

ANÁLISE DS ASPECTOS MATERIAL E FORMAL DA CONSTITUIÇÃO

Francisco Davi Fernandes Peixoto¹

Resumo: O presente trabalho se destina basicamente a uma abordagem da moderna teoria do direito constitucional em especial dos chamados aspectos formais e matérias da Constituição. Para tanto, faremos uma análise histórica acerca das origens do fenômeno do constitucionalismo, bem como do seu desenvolvimento durante a passagem do Estado liberal ao Estado social. Por fim, trataremos da importância de ambos os aspectos formal e material das Constituições para a atual teoria do direito constitucional, bem como as suas implicações para a sociedade contemporânea.

Palavras-Chave: CONSTITUCIONALISMO; ESTADO LIBERAL; ESTADO SOCIAL; CONSTITUIÇÃO FORMAL; CONSTITUIÇÃO MATERIAL.

Abstract: This work is intended mainly to make an approach of the modern theory of constitutional law in particular the so-called formal and material aspects of the Constitution. For both, we'll make an analysis on the historical origins of the phenomenon of constitutionalism, as well as its development during the transition of the liberal state from the welfare state. Finally, we'll treat of the importance of the formal and material aspects of the Constitutions for the current theory of constitutional law, and their implications for contemporary society.

Key-Words: CONSTITUCIONALISM; LIBERAL STATE; WELFARE STATE; FORMAL CONSTITUTION; MATERIAL CONSTITUYION.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Antes de adentrarmos na análise dos aspectos material e formal das Constituições que será objeto desse trabalho, convém tecermos breves considerações acerca da Constituição em si mesma, da origem do Constitucionalismo, para melhor compreendermos este instrumento jurídico, social e político.

O termo “Constituição” tem suas origens no século XVIII, mais precisamente na Revolução Francesa², tendo, portanto raízes na ideologia do liberalismo. Ocorre

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista CAPES.

² O professor Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz trata de como a Revolução Francesa e o pensamento iluminista influenciaram na formação dos conceitos modernos de Constituição, divisão de poderes e garantia dos direitos individuais, bem como de soberania popular e, principalmente, Estado de Direito. Segundo o mesmo, partindo dessa noção de Estado de Direito, o progresso da própria liberdade está vinculado à idéia de Constituição. Vide: DINIZ, Márcio Augusto de

que, na época, os filósofos liberais buscavam garantir o então nascente conceito de liberdade individual perante o aparato estatal até então absoluto. Buscavam assim limitar atividade deste Estado absolutista, presente em todos os ramos da sociedade, mais opressor dos particulares e das liberdades e direitos individuais do que promotor do bem estar social.

No Estado Absolutista vigorava o então “Anciën Regime” que possuía com principais características³ o Poder ilimitado do monarca, soberano absoluto e verdadeiro representante de Deus na terra, e a falta de previsão legal de direitos básicos para os cidadãos. Aliás, a própria noção de cidadania sequer existia nos moldes que a concebemos hoje. A sociedade era estratificada em camadas, quais sejam a nobreza, o clero e os servos, nas quais a grande maioria integrava a terceira e última destas classes que vivia sobre condições paupérrimas num regime que hoje só poderia ser classificado como similar a escravidão.

O primado do príncipe era superior ao primado da lei. O monarca estaria livre das leis que ele próprio outorgava, não sendo obrigado à obedecer ao direito que ele mesmo criava.⁴ Destarte, é palmar que o motivo pelo qual os revolucionários franceses tinham verdadeira ojeriza ao poder do Estado é justamente o fato de terem convivido com essa presença deveras esmagadora do aparelho Estatal na sociedade, subjulgando por completo a liberdade individual. Ora, no Estado Absolutista a idéia predominante era a de que apenas o povo teria deveres para com relação ao Estado.

As instituições da sociedade feudal e monárquica que predominaram durante toda a Idade Média começaram a se esfacelar paulatinamente em vista da infiltração cada vez maior das idéias iluministas e liberais de liberdade individual, do

Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 56-67 e 89-94.

³ Nesse sentido: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. “Direitos Humanos, Constituição e Democracia na Nação e no Mundo.” In: *NOMOS*. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza, Vol. 25, p. 21-32, Jan./Dez., 2006, p. 22.

⁴ Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 248.

racionalismo, do contratualismo, da separação de poderes⁵ e da democracia, em meio às quais surgiu a idéia de um governo e de uma teoria constitucionais.⁶

Esta nascente filosofia iluminista ganhava cada vez mais força solapando as bases do “status quo” vigente. As idéias dos pensadores contratualistas começavam a surgir cada vez mais e com maior proximidade da realidade. Locke, Rousseau, Hobbes e Montesquieu são apenas alguns dos principais nomes que podemos citar que contribuíram para este novo paradigma que marcou o surgimento do chamado Estado Moderno que apresenta dentre as suas características a existência de uma Carta Política de Direitos e Deveres referentes aos Estados e aos Cidadãos.

Segundo Norberto Bobbio⁷ a idéia de soberania popular teve sua origem justamente na oposição à idéia de soberania do príncipe. Vai mais além o jusfilósofo e estabelece que hoje inclusive já se poderia abandonar esta idéia de soberania popular nos moldes em que foi concebida, pois em verdade a soberania não seria do povo e sim dos indivíduos enquanto cidadãos.

1. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

Mister é para nós aqui é ressaltar que todo sistema de poder, todo Estado politicamente organizado, tem por base uma ideologia, isto é um conjunto de valores sobre os quais o Estado se fundamenta e se legitima, sendo que, num Estado

⁵ Formulada por Montesquieu, a Teoria da Separação dos Poderes está em sua origem intimamente ligada à idéia de Constituição. Segundo Montesquieu “[...]todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permita.” MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 165.

⁶ Vale destacar que embora a teoria acerca da Constituição, do direito constitucional e do poder constituinte só terem surgido no século XVIII, conforme a lição do professor Paulo Bonavides, na esteira do entendimento já professado por Ferdinand Lassalle, todo Estado politicamente organizado tem (e sempre teve) uma ainda que não escrita. Vide: BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª São Paulo: Malheiros, 2004, p. 315-321.

⁷ BOBBIO, op. cit., p. 379

democrático, tais valores encontram unidade e fundamento numa Constituição. Os pensadores liberais propuseram a Constituição como mera forma de organização do poder, tendo a neutralidade ideológica também como sua meta em vista da visão do Estado como adversário da liberdade.⁸

O modelo de Constituição do Estado burguês liberal era um modelo que separava a sociedade do Estado⁹, separava o político do jurídico sob um pretenso manto de neutralidade ideológica, porém tal neutralidade era meramente aparente, pois ao proporem um modelo de Constituição os filósofos liberais já propunham, automática e simultaneamente, o seu modelo de Constituição.

A filosofia liberal era essencialmente individualista¹⁰, com a proteção do indivíduo frente ao Estado. As Constituições liberais caracterizavam-se, portanto por seu papel principal, que seria frear o aparato estatal, tendo inserido a idéia de Estado de Direito, isto é, não de um Estado acima do direito, detentor de todo direito, mas sim de um Estado inserido no direito, tendo de obedecer igualmente aos seus preceitos, em suma: um Estado limitado pelo direito.

A corrente de jusfilósofos que mais encontrou guarida na ideologia burguesa liberal foi o positivismo jurídico, com seu formalismo exacerbado, que igualava (e confundia) Direito, lei e Estado em um só ente. Com efeito são características do positivismo também o fetichismo legal, a interpretação meramente mecanicista do direito e direito como ordem imperativa e coativa.

⁸ Nesse sentido: SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.08, p. 8.

⁹ Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 13.

¹⁰ “A Modernidade emergente caracterizou-se por não possuir mais um único centro orientador da ação, o que leva cada indivíduo a constituir-se centro de sua própria ação. Na gênese do Liberalismo está a idéia moderna de Sujeito e indivíduo. O conceito de indivíduo foi criado por Descartes. [...]o Sujeito Individual se converte no conceito central da metafísica moderna, primeira certeza a partir da qual é possível conhecer o mundo.” GALUPPO, Marcelo Campos. “O que são direitos fundamentais” In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 220-221. “Durante a fase liberal do velho Estado de Direito, predominou o individualismo, sendo afirmada a liberdade humana perante o Estado.” MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade Axiológica da Constituição*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 118.

Alguns séculos depois o referido modelo liberal de Constituição passou a sofrer pesadas críticas. Com efeito, a crise e o fracasso do modelo liberal deram-se principalmente em face do formalismo extremo e de um modelo de Constituição fechado às mudanças sociais¹¹, o que acabou por minar as bases da mesma. Deste modo, apesar de inicialmente ter atendido aos anseios de mudança social e rompimento com o modelo feudal absolutista, o modelo liberal não alcançou correspondência em relação aos novos anseios da sociedade, pois era incapaz de acompanhar a evolução desta, adaptando-se a mesma.

O absentéismo estatal pregado pelo liberalismo em verdade acabou por legitimar a dominação econômica do capitalismo selvagem e a exploração do homem pelo homem. Baseando-se em bandeiras como a liberdade e a separação de poderes. Segundo Boaventura de Souza dos Santos¹² a legitimação da exploração econômica capitalista se deu justamente com a separação entre Estado e sociedade civil, a fim de que as relações econômicas ficassem imunes a ingerência do poder político estatal.

Surgiu assim após meados do século XX um novo modelo de constitucionalismo, o chamado constitucionalismo social, que pregava uma ideologia de um Estado social, isto é, um Estado no qual não bastava a não intervenção na esfera individual dos particulares pra sua legitimidade, mas também a promoção dos direitos básicos e fundamentais destes. Destarte, conforme visto acima, o absolutismo da liberdade conduziria inevitavelmente a desigualdade entre os homens.

Viu-se que era necessária a atuação estatal a fim de regular as relações entre os particulares. Que a mão invisível do mercado por si só não garantiria as condições mínimas de sobrevivência digna aos seres humanos com o conseqüente desfrute de seus direitos fundamentais. A liberdade individual sem a igualdade

¹¹ Miguel Beltrán estabelece como pertencente ao conceito de Constituição e também como essencial para a sua estabilidade “[...]un carácter abierto y adaptable, capaz de perdurar a lo largo de generaciones y de cambios políticos e sociales.” In: BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e interpretación – Dworkin vs. Bork: uma polémica constitucional*. Madrid: Civitas, 1989, p. 83.

¹² SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1995, p. 122.

material seria em verdade um mal e não um bem, pois não haveria a igualdade social. Era chegada a crise da liberdade e da igualdade nos moldes liberais ironizada por Anatole France na célebre frase “Majestosa igualdade das leis, que proíbe tanto ao rico, como ao pobre, dormir sob as pontes, mendigar nas ruas e furtar o pão.”¹³

Mais do que uma postura neutra, o Estado Social toma para si a responsabilidade de realizar os direitos fundamentais dos cidadãos através de direitos verdadeiramente prestacionais encontrados nas Constituições. Segundo Robert Alexy “[...] en la Ley Fundamental se encuentra una serie de punto de apoyo objetivamente formulados para una interpretación que postula derechos a prestaciones.”¹⁴

A Constituição, mais que um mero texto formal, deveria também corresponder com a realidade, de modo que aos operadores do direito não caberia o estudo e análise do jurídico apenas, mas também da esfera material e, social, reaproximando, por conseguinte, o Direito da Sociedade.

2. ASPECTO MATERIAL E FORMAL DAS CONSTITUIÇÕES

Destarte, hoje o pensamento ocidental da maioria dos constitucionalistas é pacífico no ponto em que toda Constituição caracteriza-se por ter dois aspectos: um formal e um material. O aspecto formal da constituição diz respeito ao seu texto, isto é à matéria que é expressamente posta pela Carta Magna, devidamente promulgada por uma assembléia constituinte ou um soberano. São as “folhas de papel” nas quais são escritas as normas constitucionais. Estas por sua vez são justamente os dispositivos que estão postos¹⁵ no texto da Constituição, independente de o seu conteúdo.

¹³ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 01.2002, p. 137.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 421.

José Afonso da Silva¹⁶ divide o aspecto matéria das Constituições em dois sentidos, um amplo e um restrito. No sentido ou na acepção ampla a Constituição formal se identificaria justamente com a organização do aparelho estatal, com a feitura do regime político vigente, com os usos e costumes políticos existentes na criação e transmissão do poder. Já no sentido ou acepção restrita, a Constituição formal estaria identificada com as normas escritas que regulam a estrutura do Estado, seus órgãos e os direitos fundamentais do homem e do cidadão.

Já o aspecto material da Constituição não é aquele que se refere ao mero texto constitucional, mas antes de tudo à própria matéria que, por sua importância, deve ser tida como matéria constitucional. Apenas para enumerar alguns pontos aos quais as normas materialmente constitucionais tratariam citamos a organização do Estado e de suas instituições, a repartição do poder e das competências, os direitos e garantias individuais e sociais, etc. Porém cumpre indagarmos qual a origem do termo Constituição “Folha de Papel”.

Referido termo foi proposto pela primeira vez por Ferdinand Lassalle numa crítica deste autor às já referidas supra Constituições escritas ou meramente formais. Contemporâneo de Karl Marx e defensor ferrenho dos ideais democráticos, Lassalle propôs em sua obra “A essência da Constituição” em 1863 que todo Estado verdadeiramente já possuía uma Constituição real formada pelos fatores reais de poder¹⁷. Estes seriam justamente a “[...] força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como eles são.”¹⁸ As Constituições escritas seriam meras “folhas de

¹⁵ O termo “postos” aqui se refere ao sentido de positivação expressa, pois bem se sabe que atualmente admitem-se normas positivadas expressa e implicitamente.

¹⁶ SILVA, op. cit., p. 37-38.

¹⁷ Nesse sentido: COELHO, Inocêncio Mártires. “Elementos de Teoria da Constituição e Interpretação Constitucional.” In: MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 37.

¹⁸ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 10-11.

papel” tendo a suposta pretensão de superioridade em relação às Constituições reais. Para Lassalle:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos de poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.¹⁹

Vê-se, portanto, que no pensamento de Lassalle era dada enorme importância à Constituição dita real em detrimento daquela meramente formal, da “folha de papel” que não corresponderia aos anseios sociais e tampouco não refletia a sociedade política em si. Pelo contrário, representaria, em muitos casos, uma mera artificialidade servindo aos detentores do poder para a manutenção do “status quo”. Assim, a Constituição folha de papel só teria real valor quando correspondesse em conteúdo à Constituição real.

Os teóricos liberais teriam pecado justamente por supervalorizar o chamado aspecto formal da Constituição, sua feição jurídica, tendo menosprezado o aspecto material da mesma, sua feição política, sim, pois, conforme já vimos, toda Constituição não é meramente um texto isolado meramente formal, mas antes de tudo expressa uma ideologia. Para os positivistas liberais, haveria uma verdadeira amálgama dos dois conceitos, pois em sua pretensão de completude legal o aspecto material seria abarcado pelo formal.²⁰

A Constituição mais que meramente organizar o Estado expressa em princípios os valores básicos nos quais a ordem jurídica de um determinado Estado e sociedade política encontram fundamento.²¹ É de suma importância verificar que

¹⁹ LASSALLE, op. cit., p. 40.

²⁰ Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 07.2005, p. 172.

²¹ Vale ressaltar, conforme a lição de diversos constitucionalistas pátrios, que atual Constituição Federal de 1988 segue o entendimento já professado nas constituições européias do pós-guerra de privilegiar a parte dita dogmática, isto é, que trata acerca dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em relação à parte orgânica que trata da organização do poder e do Estado.

hoje a Constituição não está restrita ao seu âmbito formal, jurídico e normativo, mas antes de tudo possui também um âmbito material, político e sociológico, exprimindo os valores e anseios das reais forças que atuam em meio a uma dada sociedade.

Toda Constituição possui essa dupla dimensão, não devendo se sobrepor uma sobre a outra, pois em verdade ambas convivem em um mútuo intercâmbio, se influenciando reciprocamente.²² Destarte, é importante destacar que a Constituição não se biparte em duas realidades, uma formal e outra material, sendo em verdade um todo unitário²³ formado pela amálgama de ambos os seus aspectos.

Destarte, não se deve chegar a extremos como a teoria decisionista proposta por Carl Schmitt. Referido autor distinguia Constituição de Lei Constitucional, sendo aquela a decisão política fundamental de um povo social e politicamente organizado e esta uma mera Lei ou norma representativa da decisão fundamental. A Constituição seria deveras superior à Lei Constitucional, de modo que o aspecto político superaria e se sobrepunha ao jurídico²⁴. Para Schmitt um mero punhado de normas não poderia conter a essência da decisão fundamental de um povo.

Cumprido destacar que a dimensão normativa e formal, tanto quanto a dimensão política e material, possui enorme importância para o constitucionalismo moderno. Sacrificar o normativo, o formal, o jurídico, seria sacrificar os próprios ideais básicos de segurança e ordem jurídica que foram as principais heranças do constitucionalismo do Estado liberal burguês.

A importância da denominada (talvez até jocosamente) por Lassalle “folha de papel” é também marcante nos dias de hoje justamente por seu papel de fornecer

²² Nesse sentido: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41-43. O professor Paulo Bonavides também guarda igual entendimento de que seria impossível separar as esferas formal e material do direito constitucional. Vide: BONAVIDES, op. cit., p. 319-320.

²³ Nesse sentido: SILVA, op. cit., p. 31-36.

²⁴ Essa superação do político sobre o jurídico na teoria de Carl Schmitt era de tal forma que o mesmo propunha que o papel de guarda da Constituição e, por conseguinte, a tarefa do controle de constitucionalidade no caso de conflitos fosse realizado não por um tribunal ou corte constitucional, mas pelo chefe do executivo, o que foi a base para a célebre polêmica deste com Hans Kelsen acerca do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

clareza, certeza, segurança e precisão de conteúdo. O texto constitucional desempenha enorme papel na moderna hermenêutica constitucional, servindo de ponto de partida para a atividade concretizadora e também de limite para que a mesma.²⁵

Segundo Luís Roberto Barroso²⁶, a Constituição é justamente uma tentativa de juridicizar o fenômeno político. Porém não se poderia se olvidar das paixões existentes na distribuição horizontal e vertical do poder e valores constitucionais que influem na delimitação dos direitos dos cidadãos e em suas relações entre si e com o Poder Público. Assim, sempre haverá uma dimensão eminentemente política no Direito Constitucional.

Hodiernamente, porém tem-se discutido muito mais o aspecto político e material das constituições e das normas de direito constitucional, de como a realidade social condiciona à interpretação destas, sendo de suma relevância, apenas para citar alguns nomes, as obras dos doutrinadores tedescos Konrad Hesse e Friedrich Muller acerca da hermenêutica concretizadora.

Na realidade atual, as Constituições não são mais um mero agrupamento de princípios políticos sem qualquer vinculação. Conceitos como a força normativa da Constituição e a sua aplicabilidade imediata nas relações públicas e particulares estão cada vez mais presentes. As vetustas normas constitucionais programáticas desprovidas de aplicabilidade imediata são em muito resquícios de um passado já superado pela moderna hermenêutica constitucional em vista da auto-aplicabilidade das normas constitucionais.

Hoje, mais do que legalidade de uma determinada norma se fala em juridicidade da mesma. O Estado de Direito não mais é legalista, tal qual fora a concepção do positivismo normativista. Mais do que isso é um Estado de Direito Constitucional, tendo a juridicidade da norma como principal parâmetro de aferimento de sua vigência, validade e eficácia real. Com efeito, nos tempos atuais

²⁵ Sobre a importância e relevância do texto na atividade interpretativa vide: PEREIRA, op. cit., p. 45-46.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 111.

se perquire primordialmente se uma norma está ou não de acordo com os preceitos constitucionais, formais e materiais, a fim de aferir a sua validade em relação ao ordenamento jurídico.

Cabe aqui comentarmos a distinção que faz José Afonso da Silva²⁷ entre validade formal de validade material das normas. A validade formal diz respeito às normas serem criadas de acordo com um procedimento pré-estabelecido por meio de autoridades competentes, ao passo que a validade matéria diz respeito à adequação do conteúdo das normas à Constituição. Todavia, com a devida vênia, a nosso ver basta se falar apenas de validade das normas em relação à Constituição, seja ela formal ou material, uma vez que os critérios de averiguação da validade formal são dados justamente pelas normas da Carta Magna que tratam da elaboração normativa.

A própria concepção de ordenamento jurídico enquanto sistema hierárquico de normas se volta para a concepção de Constituição, porém com esta não se confunde. A Constituição seria, pois a norma maior com a qual todo o ordenamento deve se adequar, a norma que propriamente fornece as regras através das quais se constrói o ordenamento e de como funciona a sua dinâmica.

Na lição de Konrad Hesse, Constituição e realidade social vivem num fluxo e refluxo constante, influenciando-se mutuamente. A constituição opera com sua força normativa entre o mundo do ser e dever ser, porém a mesma não é um mero espelho da realidade social. Muito pelo contrário, a Constituição busca influir na realidade a fim de buscar a emancipação social²⁸ dos cidadãos. Todavia, é mister analisar que a fim de cumprir com essa sua função não pode entrar em descompasso com os valores sociais, culturais, espirituais e econômicos de uma dada sociedade.

Segundo a teoria proposta por Hesse, na interpretação, o intérprete deve em de um problema concreto, buscar justamente a concretização da norma em vista do conteúdo material da Constituição. Para tanto o intérprete possui necessariamente

²⁷ SILVA, op. cit., p. 216.

²⁸ SARMENTO, op. cit., p. 54-55.

uma pré-compreensão à compreensão que irá se formar durante a concretização, sendo que aquela não é arbitrária, mas baseada em uma teoria constitucional²⁹. Assim, “[...] a hermenêutica jurídica da Constituição se converte assim numa teoria material da Constituição.”³⁰

CONCLUSÕES

A esfera material da Constituição é, em vista do caráter aberto e abstrato dos preceitos normativos desta, bem como de seu conteúdo marcadamente político, a “menina dos olhos” do constitucionalismo moderno e da nova hermenêutica constitucional. Para Paulo Bonavides³¹ não existe a possibilidade de existência de uma democracia participativa sem uma teoria material da Constituição, sendo a dignidade da pessoa humana o valor supremo onde o espírito da Constituição encontra guarida, consubstanciando toda a ordem axiológica do regime e das instituições.

Porém, conforme já vimos supra, deve haver certas reservas a esta, em especial no que condiz à atividade interpretativa de normas de direito constitucional e, principalmente, normas de direitos fundamentais. Ora, se deve cuidar para que a atividade interpretativa da constituição não seja levada a extremos, criando um verdadeiro governo de juízes, com sérias conseqüências para os princípios da democracia e da separação de poderes, bem como para a segurança jurídica.

Por outro lado, se deve cuidar também para que as Constituições sejam mais que meras “Folhas de papel”, ou seja, meros pedaços de papel sem qualquer força

²⁹ “O intérprete deve por a norma constitucional em relação ao problema, se deseja determinar de forma imediata e decisiva o seu significado. Dessas afirmações resulta claro que a interpretação constitucional não é possível sem uma prévia teoria da Constituição, pressuposto necessário não só para compreender a norma, mas igualmente a realidade fática na qual ela será concretizada.” DINIZ, op. cit., p. 262.

³⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 481.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.03, p. 25-28.

de operar transformações sociais. Devem atentar para o verdadeiro conteúdo constitucional, e não para um “constitucionalismo de fachada”³² nos quais seus preceitos normativos em nada condizem com a realidade, carecendo de eficácia perante a sociedade.

Para finalizar, vejamos parte da decisão do Ministro Celso de Mello na ADIN 595-ES para demonstração de como no STF existem entendimentos no sentido de admissão de normas que, embora não sejam formalmente constitucionais pelo fato de não estarem expressas no texto constitucional, são materialmente constitucionais, integrando o que o Ministro chama de “bloco de constitucionalidade”³³.

A construção de significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. [...] elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado – revestido de maior ou menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no

³² Esse é o termo empregado pelo professor Daniel Sarmento quando cita estas constituições formadas por pedaços esparsos de papel. Vide: SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: Daniel Sarmento; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

³³ Segundo Francisco Gérson Marques de Lima a teoria acerca do bloco de constitucionalidade tem origem no Direito francês e espanhol, afirmando que ao lado do texto constitucional existiriam normas periféricas de natureza constitucional que formariam a chamada Constituição periférica. Esta, unida à Constituição escrita formaria um todo de normas materialmente constitucionais no chamado bloco de constitucionalidade. Destarte a Constituição escrita e formal não caráter esgotativo, sendo mais um núcleo de onde emana uma potência constitucional. MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. “Bloco de Constitucionalidade: Os sistemas Francês e Espanhol” In: *Revista Opinião Jurídica*. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus. Fortaleza, N. 03, ano 02, p. 102-111, Jan./Jul., 2004.

corpo normativo da Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional[...]³⁴ (Grifos nossos).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993;

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004;

BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e interpretación – Dworkin vs. Bork: uma polémica constitucional*. Madrid: Civitas, 1989;

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 07. 2005;

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 03.2001;

_____. *Teoria do Estado*. 5ª São Paulo: Malheiros, 2004;

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

GALUPPO, Marcelo Campos. “O que são direitos fundamentais” In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007;

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade Axiológica da Constituição*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

³⁴ PEREIRA, op. cit., p. 44-45.

- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. “Bloco de Constitucionalidade: Os sistemas Francês e Espanhol” In: *Revista Opinião Jurídica*. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus. Fortaleza, N. 03, ano 02, p. 102-111, Jan./Jul., 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000;
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998;
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. “Direitos Humanos, Constituição e Democracia na Nação e no Mundo.” In: *NOMOS*. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza, Vol. 25, p. 21-32, Jan./Dez., 2006;
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1995;
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006;
- _____. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: Daniel Sarmento; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.08;
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 01.2002.