



A POLÍTICA E O DIREITO NA SOCIEDADE DA ERA DA INFORMAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL¹

João Paulo Braga Cavalcante²

A constituição e as forças efetivas de poder na sociedade: reflexões introdutórias

O conceito de constituição é uma fonte primitiva da qual deriva a arte e a sabedoria constitucionais, já ensinava Ferdinand Lassalle, ativista política contemporâneo de Marx, que consagrou um conceito sociológico de constituição, que ainda hoje reverbera nas ideias de juristas contemporâneos. Iremos aqui partir um pouco desta noção.

Esta busca de uma fonte, porque não dizer *força* primitiva, em muito se aproxima da noção de individualismo moral de Durkheim, na medida em que as leis e as normas não foram definidas naturalmente pela razão de serem elas boas, mas fruto de um desenvolvimento moral ao longo da divisão do trabalho social. Voltaremos a este ponto mais adiante, visto que o individualismo moral é fonte cultural das democracias ocidentais modernas, guardando uma sorte de discussões e de correlações básicas para as noções de cidadania e constituição. Não podemos esquecer que a força das normas e das leis as quais se submetem à Constituição tem por valor mais sagrado a defesa da liberdade e da integridade do indivíduo, sendo esta uma prerrogativa do bem geral das nações. Uma cultura constitucional, de fato, é um desenvolvimento destes valores morais de defesa das liberdades.

A essência da constituição de um país é a soma das diversas forças de poder nele existentes. Aquilo que fundamentalmente não pode mais ser retirado ou negado a certa parcela ou classe de cidadãos, mediante sua condição de vida e de existência. Neste caso, por

¹ Texto base elaborado para a Disciplina *Pensamento Constitucional Brasileiro*, Turma VIII do curso de especialização em Direito Constitucional, da Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC).

² Bacharel em Ciências Sociais pela UECE; Doutor em Sociologia pela UFC.

exemplo, um desvio de poder exagerado, como uma mudança radical ou dramática no sistema tributário, tornando este opressor, punitivo, traria ou trará sofrimentos e traumas à nação de diversas formas, sob vários tipos de manifestação. As forças históricas tenderiam, por sua vez, a restaurar o equilíbrio, restabelecer os direitos antes constituídos sob pena de um longo processo de deterioração econômica e social. Pegando este exemplo, sabemos que, na distribuição do poder e o equilíbrio do Estado, as leis tributárias seguem o panorama estabelecido pela Constituição; o poder de tributar em muito foi palco na História de grandes conflitos, como no caso da Inconfidência Mineira. O desenvolvimento de uma cultura constitucional se reflete claramente numa evolução do sistema tributário, tornando este mais coeso, justo, democrático. Vê-se, portanto, que em países que alcançaram um elevado padrão de desenvolvimento social e econômico e de diminuição drástica das desigualdades sociais, a tributação embora bastante elevada, se reflete na aplicação de políticas públicas universais, com garantia do Estado da qualidade dos serviços e do bem estar social, a exemplo da Escandinávia, Canadá, partes significativas dos Estados Unidos e do continente Europeu. Neste sentido a essência constitucional define a distribuição do poder. Este não é um fator estanque, e o desempenho histórico de cada sociedade tem reproduzido diversas relações de poder e de padrões de controle social do Estado. A cultura constitucional é um longo processo de desenvolvimento moral e de aprimoramento das normas e leis que regem uma nação, das quais derivam a cultura democrática e os diferentes níveis de liberdades individuais. A constituição, e o modo como as forças de uma nação a conduzem, atua protegendo uns e outros segmentos dos excessos do poder, que seria nocivo a uma determinada parcela, ferindo sua integridade.

A constituição irá se traduzir numa política, no sentido de que os direitos dos cidadãos são mais ou menos salvaguardados ou ainda não totalmente garantidos além do texto constitucional. Falar em constituição não é simplesmente falar num progresso moral histórico linear, vez que direitos antes estabelecidos por vezes sofrem baixas, como também, se vemos na história do pensamento constitucional brasileiro, que é também a história das relações de poder no desenvolvimento do Estado, existem constituições opressoras, e os avanços como da Monarquia para a república não necessariamente representaram melhorias significativas para a maioria da população. Foi assim em países revolucionários africanos, quando de suas independências, algumas nações árabes, quando se fala hoje na primavera árabe, e mesmo na chamada república velha no Brasil. LASSALLE (1933, p. 33-34) cita o caso do sufrágio universal que vigorava na Prússia até 1848, após o que veio a lei das três classes, onde um

cidadão de posses passou a ter pelo menos 17 vezes mais influência nas questões do Estado do que um cidadão comum.

A constituição é o poder real normatizado. Em algumas nações ainda hoje pode haver poderes que estão acima da constituição (o texto formal), como é o caso quando, apesar da carta e de que todos estejam abaixo da lei, há um poder imperial que não precisa jurar a constituição. Lassalle estava preocupado com as questões de poder quando formulou sua concepção de constituição para além do formal, o papel escrito e do pensamento jurídico. Assim, lembra bem o autor, que na França medieval, embora não estivesse escrito, era o povo submetido a impostos sem quaisquer limites, o que era parte da constituição daquele país e nem o monarca poderia modificar. Neste sentido, toda nação tem e sempre teve uma constituição efetiva. A constituição jurídica, e as diversas que foram sendo reunidas a partir de textos espalhados entre diferentes grupos e localidades, é um fenômeno moderno, ao passo que a constituição efetiva, as relações de poder e suas negociações são bem mais antigas.

Visão história do pensamento constitucional

A consciência coletiva é um dos fragmentos da constituição efetiva. As formas de poder da Idade Média, desconcentradas e culturalmente diversificada em códigos e territórios distintos, foram passando por transformações, chegando ao poder absoluto do rei, o que foi caracterizado pela sociologia clássica como progressivo acúmulo do monopólio dos meios de poder administrativo, juntamente com a concentração, especialização e racionalização do corpo jurídico (Weber, 1999). Mas este sucumbe ao crescimento extraordinário da burguesia, a qual muda a constituição efetiva, pois esta classe reconhece o fortalecimento de seu poder e de seu prestígio, da sua força de mudança. Vê-se que há uma necessidade crescente de as nações possuírem uma constituição formal. Pode-se observar também que este movimento rumo para a garantia das liberdades, não por menos se expande com a ideologia das luzes, das revoluções liberais e da releitura dos clássicos da democracia e do retorno da noção de república.

Sendo assim, do ponto de vista da Sociologia, as constituições que começaram a se espalhar pelo Ocidente dizem respeito a um processo evolutivo, a partir dos séculos XVIII e XIX; a modernidade neste período, é preciso considerar, representou uma fase de profundas mudanças, em que a ciência e os valores universais impulsionados pela era das luzes fizeram sucumbir tradições e dogmas antes tidos como imutáveis. Como pontua CORSI (2001), as

constituições são uma celebração às conquistas da democracia e da soberania popular. Dentro desta esfera de mudanças e de profundas transformações é que o Direito passa a ter uma nova relação com a sociedade, e com as diferenças sociais, e o que era legitimamente natural, tradicional, passa a ser expurgado diante de uma noção positiva de direito. As negociações de poder efetivamente dadas no seio da sociedade, a constituição efetiva de que tratamos na seção anterior, foram recebendo o texto constitucional, imbuídos de uma nova moral, ao passo que organizavam o Estado com maior ou menor sucesso, como pensou o jurista e filósofo político Carl Schmitt.

A constituição normatizada é antes um processo de amadurecimento das relações sociopolíticas de um povo e não um aperfeiçoamento puramente lógico e técnico do Direito moderno. O fenômeno constitucional é, assim, interdisciplinar, pois não representa tão somente um conjunto de normas, ainda que na atualidade seu poder normativo esteja em voga, e, neste caso, não está limitado ou circunscrito às definições jurídicas (pontos estes que serão mais na frente abordados).

Em suma, a constituição refletirá uma nova lógica e uma nova moral para a negociação de conflitos em torno do poder numa sociedade. As leis que emanarão do texto irão expressar o estágio de desenvolvimento das relações de poder e da organização do governo no Estado. As leis de propriedade, as leis penais, o código de processo civil etc., as diretrizes orçamentárias, as leis de transparência e de responsabilidade fiscal, tudo isso será fruto de ganhos (ou perdas) no decorrer do processo político que envolve de modo complexo vários atores sociais. Por esta razão, as constituições europeias do pós-II Guerra passarão por uma reviravolta. A experiência histórica e social em face da guerra e suas consequências negativas para a dignidade humana, bem como o poderio estatal desenfreado fez surgir diversas escolas de pensamento, um movimento constitucional onde estas cartas passam a ter um papel mais efetivo no controle das garantias fundamentais, quando o positivismo jurídico sofre duras críticas, visto que o puro aperfeiçoamento da lei a partir da lógica e da competência legislativa não obteve eficácia, com a promessa da evolução científica para o controle moral da humanidade. Enquanto o Brasil vive uma era ditatorial, esses debates terão evoluído no Ocidente ao longo do mesmo período (o que tem se denominado de movimento neoconstitucional). Mas as forças sociais latentes que garantem uma cultura constitucional irão transbordar na abertura democrática a partir de 1985, resultando numa Constituição sofisticada, em meio a um país social e economicamente atrasado e excessivamente burocratizado.

É possível observar este processo a partir de uma abordagem comparativa de alguns dos elementos importantes do constitucionalismo brasileiro desde a proclamação da república até a Constituição cidadã de 1988. Após esta empreitada, poderemos abordar alguns dos debates atuais sobre o pensamento constitucional no Brasil, dentro dos limites óbvios deste ensaio. Antes disso, porém, iremos nos apropriar de elementos teóricos imprescindíveis para a compreensão do papel do direito e da política nas sociedades complexas de hoje, como é o caso brasileiro.

A sociologia da constituição

A constituição na teoria dos sistemas é vista de um modo distinto das definições puramente jurídicas. O paradoxo do direito e da política é resolvido quando estes dois subsistemas sociais, eles próprios, assim como outros subsistemas afetados pelas rupturas representadas pela modernidade, são acoplados numa estrutura que os vinculam: a constituição. Neste sentido este é não apenas um fator vinculante mas um fator de liberdade (CORSI, 2001; SIMIONI, 2009; LIMA, 2008) Ou seja: as ações geradas em ambos os subsistemas, que se “irritam” entre si (irritar é reagir a fatores externos) ocorrem num conjunto novo de possibilidades.

O coligamento estrutural vem assim chamado por representar ligações entre as estruturas do sistema. Pressupõe dois sistemas estáveis pela dinâmica. As estruturas próprias do sistema servem a um coligamento operativo; desta forma, há uma continuidade da *autopoiesis* do sistema de operação, garantindo-se a estabilidade temporal do sistema, na medida em que se passa de uma à outra operação⁵⁸. Os sistemas parciais precisam comunicar-se para buscar uma adaptação ao novo ambiente, por meio do acoplamento estrutural. A Carta Magna é o exemplo clássico de acoplamento estrutural. Promove a referida ligação entre o sistema jurídico e o político⁶⁰. Funciona como fator de exclusão e inclusão. Acaba por incluir novos valores e excluir outros anteriormente impostos ao Direito; por outro lado, é tida como mecanismos de irritação do sistema por trazer nova comunicação (LIMA, 2008, p. 17).

A nova estrutura que vai sendo moldada ao longo dos séculos XVIII e XIX, a partir de revoluções e outras mudanças ou rupturas, como em resumo discutido anteriormente, recebe um valor moral o qual se torna supremo, acima dos dogmas e tradições pré-modernos: a Constituição é o poder do povo e para o povo, e este não pode ser violado. É nela que se encontra definido as regras e critérios de organização política do poder e o modo com o qual o Direito poderá ser gerado. É neste sentido que a Constituição é fator de liberdade, uma vez que tenta resolver, embora não elimine, o paradoxo que envolve o direito e a política

(liberdade porque as possibilidades de operação dos subsistemas não levariam à deterioração dos valores democráticos conquistados, seja pelo excesso de um ou de outro, ao menos em teoria, vez que do ponto de vista histórico ou sociológico, tem se observado diversos fenômenos que caracterizam excessos e dissimulações, deixando um legado de traumas na consciência coletiva das sociedades). O direito que arroga para si o direito de discriminar o lícito e o ilícito tem sua legitimidade referida na nova estrutura, a Constituição, e não em valores de tradição e nobreza ou numa suposta moral mais elevada. Ou seja, é referido pela constituinte, a assembleia, o fator político. Por sua vez, o exercício do poder, o soberano, é transferido do topo, do vértice da hierarquia social para o povo (CORSI, 2001), tendo sua legitimação no vínculo jurídico constitucional. Desta forma, ambos os subsistemas tem suas ações, agora acoplados em uma estrutura, concentradas, ou seja, referidas apenas na Constituição e não em outro sistema que seria ilegítimo. (obviamente há casos em que uma constituição pode ser mais nociva do que garantidora das liberdades individuais ou dos direitos fundamentais sob um prisma ocidental, o que torna o sistema conforme acima descrito opressor. Em outras palavras, os valores e princípios são processos históricos).

Direitos Fundamentais e Valores

O momento histórico influenciado pelo Iluminismo, quando um o contexto social revolucionário permitiu a circulação de ideias como as de Montesquieu (a divisão dos três poderes), Rousseau e outros, final do século XVIII e século XIX, fez com que determinados valores fossem ganhando força – os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana – o que mais tarde se tornariam consciência coletiva, sagrados e por fim consolidados em um texto com vínculo jurídico (o corpo jurídico burocrático dos Estados com o monopólio de acúmulo do poder de decisão em torno da aplicação das leis) e legitimidade política, vez que este texto nasce de uma constituinte, uma assembleia. (Vê-se a questão do valor político das operações jurídicas e o valor jurídico das operações políticas). Estes direitos e valores, que logo na constituição americana podem ser invocados como força de lei no processo, quando são descritos como a essência das constituições, o sentido aqui é diferente ao atribuído por Lassalle, o qual fala das forças efetivas nas relações sociais, tem como significado a evolução

cultural das sociedades modernas³, é o “símbolo” que se faz norma e remete a um futuro de projeções possíveis.

No sentido da definição durkheimiana de individualismo moral, os valores e direitos fundamentais são produtos da diferenciação complexa da civilização moderna, e por isto podemos pensar que a base da autoridade moral das constituições neste panorama cultural seja a inviolabilidade destes valores, agora estabelecidos como normas jurídicas. Os dilemas entre o egoísmo de um lado e a liberdade e igualdade de outro seriam progressivamente resolvidos com o aumento da civilização, onde o Estado iria estabelecer uma comunicação mais aberta com os cidadãos e suas decisões levariam em conta os sentimentos da sociedade, agora tomada pelos direitos fundamentais de liberdade individual e de igualdade de todos perante a lei. A este respeito, para GIDDENS (1998, p. 133), refletindo sobre a visão política de Durkheim,

esses eram problemas de uma sociedade pluralista, na qual o despotismo da autoridade moral dos tipos tradicionais de ordem social foi destruído. A autoridade moral característica das sociedades tradicionais, fundamentada na pobreza da individualidade e numa disciplina repressiva, era completamente inadequada para a sociedade moderna, altamente diferenciada.

Como o Estado faria esta comunicação com a sociedade e seus anseios e sentimentos é o que está definido no corpo jurídico e administrativo por intermédio das organizações. É aqui que voltamos à noção dada pela teoria dos sistemas da resolução do paradoxo e da liberdade inédita proporcionada pela estrutura constitucionalista, que na realidade é a consolidação de uma cultura constitucional nas sociedades que assim são dirigidas. As organizações jurídicas, e o Direito como um sistema social que, assim como outros foram sendo racionalizados e burocratizados, são ao mesmo tempo o monopólio das decisões (aqui a noção de controle de constitucionalidade e tribunais constitucionais é fundamental, o que será adiante explorado) e a garantia das liberdades contra os excessos do poder arbitrário. Isso, contudo, nem sempre deixa de gerar novas fontes de tensões, quando o poder burocrático ele

³ Para o filósofo norteamericano Richard Rorty, as democracias liberais eram a expressão máxima até então desta evolução cultural, a partir de onde uma ética de defesa e valorização dos indivíduos poderia intervir pragmaticamente contra opressões, exclusões e “silenciamentos”. As ideias de Rorty estão no âmbito do pós-iluminismo, da mesma forma podemos dizer do neoconstitucionalismo característico do pós-II Guerra. Neste contexto, acerca da democracia, discorre Giddens sobre as ideias políticas do sociólogo francês Durkheim: “Onde quer que os cidadãos tivessem sido regularmente informados das atividades do Estado, e este último, por sua vez, estivesse atento aos sentimentos e desejos de todos os setores da população, aí existiria uma ordem democrática” (1998, p. 128-129).

mesmo se abstrai das necessidades reais dos setores da sociedade em meio a complexidade cultural dos tempos pós-modernos. Como pontua CORSI (2001, p. 180):

Em primeiro lugar, tais normas não representam imediatamente um instrumento decisório. Sem dúvida, elas são, também isso, mas, é evidente que a realidade social impõe condições que são de tal forma distantes do ideal, que os valores mais compartilhados acabam sendo exatamente aqueles que não encontram uma adequada correspondência nos fatos.

Pensando por meio de tal afirmação, as tensões a que nos referimos, que fundamentalmente se concentram entre as noções de democracia e de burocracia podem ser mais ou menos acentuadas de acordo com o contexto social, sobretudo quando o grau de injustiça social e econômica é alto, ou seja, o que é defendido moralmente e que está vinculado normativamente no texto constitucional guarda certa distância dos fatos, que por vezes vem a tona na opinião pública e nos grandes debates políticos da nação, como era o Brasil, ainda mais do que hoje, antes da reestruturação do Estado e das políticas sociais pós-Plano Real.

Apesar das tensões e da falta de “adequada correspondência nos fatos”, a origem da legitimidade dos direitos e valores fundamentais guarda sua relação com o vínculo racional proporcionado pelas organizações burocráticas, no caso, mas não tão somente, as organizações jurídicas. Em outras palavras:

As fontes de legitimação, portanto, não podem mais ser buscadas em fatores externos (nas desigualdades "naturais"), mas são dadas por procedimentos e por decisões, o que apenas torna ainda mais "simbólico" o valor dos valores (CORSI, 2001, p. 181).

A este respeito, o Direito referido na Constituição, abre espaço para si mesmo se autodeterminar sem uma condição restrita definida; seu caráter contingencial e voltado para o futuro cria um universo de possibilidades inimaginável, cabendo à política, e esta sob o olhar dos movimentos sociais, definir programaticamente a inclusão e resolução de questões que dizem respeito aos direitos fundamentais, os quais de todo modo abrangem outros subsistemas sociais, como a educação (as organizações educacionais legítimas) e a economia (as empresas e instituições de mercado). O Direito, assim, está voltado para o futuro, e os valores e direitos fundamentais inseridos de forma inviolável na norma jurídica máxima é uma expressão,

absolutamente, da cultura moderna e da tentativa de expurgar um passado (o dogma, os privilégios naturais...).

De um modo específico as organizações criam determinantes internos mais fechados para a atuação do Estado e de seus agentes especialistas (os juristas, os educadores etc.) – em um aspecto importante o conjunto de códigos e de leis que compõem os tribunais e fundamentam a atuação legítima dos juristas são restritivos, ainda que “irritados” por agentes externos (como quando de mudanças pelo legislativo), vez que a organização presume a burocratização em torno de previsões factíveis da ação social coletiva. Mas de outra maneira importante, as constituições, como estrutura que combina dois subsistemas independentes, a política e o direito, lançam um futuro de projeções não necessariamente determinadas, ainda que sob a contingência da decisão jurídica elas sejam os fundamentos invocados como normas, isso por conterem os direitos fundamentais e os valores. Isso nos conduzirá bem além da crítica reducionista, ou seja, se tais direitos são ou não verificáveis na vida social concreta. Em síntese:

Às conexões estritas dos vínculos organizacionais, as constituições combinam as conexões "largas" dos direitos fundamentais, criando, deste modo, as condições para construir e desconstruir continuamente suas próprias formas. Aquilo que as constituições especificam concretamente como direitos fundamentais é dado por contraste em relação às alternativas que permanecem indeterminadas e que, talvez, sejam efetivamente indeterminadas. Neste sentido, os direitos fundamentais não fundam o Direito, mas o abrem em relação a um futuro que nenhuma "norma fundamental" pode antecipar (CORSI, 2001, p. 184).

Por esta razão, o direito tem uma margem de liberdade que não tem precedentes históricos (LUHMANN, 1983). Fazendo uma reflexão mais abrangente, as constituições expressam sociedades voltadas para o futuro, mas mais do que isso dizem respeito à reflexividade social característica da modernidade tardia (para alguns, pós-modernidade). Os valores e as garantias fundamentais não são definidos operacionalmente na constituição, mas programaticamente há a necessidade de ação e acumulação constante de conhecimento para agir sobre as estruturas sociais, estando o direito, portanto, livre para decidir, a luz da própria constituição, se as ações políticas que interferem na sociedade (ações estas que dizem respeito a outros subsistemas sociais, eles mesmos burocratizados e ampliados pela assunção das organizações) possuem efetividade, se são justas, se seguem o rito jurídico determinado, se estão dentro da legalidade dentre outras possibilidades. Por esta razão, as sociedades constitucionais, ou culturas constitucionais democráticas de direito são reflexivamente

orientadas, as estruturas pensam a si mesmas afetando as condições sobre as quais elas próprias se estabelecem. Para Giddens,

Em condições de modernidade, o futuro está sempre aberto, não apenas em termos de contingência comum das coisas, mas em termos de reflexividade do conhecimento em relação ao qual as práticas sociais são organizadas. Este caráter contrafactual, orientado para o futuro, da modernidade é amplamente estruturado pela confiança conferida aos sistemas abstratos – que pela sua própria natureza é filtrada pela confiabilidade da perícia estabelecida (1991, p. 87).

Neste sentido, o direito, como um sistema abstrato, resultante do processo de racionalização das sociedades modernas da qual falou Max Weber, é orientado para uma sociedade contingencial. A perícia estabelecida, neste processo de burocratização e de consolidação do domínio da lei só é possível com a organização e a legitimidade que ela atribui ao seu corpo de agentes. Veremos, por tal condição, que as cortes superiores dependem cada vez mais de juristas com formação interdisciplinar ampla, sobretudo diante do movimento neoconstitucionalista e da necessidade de imprimir novas abordagens interpretativas e contextualizadas às decisões jurídicas, em contraponto à visão positivista do direito. De outro modo, o Estado constitucional, sendo esta característica marcante da orientação para o futuro – texto máximo de uma sociedade com orientação compromissória e dirigente – é um fenômeno que contemporaneamente é marcado pela necessidade de transformação social, a obrigação para com o futuro mediante ações políticas (as políticas públicas, o desenvolvimento econômico, a proteção do meio ambiente dentre outras ações fundamentais) legitimamente garantidas segundo esta ordem moral soberana – os direitos e garantias como “ideais sagrados” no sentido do individualismo durkheimiano. Lembremos que,

“O indivíduo”, tema dos ideais incorporados ao individualismo moral, não era o indivíduo concreto, a personalidade particular, mas o “homem” em geral. A moralidade do “culto do indivíduo” se compunha de valores cuja expressão intelectual foi formulada pelos filósofos do século XVIII e que inspiraram a Revolução Francesa. Tais valores enfatizaram a dignidade e o valor do “homem” em abstrato; dessa forma, eles não somente não derivavam do “egoísmo” dos utilitaristas, mas eram diretamente seu oposto. O egoísmo é a perseguição do interesse próprio. Mas esses valores implicavam sentimentos de compaixão pelos outros e pelo sofrimento humano (GIDDENS, 1998, p. 1500).

Como esboçado anteriormente, será justamente esta base moral instaurada pelo processo de desenvolvimento (e de diferenciação e progressiva complexidade da divisão do trabalho) das sociedades modernas industriais – séculos XVIII e XIX – que irá proporcionar a irrupção mais tarde, após a desesperança e o despedaçar dos ideais modernistas e iluministas com a Segunda Guerra, de debates que irão caracterizar o movimento neoconstitucionalista, e com ele o novo papel do juiz nos assuntos importantes da agenda política. Antes de passarmos para o constitucionalismo brasileiro mais especificamente, cabe os esclarecimentos a seguir.

As decisões judiciais e o sistema político: observações críticas a partir da noção de subsistemas sociais

Com a abertura democrática, particularmente no caso do Brasil, como nos países que integraram a “cortina de ferro” do estatismo comunista, o papel do juiz passa a ter uma relevância considerável na consecução dos ideais de liberdade garantidos pela constituição. Quando um juiz toma por base códigos de outros sistemas, como o político ou econômico, para embasamento de sua decisão, tem-se aí o fenômeno do “ativismo judicial”. Um juiz pode vir a fazer política, por exemplo, quando, a partir de suas convicções do que seja moralmente defensável, decide pela cassação de um mandato eletivo, ao passo que foge do fundamento jurídico para tanto. Ainda que de um ponto de vista de uma suposta ética elevada que ilustre a decisão, isso traria insegurança jurídica, visto que a constituição é enfraquecida mediante uma exacerbada discricionariedade. O juiz estaria, assim, tomando uma decisão política, e não jurídica, usando para tanto a força das organizações jurídicas – os fins não estariam em consonância com os meios.

De outro modo, o direito, a partir do Estado constitucional, não desfaz a política, pois esta tem sua autorreferência em seus próprios códigos, recebendo da constituição a liberdade necessária para atuar em outros patamares sem precedentes históricos. Com isto,

A política como produtora do direito positivo transcende necessariamente este. Por conseguinte, a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura. Em contrapartida, uma política totalmente juridicalizada estaria no fundo despida de seu caráter político e por fim reduzida à administração. No entanto, a regulamentação da política pelo direito constitucional também se encontra limitada em seu alcance. As Constituições podem fixar condições para decisões políticas, mas não lhes é possível normatizar antecipadamente também o insumo para o processo decisório. Convicções, interesses, problemas e iniciativas precedem à volição organizada pelo direito constitucional. O direito constitucional só os canaliza a partir

de um determinado estágio, mas influencia com isso, diretamente, também as etapas decisórias precedentes (GRIMM apud BALESTERO, 2001, p. 51).

Estas etapas decisórias precedentes podem ser entendidas como as políticas públicas que, em meio à comunicação de poder do Estado – governo e oposição no campo das operações políticas – são realizadas dentro da estrutura constitucional estabelecida. Como dito anteriormente, está aí a legitimidade jurídica das operações políticas. A referencialidade destas e de outras ações do sistema político tem na constituição sua liberdade.

Tanto para um subsistema social como para o outro – direito e política – o rompimento de suas estruturas a partir de uma ruptura com a quebra de códigos possibilita a corrupção, ou ainda, a afronta ao acoplamento estrutural denominado constituição federal. Se uma decisão não parte de código jurídico (direito/não direito) ela não contribui para recriar a própria estrutura operacional do sistema, trazendo danos constitucionais. É o que se chama de crise constitucional em alguns casos concretos, por exemplo, quando, por motivações de poder (ou o acúmulo de poder acima das instituições democráticas) um governante estende seu mandato – legisla a seu favor –, com uma suposta justificativa jurídica, esta mesma deslegitimada.

Nesse sentido, uma decisão inovadora deve ser sempre uma decisão esperada pelo sistema, com suas variações toleradas e assimilares por ele, sem desequilíbrio. Chega-se, portanto, a uma contradição, ao ápice de uma não-democracia, o direito sendo transformado em política, o que gera um contrassenso, pois se o direito é usado para salvaguardar a democracia, não pode se transformar na própria política. A alternativa mais cabível seria o respeito ao dever fundamental de cada cidadão em obter uma prestação jurisdicional adequada à Constituição Federal e nela fundamentada, mais precisamente, a obtenção de uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição Federal. (BALESTERO, 2015, p. 53).

Feito estas considerações, passemos a aplicação da compreensão da sociologia complexa para o quadro de possibilidades que marcam o constitucionalismo brasileiro, o mesmo igualmente marcado pelos processos e questões fundamentais acima discutidos.

A política e a constituição no Brasil

Abordar o pensamento constitucional no Brasil tem ao menos dois aspectos importantes. Primeiro, o pensamento constitucional no seu processo de desenvolvimento sociopolítico, que é marcado por rupturas institucionais e políticas, acarretando mudanças na

constituição formal do país. Depois, não tanto uma visão histórica dos rumos que este pensamento tomou, mas uma visão sociológica da complexidade da sociedade brasileira contemporânea. Falar em constituição é também falar em Estado e cultura constitucionais. Estamos, assim, no campo do pensamento constitucional que não apenas reflete, mas é expressão desta mesma complexidade social. E para tanto desenvolverá ou adotará certas correntes de pensamento e de interpretação que, no âmbito deste mesmo pensamento constitucional, procurarão dar conta dos fenômenos que demandam ação das organizações jurídicas do Estado.

Do ponto de vista histórico, uma vez que o Brasil no século XX é marcado por rupturas político-institucionais, abordar o pensamento constitucional é também caminhar lado a lado com a história das constituições. Já em relação ao século XIX, lembra BONAVIDES (2000, p. 158):

Em rigor, o constitucionalismo brasileiro não tem um ponto de partida autônomo. Em sua primeira fase, buscando-lhe, portanto, as origens, vamos encontrá-lo inapartavelmente vinculado aos sucessos políticos da velha metrópole. Segue assim um processo que faz mais inteligível e verídico versar o tema debaixo da designação de constitucionalismo luso-brasileiro até sua separação se tornar mais nítida com o fim do Segundo Reinado.

Ao mesmo tempo, essa abordagem é também, até certo ponto, ladear o pensamento político brasileiro (DA SILVA, 2015), vez que ambos se misturavam a partir das idéias e concepções dos primeiros e principais juristas brasileiros, os quais também se debruçavam na concepção e ordenamento das instituições políticas. Será este primeiro aspecto que discutiremos sucintamente aqui, para em seguida, em outro momento, discutir o pensamento constitucional como sistema social de atuação sobre a realidade brasileira e suas principais correntes e tendências.

Durante a primeira república até 1930 havia uma distância entre os ideais formalmente consolidados na constituição e a realidade social do país. Obviamente que a realidade social em qualquer sociedade ultrapassa a realidade constitucional-formal, mas as ações estatais fundamentalmente iam de encontro ao texto naquele período, no qual o pensamento era fortemente influenciado pelo constitucionalismo norte-americano, marcado pelos ideais do liberalismo e do individualismo, expresso na defesa dos direitos fundamentais. Enquanto a constituição de um ponto de vista formal era vista como magnífica, os processos políticos que ocorriam no país seguiam uma linha até mesmo oposta, de violação das

garantias fundamentais e de abuso do poder central sobre os estados da federação, para citar estes dois exemplos.

O segundo período que marca o pensamento constitucional brasileiro pós-1930 irá opor-se ao trinômio influenciado por Rui Barbosa, liberalismo-idealismo-formalismo. De acordo com Da Silva,

Em 1914, Alberto Torres publica o seu A organização nacional, que lançou as bases de uma idéia antiliberal que defendia instituições (e um Estado) mais fortes. Segundo Torres, a constituição brasileira de 1891 nada mais era do que um documento cheio de cópias de ideias alheias, de transplantes de instituições estrangeiras mal adaptadas à realidade brasileira. O ideário liberal, absentéista por natureza, não seria capaz de trazer desenvolvimento – em nenhum sentido da palavra – ao Brasil, que precisaria, segundo ele, de um Estado atuante e interventor, e de instituições políticas subordinadas às peculiaridades brasileiras (2015, p. 236).

Neste sentido, o constitucionalismo brasileiro, e ao mesmo tempo, sobretudo expressando a tendência da política e das instituições, será marcado por ideias antiliberais. O parlamentarismo perde vigor em prol de uma função legislativa concentrada no poder do chefe do executivo, poder decisório e legislativo que, neste aspecto, enfraquecia a democracia. O Estado era, assim, encarado pelos principais pensadores da constituição como o braço forte da organização e do desenvolvimento da sociedade. Oliveira Viana e Francisco campos são os dois principais expoentes que marcam a visão antiliberal deste período.

Dessa forma, é possível vislumbrarmos que, se por um lado a primeira fase marcada pelo formalismo, as instituições políticas não agiam, ou não garantiam os princípios constitucionais, a segunda fase, autoritária, moldava a forma de atuação do Estado. De um modo ou de outro, ambas as influências atuavam simultaneamente no pensamento constitucional e no pensamento político-institucional, seja por abstração formalista no primeiro caso, seja por uma deslegitimação do parlamento como poder no Estado, em prol do executivo.

Será após 1945 que teremos um distanciamento, ou porque não dizer, uma diferenciação funcional (poderíamos falar, numa visão sociológica, de maior complexidade das esferas jurídicas e políticas fruto da própria complexidade do Brasil, marcado por influências ou atuações de outros agentes e importantes seguimentos da sociedade). Os constitucionalistas aos poucos irão se concentrar na definição, interpretação e embates intelectuais em torno das constituições, sem que tenham que interferir no modo de

funcionamento e de ordenamento político-institucional, o que ficará a cargo das novas dinâmicas de poder e de negociações advindos dos processos sociopolíticos.

Em meio a estes processos, com o advento do regime militar, o pensamento constitucional ainda seguirá a tendência de especialização jurídica, estando o ordenamento político concentrado na burocracia estatal, enquanto os juristas comprometidos com o regime antidemocrático se focam na legitimação estritamente jurídica para as operações do governo, como a suspensão dos direitos políticos dos cidadãos. É nesta linha que, de acordo com a teoria dos sistemas do sociólogo alemão Niklas Luhmann, com a emergência de maior complexidade social, os subsistemas sociais, como a política e o direito, fecham-se internamente, com suas próprias estruturas e capacidade de autocriação, para ao mesmo tempo abrirem-se, no sentido de ganharem liberdade de atuação sem perturbarem suas funções, algo que corromperia o sistema. A perturbação seria algo indicativo de corrupção – no sentido mais abrangente –, quando, por exemplo, um código do sistema econômico, a propriedade, é tido como referencial para uma decisão jurídica, que não poderia se deixar envolver nem por tal código, nem por religião ou ainda ideais político-partidários. Estas noções são fundamentais para uma visão crítica mais abrangente em torno do pensamento constitucional; vai além da visão estritamente jurídica.

Portanto, à visão formalista e idealista liberal da primeira república, muito desconexa com a realidade social e com a própria dinâmica da sociedade (vide coronelismo, alienação social e falta de participação popular das decisões do governo via parlamento etc., como bem descrito em clássicos da sociologia como Raimundo Faoro, Sérgio Buarque e Gilberto Freyre), foi imposto um realismo autoritário por uma segunda leva de constitucionalistas.

Se ambas as visões afetavam de algum modo importante o ordenamento das instituições, e os pensadores constitucionalistas se voltavam também para a missão institucional do Estado, após 1945, como acima referido, e mesmo no período que compreendeu a ditadura, a dinâmica política tomou rumos mais complexos, enquanto os constitucionalistas se especializaram e aprofundaram os estudos jurídicos. Daí que, mesmo no período da ditadura, parte dos constitucionalistas – concentrados dentro da sua esfera de atuação, no âmbito das organizações jurídicas que fazem parte do sistema do direito e dão a este o enorme alcance que hoje possui (da mesma forma, as organizações econômicas para o subsistema social da economia), na visão weberiana da profunda racionalização do Estado moderno –, procuravam dar legitimidade às operações políticas do governo ocupado pelos militares (contra os chamados subversivos).

Com o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, novos debates têm representado uma diversidade de temas, que diz respeito à própria complexidade social do país numa era de globalização, ao passo que os desafios à concretização da eficácia jurídica para a garantia de princípios fundamentais como meio de desenvolver a jovem democracia, suas instituições – agora vivenciando um período mais longo de estabilidade, ao contrário das dramáticas mudanças ao longo do século XX – e as garantias sociais em meio ao dirigismo constitucional do pós-1988, quando também, em confronto a esta mesma complexidade (pós-moderna), surge a necessidade de uma reviravolta hermenêutica e metodológica na interpretação do texto constitucional, a centralidade do papel do Supremo Tribunal Federal e novo papel dos juízes como agentes ativos na consolidação mais efetiva de políticas públicas estatais. Ao longo de duzentos anos o Brasil vem logrando avanços e retrocessos no desenvolvimento do constitucionalismo. Como afirma BONAVIDES (2000, p. 158):

O constitucionalismo tem sido a grande jornada do pensamento político e de sua criatividade institucional buscando concreção no ordenamento dos povos que se sentem vocacionados para os regimes e governos da legitimidade democrática e representativa.

A teoria da modernidade de Niklas Luhmann revisita ideias da cibernética e, sobretudo, da complexidade, renovando a teoria dos sistemas. Esta complexidade não é fundamentalmente embutida numa noção abstrata/funcional de sistemas, mas parte para uma interpretação da modernidade, neste sentido importante, repercutindo as dimensões históricas do desenvolvimento evolutivo do contexto social (algo que em muito se aproxima da ideia de racionalização weberiana e de diferenciação social da moral durkheimiana) ao qual a teoria tenta lançar bases para a explicação da realidade complexa da sociedade pós-moderna. Basicamente, a teoria de Luhmann é paradigmática:

baseada numa mudança paradigmática fundamental: passar da distinção do todo e das partes, para a distinção de sistema e entorno, tendo como referência o conceito de complexidade. A relevância do conceito se faz presente em diversas partes de sua teoria, desde a complexidade como sinônimo de modernidade, até a complexidade como categoria analítica para a apreensão da diferença sistema/entorno (NEVES et al., 2006, p. 182)

Uma vez introduzida as bases do paradigma da complexidade e, por conseguinte, a teoria luhmanniana aplicada à compreensão do direito como um subsistema social da modernidade – uma sociologia complexa do direito – poderemos fazer uma análise crítica das

razões que hoje levam o pensamento constitucional brasileiro a abraçar uma diversidade de questões, desafios e linhas de atuação. Como acentua Da Silva (2015, p. 244),

No fim do século XX, a partir da promulgação da constituição de 1988, o pensamento constitucional brasileiro passou por várias transformações. A pauta de debates aberta por essa constituição é extensíssima. É possível afirmar que a produção acadêmica no âmbito constitucional, embora lentamente, vem tentando compreender os novos desafios surgidos nesses últimos vinte anos, com reflexões, por exemplo, sobre a relação dos poderes no novo Estado democrático brasileiro, sobre o debate acerca do novo papel institucional do Supremo Tribunal Federal, sobre teorias e métodos de interpretação constitucional, sobre a eficácia e a efetividade das normas constitucionais, sobre a real garantia dos direitos sociais e o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, dentre tantos outros.

Após as considerações acerca do desenvolvimento do pensamento constitucional brasileiro, e de uma compreensão da constituição, como política e jurídica à luz da visão sociológica luhmanniana, partiremos para a discussão de algumas das principais tendências contemporâneas em torno do constitucionalismo e seu papel na sociedade atual.

Aspectos sociológicos ou o “ser” sobre as mudanças normativas no pensamento constitucional brasileiro

A abertura da sociedade à Constituição

A Constituição de 1988 ela própria é expressão da abertura democrática que se viu em várias partes do mundo, o prenúncio de tempos de globalização ou de uma sociedade em rede, em torno da qual o Estado brasileiro tinha o desafio de modernizar suas próprias instituições e inserir-se competitivamente neste novo paradigma de expansão do capital e ruína do império comunista. O sociólogo catalão Manuel Castells, dizia na década de 1990 a respeito dos rumos do Brasil, numa perspectiva futura de direcionamento:

Com o bloqueio das reformas pela aristocracia trabalhista e pelos políticos populistas, e com as elites empresariais arraigadas em uma tradição de reivindicação de subsídios governamentais e exportação ilegal de lucros, as chances de sucesso são incertas. Entretanto, se, no início do século XXI, o Brasil tiver continuado a revisão tecnológica de sua estrutura produtiva, com alguma melhoria da distribuição de renda e com um grande programa de investimento público em educação e saúde, este país poderá transformar-se em um componente substancial da economia global (...) (CASTELLS, 1999, p. 148).

Modernizar significa em sentido fundamental, no contexto brasileiro, aperfeiçoar a democracia, o que implica também justiça social e econômica, uma vez que as condições para a realização de uma sociedade pautada no novo Estado representativo implica uma aproximação entre a realidade social com a máxima constitucional. É por isso, também, que o modelo de constituição brasileiro implica em um direcionismo rumo a garantias sociais: os direitos sociais são incorporados extensivamente no texto normativo maior do país, o que implica numa nova concepção de cidadania. Nas palavras de José Afonso da Silva:

A Constituição de 1988, que assume as feições de uma *constituição dirigente*, incorporou essa nova dimensão da cidadania, quando, no seu art. 1º, inciso 11, a indica como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que é constituída a República Federativa do Brasil. *Cidadania* está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo vincula-se com o conceito de *soberania popular* (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essenciais do regime democrático (DA SILVA, 1999, p. 11).

O Estado deve se voltar para a efetividade de princípios constitucionais estabelecidos, o que tem levado nos últimos anos a questão das políticas públicas à centralidade de debates acadêmicos e, por sua vez, do papel fundamental do Judiciário nesta garantia de efetividade. Basicamente,

com a formação do Estado Social de Direito, a predominância na atuação institucional foi transferida para o Poder Executivo, como condição necessária para a realização das políticas públicas contidas nesse modelo estatal, marcado por características fortemente intervencionistas na economia. Por último, com o advento da nova Constituição (de 1988), de seu caráter compromissório e, assim, com o surgimento do projeto de Estado Democrático de Direito, questões exclusivamente relegadas ao campo da política tornaram-se jurídicas, na medida em que passaram a ser judicializadas (TASSINARI; LIMA, 2011, p. 9).

Além desta questão, as inovações no pensamento constitucional brasileiro tem se dado na mudança normativa a partir de algumas leis – Lei nº 9.868/99 e Lei nº 2.960/97⁴ –

² Acerca de referida Lei, para Coelho (1998, p. 162.), trazer para análise da matéria da *ação direta* órgão ou entidade para que se manifeste como *amicus curiae* “já representa significativo avanço, sobretudo num contexto

que imprimiram uma maior abertura à participação cidadã no âmbito da operação do direito constitucional. Assim como no aspecto anterior, este também é fruto de evoluções nas forças efetivas de atores sociais, algo que ocorre em uma sociedade cada vez mais pós-tradicional e reflexiva, nas palavras de GIDDENS (1995). No sentido da sociedade informacional do paradigma de Castells, Mendes vai colocar tal questão, na ocasião em que discute o processo de abertura procedimental do controle de constitucionalidade à sociedade, nos termos tanto da transnacionalidade, como da atuação das forças sociais e morais na mudança da jurisprudência. O autor sustenta que:

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. (MENDES, 2008, p. 23).

Um exemplo importante de uma mudança do “ser-dever ser”, para usar uma concepção de “constituição política total” de Hermann Heller (BESTER, 1999), foi o Recurso Extraordinário nº 349.703/RS (prisão civil do depositário infiel), que, como exemplificou MENDES (2008), mudou a partir de então a perspectiva que vinha sendo adotada pelo STF, abrindo caminho para um Estado constitucional cooperativo na nova ordem global. É o que se observa do seguinte fragmento:

A alta relevância dessa matéria, que envolve discussão em torno do alcance e precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, impõe que se examine, de um lado, o processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, que se analisem as relações entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos, notadamente em face do preceito inscrito no § 3º do art. 5º da Constituição da República, introduzido pela EC nº 45/2004 (RE 349.703/RS) ⁵.

As inovações no pensamento constitucional brasileiro, e a incorporação das idéias de Peter Häberle é tanto causa desta mudança como sua consequência, tem levado a uma nova

de restrições crescentes e sistemáticas, em que sempre se proclamou o caráter reconhecidamente *objetivo* do processo de controle de constitucionalidade em *abstrato* para estreitar os limites das controvérsias constitucionais e, por essa forma, descartar tudo quanto, *subjetivamente*, pudesse dificultar a leitura *oficial* da Constituição”.

⁵ Ver RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. www.sbdp.org.br/arquivos/material/514_RE_349703%20-%20Voto%20Celso%20de%20Mello%20parte%201.pdf, acesso em 17/05/2016.

ação positiva da Corte suprema em direção às garantias fundamentais, por um lado, e à própria abertura da sociedade via mecanismos de participação nas operações do STF no controle de constitucionalidade. Como sustenta MENDES (2008, p. 31):

Se tivermos em mente que o Estado constitucional contemporâneo é também um Estado cooperativo – identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais –, se levarmos isso em consideração, podemos concluir que acabamos de dar um importante passo na proteção dos direitos humanos em nosso país e em nossa comunidade latinoamericana.

A crise de paradigma e a abertura à Constituição

Outro ponto importante a ser considerado no direito brasileiro atual – ainda como resultado do contexto que propiciou o cenário para a emergência da Constituição de 1988 –, esta mesma marco de novas oportunidades mas também de tensões políticas e jurisprudenciais, é a crise de paradigma no direito, tanto uma crise hermenêutica, como da atuação do sistema jurídico para a solução de conflitos. Nas palavras de STRECK (2006), passagem longa, mas oportuna para nossos propósitos:

Embora o avanço que as diversas posturas críticas têm representado no campo da teoria do direito e do direito constitucional, torna-se necessário, ainda, reafirmar uma velha questão, sobre a qual venho me debruçando, mormente a partir da Constituição de 1988: a crise de paradigmas que atravessa o imaginário dos juristas. Com efeito, passados dezoito anos, a crise está longe de ser debelada. Como tenho referido em vários textos – principalmente em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito* –, a crise possui uma dupla face: de um lado, uma crise de modelo de direito (preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, o direito não tem condições de enfrentar/atender às demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais), problemática de há muito levantada por autores como José Eduardo Faria; de outro, a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema sujeito-objeto. Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo exegético-positivista de fazer e interpretar o direito. (...) Isto tem sido assim porque, com sustentação em Kelsen e Hart (para falar apenas destes), passando pelos realistas norte-americanos e escandinavos, construiu-se, com o passar dos anos, uma resistência ao novo paradigma de direito e de Estado que exsurgiu com o segundo pós-guerra. O novo constitucionalismo – que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito – ainda não aconteceu, com a necessária suficiência, em *terrae brasilis* (p. 257-258).

Alguns exemplos são interessantes para debater os problemas que giram em torno do positivismo jurídico. Vê-se o caso das anomalias do Código Civil de 2003, que levou três décadas para sua consecução e vigência. Anomalias estas que poderiam ter sido resolvidas não com centenas de emendas encaminhadas ao Congresso Nacional, mas pela simples observação e aplicação da jurisdição constitucional. Em síntese, Streck faz a seguinte crítica:

O que causa maior estranheza é que um expressivo número dessas emendas eram (e continuam sendo) desnecessárias, uma vez que os alegados vícios são perfeitamente sanáveis a partir de um adequado manejo da interpretação constitucional, mediante a aplicação da jurisdição constitucional. É evidente que sempre é melhor que uma lei seja corrigida pelo próprio legislador. Entretanto, a cidadania não pode ficar à mercê dessa longa espera pelo legislador, correndo-se o risco do solapamento da própria Constituição (2006, p. 262).

Para o autor, a ausência de uma nova teoria das fontes traz danos à cidadania no contexto do paradigma neoconstitucionalista. Outro exemplo da não “distinção entre *vigência* e *validade*, entre *texto* e *norma*” (STRECK, 2006, p. 263) foi a falta de aplicação do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição do Brasil), que ficou no aguardo de uma nova lei, como se observa da seguinte crítica, quando da anulação ou não de interrogatórios sem a presença de um advogado:

Note-se que, nesse período de três lustros, foram escritos centenas de obras (comentários) ao Código de Processo Penal. Mas – e aqui vai a confissão da crise paradigmática – bastou que a nova Lei viesse ao encontro da (tênue) jurisprudência forjada inicialmente na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para que a polêmica se dissolvesse instantaneamente. Sendo mais claro: *os juristas preferiam não obedecer a Constituição, da qual era possível extrair, com relativa facilidade, o império do princípio do devido processo legal e da ampla defesa*; entretanto, com o advento da Lei n.º 10.792/03, estabelecendo exatamente o que dizia a Constituição, cessaram-se os problemas. Obedece-se à lei, mas não se obedece à lei das leis...! É como se a vigência de um texto contivesse, em si mesma, a sua validade (2006, p. 263).

Isso decorre decisões que geram certo estarcimento na coletividade, vez que seguem regras, mas que abstraem os fatos, como “uma denuncia criminal por porte ilegal de arma feita contra um cidadão que tentou suicídio em sua própria casa, desgostoso que estava com o iminente abandono de sua esposa amada (*e o juiz o condenou à pena de um ano e dois meses de prisão*)” (Ibid., p. 264). Assim debate Streck:

Não há, pois, ser-no-mundo; não há princípios; não há *ethos*; não há paridade axiológica e, portanto, não há isonomia. Há, sim, apenas regras. E abstrações. E subsunções. Talvez porque fossem “casos fáceis” (*easy cases*), em que a regra “resolveu” o problema, como na hipótese em que um campesino foi condenado, em pleno ano de 2005, à pena de dois anos de reclusão, mais multa, por ter disparado um tiro de espingarda para o alto, a fim de espantar animais que invadiram sua propriedade rural. Afinal, a regra (art. 15 da Lei n.º 10.826/03) estabelece “exatamente” que o disparo de arma de fogo é crime. Num “mundo jurídico” sem princípios, sem mundo prático, o caso foi interpretado como um *easy case*, quando, na verdade, trata-se de um *hard case* (embora a inadequação da distinção entre *easy* e *hard cases*) (2006, p. 265).

Ou seja, tendo em vistas as mudanças sociais e culturais desde o segundo pós-guerra, a reviravolta constitucionalista representando um aprimoramento das garantias fundamentais, a Constituição traz nela própria o cerne de uma crítica. Esta crítica, como discutido nesta seção, implica na defasagem das idealizações jurídicas abstraídas da realidade.

Com efeito, o direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade, o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do interprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade* (STRECK, 2006, p. 270-271).

A isso se incorpora, no que chamamos de crítica, o aspecto político subjacente à abertura hermenêutica, o novo paradigma da intersubjetividade, algo diretamente ligado às questões aqui tratadas através de MENDES (2008), sobre a abertura da constituição, por que não dizer, àquelas forças efetivas de poder a que falou Lassalle:

O processo político que, quase sempre, é apresentado como uma subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional representa, *constitucione lata e de fato*, um elemento importante – mais importante do que geralmente se supõe – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional). Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, a inovação, a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente (HÄBERLE, 2007, p. 61).

O fato é que o neoconstitucionalismo, reaproximando o direito da moral, e num sentido importante, que foi aqui discutido anteriormente, busca a efetividade da norma não num sistema lógico autorreferido, mas na sua capacidade transformadora de solução por

intermédio da constituição. O neoconstitucionalismo é bastante influenciado pelo que foi designado por GIDDENS (1989) como “conversão linguística” (*linguistic turn*).

Em suma, a origem intelectual de mudanças paradigmáticas é fundamental para compreender as mudanças de uma determinada área ou campo de saber e de atuação, como é o caso do direito face à Constituição de 1988 e as novas exigências sociopolíticas que ela tem representado, afetando como também sendo resultado de um longo processo de desenvolvimento do Estado e da sociedade brasileira.

Referências bibliográficas

BALESTERO, Gabriela Soares. A Autopoiese da Política e do Direito em Luhmann e o Papel do Julgador. **UNOPAR Científica Ciências Jurídicas e Empresariais= Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**, v. 11, n. 2, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, v. 61, p. 5-24, 2004.

BESTER, Gisele Maria. A concepção de constituição de Hermann Heller – integração normativa e sociológica e sua possível contribuição à teoria da interpretação constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 36, n. 36, p. 231-250, 1999.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos avançados**, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em Rede - A era da informação: economia, sociedade e cultura, Vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. Peter Häberle e a interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 211, p. 125-134, 1998.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 39, p. 169-189, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Neoconstitucionalismo e o Novo Paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um Suporte Axiológico para a Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Temas da Constituição e Direitos Fundamentais. Salvador: Juspodivm**, p. 71-112, 2007.

DA SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de direito administrativo**, v. 212, p. 89-94, 1998.

_____. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de direito administrativo**, v. 216, p. 9-23, 1999.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Ideias e instituições constitucionais do século XX no Brasil: o papel dos juristas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 111, p. 229-246, 2015.

- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- _____. *Capitalismo e moderna teoria social*. 5 ed. Lisboa, Rio de Janeiro: Editorial Presença, 2000.
- _____. *Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 1998.
- _____. *A constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- _____. BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. Unesp, 1995.
- HÄBERLE, Peter. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição* – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. **DIREITO PÚBLICO – DOUTRINA ESTRANGEIRA** - Nº 18– Out-Nov-Dez/2007.
- LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* eBookBrasil. Edições e Publicações, São Paulo, 1933.
- LIMA, Fernando Rister Sousa. Constituição Federal: Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Político e Jurídico. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 4, n. 4, 2008.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. v. 1. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, p. 71-94, 2008.
- NEVES, Clarissa Eckert Baeta et al. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. **Sociologias**, v. 8, n. 15, 2006.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Organizacao do Poder Politico: O Estado Constitucional em Niklas Luhmann. **Braz. J. Int'l L.**, v. 6, p. 329, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **RIPE** – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.
- TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A problemática da inefetividade constitucional no Brasil: o Estado patrimonialista e o ativismo judicial. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun. p. 98-113.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: UNB, 1999.