



O SENTIDO DO CONSTITUCIONALISMO COMO DETERMINANTE NA DELIMITAÇÃO DO PAPEL DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL CIVIL ¹

Ariane Langner²
Cibeli Soares Zuliani³

RESUMO

O presente trabalho parte do pressuposto lógico de que o sentido do constitucionalismo impacta diretamente no ser da Constituição e nos contornos do papel da jurisdição; o que torna imprescindível uma delimitação desse perfil emergente do constitucionalismo, que vem sendo nomeado de “neoconstitucionalismo”. Desse modo, objetiva-se realizar essa delimitação, como passo necessário para identificar se a Constituição brasileira é simbólica ou substância normativa, assim como discutir o papel da jurisdição nesse contexto. Para tanto, será adotada como “metodologia” de abordagem o “método” fenomenológico-hermenêutico e como metodologia de procedimento os métodos monográfico e histórico. Nesse sentido, foi possível concluir que o contorno mais condizente desse “novo” constitucionalismo é o apresentado por Lenio Luiz Streck, o denominado Constitucionalismo Contemporâneo, intimamente ligado a um perfil democrático do direito e de sua aplicação, assim como propulsor da força normativa da Constituição. Adotar essa postura teórica e entender que o Constitucionalismo Contemporâneo foi recepcionado pela Constituição brasileira de 1988, implica refutar a ideia que a Constituição seria simbolismo como idealizado por Marcelo Neves, assim como repercute na defesa de uma atuação substancialista da jurisdição.

Palavras-chave: Constitucionalismo Contemporâneo; Constitucionalização Simbólica; Força Normativa; Jurisdição Substancialista.

INTRODUÇÃO

É ampla a divergência acerca do significado teórico do constitucionalismo que emergiu após a Segunda Guerra Mundial, locus onde avultam posições, muitas vezes, diametralmente opostas. Inegável é que foram agregadas diversas conquistas ao

¹ O presente artigo foi publicado nos anais do XXIV Encontro Nacional do Conpedi. O trabalho está vinculado à instituição de fomento CAPES, uma vez que a autora, Ariane Langner, é bolsista CAPES – demais sociais.

² Autora. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), na linha de pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede”. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano. Bolsista CAPES – demandas sociais. Integrante do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria – NEAPRO.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3202621907128764>. Endereço eletrônico: arianelangner@hotmail.com.

³ Co-autora. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), na linha de pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede”. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Assessora jurídica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1310348160428755>. Endereço eletrônico: cibi.zuliani@hotmail.com.



constitucionalismo nesse momento histórico, que levaram a uma mudança de perfil deste, comumente nomeado de “neoconstitucionalismo”. Diante disso, e tendo em vista as implicações práticas do sentido do constitucionalismo na jurisdição, indaga-se: quais os contornos desse “novo” constitucionalismo e como será possível entender as Constituições a partir de seus pressupostos?

Para tanto, será utilizada como “metodologia” de abordagem o “método” fenomenológico-hermenêutico; levando em consideração que, a partir de Martin Heidegger, a hermenêutica passa a ser filosófica e, por ser filosófica, a hermenêutica deixa de ser método. A hermenêutica filosófica de Heidegger centra-se nas questões da compreensão e da linguagem, linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos, ou seja, condição de possibilidade do nosso modo-de-ser-no-mundo. Assim, o pesquisador não irá extrair sentido do objeto de pesquisa, tampouco de sua razão, mas o pesquisador vai interagir com a sua pesquisa e, num ato incidível com compreender, interpretar.

Como métodos de procedimento serão utilizados os métodos histórico e monográfico; ao passo que será necessário primeiramente um resgate histórico do constitucionalismo, para que, num segundo momento, seja possível delimitar os contornos do perfil atual do constitucionalismo. Dessa forma, no primeiro capítulo será abordada a evolução histórica do constitucionalismo, até chegar às profundas divergências em relação ao que seria esse “novo” constitucionalismo, neoconstitucionalismo e/ou Constitucionalismo Contemporâneo, buscando-se refutar/adotar determinadas posições, a partir dos aportes teóricos de Lenio Luiz Streck, que serão utilizados como matriz teórica.

No segundo capítulo intentar-se-á desvelar o ser desse dito “novo” constitucionalismo, reafirmando/definindo os seus principais postulados. O objetivo final é que, como conclusão, seja possível responder as seguintes indagações pontuais: a Constituição brasileira é símbolo ou substância normativa? Como essa tomada de posição impacta no papel da jurisdição? Para atingir esse fim, cumpre destacar novamente que toda a pesquisa estará lastreada pela adoção dos postulados de Lenio Luiz Streck.

Neste sentido que o presente artigo se insere na Área de Concentração *Direitos, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas*, da mesma forma na linha de pesquisa *Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania*, posto que busca discutir o perfil



do Constitucionalismo vigente no Brasil, o qual tem impacto definitivo sobre o papel da jurisdição e, conseqüentemente, na concretização dos direitos.

1. O MOVIMENTO HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO E O EX-SURGIR DO “NEOCONSTITUCIONALISMO”

Partindo de uma pré-compreensão acerca da profunda divergência que habita o tema do chamado “neoconstitucionalismo”, o que dificulta a atribuição de sentido à esse fenômeno, entende-se que é necessária primeiramente a compreensão do sentido atribuído ao constitucionalismo, em seus diferentes momentos históricos. Assim, serão revisitados os principais pressupostos, em especial, do constitucionalismo moderno clássico e do constitucionalismo moderno social, para somente após adentrar nas transformações que levaram aos debates em torno de um “novo” constitucionalismo. Por fim, no segundo subcapítulo, se buscará refutar/adotar algumas construções teóricas sobre “neoconstitucionalismo”, condição de possibilidade para que no segundo capítulo seja possível delimitar o que seria efetivamente esse “novo” constitucionalismo e qual o sentido propriamente da Constituição brasileira.

1.1. A evolução do Constitucionalismo: do Constitucionalismo antigo ao moderno

Impreciso é o surgimento do constitucionalismo. Subsistem autores que expõem a existência de um constitucionalismo antigo, que abrangeria um período desde a Antiguidade até o final do século XVIII, com Constituições eminentemente consuetudinárias; enquanto outros entendem que o constitucionalismo teria surgido apenas com a Modernidade. No entanto, é possível afirmar que o constitucionalismo moderno teria surgido no século XVIII, em meio às revoluções liberais, principalmente as revoluções americana e francesa, e suas posteriores Constituições, respectivamente em 1787 e 1791 (TREIN; NASCIMENTO, 2014, p. 3).

Na Europa continental, o constitucionalismo surgiu como uma garantia em face das arbitrariedades do modelo de Estado Absolutista (STRECK; MORAIS, 2001, p. 50); enquanto que o constitucionalismo moderno americano, a partir de uma revolução que buscou a independência da Inglaterra, teve como objetivo inicial “evitar que os representantes do povo terminassem por confundir sua vontade com vontade da Lei Fundamental” (TREIN;



NASCIMENTO, 2014, p. 10). Nesse momento histórico que Constituição passa a significar ato constitutivo de uma comunidade, tendo como conteúdos fundamentais a garantia de direitos fundamentais e a limitação do poder.

Não por outra razão, possivelmente, que Luigi Ferrajoli (2007, p. 71) conceitua constitucionalismo como

[...] un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo.

O constitucionalismo moderno é tradicionalmente dividido em duas fases: a primeira do constitucionalismo clássico ou liberal, que vai do fim do século XVIII até o fim da Primeira Guerra Mundial (1918); a segunda do constitucionalismo social, que vai do fim da Primeira Guerra Mundial (1918) até o fim da Segunda Guerra Mundial. A primeira fase do constitucionalismo moderno tem como principais pressupostos: Constituições com caráter eminentemente político, de limitação do poder estatal; os direitos fundamentais concebidos como direitos negativos (chamados direitos de primeira geração); e um papel do Estado eminentemente negativo, de não interferência na vida do cidadão (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 78).

Em meados do século XIX o liberalismo começa a entrar em crise e, por conseguinte, os postulados de sua concepção de Estado passam a serem revistos. Isso ocorreu em decorrência das lutas do proletariado e dos movimentos antiliberais, bem como de uma mudança de perspectivas em relação às prestações públicas, que passaram a ser consideradas direitos atinentes ao próprio conceito de cidadania (STRECK; MORAIS, 2001, p. 58). Iniciou-se a necessidade de construção de um Estado mais forte e interventor, inclusivo e sensível aos setores mais desprivilegiados (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 81-82). Assim, surge o Estado Social, a partir do qual a visão atomista do homem, predominante no liberalismo, começa a ceder lugar à uma visão de uma sociedade enquanto um todo coletivo.

A fase do constitucionalismo social, que emergiu conjuntamente ao surgimento do Estado Social, não renega os direitos fundamentais e a preocupação com a limitação do poder da fase anterior; mas as Constituições começam a ser mais ambiciosas, não se limitando a prever a estrutura do Estado e a definir direitos de cunho negativo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 82-83). Essas Constituições passam a prever normas programáticas,



referentes à direitos de segunda dimensão; os quais englobam os direitos sociais, econômicos e culturais, e exigem prestações positivas por parte do Estado.

Entretanto, até meados do século XX, como regra geral, as Constituições não eram vistas como norma jurídica, geradoras de direitos para os cidadãos, assim como vigorava a concepção de que a legitimidade para criar direitos era exclusiva do Poder Legislativo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 85). Esse quadro começa a sofrer alterações com o fim da Segunda Guerra Mundial, quando a desconfiança sobre o Poder Legislativo se torna inevitável, depois das atrocidades perpetradas pela ideologia nazista. O resultado disso foi o ex-surgir de um novo modelo de direito e democracia, ocorrendo uma transição paradigmática de Estados Legislativos de Direito para verdadeiros Estados Constitucionais de Direito (FERRAJOLI, 2007, p. 71).

Com efeito, o sentido do constitucionalismo restou essencialmente alterado com o segundo pós-guerra. Segundo Clarissa Tassinari (2013, p. 44-45), a densidade normativa das Constituições foi substancialmente aumentada, ao passo que saíram da posição de mero elemento organizacional, ao determinar objetivos ao Estado e positivar direitos sociais. Paralelamente, seguiu-se uma preocupação crescente com a rigidez das Constituições e com a criação de mecanismos para o controle jurisdicional de constitucionalidade. De mesma forma, visualiza-se uma inexorável e crescente tendência a judicialização, em especial, da política.

Indubitavelmente ao constitucionalismo foram agregadas inúmeras conquistas, sendo comumente denominado, devido a isso, de “neoconstitucionalismo”. Cabe, no entanto, discutir o que seria, realmente, esse novo perfil do constitucionalismo, os seus pressupostos e as suas particularidades; e, o mais importante, verificar se ele encontra-se recepcionado pelo direito brasileiro. Afinal, o sentido do constitucionalismo impacta diretamente no papel assumido pelo Poder Judiciário nessa conjuntura, pois altera o *ser* da Constituição. Esse objetivo que irá permear o estudo que segue.

1.2. As divergências sobre neoconstitucionalismo

A expressão “neoconstitucionalismo” foi empregada pela primeira vez no ano de 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, realizado em Buenos Aires e La Plata, pela jusfilósofa Susanna Pozzolo; buscando se referir ao modo singular de conceber o Direito de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustav Zagrebelsky



(TRINDADE, 2013, s.p.). É inegável que, atualmente, o termo encontra-se popularizado e é largamente referido de manuais de Direito à obras ditas clássicas. O problema crucial é que, conjuntamente a ampla difusão do termo, encontra-se uma profunda imprecisão em relação a questões fundamentais - como o seu sentido e a delimitação de seus pressupostos - ao ponto de autores tradicionalmente rotulados como neoconstitucionalistas negarem tal enquadramento.

Um desses autores é Lenio Luiz Streck (2012, p. 35-36), o qual afirma que o emprego do termo dá causa à ambiguidades teóricas e mal-entendidos. Afinal, se num primeiro momento a importação do termo (cunhado na Europa ibérica) foi importante para o Brasil enquanto país que entrava tardiamente nesse novo mundo constitucional, o contexto atual revela um quadro patológico. A razão disso é que o termo “neoconstitucionalismo” serve à “gregos e troianos”, pois ele é usado para referir-se, dentro outras construções teóricas, a

[...] um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma constitucionalização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: *neoprocessualismo* e *neopositivismo* (STRECK, 2012, p. 36).

Miguel Carbonell (2007, p. 9) refere que ainda se demorará anos para se compreender o que precisamente é o “neoconstitucionalismo”, tendo em vista que há divergência até mesmo em relação a sua existência; ou seja, se realmente consistiria em algo novo ou se seria apenas de uma nova roupagem para explicar de outra maneira determinadas questões. Nesse sentido, salienta-se a posição de Cláudio Pereira de Sousa Neto e Daniel Sarmiento (2013, p. 84), que entendem que em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento não teria ocorrido o fim do constitucionalismo social, posto que não superadas as grandes injustiças sociais e as desigualdades materiais, condição de possibilidade para o ingresso em uma nova fase do constitucionalismo.

Diante disso, importante trazer à lume algumas construções teóricas acerca do que seria o “neoconstitucionalismo”, caminho necessário para atribuir sentido à esse fenômeno. Miguel Carbonell (2007, p. 9-11) delimita pelo menos três acepções do termo: primeiro, um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir a partir da Segunda Guerra Mundial; segundo, as práticas jurisprudenciais alteradas pelos novos parâmetros interpretativos impostos por esse modelo substantivo de textos constitucionais; e, terceiro, o



desenvolvimento de novas teorias, a partir dos textos constitucionais fortemente substantivos e das alterações nas práticas jurisprudenciais.

Nesse sentido, Miguel Carbonell (2007, p. 10) refere que, com a entrada em vigor de um modelo substantivo de textos constitucionais, se impôs novos parâmetros interpretativos; de modo que, segundo ele, deveriam ser utilizadas as técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, como a ponderação, a proporcionalidade, além de os juízes terem a missão de trabalhar com os valores que estão constitucionalizados. Ocorre que, se em alguns países essas construções, como a ponderação, fortaleceram a força normativa da Constituição, no Brasil sucedeu uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano (STRECK, 2012, p. 35).

Essa recepção acrítica favoreceu o ativismo judicial, na contramão da própria concepção democrática assumida pelo Direito no atual momento histórico. Importante esclarecer que, quando se fala em ativismo judicial, remete-se ao conceito trabalhado por Clarissa Tassinari (2013, p. 56), que tem o ativismo judicial como um problema da teoria do direito (mais precisamente da teoria da interpretação), em que o intérprete entende a interpretação como um ato de sua vontade. O ativismo, assim pensado, muito comumente se torna arbitrariedade e discricionariedade interpretativa, com forte caráter antidemocrático e sentido contrário à Constituição. Por outro lado, ativismo judicial não se confunde com o fenômeno da judicialização, que tem inúmeras causas, conforme será visto no segundo capítulo.

Não obstante, importante se torna trazer ao trabalho o que Humberto Ávila (2009, p. 2) aponta como sendo as “mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo”: os princípios devem prevalecer sobre as regras (fundamento normativo); o modo de aplicação dos princípios deve ser a ponderação, não mais a subsunção (fundamento metodológico); a análise individual e concreta prevalece sobre a análise geral e abstrata (fundamento axiológico); mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo (fundamento organizacional). Esses fundamentos manteriam entre si uma relação de causa e efeito (ÁVILA, 2009, p. 2). Resumidamente, segundo Humberto Ávila (2009, p. 2-3), ocorreria o seguinte:

[...] o ponto zero estaria na positivação e na aplicação, exclusiva e preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios) decorreria um método diferente de



aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, a seu turno, conduziriam à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição). Em suma, a mudança da espécie normativa implicaria a modificação do método de aplicação; a transformação do método de aplicação causaria a alteração da dimensão prevalente de justiça; e a variação da dimensão de justiça produziria a alteração da atuação dos Poderes. Ou, de modo ainda mais direto: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça o Poder.

Humberto Ávila, a partir disso, profere críticas em relação a cada um desses fundamentos, de modo a intentar caracterizar o “neoconstitucionalismo” como uma ideologia; que a *prima facie* defende a Constituição, mas silenciosamente a desvaloriza. Marcelo Neves (2007, p. 176-179), ao analisar o trabalho de Humberto Ávila, com propriedade, profere importantes objeções, em especial, ao referir que Ávila teria se baseado em poucos autores para cunhar esses fundamentos do “neoconstitucionalismo”, o que lhe deu uma visão míope dessa tendência; além disso Ávila teria usado um aspecto meramente quantitativa (prevalência quantitativa de regras na Constituição) para criticar o já referido fundamento normativo do “neoconstitucionalismo”.

No entanto, ao que parece, ambos os autores - Marcelo Neves (2007, p. 176-179) e Humberto Ávila (2009, p. 3-7) -, fazem uma distinção rígida entre princípios e regras. Humberto Ávila busca identificar qual a espécie normativa escolhida pela Constituição de 1988, concluindo que a opção constitucional foi primordialmente pela instituição de regras, não de princípios, porque “as regras têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder” (ÁVILA, 2009, p. 4). Ocorre que essa distinção rígida não é possível, segundo Lenio Luiz Streck.

Afinal, ao mesmo tempo, o princípio encontra sua realização em uma regra (e por isso que eles adquirem força normativa, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, como será visto), e a regra sempre é instituída por um princípio (STRECK, 2012, p. 581-582); não há de maneira alguma prevalência de um sobre o outro. Dessa forma, não faz sentido falar em “Constituição regulatória” e “Constituição principiológica”, tampouco defender que os princípios são textos, como intenta Humberto Ávila. Na verdade, os princípios transcendem o texto constitucional, embora nele possam ter alguma grafia, porque eles se formam no mundo prático e resultam da historicidade do direito (STRECK, 2012, p. 581-582).



Consequência lógica dessa perspectiva é que, mesmo que a regra tenha insuficiência ôntica, não é possível o princípio ser aplicado sozinho, assim como é impossível o julgador “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. O intérprete permanecerá tendo de partir sempre da regra, a qual já ex-surge normada:

[...] a partir de minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica. É ela que faz a diferença. Por isso, repito, é impossível negar a tradição, a faticidade e a historicidade, em que a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa “normação” (STRECK, 2011, p. 279).

Essa perspectiva será aprofundada no segundo capítulo.

De mesma forma, não é possível concordar com a afirmação de Marcelo Neves no sentido de que “o que se passa na mente dos juízes antes da argumentação e da interpretação (como produção de texto) é incontrolável tanto na subsunção quanto na ponderação” (NEVES, 2007, p. 179). Ao que parece, Marcelo Neves ainda permanece refém do esquema sujeito-objeto, que sucumbiu ante a revolução copernicana provocada pelo giro linguístico-ontológico de Heidegger e Gadamer, que romperam com a epistemologia em favor da fenomenologia (STRECK, 2008, p. 564). Com efeito, a afirmação de Marcelo Neves não encontra respaldo, a partir da identificação do duplo nível na fenomenologia: “o nível hermenêutico, de profundidade, que estrutura a compreensão, e o nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicativo, ornamental” (STRECK, 2008, p. 564).

Por essa razão que não faz sentido falar em métodos, como a ponderação e a subsunção, porque serão sempre arbitrários e favorecedores de um supremo momento de subjetividade. Subjetividade enquanto ativismo judicial, que é incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito recepcionado pela Constituição de 1988. Explicitar o que se compreendeu (interpretar) não depende de método, faz parte da condição de ser-no-mundo do homem, de modo que não se deve fazer uso de métodos como a subsunção e a ponderação, que promovem o fechamento à realidade. Desse modo, refuta-se veementemente tanto o fundamento normativo e quanto o fundamento metodológico teoricamente atribuídos ao “neoconstitucionalismo”, mas por motivos diversos dos apontados por Humberto Ávila.

No segundo capítulo, ainda intenta-se refutar o chamado fundamento organizacional. Feitas essas considerações, embora não tendo sido possível esgotar o tema, devido aos limites da pesquisa proposta, entende-se que se atingiu o objetivo de expor a ampla divergência em relação ao tema “neoconstitucionalismo”. No transcurso da exposição, ainda, tornou-se



possível afastar algumas concepções sobre “neoconstitucionalismo”, tidos como incompatíveis com as evoluções perpetradas, principalmente em âmbito filosófico e jurídico, com base nos aportes da matriz teórica que permeia o presente trabalho.

2. O Constitucionalismo Contemporâneo e as constituições enquanto substância normativa

Retomando os estudos já realizados, é perceptível que não existe um consenso, tampouco um conceito do que seria “neoconstitucionalismo”, motivo pelo qual alguns autores chegam a empregar a expressão neoconstitucionalismo(s).⁴ Sob esse mesmo epíteto são defendidas as teorias mais diversas e mais opostas entre si. Cabe a quem intenta atribuir sentido ao constitucionalismo, emergente no pós-Segunda Guerra, portanto, refutar ou adotar algumas dessas concepções, como passo necessário para uma delimitação.

Esse foi o intento do capítulo precedente, ao passo que, nesse capítulo, o objetivo é delimitar os principais pressupostos desse perfil de constitucionalismo, que emergiu no pós-Segunda Guerra, com base na matriz teórica adotada nesse trabalho. Tal precisão é imprescindível para se entender o *ser* das Constituições que emergiram a partir dessa concepção, e, conseqüentemente, condição de possibilidade para uma aplicação prática coerente, ou seja, para uma integridade da jurisdição.

2.1. O “novo” Constitucionalismo como um Constitucionalismo Contemporâneo

Devido a todas as imprecisões que permeiam o termo “neoconstitucionalismo”, Lenio Luiz Streck (2012, p. 37) sugere a nomenclatura Constitucionalismo Contemporâneo, para referir-se a esse momento constitucional que eclodiu; no sentido de apontar mais claramente para “um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição” (STRECK, 2012, p. 37). O primeiro passo do estudo que segue será, assim, a adoção dessa nomenclatura, posto que mais precisa e adequada.

Com propriedade, entende-se que não se trata literalmente de um “novo” constitucionalismo, na medida em que mantém os mesmos dois conteúdos básicos do constitucionalismo que se formou no século XVIII, conforme referido, quais sejam a garantia

⁴ Vide o título do livro de Miguel Carbonell: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2006.



dos direitos fundamentais e a limitação do poder. A continuidade no processo do constitucionalismo, iniciado no século XVIII, não foi interrompida, somente novas conquistas e novos pressupostos foram agregados.

O Constitucionalismo Contemporâneo perpetrou um redimensionamento nas teorias do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e na teoria do direito (STRECK, 2012, p. 37). No que concerne a teoria do direito, sustenta-se que no interior desta ocorreu o redimensionamento: da teoria das fontes, devido a Constituição assumir a condição de topo normativo do ordenamento; da teoria da norma, devido aos princípios ganharem normatividade; e, por fim, da teoria da interpretação, ao mostrar-se incompatível com qualquer forma de ativismo judicial arbitrário (STRECK, 2012, p. 37), cujo sentido já restou delineado no primeiro capítulo.

Nesse sentido, é importante tecer algumas considerações em relação ao redimensionamento perpetrado na teoria do direito. Para Lenio Luiz Streck (2011, p. 50), o grande problema que todos os tipos de positivismo têm em comum é a discricionariedade, de forma que é fundamental entender que o positivismo se manifesta tanto quando se confunde texto e norma, quando se sustenta que ambos estão deslocados. No contexto atual de pós-positivismo e de Constitucionalismo Contemporâneo, portanto, é preciso entender que a norma será sempre o produto da interpretação, a qual deve necessariamente partir da compreensão daquela regra que é apta a resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (STRECK, 2012, p. 573).

Tal construção, inserida no redimensionamento perpetrado na teoria do direito, é a condição de possibilidade para obstaculizar qualquer tipo de arbitrariedade interpretativa, indo ao encontro de um constitucionalismo democrático, pois “o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como o querem as diversas formas de decisionismo” (STRECK, 2012, p. 192). Paralelamente o princípio promove um fechamento interpretativo, pois o intérprete está obrigado a “decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da comum-idade dos princípios constitucionais” (STRECK, 2012, p. 547).

A partir de todas essas mudanças, é inexorável entender o Constitucionalismo Contemporâneo como um constitucionalismo democrático; ao não só proporcionar alterações estruturais na organização política e jurídica, mas principalmente por trazer uma nova forma de conceber o fenômeno jurídico, o qual passa a ser percebido sob o olhar da substancialidade



(TASSINARI, 2013, p. 40). Por consectário lógico, as Constituições que tiveram essa concepção como base fundante devem ser entendidas como tendo um caráter substantivo, o qual é reforçado devido a duas premissas fundamentais: primeiro, a força normativa que a Constituição assume e de seu caráter prospectivo; segundo, da ampliação do catálogo de direitos e de seus meios assecuratórios (TASSINARI, 2013, p. 40).

No que concerne a primeira premissa, importante referir que quando se discorre acerca da “força normativa da Constituição”, remete-se automaticamente ao conceito de pretensão de eficácia cunhado por Konrad Hesse (1991, p. 14-15), no sentido de que

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. [...] Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política social.

Paralelamente, o caráter prospectivo condiciona materialmente a legalidade, ou seja, a legalidade muda a sua natureza; passando a estar condicionada e regulada não somente por vínculos jurídicos formais, mas também substanciais (FERRAJOLI, 2007, p. 71). No que concerne a segunda premissa, ressalta-se que a ampliação das possibilidades jurídicas de exigência de direitos e, conseqüentemente do compromisso constitucional, geram inevitavelmente uma maior interferência do Judiciário na vida social. Afinal, o Judiciário se tornou o *locus* de concretização dos direitos, ante a inércia dos demais poderes, e a última esperança de que sejam cumpridos os direitos prometidos no bojo constitucional (SALDANHA, 2011, p. 263).

Nesse mesmo sentido, o Direito não só se torna o protagonista, como também o campo de luta pela implementação das promessas modernas (STRECK, 2011, p. 48), quais sejam aquelas prometidas e não realizadas no transcurso do Estado Social. Dessa forma, diverge-se do que defendem Cláudio Pereira de Sousa Neto e Daniel Sarmiento (2013, p. 84), ou seja, que o constitucionalismo social não teria chegado ao fim, conforme exposto acima. Em verdade, o constitucionalismo social foi superado por um perfil reformulado do constitucionalismo, que provocou, dentro outras coisas, uma reformulação na teoria do Estado, que agora passa a ser Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito concerne em muito mais que uma singela evolução história, em verdade, ele intenta corrigir os defeitos do Estado Liberal e do Estado Social e resgata as promessas da modernidade como núcleo político-essencial da Constituição. O texto



constitucional brasileiro aponta no sentido da adoção de um perfil de “Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2011, p. 48), que vem a ser diametralmente oposto ao “intervencionismo estatal” vigente até então, que privilegiava as classes dominantes e mantinha as desigualdades.

Frente a expressa adoção do Estado Democrático de Direito pela Constituição brasileira de 1988, paralelamente a sua inegável força normativa e a previsão de uma plêiade de direitos, sustenta-se a recepção no Brasil dos pressupostos teóricos do Constitucionalismo Contemporâneo, nos termos delimitados por Lenio Luiz Streck. A partir dessa sustentação, para conferir peculiar contorno a discussão, buscar-se-á confrontar duas perspectivas teóricas: uma de que a Constituição seria substância normativa e uma segunda que a Constituição seria um símbolo. Esclarecer essa questão é o último obstáculo à definição do papel da jurisdição e, conseqüentemente para uma aplicação prática coerente das disposições constitucionais.

2.2. Constituição símbolo ou substância normativa: por uma jurisdição substancialista

Para iniciar a discussão se a Constituição brasileira seria um símbolo ou seria substância normativa, se partirá da denúncia feita por Marcelo Neves, de uma possível hipotrofia da força normativa da Constituição em favor de uma função simbólica do texto constitucional. Dessa forma, o primeiro passo é trazer a lume a conceituação de Marcelo Neves de constitucionalização simbólica.

Em sentido negativo, a expressão “constitucionalização simbólica” refere-se ao “fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada” (NEVES, 2007, p. 91), que significa, a *prima facie*, que do texto constitucional não emanaria nenhuma normatividade (no sentido da pretensão de eficácia de Konrad Hesse). Adotar tal postura frente à Constituição implicaria aceitar que ela não direcionaria a atuação do Estado, tampouco haveria uma orientação das expectativas normativas.

Segundo Marcelo Neves (2007, p. 69), dessa forma, a autonomia do direito, adquirida com a sua positivação (em especial, com o surgimento da Constituição), sucumbiria, posto que



[...] ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do “mundo da vida”, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código “lítico/ilícito” sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais (NEVES, 2007, p. 93).

Por outro lado, o sentido positivo da constitucionalização simbólica remete ao exercício de um relevante papel político-ideológico da atividade constituinte e da linguagem constitucional (NEVES, 2007, p. 95), de modo que a Constituição apenas aparentemente exerce a função de instância reflexiva de um sistema jurídico vigente e eficaz. Nesse sentido, não há uma abrangente concretização normativa das disposições constitucionais, pelo contrário, há uma “hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais” (NEVES, 2007, p. 96).

Dessa forma, conclui-se que a constitucionalização simbólica teria dois pressupostos fundamentais, intimamente relacionados; o primeiro de retirar a força normativa das disposições constitucionais e o segundo de servir à exigências e objetivos políticos concretos. O acoplamento desses dois pressupostos potencializa o papel ideológico dessa constitucionalização simbólica, porque encobrem que a realização efetiva das disposições constitucionais só seria possível com a transformação profunda da sociedade (NEVES, 2007, p. 98). Isso acaba por “legitimar” e perpetrar um mesmo contexto social de desigualdade, que deveria ser solapado se cumprida a Constituição.

Afinal, a Constituição se transmuda em uma carta de boas-intenções dos governantes, que por meio dela querem demonstrar que intentam realizar os direitos fundamentais, garantir eleições democráticas e a democracia no país; mas em verdade há uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que conduz a paz social e ao bloqueio dos caminhos de transformação da sociedade (NEVES, 2007, p. 99). Nesse sentido, ficam marcadas as discrepâncias entre a ação política e o discurso constitucional, mas principalmente entre uma realidade constitucional excludente e um texto constitucional includente.

A constitucionalização simbólica, assim concebida, segundo Marcelo Neves, seria um problema mais propriamente de determinados países, chamados periféricos, dentre os quais o Brasil. No caso específico do Brasil, Marcelo Neves (2007, p. 183-185) refere que as previsões do texto constitucional - no que concernem aos direitos, aos procedimentos constitucionais e aos mecanismos específicos de regulação jurídica de atividade política - são abrangentes. O problema reside na “juridicidade da Constituição”, ou seja, na (escassa)



normatividade jurídica do texto constitucional. Ocorre que “o texto constitucional não se concretiza como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas e, portanto, não funciona como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado” (NEVES, 2007, p. 185).

Pelo exposto, embora não seja possível afirmar com total certeza, ao que tudo indica, Marcelo Neves é adepto do procedimentalismo. Isso transparece quando o autor afirma que a “ausência ou deformação do princípio da “divisão dos poderes” leva à desdiferenciação das esferas de vida (politização abrangente) e tem-se demonstrado incompatível com a complexidade da sociedade atual” (NEVES, 2007, p. 81). Da mesma forma, em outra passagem, o autor refere uma concepção processual da Constituição e a não relevância das disposições constitucionais para os órgãos que interpretam e aplicam a Constituição (NEVES, 2007, p. 94). Certamente a defesa contumaz da divisão dos poderes se dá devido ao entendimento de que poderia ser perigosa a realização dos direitos através do Poder Judiciário (fundamento central do procedimentalismo).

Diametralmente oposta à essa posição, encontram-se os aportes teóricos de Lenio Luiz Streck, o qual defende uma concepção material da Constituição (Constituição enquanto norma), entendendo que houve um fortalecimento da democracia e da força normativa da Constituição após 1988. No mesmo sentido, Clarissa Tassinari (2013, p. 41) sustenta que os avanços do constitucionalismo, após a Segunda Guerra Mundial, começaram a ser assimilados no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988. Dentre esses avanços encontra-se, conforme referido no capítulo precedente, a força normativa da Constituição.

Essa visão da Constituição enquanto norma tem sido caracterizada como uma postura substancialista, na medida em que tem “valorizado a Constituição como instrumento vinculante e programático, diretriz e argumento de conservação do Estado Democrático de Direito [...] não desconhecendo a politização do Direito e a impossibilidade de se reduzi-lo a mero procedimento” (HOMMERDING, 2007, p. 36). Com efeito, o conteúdo da Constituição não pode ser entendido enquanto limitado a prever procedimentos, pois, realmente, apenas favoreceria os privilégios e desigualdades (e nisso concordam Lenio Streck e Marcelo Neves), em detrimento da concretização do texto constitucional (STRECK, 2012, p. 90).

Nesse sentido, sustenta-se que a Constituição brasileira não pode ser vista como um símbolo, como preceituou Marcelo Neves, posto que essa construção não se coaduna com os



pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo, expostos no subcapítulo anterior e inegavelmente absorvidos pela Constituição de 1988. O mais acertado é visualizar a Constituição brasileira como uma Constituição normativa, que pode ser conceituada a partir do próprio Marcelo Neves, como sendo aquela com “amplo grau de concretização normativa generalizada das disposições constitucionais” (NEVES, 2007, p. 95).

Diante de todo o exposto, é possível defender que há sim um novo olhar sobre o texto constitucional, agora visto enquanto catalizador de todos os atos do Estado (TASSINARI, 2013, p. 41), devido justamente a sua substância normativa. O Judiciário, enquanto micro polo desse Estado, não pode ficar alheio à essa construção, o que demanda uma atuação igualmente substancialista. Com efeito, o Judiciário assume o papel de contramajoritário, ou seja, tem o encargo de pôr em evidência o direito produzido democraticamente, mesmo contra maiorias eventuais (STRECK, 2012, p. 87). O cidadão é “titular de uma plêiade de direitos (fundamentais, preferenciais)” (MOTTA, 2010, p. 70), que não podem se dobrar à vontade das maiorias eventuais; pois, sob pena do Estado Democrático de Direito consistir em um mero simulacro, o cidadão não é mero cliente do Estado.

Lenio Luiz Streck refere que se enfrenta uma crise de legalidade, posto que nem sequer a lei é cumprida, restando incumpridos diversos “dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, mesmo passadas mais de duas décadas desde a instalação da nova ordem constitucional” (STRECK, 2011, p. 48). Diante disso, revela-se que a judicialização é um fenômeno inexorável, assim como não ocorre uma submissão do Direito à política. O que ocorreu, em verdade, foi a abertura política aos cidadãos através do Judiciário, premissa necessária em um contexto de pós-Ditadura militar.

Dessa forma, judicialização da política não se confunde com ativismo judicial (nos termos expostos acima), afinal, quando o Judiciário se envolve em questões políticas, está apenas aplicando o previsto constitucionalmente. A crescente judicialização, a envolver aspectos políticos, se refere à aspectos como o fortalecimento do controle de constitucionalidade, a concretização de direitos sociais e a realização de políticas públicas pelo Poder Judiciário, pontos característicos do Constitucionalismo Contemporâneo. A legitimidade da jurisdição para atuar nessas questões se fundamenta, assim, na própria força normativa da Constituição, ao passo que a concretização das promessas constitucionais é pressuposto de validade da própria Constituição.



Para comprovar que prevalece no Brasil a visão da Constituição enquanto substância normativa, importante colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, com base nos direitos fundamentais à vida e à saúde, previstos constitucionalmente, seria possível o Judiciário determinar aos Estados o cumprimento de prestações de medicamentos. Afinal, os Tribunais devem se pautar pelos pressupostos constitucionais, não podendo renegar a Constituição em face de argumentos como a reserva do possível. Nesse sentido:

[...] 3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. [...] 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. [...] (AgRg no REsp 1002335/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal entende que é necessária a prevalência dos direitos fundamentais, mesmo que seja uma “escolha trágica”, na linha de tensão entre a necessidade de tornar concreto o texto constitucional e a viabilidade de alocação de recursos financeiros (RE 581352 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, publicação em 22-11-2013). É inegável, por todo o exposto, que a Constituição brasileira de 1988 recepcionou o Constitucionalismo Contemporâneo, e, conseqüentemente, a Constituição é substância normativa e a atuação da jurisdição deve ser sempre substancialista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o contraponto ante a complexidade do tema (e os múltiplos ângulos em que a questão pode ser trabalhada) e o limite do trabalho proposto, entende-se possível retirar algumas conclusões, que de forma alguma podem ser pontuadas de finais. No primeiro capítulo entende-se que restou cumprido o objetivo, de reflexão sobre o transcorrer do



constitucionalismo e dos motivos que levaram a se falar em um “novo” constitucionalismo. Paralelamente, com base na matriz teórica adotada, se buscou fazer uma filtragem, em meio às diversas concepções acerca do “neoconstitucionalismo”, com o fim de refutar/adotar determinadas posições.

No segundo capítulo, a partir de uma delimitação do constitucionalismo emergente nos segundo pós-guerra como Constitucionalismo Contemporâneo, possibilitou-se a definição de alguns postulados básicos desse fenômeno, condição de possibilidade para que fosse possível relevar a recepção desse perfil do constitucionalismo pela Constituição de 1988. Por consectário lógico, tendo em vista que o ser da Constituição se releva como substância normativa, sustenta-se uma atuação coerente da jurisdição só ocorrerá sob o manto de uma concepção substancialista.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental No Recurso Especial nº 1002335. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Dolores Salton. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado pela Primeira Turma em 21 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 12 abr. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 581352. Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relatorr Ministro Celson de Mello. Julgado pela Segunda Turma em 29 de outubro de 2013. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 12 abr. 2014.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo em su laberinto. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos: Madrid: Trotta, 2007.

_____. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. *In*.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1991.



HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil** - A sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ainda a questão da discricionariedade positivada. *In.*: **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXIV, Coimbra, 2008.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam. Crítica à imprecisão da expressão neoconstitucionalismo. **Consultor jurídico**, 19 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-impresicao-expressao-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

TREIN, Aline; NASCIMENTO, Valéria Ribas de. **O constitucionalismo latinoamericano e os direitos fundamentais**: neoconstitucionalismo? XXIII Encontro Nacional do Conpedi/UFSC: Florianópolis, 2014.