

DISTINÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

Murilo GASPARINI MORENO¹

RESUMO: Este estudo busca trazer a distinção entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo, também chamados de positivismo e pós-positivismo, constando o panorama histórico dos dois sistemas na formação do Estado. Primeiro surge o Estado de Direito, com a supremacia da lei e, após, o Estado constitucional de Direito, com a supremacia da Constituição.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Supremacia. Lei. Constituição.

CURITIBA

2014

¹ O autor é Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado do Paraná, professor das Faculdades Santa Cruz – Inove e da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP, bacharel em direito pela Universidade Mackenzie, pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera e mestrando em Direitos Fundamentais pela Unibrasil. Email murilomoreno@hotmail.com

Abstract: This study seeks to bring the distinction between constitutionalism and neoconstitutionalism, also called positivism and post-positivism, consisting the historical panorama of two systems in state formation. First comes the State of Law, with the supremacy of the law and, after, the constitutional State of Law, with the supremacy of the Constitution.

Keywords: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Supremacy. Law. Constitution.

1. Distinção entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo

O constitucionalismo, ou positivismo, pode ser definido como uma teoria que busca explicar a formação e a organização dos Estados, bem como os limites do poder, contrapondo-se ao absolutismo e ao arbítrio do Estado através da previsão de direitos. Surgiu em meados do século XVIII com as revoluções burguesas ocorridas na Inglaterra em 1688, nos Estados Unidos da América em 1776 e na França em 1789.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi expressa na separação dos poderes e na previsão de direitos, inclusive o direito de propriedade, nos seguintes termos:

“Art. 16 A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17 Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.”².

Este constitucionalismo surge liberal, ou seja, para garantir a segurança e a propriedade privada da burguesia, composta por homens ricos e brancos, sendo que o direito era um conjunto de regras que garantia a estabilidade e a segurança, não havendo a intervenção do Estado no mercado ou na vida privada dos cidadãos, prevalecendo a individualidade.

Há duas concepções de constitucionalismo. A primeira é a norte-americana, com a supremacia constitucional e a garantia jurisdicional, ou seja, a constituição é norma superior às demais normas e o Judiciário é seu garantidor, não existindo conteúdo material denso.

O poder constituinte do povo limita o poder político, trazendo as regras do jogo, impondo barreiras que não podem ser transpassadas, inclusive pelo Legislativo, sendo que o Judiciário vigia o respeito às regras de organização política. A Constituição estabelece quem manda, como manda e até onde pode mandar.

² FRANÇA, 1789.

A segunda concepção é a europeia, com base na revolução francesa, sendo a Constituição um projeto político de *programa* de transformação social e política. A Constituição fixa as regras do jogo e também participa do jogo, com enunciados políticos, mas apenas fixando princípios e direitos desprovidos de efetividade, cabendo à lei concretizá-los. Este constitucionalismo nada mais é do que legalismo, ou seja, a vontade da maioria no sistema democrático. A Constituição condiciona o que deve ser mandado mas sem a força apresentada pela Constituição norteamericana.

Estes modelos de constitucionalismo, também chamados de modelos de positivismo, entram em crise e se revelam incapazes de dar conta do moderno Estado constitucional.

A democracia passa a ser integrada ao constitucionalismo no século XIX, com os movimentos da classe operária, quando esta se organiza para reivindicar direitos efetivos. A crise da sociedade liberal, a crise do capitalismo monopolista, a primeira Guerra Mundial e os movimentos da classe operária, somados, fez surgir o constitucionalismo social, conforme se verifica na Constituição do México de 1917 e na Constituição da Alemanha de 1919³. Neste constitucionalismo, o Estado social passa a intervir na economia e na vida privada das pessoas para garantir o bem-estar social. Entretanto, não ocorre a democratização econômica ou social.

Neste cenário de transição, o Poder Legislativo, além de fazer as leis, incorpora a função de fiscalizar o Estado. O Poder Executivo passa a intervir no mercado para garantir o interesse público e o Poder Judiciário começa a densificar o direito.

Já o neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, surgiu após a segunda Guerra Mundial. Procurou ir além da garantia dos direitos fundamentais e buscou torná-los concretos, em especial para evitar que as atrocidades praticadas na guerra acontecessem novamente. Ana Paula de Barcellos afirma que:

“As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das

³ OLIVEIRA, 2002, p. 58.

desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado.”⁴.

Assim, surge o neoconstitucionalismo, que apresenta elementos das duas concepções de constitucionalismo, ou seja, tem a força do conteúdo normativo garantido pela jurisdição, com desconfiança do legislador, sendo mais liberal do que democrática, com limites à vontade da maioria e com programa normativo de acesso direto, indo além de só estabelecer as regras do jogo. Susanna Pozzollo esclarece que há diversas leituras sobre o neoconstitucionalismo:

“Aunque, sin embargo, incluso así delimitado, el término <neoconstitucionalismo> no posee un significado unívoco y de él se pueden hacer diversas lecturas, con tal término quiero indicar la perspectiva iusfilosófica em el ámbito de la cual pueden estar comprendidas la obra de Ronald Dworkin, de Carlos S. Nino, de Gustavo Zagrebelsky y de Robert Alexy (por citar casos muy conocidos y paradigmáticos).”⁵

O neoconstitucionalismo traz, então, a constituição com as regras do jogo e com a garantia judicial do sistema do constitucionalismo norteamericano, e incorpora normas materiais densificadas para reger a ação do Estado, como na tradição da revolução francesa. Pedro Lenza explica que:

“Busca-se, dentro dessa nova realidade, não apenas atrelar o constitucionalismo à idéia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concentração dos direitos fundamentais.”⁶

Portanto, o neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, é um modelo de Estado de Direito que incorpora valores ou

⁴ BARCELLOS, 2007, p.04.

⁵ POZZOLLO, 2003, p. 189.

⁶ LENZA 2010, p. 55.

princípios na Constituição, submetendo a lei a um direito superior, sendo este garantido judicialmente, para fazer frente à decisão da maioria e reduzir a esfera de decisão parlamentar, através de limites formais e materiais, resolvendo lacunas e antinomias internas com uma teoria da interpretação específica.

A Constituição passa a ser material, ou seja, com direitos fundamentais e princípios com conteúdo material, protegida da vontade da maioria, com normas supremas e de eficácia independente da vontade legislativa, ou seja, podendo ser acessada diretamente pelo aplicador do direito, que não fica na dependência da lei quanto à sua efetividade no plano concreto.

Por sua vez, Lênio Luiz Streck aponta que o neoconstitucionalismo é um movimento que rompe com o Estado liberal individual e formal burguês:

“Isto é o neoconstitucionalismo: uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro.”⁷.

Existe um aperfeiçoamento do Estado de Direito, sendo que o direito passa a ser constitucional, ou seja, a Constituição concede o poder aos órgãos que o exerce mas os submete aos princípios e direitos constitucionais, inclusive o Legislativo, impondo barreiras intransponíveis de interferência legislativa que não existiam no Estado de Direito liberal. Nas palavras de Luis Prieto Sanchís:

“... el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergência de dos tradiciones constitucionales que com frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, em um marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten em ló fundamental las decisiones colectivas pertinentes em cada momento histórico.”⁸

A primeira consequência deste novo modelo é que as leis dependem de adequação formal e material à Constituição para ter validade, perdendo sua

⁷ STRECK, 2009, p. 01.

⁸ SANCHÍS, 2003, p. 107 e 108.

posição de supremacia legal e ficando envolvida numa rede de vínculos jurídicos com a Constituição, conforme explica Gustavo Zagrebelsky:

“El <constitucionalismo> envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales.”⁹

A segunda consequência é uma nova interpretação na construção do direito, não tendo sentido os esquemas lógicos do positivismo, em especial a subsunção.

A subsunção tem como premissa a aplicação do direito utilizando um silogismo, sendo que a lei é a premissa maior, o fato é a premissa menor e, por fim, a conclusão que seria o enquadramento, ou não, do fato à norma, conforme elucida Luis Roberto Barroso:

“Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos –, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais.”¹⁰

O grau máximo de efetividade dos direitos reconhecidos constitucionalmente vem com novas técnicas de garantias, vindo estas garantias do núcleo fundamental, que é protegido da regra da maioria pelos procedimentos judiciais, havendo conteúdos que não se pode decidir, e outros que não se pode deixar de decidir com base na democracia.

Assim, no neoconstitucionalismo, a Constituição passa a ter força de norma suprema e incorpora conteúdo material, através dos princípios e dos direitos fundamentais, o que permite o acesso direto, não precisando do legislador para sua aplicação, como esclarece Susanna:

“En el Estado constitucional es la Constitución la norma jerárquicamente más elevada, no solo formalmente, sino también desde un punto de vista substancial. La Constitución, de hecho, no impondría al legislador solamente el

⁹ ZAGREBELSKY, 2007, p. 151.

¹⁰ BARROSO, 2009, p. 333.

respeto lógico-formal sobre sus propias decisiones, sino también el desarrollo de tales normas constitucionales y sobre todo su aplicación.”¹¹

Este novo sistema constitucional inovou em relação ao sistema anterior visto que precisou apresentar uma nova teoria do direito e uma nova racionalidade, além de lidar com novos problemas e apresentar novas soluções visto que, agora, lida-se com um conjunto de direitos fundamentais e de princípios que irradiam os seus efeitos em todo o sistema normativo, como expõe Paulo Ricardo Schier:

“A nova Constituição exigia categorias mais sofisticadas para lidar com o conjunto de princípios e direitos fundamentais e o modo como irradiam seus efeitos para todo o sistema normativo. Assim, todos os debates sobre restrição e colisão de direitos fundamentais, complexidade estrutural desses direitos, cláusula de proibição de retrocesso social, as formas de relação entre direitos e princípios fundamentias com a lei, limites dos direitos fundamentais, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, modulação de efeitos do controle de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, cláusula de abertura dos direitos fundamentias para os tratados internacionais etc.”¹²

Em síntese, o neoconstitucionalismo estabelece a constitucionalização do ordenamento jurídico, incorporando direitos fundamentais e princípios, com mutação qualitativa da Constituição, sendo que esta passa a ter força vinculante e superioridade hierárquica no sistema de normas, com aplicação direta e garantida judicialmente, bem como denso conteúdo normativo com rigidez constitucional para tornar mais difícil a mudança de seu conteúdo frente à maioria legislativa, devendo a lei ser parte do direito e não exclusivamente o direito.

No Brasil, este novo constitucionalismo veio em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, trazendo este conjunto de “normatividades” regulatórias diferentes¹³ do sistema anterior, como cita Schier:

“Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 viu-se, no país, a tentativa de instauração de um novo momento político e jurídico, fundado na democracia, no Estado de Direito, na dignidade da pessoa humana e na revitalização dos direitos fundamentais.”¹⁴

¹¹ POZZOLLO, Op. cit., p. 192.

¹² SCHIER, Inédito.

¹³ SCHIER, 2011, p. 104.

¹⁴ SCHIER, 2005, p. 01.

O modelo anterior de Constituição no Brasil era autoritário e excludente, sendo que a nova Constituição teve representatividade e ampla discussão social, recebendo o apelido de Constituição cidadã, nos termos de Daniel Sarmiento:

“A Constituição de 88 coroou o processo de redemocratização brasileiro. Do ponto de vista simbólico, ela quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país. Elaborada por uma Assembléia Constituinte livre e democrática, marcada pela ampla participação de uma sociedade civil altamente mobilizada, a Constituição de 88 foi, não sem razão, apelidada por um dos seus principais artífices de “Constituição cidadã”.¹⁵

¹⁵ SARMENTO, 2006, p. 123.

Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas pública**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, n. 15, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Table/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/>> Acesso em: 14.10.2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamento, 2002.

POZZOLLO, Susanna. **Un constitucionalismo ambíguo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda**. In: Daniel Sarmento; Cláudio Pereira de Souza Neto (Org.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**. Inédito.

_____. **Anotações nucleares de direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 6ª reimpressão, 2011.

_____. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), n. 04, outubro/novembro/dezembro de 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o Problema da Discrecionalidade dos Juízes”**. Curitiba: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, ano I, n. 1, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2007.