Os princípios possuem um alto grau de generalidade, indicando um horizonte para a decisão, mas não de maneira conclusiva. Todavia, um conjunto de princípios, da mesma maneira que as regras, pode ditar um resultado¹⁹.

Segundo Robert Alexy²⁰, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Eles têm por característica poderem ser cumpridos em diferentes graus. Já as regras contêm estipulações no espaço fático e jurídico do possível. Dessa forma, se uma regra é válida deve-se fazer exatamente o que ela exige. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. “*Toda norma es o bien una regla o un principio*”²¹.

O reconhecimento da normatividade dos princípios permite aos juristas trabalharem pela efetividade integral da Constituição, superando a tradicional classificação dos textos de normas constitucionais em meramente programáticos. Princípios são espécies de normas devendo, portanto, ser cumpridos, inclusive porque, em virtude da arquitetura constitucional, gozam de supremacia hierárquica dentro do ordenamento jurídico.

3.3 Teoria estruturante da norma (Friedrich Müller)

A teoria estruturante de Friedrich Muller está assentada em quatro pilares que compreendem: 1) dogmática jurídica; 2) metódica jurídica; 3) teoria da norma jurídica e 4)

¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago – *Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade* – in BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo, (orgs.) – *Hermenêutica Plural: Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos* - São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.395.

¹⁹ DWORKIN, op. cit., p. 57

²⁰ ALEXY, op. cit., p.86.

²¹ ALEXY, op. cit., p.87.

teoria da Constituição²². Na intelecção de Paulo Bonavides a metódica de Müller é concretista, inspirando-se principalmente na tópica²³, “a qual ele faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta”²⁴. Na visão de Adeodato, Müller pretende superar tanto o positivismo normativista de Kelsen, para o qual a norma é previamente dada, quanto o decisionismo de Schmitt, para quem não há relação entre a decisão e os textos normativos, nem no que tange à validade dos textos, nem no que diz respeito à justificação da decisão. Para a metódica, o sujeito do processo de concretização é sempre o jurista diante do caso concreto, nunca a norma²⁵.

Canotilho²⁶ aponta que a metódica normativo-estruturante tem por escopo investigar as várias funções de realização do direito constitucional, pretendendo-se ligada à resolução de problemas práticos, de maneira a captar as transformações das normas e concretizá-las numa decisão prática. Para isso, preocupa-se com a estrutura da norma e do texto normativo, “[...] com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas”²⁷.

Friedrich Müller assinala que o positivismo estabeleceu a identidade da norma com o texto da norma, restringindo, dessa forma, o processo interpretativo a uma simples interpretação de textos de linguagem²⁸.

Para a compreensão da estrutura normativa é fundamental, portanto, uma teoria hermenêutica da norma, retirada da não identidade entre norma e texto normativo, visto que, como destaca Müller, “o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a *ponta do iceberg*”²⁹

²² MÜLLER, Friedrich – *Discours de la Méthode Juridique* – [traduit de l’allemand: Olivier Jouanjan]. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p.25.

²³ Cf. VIEHWEG, Theodor. - *Tópica e Jurisprudência* – [trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior]. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

²⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 456. Em que pese as afirmações de Bonavides, questiona-se se restou, efetivamente, algo da tópica na metódica estruturante de Müller.

²⁵ ADEODATO, João Maurício – *A Concretização Normativa: Um estudo crítico* - in Idem - *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica* – São Paulo: Saraiva, 2002, p.237.

²⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 1177

²⁷ Ibid.

²⁸ MÜLLER, Friedrich – *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional* [trad. Peter Naumann]. 2ª Edição revista. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p.61.

²⁹ Idem, ibid. p.53.

Em Müller, a norma jurídica é composta pelo programa da norma - que é expresso pelo teor literal, pela ordem jurídica tradicionalmente assim compreendida - e pelo âmbito da norma, que é a parcela da realidade abarcada pelo programa da norma.

Leciona João Maurício Adeodato que o programa da norma (*Normprogramm*), de nível genérico, sem ligação direta com o caso concreto, cooperará para fornecer o conteúdo da norma, subsidiado pelo conjunto de dados e informações lingüísticos (compõem esses dados lingüísticos os elementos genéticos - anais, exposições de motivos), históricos (textos de normas já revogados), textos doutrinários, técnicas argumentativas etc³⁰.

O âmbito da norma, por sua vez, não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos, mas sim uma parte integrante da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição, isto é, do âmbito material, o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa. O âmbito da norma transcende a mera faticidade de um recorte da realidade extrajurídica. Ele não pode ser interpretado como uma força normativa do fático, na medida em que entra no horizonte visual da norma jurídica e da norma de decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma. Apresenta tanto componentes gerados pelo direito (prescrição referente a prazo, regras processuais, etc.) como não gerados pelo direito³¹.

Tratar o âmbito da norma como normativo, ressalta o constitucionalista alemão, não faz com que a legislação, administração e os tribunais sucumbam a nenhuma normatividade apócrifa do fático³².

Ressalta Müller que “a interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento”³³. Assevera o autor que o processo de concretização deve levar em conta outros elementos básicos, quais sejam:

a) elementos metodológicos em sentido estrito (interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teológica, além dos princípios isolados da interpretação da Constituição);

³⁰ADEODATO, op. cit., p.247.

³¹MÜLLER, Friedrich – *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional* [trad. Peter Naumann]. 2ª Edição revista. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p.57.

³² Idem, ibid. pp.58 e 59.

³³ Idem, ibid, p.61.

b) elementos do âmbito da norma, “isto é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação”³⁴ (o problema posto);

c) elementos dogmáticos;

d) elementos de teoria;

e) elementos de técnica de solução e;

f) elementos de política do direito e política constitucional.

Os elementos elencados nas alíneas (a), (b) e uma parte dos elencados em (c) referem-se diretamente as normas. O restante dos elementos listados em (c), os tratados em (d), (e) e (f) não se referem diretamente às normas, sendo auxiliares na concretização³⁵.

Müller apresenta uma seqüência hierárquica dos elementos de concretização para o caso de resultados (parciais) contraditórios. Sustenta a precedência dos elementos que diretamente se referem a normas (elementos metodológicos e do âmbito da norma, bem como uma parte dos aspectos dogmáticos) sobre os demais componentes do processo de concretização não diretamente referidos à norma³⁶. Existe hierarquia até mesmo entre os aspectos diretamente relacionados às normas prevalecendo, no caso de conflito, os referentes às interpretações gramatical e sistemática, por tratarem da interpretação de texto de normas, enquanto os procedimentos restantes tratam de textos de não-normas³⁷.

Essa preferência dos elementos formais, assevera Adeodato, aproxima-se da idéia de moldura kelseniana, impedindo o decisionismo e afigurando-se como elemento estabilizador, fundamental em sociedades complexas³⁸.

Defende Müller que uma norma precisa ser interpretada não porque não é unívoca, mas sim porque deve ser aplicada a um caso – real ou fictício. Ao contrário do que alega o positivismo, a norma jurídica não está pronta nem substancialmente concluída. Ela é um núcleo materialmente circunscritível da ordem normativa, diferenciado com os recursos da metódica racional, que é concretizado no caso individual e “com isso quase sempre tornado

³⁴MÜLLER, Friedrich – *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional* [trad. Peter Naumann]. 2ª Edição revista. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p.57.

³⁵ Idem, Ibid, p.111.

³⁶ Idem, Ibid, p.112.

³⁷ Idem.

³⁸ADEODATO, op. cit., pp. 238 e 239.

nítido, diferenciado, materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito (determinados sobretudo pela função limitadora do texto da norma)”³⁹.

O ápice do processo de concretização é atingido com a contextualização, pois nela é que se dará a abertura da norma para a realidade social, sem, contudo, descurar-se do elemento jurídico. Perde o sentido, com isso, a dicotomia entre fatores reais de poder e a *folha de papel*, visto que ambos integram a mesma realidade: a força normativa da Constituição.⁴⁰

4. A concretização dos direitos sociais e os juristas orgânicos

Os juristas orgânicos, principalmente os ligados ao movimento do direito alternativo, muito têm contribuído para a efetivação do texto constitucional e para a radicalização e consolidação do Estado Constitucional de Direito propugnado pela Constituição Federal de 1988. Com o ferramental dogmático disponibilizado pela teoria constitucional, ampliam-se, enormemente, as possibilidades de utilização emancipatória da dogmática jurídica.

No momento histórico atual, salienta o jurista espanhol Modesto Saavedra, o objetivo do direito alternativo⁴¹ e, assim, de um número significativo de juristas orgânicos, é evitar que os princípios e direitos garantidores da liberdade e da igualdade de todos sejam apenas uma declaração formal. É aqui que ele apela para as forças sociais e interpela os juízes para que colaborem nesta tarefa, suprindo as deficiências do legislador. Neste sentido, prega o direito alternativo um aprofundamento na Constituição, entendida esta como marco que garante o processo de participação equitativa de todos nas tomadas de decisões coletivas. Cumpre aos

³⁹MULLER, op. cit., pp.61 e 62.

⁴⁰SCHIER, op. cit., p. 120 seq.

⁴¹ É sabido que a denominação direito alternativo não caracteriza de maneira precisa o movimento. Esse nome foi dado a partir de uma confusão feita pelo jornalista Luis Maklouf, numa matéria publicada no Jornal da Tarde, em outubro de 1990, na qual tentava denegrir a imagem de um grupo de juízes orgânicos do Rio Grande do Sul, capitaneados pelo hoje Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Como o nome acabou “pegando”, ficou. O que melhor caracterizaria o movimento seria a expressão “movimento de juristas orgânicos”. Cf. ANDRADE, Lédio Rosa de - *Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

magistrados manterem abertos os canais de participação e deliberação formalmente consagrados no Texto Constitucional⁴².

Diante de uma Constituição principialista como a brasileira de 1988, torna-se imperioso aos juristas comprometidos com a transformação do atual bloco histórico, uma imersão em teorias constitucionais como as supra-apresentadas, de modo a possibilitar a concretização integral das promessas feitas no texto constitucional.

Potencializam-se, assim, os ferramentais de lutas dos juristas, ao mesmo tempo em que se amplia a racionalidade do direito, requisitos fundamentais para a consolidação de um Estado Constitucional e democrático de direito.

5. Conclusão

Conclui-se, desse modo, que a vinculação entre o direito alternativo e a teoria constitucional permite ao jurista alternativista/orgânico atingir um padrão objetivo de juridicidade, de maneira a colocar em xeque as leituras conservadoras do direito, sem dogmatizar-se. Constitui-se, com isso, como importante elemento para a efetivação integral da Constituição Federal de 1988 que, democrática, dirigente e compromissória trouxe em seu bojo, conquistas históricas das classes não hegemônicas, configurando-se como um importante espaço de lutas jurídico-políticas.

Porém, para que essas conquistas saiam da folha de papel e aterrissem no mundo da vida, faz-se necessário que sejam potencializadas por uma teoria constitucional emancipatória. O desafio dessa nova dogmática é dar efetividade integral ao texto constitucional, para não termos, como bem assevera Clèmerson Clève, uma Constituição normativa no que tange aos interesses da classe hegemônica e uma Constituição meramente nominal no que diz respeito aos direitos das classes que buscam a emancipação. Devem-se explorar as potencialidades da Constituição, principalmente em um país como o Brasil em que todos os magistrados exercem a jurisdição constitucional.

⁴² LOPEZ – Modesto Saavedra – *Estado Constitucional e Direito Alternativo* – in CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de (orgs.) - *Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 51 e 52.