

ANÁLISE CRÍTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO DIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: SERIA O NEOCONSTITUCIONALISMO APTO A CONCRETIZAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS?

Iuri Bolesina*

Tamiris Alessandra Gervasoni**

Resumo

Este artigo pretende analisar algumas relevantes discussões acerca da eficácia dos direitos fundamentais sociais a partir das premissas do neoconstitucionalismo. Em um primeiro momento se remontará historicamente a noção de constituição como ordem legal suprema de um ordenamento jurídico. Ato contínuo, noções pertinentes ao estudo, ligadas ao neoconstitucionalismo serão apresentadas e debatidas. Ao fim, algumas das discussões mais acaloradas em torno da concretização dos direitos fundamentais (sociais) serão analisadas, dentre as quais a hermenêutica constitucional leal à constituição, o ativismo judicial e as reais condições e possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os sociais. Com o auxílio do método dedutivo e do procedimento histórico-crítico, pretende-se abordar conceitos históricos e contemporâneos, função e importância dos temas tratados, nos moldes descritos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Neoconstitucionalismo. Constituição.

1 INTRODUÇÃO

Em que pese decorridos mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não é raro se deparar com discussões acerca da eficácia dos direitos fundamentais, muitas calcadas sobre o argumento de que o totalitarismo constitucional exercido pela Constituição para a efetivação destes preceitos, mormente na perspectiva do neoconstitucionalismo, nem sempre será pleno e deve ser interpretado com vistas à ideia de constituição dirigente.

Daí porque, para se tratar adequadamente o assunto se deva ter um conhecimento prévio de significantes pertinentes para, caso necessário, desconstituir entendimentos equivocados. No caso do presente estudo, tal atividade iniciará com a releitura histórica da ideia de Constituição como elemento supremo da ordem jurídica vigente no Brasil. No seguir, estudar-

* Advogado; Mestrando e Bolsista CAPES do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul; Pós-graduando lato sensu em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação; Membro do Grupo de Pesquisa *Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional instrumentos teóricos e práticos* coordenado pela professora Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal; iuribolesina@gmail.com

** Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Integrante do Grupo de Estudos *Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional- instrumentos teóricos e práticos*, coordenado pela professora Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Bolsista de Iniciação Científica FAPERGS; tamirisagervasoni@hotmail.com

-se-ão pontos pertinentes ao debate da teoria do neoconstitucionalismo, visando aclarar os contornos do constitucionalismo que preenche a Constituição nesta idade contemporânea, notadamente no que diz respeito a suas linhas principais de atuação, conceitos e razões de existir.

Ao fim, a par da evolução na teoria constitucional, algumas das discussões mais acaloradas em torno da concretização dos direitos fundamentais (sociais) serão analisadas, dentre as quais a hermenêutica constitucional leal à constituição, o ativismo judicial e as reais condições e possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os sociais.

Tal plano de estudo busca verificar, ao fim, se a releitura e as contribuições apresentadas pelo neoconstitucionalismo se prestam como via mais eficiente para a efetivação dos direitos fundamentais abraçados pela Constituição Brasileira, notadamente diante dos elementos políticos, econômicos e jurídicos desta comunidade.

2 APORTES HISTÓRICOS SOBRE A IDEIA DE CONSTITUIÇÃO

A Constituição surge como documento de fundamental relevância para os povos a partir do século XVIII, notadamente com a independência americana e com a Revolução Francesa, eventos que tornaram o documento o principal mecanismo de controle e vinculação do Poder (MIRANDA, 2009, p. 167). Mais do que isso, ela acompanha a inauguração do Estado de Direito,¹ fundado sobre o contrato social e sobre o direito natural, através de instrumentos como a separação de poderes e a Lei (LEAL, 2007, p. 8-19).

O embrião da ideia contemporânea vem dos Estados Unidos da América e, notadamente, da França.² A Constituição trata-se de um documento via de regra escrito,³ mas que, diferentemente de outras Leis ordinárias, sua existência é muito mais singular e simbólica⁴ máxime porque é seu cerne, o Constitucionalismo, que é a verdadeira expressão do significado constitucional. O constitucionalismo, em relação à Constituição, se trata do substrato que a preenche, um substrato que é variável e histórico⁵ e que demanda aceitação e vinculação espontânea dos que sob a Constituição estão regidos. Daí porque a Constituição seja o principal mecanismo do Constitucionalismo. Justamente por contar com essa posição ímpar é que recebe a missão de integrar, organizar e dar direção jurídica ao Estado e à comunidade, passando, por conseguinte, a ser a ordem jurídica fundamental da sociedade e do Estado (HESSE, 2009, p. 4-7).

No Estado Liberal, primeira manifestação do Estado de Direito, o que se via era uma Constituição de iminente caráter liberal e jurídica, mirando, precipuamente direitos de liberdade e direitos decorrentes dessa (SARLET, 2010, p. 46-59), frutos de uma racionalidade aliada à ideia de legalidade e soberania popular (LEAL, 2007, p. 12-14). Inaugura-se o império da Lei sobre as relações públicas e particulares, uma Lei que seria elaborada pelo Poder Legislativo – o qual ganha especial destaque na época.⁶ À bem da verdade, a Constituição, mais servia para proteger os particulares de interferências ilegais, desmedidas e/ou abusivas por parte do Estado, ao tempo que o mantinha ausente (ou mínimo), de modo que a vida na sociedade civil seria pautada pelo Código Civil e não pela Constituição.⁷ Em outros termos, o que restava velado eram direitos de defesa contra o Estado, os direitos fundamentais de liberdade.

Ao evoluir do século XIX até a primeira etapa do século XX, diversos problemas de ordem social, econômica e material se apresentaram.⁸ É da preocupação com a crise social que advém o Estado Social,⁹ engajado em ações políticas de correção da miséria e da desassistência aos necessitados. Assim, o Estado que outrora restava ausente, agora é chamado para agir sobre a sociedade em benefício dos mais desamparados, bem como, regulando situações de acesso a bens sociais e de mercado, afastando, destarte, um pouco do pensamento liberal.

Tal alteração modificou os compromissos constitucionais e, portanto o Constitucionalismo, que, a partir de então, além das defesas à liberdade, preocupava-se com a igualdade material e não apenas formal, visando direitos e garantias sociais. O constitucionalismo social se apresenta e faz com que a Constituição passe a albergar direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, o que a faz ser vista como carta política, pois prescreve linhas de atuação política para a realização dos direitos fundamentais sociais.¹⁰ Por evidente que, se antes era o Poder Legislativo que tinha ênfase, o destaque passa para o Poder Executivo, encarregado da execução dos programas sociais. Entretanto, os direitos sociais trouxeram consigo o discurso teórico do poder executivo de que se tratam de normas programáticas a serem realizadas quando possível, o que acabou por enfraquecer suas potencialidades¹¹ que somente não restaram elididas pelo esforço jurisprudencial germânico que defendeu a existência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais.

A partir do final da segunda guerra mundial a maioria das Constituições, mormente as dos países do ocidente, passam a dedicar especial atenção para a dignidade da pessoa humana, não só no sentido de se proteger a existência humana, numa perspectiva material, mas igualmente no que tange à aspectos de soberania popular, democracia, cidadania, pluralidade, tolerância e respeito à condição de *ser* humano, por meio dos direitos humanos, ou seja, também numa perspectiva imaterial.

Essa nova empreitada constitucional é fruto do constitucionalismo democrático que se plasmou no Estado Democrático de Direito, Nesta fase, a limitação do poder e o seu exercício em prol dos cidadãos são unidas a conformação de legitimidade democrática, de modo que, tanto o Estado Democrático de Direito, quanto à constituição são posicionados sobre dois pilares essenciais: democracia e direitos fundamentais. Assim, leciona Böckenford:

La democracia responde a la pregunta de quién es el portador y el titular del poder que ejerce el dominio estatal, no a la de cuál es su contenido; y, por lo tanto, se refiere a la formación, a la legitimación y al control de los órganos que ejercen el poder organizado del Estado y que llevan a cabo las tareas encomendadas a este. Es así un principio configurador de carácter orgánico y formal'. El Estado de Derecho, por el contrario, responde a la cuestión del contenido, del ámbito y del modo de proceder de la actividad estatal. Tiende a la limitación y vinculación del poder del Estado, con el fin de garantizar la libertad individual y social — particularmente mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales, la legalidad de la Administración y la protección jurídica a través de tribunales independientes —, y en esa medida es un principio configurador de naturaleza material y procedimental. Pero solo de la conexión entre ambos principios surge el Estado de Derecho democrático que prevé la Ley Fundamental. En consecuencia no se puede excluir que exista un vector común en el que confluyen postulados de la democracia y del Estado de Derecho, y en virtud del cual ambos se encuentran engranados; de ahí que entre Democracia y Estado de Derecho exista una afinidad (limitada) (BÖCKENFORDE, 2000, p. 119-120).

O Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, se apresenta como um Estado Democrático de Direito que, sob a organização da Lei Fundamental busca atender aos preceitos da dignidade da pessoa humana, alocando os direitos fundamentais e a democracia em lugar de destaque perante os cenários jurídico, político e social. Nesta via, ao longo do texto constitucional fez constar inúmeros direitos adstritos à dignidade da pessoa humana e, no mesmo sentido, destacou a importância do exercício, da defesa e da promoção de tais direitos por meio da democracia, demonstrando-se assim, a vinculação entre direitos fundamentais e democracia no Estado Democrático de Direito.

Contemporaneamente, muito se tem trabalhado sobre a relação mantida entre democracia e direitos fundamentais diante da Constituição Federal. A prevalência de um ou de outro em casos concretos tem sugerido uma tensão entre ambos que se apresenta sobre argumentos de liberais e comunitaristas (CITTADINO, 2009, p. 83-84). A situação, contudo, merece especial atenção, pois, se mal trabalhada, pode ameaçar a integridade da Constituição, notadamente se verificados tratos que se dão de forma questionável diante do Estado Democrático de Direito.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O ingressar no século XXI e o despontar de novas tecnologias e de novos mercados massificados coloca à prova o ser humano diante da Constituição Federal de 1988. Isso porque, aspectos culturais, econômicos e sociais vão de encontro à Carta Magna e, não raras vezes, aos direitos fundamentais do homem o que se soma à discussão acerca da efetiva concretização destes direitos fundamentais. O debate não é novo o que muda constantemente é a ótica sob qual o tema é debatido, através das perspectivas constitucionalistas.

A análise histórica do constitucionalismo revela que, ao longo dos transcorridos milênios, preceitos e entendimentos acerca da matéria sofreram considerável mutação. É possível extrair que, a considerável maioria das Constituições escritas tinha como por objetivo precípua impor limitações ao poder político e assegurar garantias à pessoa humana. Em especial por tal razão e em torno dela é que se fundou o constitucionalismo e seu alicerçaram as principais teorias do constitucionalismo hodierno.¹³

Neste sentido, o mestre lusitano Canotilho (2003, p. 51), debatendo sobre o que entende serem movimentos constitucionais, assevera que o constitucionalismo, em sentido amplo, corresponde ao meio pelo qual se erguem barreiras limites ao governo, ao poder, visando assegurar garantias na dimensão político-social de uma comunidade. Em magistério esclarecedor, Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p. 211), aduz que o constitucionalismo:

[...] em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado.¹⁴

Em tempos atuais ganham expressiva força as ideias trazidas pelo constitucionalismo pós-moderno ou neoconstitucionalismo. Convém antes de prosseguir esclarecer, em um breve parêntese, questão de ordem, neste sentido. Não se pretende, por ora, se imiscuir no profundo debate sobre a nomenclatura utilizada ou o que ela representa. Diz-se isso, pois se está ciente da discussão que se trava na doutrina entre aqueles que entendem que o neoconstitucionalismo constitui uma linha teórica que se apresenta contemporaneamente e entre aqueles que veem o neoconstitucionalismo como uma nomenclatura distinta para o Constitucionalismo Contemporâneo. Traçar paralelos para se alcançar uma posição satisfatória – para saber se os entendimentos se confundem ou não requereria algumas páginas somente sobre o tema, sendo que não é isso que se pretende neste momento. Para tanto, se utilizará a expressão neoconstitucionalismo, *a priori*, por duas razões: a primeira para que se evite ingressar na discussão acima destacada e a segunda considerando-se a posição de Moreira (2008, p. 18-19), quando defendeu que a essência do neoconstitucionalismo é “*uma teoria do direito preocupada em transformar o que não deve ser e com a pretensão de corrigir aquilo que racionalmente pode ser aperfeiçoado (ideia do “poder ser”)*”.¹⁵ Destacado que a expressão neoconstitucionalismo será usada com forma de representar um movimento teórico que se apresenta na atualidade, segue-se na sua análise.

Em análise às bases desta doutrina, Lenza (2009, p. 10) lança seu magistério e define como traços fundamentais da perspectiva neoconstitucionalista seis pontos, sendo eles: a) a Constituição como centro do sistema do Estado; b) a Constituição como elemento jurídico de hiperatividade e superioridade sobre tudo e todos; c) a Constituição como disposição dotada de carga valorativa axiológica que incorpora valores e opções políticas em prol do cumprimento da dignidade humana e dos direitos fundamentais; d) a Constituição provida de eficácia irradiante de seu conjunto em relação aos poderes e aos particulares; e) a busca pela concretização dos valores constitucionalizados e; f) a defesa pela garantia de condições dignas mínimas.

Em definição também adequada que agrega elementos ao até então exposto, Agra (2008, p. 31). advoga que o constitucionalismo pós-moderno ou o neoconstitucionalismo como é lançado na sua lição:

[...] tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força dos princípios do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva. [...] o seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o axiológico. No constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica. A constituição como valor em si. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.

O dogma do neoconstitucionalismo é, em máxima síntese, manter as conquistas já alcançadas – limitação do poder arbitrário do Estado e defesa dos direitos e garantias fundamentais – e buscar a máxima efetividade da Constituição, tudo com vistas à dignidade da pessoa humana e a desmistificação da retórica constitucional. Neste sentido, vale destacar que

o constitucionalismo pós-moderno é arquitetado sobre premissas históricas, filosóficas e teóricas, bases que foram erigidas pelas próprias transformações sociais do Estado, em especial a partir da segunda guerra mundial, quando se realizou uma nova releitura do direito, e no Brasil, notadamente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.¹⁶

No aspecto histórico, destacam-se as constituições pós-segunda guerra mundial, todas dedicando especial ênfase a redemocratização e ao Estado Democrático de Direito.¹⁷ No que tange ao ponto filosófico, pode-se salientar o pós-positivismo, de forma que a interpretação da Constituição se daria com vistas à dignidade humana e a princípios e não somente na letra fria da lei, na estrita legalidade.¹⁸ Por fim, o aspecto teórico diz respeito a nova perspectiva constitucional, onde a Constituição passa a ser imperativa, suprema e interpretada sob uma nova hermenêutica principiológica.¹⁹

Esta posição do neoconstitucionalismo, todavia, carece ser averiguada no plano concreto, pois como assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “as teorias tem valor quando a realidade não as contradiz”(FERREIRA FILHO, 2010, p. 45) já que: “[...] a efetividade de uma Constituição depende, por um lado, de sua adequação às condições políticas e socioeconômicas da comunidade a que se destina” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 53), ou, em outros termos, a eficiência e a eficácia do neoconstitucionalismo somente se manifestará por completo se atrelado a aceitação da consciente dos seus pressupostos pela a esfera particular e pública, bem como pela e sua razoabilidade e adequação dentro dos cenários social, político, econômico, cultural e jurídico da sociedade.

Isso, contudo, não pode ser visto como algo a embargar os anseios do neoconstitucionalismo, pois como já advertiu Canotilho (2003, p. 25):

O direito constitucional, como qualquer prática social humana, tem as suas modas. Há que se estar atento a elas, porque andar aqui na “moda” pode representar um *modo* privilegiado de testar a constituição e as normas do direito constitucional na sua interação com outros subsistemas sociais, como o sistema económico [sic], o sistema social e o sistema cultura. Mas uma moda pode ser também uma forma de “experiência constitucional” – já várias vezes referida –, um *modus* de realização dos princípios e regras da lei fundamental de um país. (grifos do autor).

Diante das premissas verificadas até então, surge o questionamento principal do ensaio: seria o neoconstitucionalismo meio hábil para concretizar em definitivo os direitos fundamentais sociais?

4 ALGUMAS PONDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Não à toa sinaliza-se para a austeridade do tema e do problema presente, isso porque se de um lado se verificam os pressupostos do neoconstitucionalismo, de outro estão às sempre narradas limitações reais do Estado. Em precisa colocação sobre o agora apontado, Leal (2009, p. 79), na mesma linha do que também propõem Sarlet (2010, p. 287), Canotilho (2003, p. 408-409) e Piovesan (2010, p. 56) asseveram que:

E por que não se pode resolver tal matéria em termos de tudo ou nada? Pelo fato de que ela envolve outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilização de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras de receitas e despesas públicas, etc. Todos estes condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersos em diferentes atores institucionais com competências e autonomias reguladas também pela constituição.

O problema se alarga quando se pondera que todos os direitos sociais prestacionais demandam dispêndios financeiros dos cofres públicos – fato que por si só já atinge diversas esferas institucionais –, sendo que eventuais escusas sob este argumento, o das impossibilidades reais, pode acabar por esvaziar a essência do direito fundamental social, elidindo sua densidade mínima. A isso se nomeou como reversibilidade das prestações sociais hipótese a não ser cogitada pelo Estado Social Democrático de Direito devido o entrincheiramento dos direitos fundamentais (AGRA, 2010, p. 298) e considerando-se a obrigação negativa de seguir em caminho oposto, bem como o dever positivo de progressividade (LEAL, 2009, p. 83-84).

Destarte, ainda que as características do constitucionalismo pós-moderno encaminhem o Estado à concretização plena dos direitos fundamentais sociais, durante o percurso as condições de eficiência e efetividade podem acabar obstaculizadas por elementos decorrentes das significantes econômicas, sociais, jurídicas e culturais do ambiente.²⁰ Todavia, é pouco razoável escudar-se neste argumento para engessar a progressividade e realização dos direitos fundamentais sociais, de sorte que, hodiernamente, tem-se de advogado no sentido da racionalização dos direitos fundamentais sociais e da preservação do seu nível essencial (CANOTILHO, 2008, p. 30).

Para tanto, tal adequação de racionalidade dos postulados dos direitos sociais está sendo, cotidianamente, objeto de manifestação e interação do Poder Judiciário, não raras vezes no sentido de proporcionar a efetivação do direito fundamental social e, em outras tantas, na via de retrair-se, sustentando que em razão do republicanismo brasileiro, não lhe cabe, formalmente, imiscuir-se nesta competência (LEAL, 2009, p. 86-87). Expressando a primeira linha de atuação do judiciário, Barroso (2010, p. 386-388) afirma:

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das majorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando a validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da interpretação jurídica contemporânea – que superou a compreensão formalista e mecanicista do fenômeno jurídico, reconhecendo o papel decisivo do intérprete na atribuição de sentido às normas jurídicas – procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação. [...]
[...] Como as nuvens, o tema tem percorrido trajetórias variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção. Constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial.

De outro lado deve-se estar atento às advertências já tecidas por Sarmento (2006, p. 2-83) e Moreira (2008, 142-143), as quais o próprio Barroso salienta em seu texto, sublinhando que a atuação judicial pode acabar desvirtuando o direito sob o argumento da constitucionalização, neste caso excessiva (BARROSO, 2010, p. 392-395). Nesse sentido, Sangói e Tessmann (2010) destacam o problema da legitimação da interpretação conforme a constituição e a legitimidade desta interpretação, asseverando que a interpretação conforme a constituição não deve ser sinônimo de análise subjetiva e extremada do julgador, tampouco de alternativa para se deturpar a literalidade da norma, lhe conferindo sentido diverso e/ou novo daquele previsto pelo legislador.

Por sua vez, Gorczewsky (2010, p. 3021-3023) chama a atenção para o fato de que a racionalização e a concretização dos direitos fundamentais sociais não passa e não deve se limitar, exclusivamente, a atuação do Poder Judiciário, fazendo-se necessário o engajamento de toda a comunidade – revelando preceitos de solidariedade – e dos poderes legislativo e o executivo, na elaboração de políticas públicas pertinentes a progressividade da eficácia dos direitos fundamentais sociais.²¹ Nesta senda, Barcelos (2010) arremata aduzindo que essa atuação da comunidade e dos poderes públicos dever ser norteadas pelos ditames da Constituição – observando-se a correta hermenêutica de seu conteúdo –, para que, desta forma, se alcance a confecção adequada de políticas públicas que se prestarão para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Logo, não é demasiado concluir que a concretização dos direitos fundamentais sociais não fica, unicamente, dependente a atividade estatal, mas necessita, também, da consciência e do querer social em sentido amplo, na busca constante e progressiva pelo cumprimento do comando constitucional, o que, servirá igualmente para a densificação da norma jusfundamental (AGRA, 2010, p. 286), em especial aquelas consideradas programáticas. A ideia, entretanto, não pode se acomodar no plano do dirigismo postergador (CANOTILHO, 2001, p. 455-459), do simbolismo constitucional (NEVES, 2007) e da Teoria da Constituição dirigente autocentrada em si mesma,²² já que, assim, a concretização dos direitos fundamentais sociais apresenta-se como marco distante, pois carecerá do elemento principal para tanto, qual seja, a vontade de constituir da sociedade e do Estado.

O doutrinador Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 784-785) tece crítica que corrobora o acima exposto. Em suas palavras:

Que fazer para os direitos sociais saírem do papel? A resposta é desanimadora. Embora o constituinte de 1988 tenha trazido mecanismos que, teoricamente, pudessem servir à proteção judicial dos direitos sociais, tais recursos mostraram-se ineficazes por inúmeros motivos. Vejam-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), que em nada contribuíram até o momento. O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Isso não é o suficiente. Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias. Resta, pois, que todos os segmentos da sociedade, sem distinções, cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais, principalmente num país de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente.

Porém, ao se concluir isto se retorna ao paradoxo inicial, seria o Constitucionalismo Contemporâneo meio suficiente para a concretização dos direitos fundamentais sociais? A resposta, por evidente e pelo até então exposto, demanda a análise ampla e profunda de aspectos jurídicos, políticos, sociais e filosóficos, já que a conclusão conduzirá a outras vias argumentativas e, quiçá, a planos necessários para o porvir, não se tendo, destarte, a pretensão de em breves páginas e com concisas linhas responder ao questionamento.

De qualquer sorte, a temática merece ser objeto de análise pormenorizada antes de se cunhar um ou outro arremate, máxime considerando-se que a ideia tem ganhado adeptos e representantes expressivos, além de, em cenário nacional, refletir a possível mudança de paradigmas enraizados.

5 CONCLUSÃO

Ao fim deste estudo percebe-se que a ideia de Constituição evoluiu aceleradamente ao longo dos últimos dois séculos e, nesse movimento, acabou por aproximar-se cada vez mais da proteção à integridade física e moral do homem. Em outros termos, dedicou especial atenção para a dignidade da pessoa humana.

Neste mesmo movimento evolucionário viu-se uma teoria calcada em princípios e dedica desmedidamente a dar valor supremo à Constituição e aos princípios e regras protetoras da dignidade da pessoa humana. Restou denominada, ainda na metade do século XX, como neoconstitucionalismo.

O Brasil, máxime desde a Constituição de 1988, abraçou tais premissas constitucionalistas, tanto que definiu como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e elencou extenso rol de direitos fundamentais, dentre os quais os sociais que se prestariam para a construção de uma vida justa e digna as pessoas.

Não obstante isso, longo foi (é) o processo de reconhecimento desses direitos fundamentais sociais como direitos de aplicação imediata e direta, muito em razão de um olhar desatualizado e/ou descomprometido com a Constituição. O neoconstitucionalismo, assim, comprou um embate direito com as teorias diversas que viriam a obstar a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Hodiernamente, parece que está vencendo tal contenda e, sim, julga-se ser um meio apto à efetivação dos direitos fundamentais sociais, notadamente se contar com a vontade das pessoas em fazer valer a Constituição.

Critical analysis of neoconstitutionalism in view of the fundamental social rights: neo-constitutionalism would be able to materialize the fundamental rights social?

Abstract

This article aims to analyze some relevant discussions about the effectiveness of social fundamental rights from the knowledge of the premisses of neoconstitutionalism. First there will be an historical analysis of

the concept of constitution as supreme law of a legal system. Hereafter, concepts pertinent to the study, related to neoconstitutionalism will be presented and discussed. At the end, some of the discussions more intense around the implementation of (social) fundamental rights will be analyzed, among which the constitutional hermeneutics loyal to the constitution, the judicial activism and the real conditions and possibilities of enforcement of fundamental rights, especially social. Using the deductive method and procedure of historical-critical intends to approach historical concepts and contemporary, function and importance of the subjects treated in the manner described.

Keywords: CONstitution. Neoconstitutionalism. (social) Fundamental Rights.

Notas explicativas:

¹ El Estado de Derecho es, como indica Welcker “el «Estado de la razón», el «Estado del entendimiento» (Mohl) “en el que se gobierna según la voluntad general racional y solo se busca lo mejor de modo general» (von Arctin). Sobre esta base el uso de este término se explica bien el Estado de Derecho es el Estado del derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres/ tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional. Esta definición básica del término del Estado de Derecho incluye los siguientes aspectos: 1. La renuncia a toda idea u objetivo transpersonal del Estado. El Estado no es una creación de Dios ni un orden divino, sino una comunidad (res publica) al servicio del interés común de todos los individuos. El punto de partida y la referencia obligada del ordenamiento estatal es el individuo singular, libre, igual, autodeterminado, y sus objetivos en la vida terrena promoverlos es precisamente el por qué del Estado, el fundamento que lo legitima [...] 2. La limitación de los objetivos y las tareas del Estado a la libertad y la seguridad de la persona y de la propiedad, esto es, a asegurar la libertad individual y a garantizar la posibilidad de un desarrollo individual desde sí mismo. [...] 3. La organización del Estado y la regulación de la actividad del Estado según principios racionales. A ello responde en primer lugar el reconocimiento de los derechos básicos de la ciudadanía (la llamada ciudadanía del Estado), tales como la libertad civil (protección de la libertad personal, de fe y de conciencia, la libertad de prensa, la libertad de movimiento y la libertad de contratación y adquisición), la igualdad jurídica y la garantía de la propiedad (adquirida); y junto a ello la independencia de los jueces (seguridad en la administración de justicia, tribunales de jurados), un gobierno (constitucional responsable, el dominio de la ley, la existencia de una representación del pueblo y su participación en el poder legislativo. (BOCKENFORDE, 2000, p. 19-20).

² Destaca-se que a Inglaterra também teve papel importante na ideia de um documento jurídico superior as demais leis, porém, por naquele âmbito não existir um documento realmente visto como uma Constituição se balizará o estudo nos países da França e dos Estados Unidos da América.

³ Como exceção tem-se a Inglaterra que, apesar de trabalhar sobre a ótica do constitucionalismo, não possui uma Constituição escrita. Nesse sentido veja-se Barroso (2010, p. 5).

⁴ Assim sendo, a constituição-mito não está limitada a valores preexistentes, pois estes são determinados pelo discurso (ideológico) adotado por uma sociedade. [...] Este enfoque permite analisar a constituição-mito como um núcleo de condensamento de valores de uma determinada comunidade cultural (“toda cultura é realização de valores”). (NADAL, 2006, p. 91).

⁵ Daí porque não se pode aceitar como quer que o constitucionalismo seja apenas a “limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*)”, considerando que, no Estado Social o Constitucionalismo além de limitar o poder, impunha obrigações ao Poder. Do mesmo modo, o constitucionalismo no Estado Democrático, temos um constitucionalismo que limita, obriga, (in)valida e (des)legitima o Poder. (BARROSO, 2010, p. 5).

⁶ “[...] pode-se assevera, em face do exacerbado legalismo e positivismo que marco o Estado Liberal de Direito, que o que ocorreu foi em verdade, não uma ruptura, mas sim uma substituição da origem do poder [...]”. (LEAL, 2007, p. 22).

⁷ “O código civil (e o direito privado de modo geral) era saudade como autêntico baluarte da liberdade, pois o contrato, nele regulamentado, possibilitava o acesso à propriedade a todos, porquanto dotados de autonomia. Esta autonomia da vontade, confundida com a liberdade, era corolário da igualdade formal. [...] Em realidade os fatos vieram a demonstrar que é rigorosamente vazio afirmar-se que ‘todos são iguais’, como lembra Bobbio. O notável mestre peninsular, a propósito da questão, lembra a irônica frase de Orwell: ‘todos são iguais, porém alguns são mais iguais do que outros’”. (FINGER, 2000, p. 89-90).

⁸ “A sucessão de períodos de recessão econômica, acompanhada de altas taxas de desemprego, a necessidade dos pobres e desamparados (viúvas, órfãos, e todos aqueles que, por vários motivos, não têm o suficiente para viver), trouxe a exigência de um envolvimento direto do Estado no sentido de propiciar a superação destas dificuldades, a fim de manter a estabilidade social”. (MOREIRA, 2002, p. 73).

⁹ Não se confunda Estado Social com Estado de Bem-Estar Social, pois, como diz Garcia-Pelayo (1996), “En cambio, la denominación y el concepto de Estado social incluyen no sólo los aspectos del bienestar, aunque estos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y en parte simplemente entendidos. En una palabra, el *Welfare State* se refiere a un aspecto de la acción del Estado, no exclusiva de nuestro tiempo – puesto que el Estado de la época del absolutismo tardío fue también calificado como Estado de bienestar –, mientras que el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época”. (GARCIA-PELAYO, 1996, p. 14).

¹⁰ “[...] constitucionalizam-se catálogos mais ou menos amplos de direitos econômicos, sociais e culturais – direitos estes que, contrariamente aos direitos de liberdade, não são meros poderes de agir, mas poderes de exigir. Os textos constitucionais incorporam, pois, propósitos emancipatórios, tendo como meta a correção ou transformação da ordem social e econômica vigente no sentido de consecução de uma real igualdade, de modo que também à Constituição passa a ser atribuída uma nova função, no sentido de ser um programa de ação para governados e governo”. (LEAL, 2007, p. 33-34).

¹¹ “A evolução dos direitos fundamentais sociais no sentido da formalização e constitucionalização como uma etapa positiva de positivação – evolução dos direitos humanos para direitos fundamentais – surge hoje neutralizada pela obsessivas críticas à crise do Estado Social. Quase se poderia dizer que, no plano interno, os direitos econômicos, sociais e culturais regressam ao leito universalístico mas transpositivo dos direitos humanos, abandonando o acolhimento jurídico-positivo dos direitos fundamentais”. (CANOTILHO, 2004, p. 104).

¹² Diz o preâmbulo da Carta Constitucional: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

¹³ Destaca-se que existem como adverte Tavares (2007), determinadas correntes de entendimento que observam o constitucionalismo como a “evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”, visão que não se entende como equivocada, em que pese deveras restrita. (TAVARES, 2007, p. 1).

¹⁴ Note-se que a posição sustentada por Kildare é de que o constitucionalismo apresenta-se amarrado à Constituição, toda a sua ideologia está(rá) expressa naquele sistema composto por ditames que limitam o poder autoritário do Estado e dão ênfase a prevalência dos direitos fundamentais do homem.

¹⁵ Afirmação que o afastou, em primeiro momento, da posição de Bulos (2010, p. 86), quando esse aduziu que: “o que o neoconstitucionalismo tem de novo é a forma de os seus defensores repetirem o que todo mundo já sabe com outras palavras, usando em termos criados por eles mesmos e adotando terminologias empoladas ou pensamentos adaptados de jusfilósofos da atualidade. Trazem, para a seara constitucional, fragmentos da Filosofia do Direito, como vimos acima”, já que, acima e tudo, vê-se presente uma preocupação com a mudança de um paradigma para outro e não com a criação de um novo paradigma.

¹⁶ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), in: *THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. p. 17. Disponível em: <www.bdjur.stj.gov.br>.

¹⁷ Leciona Barroso na obra acima citada: “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”.

¹⁸ Ainda Barroso, na obra citada supra: “No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.”

¹⁹ Neste sentido esclarece Barroso, na obra outrora mencionada: “No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.”

²⁰ Saliente-se que aqui me refiro a significantes reais e efetivas e não a pseudo-obstáculos criados pela vontade medida de uma ou outra “forma de política”.

²¹ Destaca-se, neste viés, a centelha lançada por Bulos (2010, p. 98), ao discorrer sobre o constitucionalismo do porvir. O doutrinador aponta que o futuro constitucional será impregnado por comandos de: (I) veracidade, de forma que o Estado somente prometa aquilo que pode razoavelmente cumprir; (II) solidariedade, elidindo-se discriminações e aproximando-se a igualdade material; (III) continuidade, proporcionando a uma ordem constitucional a continuação dos pontos aproveitáveis da ancestral; (IV) participatividade, a sociedade será chamada

para participar diretamente das decisões e linhas do Estado; (V) integracionalidade, o Estado terá sua adequação interna observando a externa, como meio de integrar as duas realidades e; (VI) universalidade, a dignidade humana terá seu espaço consolidado em definitivo, sendo o epicentro da constituição.

²² Refere-se à conclusão de Gilberto Bercovici, quando afirma que: “A teoria da constituição dirigente é uma teoria ‘autossuficiente’ da constituição. Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado”. In: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Revista de hermenêutica jurídica, vol. 6, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. 2008, p. 155-156.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

BARCELOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: out. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *THEMIS - REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ*. Disponível em: <www.bdjur.stj.gov.br>.

BERCOVICI, Gilberto. 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? In: *REVISTA DE HERMENÊUTICA JURÍDICA*, v. 6, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. 2008.

BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003.

_____. O direito constitucional como ciência de direcção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO. Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 12 ed. São Paulo, Del Rey, 2010.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 2ed. Madrid: Alianza, 1996.

GORCZEWSKI, Clóvis. A participação política como exigência intrínseca para o reconhecimento da cidadania. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, Monia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL. Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do Estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da constituição. São Paulo: Método, 2008. v. 7. (Professor Gilmar Mendes).

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NADAL, Fábio. **A constituição como mito**: o mito como discurso legitimador da constituição. São Paulo: Método, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANGOI, Trícia Schaidhauer; TESSMANN, Erotides Kniphoff. Jurisdição constitucional e hermenêutica: limites e fronteiras da interpretação conforme a Constituição. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZVSKI, Clóvis (Org.). **Constitucionalismo contemporâneo**: debates acadêmicos. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: REVISTA DE DIREITO DO ESTADO, 2006, p. 2-83.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.