

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E A
MANUTENÇÃO DA INEFETIVIDADE DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS**

**FEDERAL CONSTITUTION 1988: BETWEEN NEOCONSTITUTIONALISM AND THE
MAINTENANCE OF THE COMMANDMENTS OF CONSTITUTIONAL
INEFFECTIVENESS**

Andréia Garcia Martin

Mestra em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) – Bauru/SP.
Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Docente Universitária do Centro Universitário de Votuporanga – UNIFEV – Votuporanga/SP mantida pela Fundação
Educativa de Votuporanga – FEV.
Advogada.
E-mail: draagmartin@hotmail.com

Taís Nader Marta

Especialista em Direito Processual e Constitucional.
Mestra em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) – Bauru/SP.
Docente Universitária e de Cursos de Pós-Graduação.
Advogada.
E-mail: taismarta@hotmail.com

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 foi o marco das modificações jurídicas na realidade brasileira, que ao inaugurar uma nova ordem jurídica redesenhou a sistemática de proteção à pessoa humana no Brasil. Contudo, passados mais de vinte anos de sua promulgação pode-se vislumbrar poucas alterações em seus contornos positivados, vez que se tornaram, até mesmo, deveras opacas as cores que os envolviam. No entanto, são crescentes as transformações que vêm ocorrendo em *terraebrasilis* na contemporaneidade, marcados por um movimento político, jurídico e social que tem condão de tornar as *cores* da Carta de 1988 mais brilhantes, com o fito de efetivar os direitos fundamentais constantes de seu bojo, fundando-se no princípio-matriz do Estado Democrático de Direito: a dignidade humana. Movimento este concebido como Neoconstitucionalismo, que ambiciona superar e irromper com as vetustas visões positivistas, vez que sob o manto deste não havia debate de questões ou de conflitos sociais, por não serem concebidos como relevantes ao direito, imbuindo uma atividade jurídica renovada com a categorização de Hermenêutica Constitucional. Assim, pretende-se, com o presente trabalho, demonstrar a necessidade de se reforçar a comunicação do direito com o social fundamentado pela realidade e compromisso assumindo pelo Poder Judiciário. Diálogo que somente será possível diante da nova roupagem que se reveste as técnicas Hermenêuticas, qual seja: uma Hermenêutica Neoconstitucional, reflexo da reprogramação da responsabilidade ínsita ao julgador na atividade jurisdicional, com o intuito precípua de dar maior efetividade aos mandamentos constitucionais

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana; Neoconstitucionalismo; Efetividade dos Direitos Fundamentais; Hermenêutica Constitucional; Atividade Jurisdicional.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 was the landmark of the legal changes in the Brazilian reality, that while inaugurating a new legal order redesigned the systematic protection of the human person in Brazil. However, after more than twenty years of its enactment could envisage few alterations in positivized contours, since they have become even truly opaque colors that surrounded them. However, there are increasing transformations occurring in *brasilis terrae* in contemporary times, marked by a political, legal and social movement that has power to make the colors of the 1988 brightest, with the aim of effecting fundamental rights contained in its bulge, founded on the principle - matrix of the democratic rule of law: human dignity. This movement conceived as neoconstitutionalism, which aims to overcome and break with old positivist views, since under the cloak of this there was discussion of issues or social conflicts, because they are not designed to be relevant to the right, imbuing a legal activity with renewed categorization Constitutional Hermeneutics. Thus, it is intended with this paper to demonstrate the need to strengthen communication right with substantiated by reality and commitment assumed by the judiciary social. Dialogue that will only be possible on the new clothing that covers the Hermeneutic techniques, namely: The Hermeneutics Neoconstitucional, reflecting the reprogramming of the responsibility inherent in the trier jurisdictional activity, with the primary aim of giving greater effect to the constitutional commandments.

KEYWORDS: Dignity of the Human Person; neoconstitutionalism; Effectiveness of Fundamental Rights, Constitutional Hermeneutics; Jurisdictional Activity.

“A constituição existe para o homem e não para o Estado; para a sociedade e não para o poder”.
Robespierre

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na atualidade, é crescente a preocupação dos parâmetros tutelados constitucionalmente, com o intuito de que seja possível buscar o rompimento com as nocivas características afeitas ao positivismo jurídico, ainda profundamente vinculadas tanto à legislação quanto aos aplicadores do

direito, bem como, para que seja possibilitado um modelo eficaz de normas que satisfaçam o bem-estar social, cumprindo os alcances máximos da dignidade da pessoa humana.

Não é uma ruptura que tenha o condão, simplesmente de contraditá-lo, mas que se conjecture, precisamente, em se suplantar o *modus operandi* do positivismo jurídico que se tornou deveras pernicioso ante as aspirações da contemporaneidade, principalmente em *dessimbolar* a Carta realizando os valores nela consagrados.

A Constituição Federal de 1988 elege a instituição do Estado Democrático, o qual se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, assim como o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social. E, ainda, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo –, definindo-o como fundamento basilar da República.

Nesse estágio do constitucionalismo preme-se, na busca de uma adequação do fausto jurídico à sociedade *pluricomplexificada*, por uma apreciação sob o viés *multi* e *interdisciplinar* em que além das considerações incitadas ao direito, tem-se uma abertura a outros sistemas sociais, especialmente o político e o moral/ético, já que conjectura-se como suporte axiológico deste momento constitucional a dignidade da pessoa humana.

Assim, o exame da problemática jurídica suplanta a simples afeição à teoria do direito, passando a, necessariamente, considerar as referências afeitas à filosofia do direito, pois, por meio desta, tem-se à disposição subsídios para a retomada das considerações morais nas situações jurídicas, sem contar com os importantes avanços que este trouxe à hermenêutica (neo) constitucional.

Significa dizer que, no âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos.

Desta forma, por meio das novas perspectivas constitucionais, traça-se uma nova interpretação, arquitetada sob os fundamentos constitucionais, pois a complexidade da sociedade contemporânea muitas vezes demonstra uma insuficiência do Estado para atender às diversas demandas sociais, afastando alguns postulados clássicos do constitucionalismo dessa realidade.

Vindo o Judiciário introduzir, na prestação da tutela jurisdicional, a hermenêutica como *neotécnica* a serviço do processo, com a função de concretizar os direitos fundamentais e promover a dignidade humana, realizando os valores constitucionalizados.

1 O NOVO PARADIGMA DO CONSTITUCIONALISMO E A NECESSIDADE DE REALIZAR OS VALORES CONSTITUCIONALIZADOS

A partir do segundo pós-guerra vislumbrou-se uma mudança de enfoque no que tange à declaração de direitos, as concepções dos juspositivistas já não eram mais suficientes, passa-se a inserir instrumentos na ciência do direito que são incompatíveis com o isolamento formal daqueles. É a reinserção da moral como fundamento do direito, vez que os horrores da guerra trouxeram os primórdios da preocupação com os direitos humanos, sob o fundamento na dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, constata-se que “a afirmação de autênticos direitos humanos é incompatível com uma concepção positivista do Direito. O positivismo contenta-se com a validade formal das normas jurídicas, quando todo o problema situa-se numa esfera mais profunda, correspondente ao valor ético do Direito”.¹

Soma-se a isto, o fato de a ideia de direito, defendida pelo positivismo, redundar de uma concepção parcial do fenômeno jurídico, por ser extremamente enclausurada em si mesma, esquivando-se de analisar o direito mergulhado na sociedade que é seu modo de sobrevivência e de contínua perpetuação.

Nesse diapasão, elucubra-se a inabilidade tanto das determinações jusnaturalistas quanto as juspositivistas ante a crescente *complexificação* da sociedade que, na atualidade, prima pela tutela integral da pessoa humana retomando-se as concepções morais, inculcando-as no mundo jurídico, assim,

A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica Constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais, e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.²

Em que pese, defenda-se a indissociabilidade entre moral e direito, o que não afiança a plena identificação entre normas morais e legais, pelo contrário, implica a distinção entre esses planos. Contudo, ao se perfilhar a abertura do sistema jurídico às questões morais, admite-se do mesmo modo a necessária complexidade que se perfaz desse entrelaçamento entre os sistemas moral e

¹ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Org.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTR, 1998, p. 59.

² BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE: George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 108.

jurídico. Destaca Jünger Habermas, que não se aventa em determinar uma conexão de superioridade, prioridade ou subordinação de um sistema sobre o outro, mas simplesmente de se estabelecer uma “relação de complementação recíproca”.³

A principal diferença entre o Direito e a moral é justamente a coercibilidade que o Direito possui. E uma vez que a nota típica do direito é a imposição de condutas, conforme o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, elas devem obrigatoriamente ser respeitadas:

[...] compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Além disso, a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o Direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico.⁴

Importa salientar também as considerações de José Afonso da Silva, para quem:

Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições. Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos.⁵

Ora, apesar de algumas normas constitucionais se originarem diretamente de valores morais, ao serem positivadas, ao integrarem o mundo do dever-ser – deixando a esfera do ser – quedam-se com plena eficácia conformando efeitos jurídicos. Dessa forma, em caso de o Estado se omitir em seu dever de efetivar esses valores constitucionais tão essenciais, cabe ao Poder Judiciário, através da tutela jurisdicional, possibilitar a sua ampla concretização.

Ademais, é certo que mesmo em caso de omissão ocorrerá uma inconstitucionalidade, pois todos devem obediência à Constituição, e uma norma é desobedecida ao se fazer algo que ela proíbe ou ao desconsiderá-la, não realizar algo que ela determina.

Uma vez que, “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder”.⁶ O constitucionalismo hoje apresenta traços novos que não detinha inicialmente, e as Constituições se colocam no tempo como um modelo de organização da sociedade e, simultaneamente, apresentam-se como um projeto (modelo de sociedade) baseado em “utopias concretas”.

Ou seja, não basta a nomeação e a consolidação de um Estado de Direito fundado numa Constituição para que seus mandamentos sejam amplamente assimilados e produzam efeitos de plano.

³ HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 12.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80-81.

⁶ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2. ed., Campinas: Russell, 2007, p. 52.

O direito, ou melhor, sua declaração, consignado no bojo do seu Texto e plenamente aprazível, uma bela pintura, porém que não reflete sua magnitude por lhe faltar ação dos Poderes constituídos para tal *mister*, tornando inócua a proteção constante da declaração de direitos.

O direito não existe se não lutar contra injustiças. Assim, “resistir à injustiça é um dever do indivíduo para consigo mesmo, porque é um preceito da existência moral; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência não pode ser coroada de êxito, senão quando for geral”.⁷

Toda Constituição possui uma gênese que decorre de sua origem estando aportada em certos valores, encontrando-se à procura de finalidades, sendo necessário, pois, que se busque a natureza de cada Constituição. Para que isso seja feito, é necessário saber quais são a história e a cultura incorporadas nesta, ou seja, qual a utopia que foi a ela congregada.

Destaque-se que, independente do critério interpretativo que se adote, uma coisa é certa: a realidade deve ser considerada invariavelmente em qualquer situação. Entre direito e realidade há uma tensão dialética, pois o direito impacta a realidade e a realidade influencia o direito.

Com efeito, nota-se uma transformação na função exercida pela Carta como produto dessa mudança paradigmática do constitucionalismo atual, o seu Texto não mais representa um “esboço orientativo que deva ser simplesmente ‘respeitado’ pelo legislador”, mas sim, passa a ser verdadeiramente um “programa positivo de valores que deve ser ‘atuado’ pelo legislador”.⁸

Nesta senda, exemplificadamente, ao se analisar a realidade pode-se constatar que o direito a ser diferente (direito à tolerância) vem sendo constantemente desrespeitado no Brasil, ignorando-se a própria natureza e condição humana da variabilidade biopsicosocial. Esse direito implica em dois aspectos: o positivo e o negativo.

Na vertente negativa (ou reduzida) da tolerância, o princípio se expõe como uma necessidade de convivência, uma vez que para conviver há a necessidade de se ser tolerante com as diferenças, pois cada pessoa deve aceitar as diferenças para também ser aceita. Sob o ponto de vista positivo, a ideia é que a convivência com o diferente é favorável e amplia a concepção de mundo, passando a ser um elemento que atua diretamente no desenvolvimento da sociedade.

Dessa forma, vislumbra-se que “as constituições atuais são limite e direção ao mesmo tempo”.⁹ Limite no sentido de, ainda, albergarem as determinações advindas dos ideais liberais de limitação do poder, impedindo intromissões indevidas na liberdade dos cidadãos. Somando-se a esta – no afã de reforçar as condições iniciais de liberdade – serviriam de direção, orientação que guia

⁷ IHERING. Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 28.

⁸ SASTRE ARIZA, Santiago. **Ciência jurídica positivista y neoconstitucionalismo**. Madrid: MacGraw Hill, 1999, p. 130.

⁹ SASTRE ARIZA, Santiago. **Ciência jurídica positivista y neoconstitucionalismo**. Madrid: MacGraw Hill, 1999, p. 131.

toda a atividade do Estado e baldrame dos mandamentos constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais.

A rigor, infere-se que a diferenciação entre neoconstitucionalismo e constitucionalismo – em sua versão tradicional – depreende-se de:

O Constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX apresenta compatibilidade com o Positivismo Jurídico (nas suas diversas acepções), não faz uma proposta técnica de conduta ativa do estado e das Cortes Constitucionais para implementar os direitos fundamentais dos cidadãos e limita-se a restringir o poder do Estado; (ii) por seu turno, o Neoconstitucionalismo engloba o chamado Pós-positivismo, apresenta-se apto para promover a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, representa de certa forma a retomada da ligação entre Direito e Moral, apresenta um tipo novo e específico de Constituição (a Costituzione Mite), denota um aspecto invasivo da Constituição sobre a “lei” (Constitucionalização do Direito) através do manejo dos direitos fundamentais.¹⁰

Nesse diapasão, constata-se que o constitucionalismo estava fundado em um parâmetro guiado pelas concepções positivistas, em que a precípua preocupação girava em torno tão-só da validade das normas; no neoconstitucionalismo, suplanta-se esse patamar, vez que “a existência de direitos fundamentais apenas no plano da validade jurídica não satisfazia a real necessidade de segmentos hipossuficientes da sociedade”,¹¹ por exemplo. Especialmente no que tange à efetiva tutela de direitos com a conseqüente realização, prestando-os para que se promova amplamente sua dignidade.

Ora, o “neoconstitucionalismo” supõe essa nova maneira de observar o fenômeno constitucional: considerando as transformações existentes na sociedade busca um modelo eficaz, que confira ao homem o bem-estar, respeito e dignidade humana.

Nesse contexto, em que a realidade é considerada, não há espaço para o positivismo.¹² Realidade é tudo o que é, tudo o que existe. Mas, para o mundo do direito é

¹⁰ BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, democracia deliberativa à atuação do STF. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 11.

¹¹ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2007, p. 438.

¹² Lênio Luiz Streck faz uma crítica ao positivismo e demonstra sua incompatibilidade com o neoconstitucionalismo: “Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ideologia política menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque esta separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico” (STRECK, Lênio Luiz A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155).

interessante analisar como a realidade se apresenta, partindo do sujeito que foi capaz de criar o direito, ou seja, o próprio ser humano.

Rudolf Von Ihering¹³ expõe que não se deve medir esforços para defender a necessidade da luta pelo direito em todo e qualquer tempo, mas, sobretudo, naqueles casos em que a agressão ao direito representa um desrespeito à pessoa humana. Prossegue com o seguinte questionamento: Mas deixará a justiça de ser injusta quando inspirada num preceito humanitário?¹⁴. E conclui seu pensamento afirmando que somente lutando se alcança o direito, pois só merece liberdade e vida aquele que cada dia sabe conquistá-las. Ou seja, não basta eleger uma teoria como superior ou inferior a outra, mas sim, que ela possa verdadeiramente surtir efeito face as necessidade da realidade dos tutelados pelo direito.

Mas, não deveria o Estado ser mais “paternalista”? Na verdade, é possível entender que hoje as coisas sejam iguais a como se fazia há 200 anos?¹⁵

O constitucionalismo transporta, em si, “um claro juízo de valor”¹⁶ e o constitucionalismo moderno¹⁷ que deve buscar a ruptura com regimes antigos,¹⁸ sendo que, em na realidade brasileira, diferentemente do que ocorreu na Europa, não é o constitucionalismo moderno que deve buscar a ruptura com os antigos regimes (principalmente o positivismo, tão enraizado a *jus-cultura* nacional), e sim o constitucionalismo pós-moderno, que é o da atualidade.

Entretanto, a mera ruptura com os antigos regimes não fará com que o Estado e o sistema sejam verdadeiramente constitucionais, ou mesmo neoconstitucionais, preme-se, dessa forma, por uma crescente locupletação de efetividade e consequente realização das determinações constantes

¹³ IHERING. Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 09.

¹⁴ IHERING. Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 11.

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **História e Constituição**. Madrid: Trotta, 2005, p. 81.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 45.

¹⁷ Nesse sentido, “[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 46).

¹⁸ Salienta José Reinaldo de Lima Lopes que quando o homem encontrava-se preso e determinado pelas explicações de caráter teológico. A modernidade procurou romper a cultura medieval e estabelecer o homem como centro e explicação de si e do mundo, a partir de si mesmo. No plano histórico, os acontecimentos que concorreram para a eclosão do princípio da subjetividade foram a Reforma Protestante e a Revolução Francesa; pela Reforma Protestante, temos o declínio da mediação institucionalizada da Igreja Católica entre o sujeito e a verdade e, com isso, o início de novas condições. A Revolução Francesa significou a necessidade de afirmação do indivíduo livre por meio da universalização da razão. E o sistema do constitucionalismo antigo era, pois, integrado numa política dominada por características que somente viriam ser desconstituídas no século XVIII (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. São Paulo: Max Limonad, 2002, passim).

do bojo constitucional fundadas em juízos morais e valorativos, o que faz ela se aproximar da realidade da sociedade atual.

Ora, conforme esclareceu Paulo Bonavides,¹⁹ o avanço da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pode “afiançar a passagem de um constitucionalismo meramente programático para um constitucionalismo social de incontestável eficácia e juridicidade”²⁰

Conforme Daniel Sarmiento,²¹ assim surge o neo²²constitucionalismo que presume um constitucionalismo contemporâneo, ou ainda adviria de um constitucionalismo de direitos, de um constitucionalismo avançado ou simplesmente do paradigma argumentativo.²³

Nesse constitucionalismo de direitos, constata-se que sua superveniência deu-se em virtude da insuficiência do positivismo jurídico em albergar valores e princípios como oriundos do dever-ser que os tornaria operacionalizáveis constitucionalmente.

Assim, enquanto no neoconstitucionalismo se conjectura que certas normas encerram princípios, ou melhor, princípios constitucionais, almejam-se consolidar a descrição de que eles não se apresentam como simples termos linguísticos, impregnado que estão de valores coletivos que deverão ser alcançados – ou não – por seus destinatários, a seu arbítrio e em sua conformidade. Isto

¹⁹ O mesmo autor aponta as principais conquistas resultantes da nova hermenêutica do constitucionalismo da segunda metade do século XX: a) elaboração científica de um novo Direito Constitucional; b) criação de uma teoria material da Constituição diversa da sustentada pelo jusnaturalismo ou pelo positivismo formalista; c) superação da visão meramente jusprivatista e juscivilista para uma concepção em torno do direito público; d) uma nova interpretação, mais ampla, da Constituição e uma nova interpretação, mais restrita, dos direitos fundamentais, ambas autônomas e em recíproca sintonia; e) inserção do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, com a ampliação da incidência do direito constitucional para todas as áreas do direito; f) conversão dos princípios gerais do direito em princípios constitucionais com eficácia normativa; g) elaboração de uma concepção de pluridimensionalidade dos direitos fundamentais, antes concebidos somente no plano da subjetividade; h) expansão normativa do direito constitucional para todas as áreas do Direito; i) consagração da tese mais importante, de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da Ciência Política (BONAVIDES, Paulo. *Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos*. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais**. Lisboa: Coimbra, 1996, p. 583-584).

²⁰BONAVIDES, Paulo. *Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos*. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais**. Lisboa: Coimbra, 1996, p. 52.

²¹Sobre esse surgimento, Daniel Sarmiento explica que os adeptos do neoconstitucionalismo embasam suas concepções em ramificações teóricas bem heterogêneas, abrangendo, assim, entre outros, os pensamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, sendo que: [...] nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Por outro lado, tanto entre os referidos autores como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade de uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Não é tarefa singela definir neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que talvez justifique sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa (SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. SARMENTO, Daniel (Org.) In: **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2009, p. 11).

²² NEO = novo, ainda em desenvolvimento.

²³ MAIA, Antonio Moreira. *Nos vinte anos da Carta cidadã: Do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, 143.

é, estes não representam meras consignações empregadas por ensejo da ausência ou incapacidade normativa dos diplomas legais.

Destaque-se que a insurgente *fundamentação constitucional* atém-se, essencialmente, numa distinção entre princípios e regras, vez que, para seccioná-la da ordem jusnaturalista e positivista necessita-se de um instrumental interno que permita confrontar-se com situações complexas que insurge na sociedade em crescente transformação, ou seja, que o sistema jurídico possa utilizar-se de instrumentos de seu interior que estejam em conexão com a realidade gerando uma *reflexividade* que o permita resolver os conflitos que insurgem no sistema global de forma satisfatória e possibilite a realização das conquistas insufladas pela Carta.

Outrossim, note-se que a normatização de outras categorias jurídicas, fomentando uma ampliada abertura cognitiva do ordenamento, introduzindo uma renovada metodologia ao sistema jurídico, não conseguiu afastar definitivamente os institutos impetuosamente defendidos pelo positivismo, como o método da subsunção e o cerne epistemológico composto pelo binômio sujeito-objeto.

Ora, mesmo com o neoconstitucionalismo promovendo uma verdadeira transformação no núcleo axiológico do ordenamento brasileiro, com a introdução de vários subsídios que pudessem superar aquele arquétipo *estagnado* da mera subsunção das regras, ainda assim o mantém arquitetado sob o alicerce da filosofia da consciência.

Nesta fase, busca-se um maior *diálogo*²⁴, que reforce a comunicação do direito com o social abalizado pela realidade.

Deste modo, a intermediação da moral, sob o fulcro constitucional, pretende sufragar a elucubração de um novo paradigma que tivesse força suficiente para romper com as metalinguagens do positivismo – principalmente as atinentes à teoria da norma fundamental de Hans Kelsen²⁵ –, consignando-o por intermédio e orientação do Estado Democrático de Direito. Este, por sua vez, tem o *mister* de incorporar um renovado discurso constitucional, tendo por respaldo os princípios que se conjecturam como perenes representantes do retorno a uma efetiva inserção à realidade social em constante mutação (resgatar o mundo prático), por ocasião da total negação desta pela corrente juspositivista.

²⁴ Nesse ponto, poder-se-ia ensinar que este diálogo proposto se aproximaria à concepção de Jünger Habermas em suplantar a razão prática inserindo a razão comunicativa, ou ação comunicativa, apesar da semelhança, não é este o intuito, quer-se apenas prover um maior embasamento que dê fundamento à explicação. Ação comunicativa – e aqui não se está propondo uma teoria como prioritária – representaria de forma mais adequada os elementos que deveriam ser contemplados como válidos na realidade do mundo vivido. Dessa forma, se asseguraria o mais perfeito equilíbrio social. A discursividade do projeto habermasiano conjecturaria como de mais elevada consideração para um sentido universalista, na análise principiológica constitucional.

²⁵ KELSSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Com o advento do neoconstitucionalismo almejou-se suplantar e romper com as vetustas concepções positivistas, insuflando o Estado Democrático de Direito, vez que sob o manto do positivismo não havia debate de questões ou de conflitos sociais, por não serem concebidos como relevantes ao direito, e conseqüentemente às próprias Constituições.

Ademais, é indubitável que esta distinção (entre positivismo e pós-positivismo) passa a ser uma necessidade indispensável nesse modelo contemporâneo de Estado, onde as transformações que ensejam a complexificação de problemas exigem um modelo consistente que ultrapasse o da pura regra concreta legal, que se acastelava antes.

Registre-se ainda que, esta faceta do paradigma instaurado pelo neoconstitucionalismo deteria um âmbito apenas formal, já que o mero deblaterar da necessidade premente dessa ruptura não tem a capacidade de transformar o antigo em novo, o irrealizável em realizado, o abstrato em concreto.

Isto é, apesar de todo o defendido linhas acima, o simples brado da necessidade da superação de determinadas teorias (jusnaturalista e juspositivista, em especiais) perde a razão de ser as considerações afeitas ao neoconstitucionalismo, se o que se pretende com este novo modelo é se vislumbrar os valores, princípios e fundamentos constitucionais realizados.

Ora, a irrefletida caracterização de *neo* em sua nomenclatura atua como mero subterfúgio, querendo dar nova nomenclatura a uma *surrada vestimenta normativa*, pretende-se, assim, pós 1988, com a Constituição Federal, que o emuldramento constitucional venha arquitetado sob os alicerces de uma democracia que preza em ser conteudística, dando azo aos direitos fundamentais escudados em seu cerne, para se poder tomar como inerente ao sistema jurídico nacional o *novo constitucionalismo*.

Com efeito, poder-se-ia, asseverar que pelo quadro que se apresenta este modelo, como instituto importado de outras realidades e implementado na brasileira como se dessa coubesse perfeitamente, em *terrae brasilis* encontra-se em um estágio deveras diversificado, por ocasião de alguns fatores.

Inicialmente pela irreduzível inflação legislativa que é incapaz de verdadeiramente tutelar direitos; pela ostensiva irresponsabilidade de nossos administradores, o que conseqüentemente transporta ao Judiciário a concretização dos direitos fundamentais.

Assim, seu crescente protagonismo faz insurgir uma nova tendência sob o mando deste modelo: o *pós-neoconstitucionalismo*, já que é deveras maléfico ao ordenamento jurídico tupiniquim transpor de outras realidades fundamentos impraticáveis à realidade nacional.

Sob a insuficiência de se arrostar institutos à nossa realidade sem o devido cuidado, adverte-nos Humberto Ávila a insustentabilidade dos fundamentos oriundos do neoconstitucionalismo quando inserto no sistema jurídico nacional, aduzindo que:

Se existe um modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, pouco importa a sua denominação, baseado num modelo normativo ("da regra ao princípio"), metodológico ("da subsunção à ponderação"), axiológico ("da justiça geral à justiça particular") e organizacional ("do Poder Legislativo ao Poder Judiciário"), mas esse modelo não foi adotado, nem é absolutamente com que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo no Brasil. Se verdadeiras as conclusões no sentido de que os seus fundamentos não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, defendê-lo, direta ou indiretamente, é cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a. O "neoconstitucionalismo", baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se possa denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida de "não-constitucionalismo": um movimento ou ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização.²⁶

Neste sentido, ante a sistemática jurídica nacional, deve-se elucubrar a respeito de um neoconstitucionalismo com fundamento nas grandes disparidades da sociedade, que repleta de desigualdades preme por uma atuação positiva do Estado, no sentido de promover a mais ampla tutela dos direitos fundamentais consignados na Carta e, por via de consequência, valer-se de uma hermenêutica axiologicamente mensurada pela dignidade.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRECURSOR DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O princípio da dignidade da pessoa humana, bem como seu conceito não é tema contemporâneo, apresentando-se de forma corriqueira em debates e pesquisas de largo período e por vários séculos. Entretanto, a partir do segundo pós-bélico passou a ser assunto recorrente nas Constituições que surgiram posteriormente.

Com vistas a demonstrar sua importância e a necessidade de acolhê-lo como núcleo axiológico de tutela da pessoa humana convém realizar uma digressão histórica dos marcos mais importantes.

Segundo a visão dos cristãos, havia outra denominação para auferir a ideia de algo tão subjetivo. Ingo Wolfgang Sarlet²⁷ aponta que o conceito de dignidade seria oriundo da Bíblia Sagrada, que traz em seu corpo a crença em um valor intrínseco ao ser humano, não podendo ser ele

²⁶ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM. Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 202.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidadeda Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 29-37.

transformado em mero objeto ou instrumento. De forma que, a chave-mestra do homem é o seu caráter, “imagem e semelhança de Deus”; tal ideia, trazida na Bíblia, explicaria a origem da dignidade e sua inviolabilidade.²⁸

Já em um sentido filosófico e político na antiguidade, a dignidade humana estava atrelada à posição social que ocupava o indivíduo, inclusive considerado o seu grau de reconhecimento por parte da comunidade onde estava integrado.

Assim, na antiguidade, os primeiros passos de defesa da dignidade e dos direitos do ser humano encontram-se expressos no Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria e no Código de Manu, na Índia. Nesse diapasão, entende-se que nesse momento histórico era possível a classificação do indivíduo como sendo mais ou menos digno perante os outros, de acordo com seu *status* social.

Em contraponto, o pensamento estóico, classificava a dignidade humana como uma qualidade diferenciadora do ser humano com as demais criaturas da terra; esse conceito nos remete à ideia de liberdade do indivíduo, considerando-o como um ser capaz de construir sua própria existência e destino.

Logo, concluiu-se que o conceito de pessoa no sentido subjetivo, com direitos subjetivos ou fundamentais, inclusive dignidade, surge com o cristianismo e vem aperfeiçoada pelos escolásticos.

Na filosofia grega, segundo ensinamentos de Fernando Ferreira dos Santos²⁹ o homem era considerado um animal político ou social. Imperava nesse pensamento uma “confusão” na relação entre indivíduo, Estado e a natureza, uma mistura de cidadania e do ser.

Com o intuito de se esclarecer o que realmente vem a ser dignidade Luiz Antonio Rizzatto Nunes aponta que: “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”.³⁰

Assim, nesse contexto verifica-se um dos papéis do Direito, como instrumento pelo qual se controla a “bestialidade” dos atos humanos, ou seja, controlam-se os impulsos que venham a ser prejudiciais à sociedade como um todo. A dignidade apresenta-se, pois, como uma conquista da razão ético-jurídica. Seu conceito, porém, não é pacífico.

²⁸ ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

²⁹ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Uma Análise do Inciso III, do Art. 1º, da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 19-20.

³⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: Doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

Há também conceitos que traduzem a dignidade da pessoa humana como sendo o “direito a naturalidade” ou ainda “direito a contingência”, o que traz um enorme desconforto, se formos guiados apenas pela razão e autofinalidade.

Nesse contexto Chaves Camargo afirmando que a

[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.³¹

Porém, até a dignidade pode ser limitada, ou seja, a dignidade de uma pessoa só será ilimitada enquanto não afetar a dignidade de outrem.

E, diferentemente do que se pensa, não é possível a uma pessoa violar a própria dignidade, pois se trata de uma razão jurídica adquirida com o decorrer da história, cabendo então ao Estado a função de zelar a saúde física e psíquica dos indivíduos.

Como princípio fundador do Estado Brasileiro (CF art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana interessa não só pelo seu caráter principiológico, mas também, numa interpretação atrelada aos direitos fundamentais.

Segundo Pietro de Jesús Lora Alarcón,³² a tendência dos ensinamentos constitucionais é no sentido de reconhecer e valorizar o ser humano como a base e o topo do direito.

No período pós Segunda Guerra Mundial o que prevalecia era um ambiente envolto sob a neblina da dignidade da pessoa humana como sendo um valor indispensável para a instauração de um Estado de Direito Democrático promissor.

Assim, a forma na qual se revestiu tal princípio, de importância impar, foi coroada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, constando na primeira parte do art. 1º “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Em nossa realidade, a dignidade, como espécie de princípio fundamental, serve de base para todos os demais princípios e normas constitucionais, inclusive as normas infraconstitucionais. Sendo assim, não há como se falar em desconsideração da dignidade da pessoa humana em nenhuma forma de interpretação, aplicação e/ou criação de normas jurídicas, pois, se trata de um *supraprincípio* constitucional.

No histórico das Constituições brasileiras vê-se sua referência desde a Constituição do Império de 1824, já representando um papel ativo no que se refere a alguns direitos fundamentais

³¹ CAMARGO, Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p.27-28.

³² LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus. Constitucionalismo e Direitos Humanos: Algumas Reflexões Sobre o Caráter de Nossa Época. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, ano 11, n. 13, p. 483, 2007, p. 244-245.

como a liberdade, a segurança individual e a propriedade³³. E, nesse sentido ratificava os princípios da igualdade e da legalidade, ou seja, estabelecia que nenhuma lei seria imposta sem utilidade pública e acarretaria recompensa ou castigo de forma proporcional à aquele que merecesse, incluindo a abolição de privilégios.

Porém, não havia ainda menção expressa à dignidade da pessoa humana nas primeiras cartas constitucionais brasileiras, o que veio a ser expresso pela primeira vez na Constituição brasileira de 1934, no seguinte contexto do artigo 115: “a todos existência digna”. A partir deste momento se tornou imprescindível, mesmo que indiretamente, a abordagem constitucional da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, convém asseverar que esta consideração à dignidade não surtiu o efeito esperado por dois motivos: inicialmente por que a dignidade não conquistou o papel e sentido esperados, como cláusula que tem o condão de tutelar todo e qualquer indivíduo. Posteriormente, pelo fato de que as Cartas que se seguiram, apesar de manterem-na em seus textos, o período militar sucumbiu qualquer forma de prevalência ou interpretação que pudesse defender o indivíduo dos arbítrios ditatoriais.

Apenas com a Carta de 1988 é que este princípio ganha o respaldo e consideração devida, apresentando como característica a clareza no que se refere à importância da dignidade humana, em consequência de todo o contexto histórico já relatado.

Nesse sentido, como pano de fundo, a Constituição Federal de 1988 foi elaborada num cenário de pós-ditadura e de abertura política, aliados ao profundo sentimento da necessidade de solidariedade entre os povos.

Assim, nota-se a expressão de uma nova era das garantias individuais, resultado de lutas e abusos no árduo caminho do reconhecimento dessas liberdades, até se alcançar a promulgação desse texto.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado como parâmetro para a hermenêutica, a partir da Constituição Federal de 1988, sempre objetivando a ampliação do princípio da solidariedade humana para além das fronteiras das palavras, reconhecendo que a civilização só evoluiu e evoluirá quando todos, juntos, assumirem um projeto de vida que leve em consideração a essência humana: seres sociais a caminho de um mundo sempre melhor e em busca da mais ampla tutela dos direitos a todos inerentes, sendo nesses parâmetros que se sustentam o neoconstitucionalismo instituído pela Carta de Outubro e, conseqüentemente é nele que se deve apoiar os estudos da nova hermenêutica constitucional.

³³ ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 125-126.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO TRAZIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A COLONIZAÇÃO³⁴ CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo, considerado como um movimento universal, parte da premissa de que a Constituição é a manifestação política e expressa da comunidade, que tem a função de transcrever a ordem natural e social de um determinado povo em um determinado momento histórico.

Nesse sentido Juan Fernando Segovia nos explica que “lãs constituciones que conocemos son producto de un movimiento ideológico, estrictamente moderno, llamado constitucionalismo”.³⁵

Segundo Pietro de Jesús Lora Alarcón,³⁶ o Constitucionalismo deu seu primeiro suspiro na Inglaterra no século XIII, acompanhado de outros dois movimentos históricos que o antecederam, o *internacionalismo* originado no Tratado de Westfália em 1648 (trazendo consigo outras figuras como a nacionalidade e as confederações), e o *processualismo*, enfatizando o direito a jurisdição, a concreta prestação jurisdicional e as garantias das pessoas nos processos.

As sociedades organizadas passariam, então, a possuir uma Constituição que representasse, dentro do curso da história, sua evolução.

Isto conduziu o Direito Constitucional a ser a disciplina que analisa e estuda as Constituições. Logo, a razão e o fundamento das Constituições estão na sua efetividade, ou seja, se ela está sendo adequada e aplicada pela sociedade. Nesse sentido, o que está posto em debate é então a *legitimação* da Constituição, tendo em vista seus efeitos e eficácia e sua consequente concretização ante as necessidades da sociedade.

Esta fase do constitucionalismo, com a influência das Constituições Norte-Americana de 1787 e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791, tem como principal conteúdo a igualdade e os direitos da pessoa humana como valores fundamentais, o princípio da separação de poderes e os limites jurídicos do poder político.

Nesse sentido, a Constituição formal documentada em texto solene assume um caráter garantidor, embasado no reconhecimento da liberdade e na organização do poder os limites políticos.

³⁴ O sentido trazido ao termo refere-se à renovada forma de se vislumbrar a Constituição que, além de uma conquista da modernidade, fulcrada no Estado de Direito de índole Liberal, tem o condão de, na pós-modernidade, invadir todo o sistema jurídico se alastrando a todas as situações que o direito permeia, ou seja, o Texto Constitucional não só é concebido como um instrumento estanque distante da realidade, pelo contrário mergulhá-la, passando a refletir em toda a sociedade ante sua crescente complexificação.

³⁵ SEGOVIA, Juan Fernando. **Derechos humanos y constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 15.

³⁶ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus. Constitucionalismo e Direitos Humanos: Algumas Reflexões Sobre o Caráter de Nossa Época. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, ano 11, n. 13, p. 483, 2007, p. 481-487.

Com relação ao Brasil, inicialmente, convém asseverar que o constitucionalismo forjado pela história brasileira conjectura-se como um *pseudoconstitucionalismo*, já que as constituições insurgidas desde o século XIX representavam mero documento político, de composição do Estado e de seus Poderes instituídos, com singelas ou nenhuma preocupação com os direitos dos indivíduos que permeavam a sociedade. Documentos intocáveis e inalcançáveis conformando uma diminuta declaração de direitos.

Com a Constituição Federal de 1988, oriunda do processo de redemocratização do país, não foi muito diferente, em que pese houvesse uma gama extremamente dilatada de direitos e garantias que tinham o condão de tutelar os direitos dos cidadãos, sob este instrumento *pairavam* as sombras das restrições provenientes do longo período de ditadura.

O Texto Constitucional nasceu sob a desconfiança e incertezas de planos econômicos que em grande parte foram responsáveis por seu início ser marcado por uma *insolente inefetividade*.

Assim, com sua maturação e consolidação, já que passados mais de 25 (vinte e cinco) anos de sua promulgação, pode-se afirmar que, mesmo em passos lentos, é acentuada a tendência da busca incessante pela efetivação de direitos, fato que tem como responsáveis incontestáveis os Poderes de Estado, já que conjectura-se que a Carta de Outubro invadiu todo o sistema jurídico nacional, passando a ser o guia e o bordão de apoio de toda a normatividade estatal.

No entanto, não se resumiria como uma simples transformação do *antigo* constitucionalismo para um novo. O neoconstitucionalismo pode ser concebido sob uma dupla perspectiva que se complementa: como teoria do direito e filosofia do direito.

Pela teoria do direito traz a crescente preocupação com a modificação do instrumental que se utiliza para se realizar a devida tutela do direito; pela filosofia almeja a superação da filosofia da consciência com a reintrodução da moral e da ética nos debates jurídicos, aproximando as diretrizes constitucionais das necessidades e da realidade da sociedade.

É corrente o entendimento que este fenômeno representa a superação do positivismo e do jusnaturalismo, ressalvados tal posicionamento, constata-se que o neoconstitucionalismo denota bem mais do que isso!

Não tem o intuito apenas de superá-los, mas também de inovar, de modificar, traçar novos paradigmas para se alcançar, especialmente de tornar os ditames constitucionais concretizando-os.

O fenômeno que expressa o neoconstitucionalismo foi grandemente disseminado e estudado pelos mais diversos autores da atualidade, fato que gera um elevado número de teorias controversas e imprecisas, por isso mesmo seu significado não é unívoco. Porém, extrai-se, dentre esta variabilidade de teorias, alguns parâmetros visando delinear-lo.

O neoconstitucionalismo pode se conjecturar um novo modelo de Estado de Direito, uma teoria do direito que teria o intuito de justificar as características ínsitas desse novo paradigma e ainda, representando uma ideologia que releve a fórmula política do mesmo modo denominada.³⁷

Já no entender de Paolo Camanducci, do mesmo modo que no constitucionalismo o neoconstitucionalismo também designaria modelos que comportam instrumentos institucionais e normativos que tem o condão de limitar os Poderes de Estado com o fim de resguardar os direitos fundamentais constantes do Texto Constitucional.³⁸

Dentro dessas insignes teorizações vislumbra-se que, verdadeiramente, encontra-se inserto no neoconstitucionalismo são duas questões diretamente conectadas ao Estado hodierno, que depreendem de uma banda, a uma gama de fenômenos evolutivos que proporcionaram manifestos efeitos aos contornos do Estado Constitucional; por outra, infere-se à premente necessidade de edificação de uma consistente teoria do direito que se adapte as atuais mutações advindas da sociedade e, especialmente, na filosofia do direito contemporânea, que sobrepuje os moldes subsuntivos com um modelo anti-positivista competente para modificar o quadro que se *pintou* no século passado, e que este século seja voltado à efetivação das diretrizes constitucionais.

A cultura jurídica positivista dos operadores jurídicos impede-os de visualizar a atuação jurisdicional como o campo mais propício e, quiçá, fértil para que floresça os direitos fundamentais que o Estado tem o condão de realizar, o que torna o paradigma neoconstitucionalista deveras mitigado e incapaz de cumprir o compromisso constitucional da contemporaneidade.

Nesta senda, ante a variabilidade e a impossibilidade de se traçar um único viés em que se possa compreender como neoconstitucionalismo, faz-se referência aos *avatares* que este fenômeno proporcionou em três âmbitos do desenvolvimento teórico do direito, quais sejam, em nível do Texto Constitucional, da atividade jurisdicional e da produção doutrinária.

4 FORMAS DE EXPRESSÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Reafirmando a compreensão que o neoconstitucionalismo não tem acepção única, nem desenvolvimento ou teorização inequívoca entre os doutrinadores, no que tange às formas de construção de sua expressão também se queda um tanto quanto dispares.

³⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta. 2003, p. 123.

³⁸ CAMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: Uma análise metateórica. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta. 2003, p. 75.

Assim, quanto ao âmbito teórico da edificação do neoconstitucionalismo, introduz-se a classificação proposta por Luiz Roberto Barroso³⁹ que subdivide seus elementos em três linhas: o reconhecimento de força normativa à Constituição, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e a expansão da jurisdição constitucional.

Entretanto, apesar de ser louvável o posicionamento deste autor, este fenômeno da contemporaneidade não se restringe apenas sob estas premissas, vai mais longe, poder-se-ia afirmar que tem íntima ligação com a própria efetividade dos direitos fundamentais, exaustivamente debruçados na Carta.

Com efeito, de forma mais flexível, a manifestação do neoconstitucionalismo pode-se ser fracionada em três âmbitos de apreciação que se compatibilizam, quais sejam: a) o dos Textos Constitucionais, que conjectura-se numa maior substantividade albergando um dilatado elenco de direitos fundamentais; b) o da atividade judicial, a jurisdição, passando a valer-se da abertura principiológica, conjugado com métodos hermenêuticos e argumentativos mais flexíveis perpassados às decisões judiciais; e c) do alargamento teórico da produção doutrinária que busca insuflar a participação no processo de criação.⁴⁰

Ora, a manifestação do neoconstitucionalismo no Texto Constitucional de 1988 pode ser extraída das conformações afeitas, principalmente, à impossibilidade dos direitos fundamentais serem objeto de emenda à Constituição, bem como no que diz respeito aos fins que o Estado deve cumprir, sem contar a referência ínsita à consideração da dignidade humana dos membros da sociedade.

Ao que concerne à ampliação da produção doutrinária, o alargamento teórico representa a crescente preocupação dos autores jurídicos em tentar adequar as necessidades prementes na sociedade e os direitos presentes tanto nas leis como nas Constituição, todavia, o que norteará todas as criações que tem por base a Constituição Federal elevando como fundamento axiológico a pessoa humana dignamente considerada, pois somente dessa forma a teoria galgará uma prática consistente e responsável em perquirir o compromisso constitucional, que seria complementada e viabilizada pela atividade jurisdicional, que será objeto de exame no próximo subitem.

Riccardo Guastini aventa referido fenômeno da contemporaneidade como decorrente de uma “Constituição invasora”, que tem o desígnio de promover uma modificação em todo ordenamento jurídico, adentrando-o e aperfeiçoando-o com o teor das normas constitucionais, “um ordenamento

³⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 203-249.

⁴⁰ Desdobramento este que se aproxima muito do posicionamento defendido por Miguel Carbonel (CARBONELL, MIGUEL. **Neoconstitucionalismo: Elementos para uma definición**. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Maurício. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.197-208).

jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”.⁴¹

Com efeito, a invasão constitucional no neoconstitucionalismo cria uma mutação operacional no sistema jurídico, vez que a interpretação do plano legal verte-se em função dos valores constitucionalizados, especialmente delineando a aplicação e a técnica principiológica visando à edificação de uma concepção dogmática.

Neste ínterim, defere-se que se tem como consequência insofismável do neoconstitucionalismo, resultado da necessidade de, verdadeiramente, se desvelar em todos os âmbitos o Texto Constitucional, o fortalecimento da atuação jurisdicional, vez que como Poder, igualmente constituído, o Judiciário deste Estado Constitucional Democrático subordina-se à força daquele, no afã de proporcionar sua efetividade, e não apenas manter a constitucionalização ou neoconstitucionalização simbólica como fazem os demais Poderes de Estado.

4.1 Do constitucionalismo *simbólico* ao neoconstitucionalismo *simbólico*: Manutenção da inefetividade dos mandamentos constitucionais?

Houve diversos momentos na evolução histórica – e ainda há – do Estado de Direito, desde a instituição das primeiras Constituições, em que os seus Textos apesar de conterem determinações de índole institucional, de formação e orientação do Estado, consignando os Poderes e determinado o modo de concepção política, que de maneira mais assídua ou mais branda eram preenchidas. Havia, também, outros tantos assentamentos que passavam despercebidos das considerações quer dos membros do Legislativo, quer do Executivo.

Este era o fenômeno que tornava as Constituições mero baluarte, *monumento* incólume à consumação de seus fundamentos, princípios e finalidades, destinados àqueles que pertenciam a este Estado, compreendendo, a exemplo do que aduz Marcelo Neves⁴², a constitucionalização simbólica.

Assim, em que pese houvesse toda uma estrutura que conjecturasse determinações jusfundamentais à conformação da tutela dos direitos declarados em seu bojo, essas se quedavam inertes, sob um pedestal inalcançável e inexecutável.

Sob este panorama, em *terrae brasilis*, vislumbrou-se o mesmo panorama, em que praticamente a totalidade de suas determinações constitucionais, desde o século XIX eram

⁴¹ GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

⁴² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

permeadas por um simbolismo sem precedentes, em que se proporcionava mais valor e poder às leis e aos Códigos do que às Constituições e, ainda ao Legislativo era outorgada posição de destaque em sua função consistia em tentar justificar a *irrealizabilidade constitucional*.

Depreende-se que há uma insistente “discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais”.⁴³ Nesse contexto, o *déficit eficaz* das normas constitucionais, instaurado principalmente pela exacerbada função legiferante em que a fictícia proteção da lei de todas as situações que podem gerar alguma modificação no mundo dos fatos, também poderia ensejar a mais ampla tutela prestacional de direitos fundamentais, como justificativa à imprescindível efetividade da Carta.

Ora, esta legislação-justificativa tem o intuito de cominar concretude e presteza, conformando-se em:

[...] Criar uma imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica⁴⁴

Nesta senda, elucubra-se a iniquidade do malfadado constitucionalismo simbólico, vez que a busca em efetivar fórmulas desprovidas de qualquer vinculatividade com os fundamentos constitucionais vertem-nas ao Poder Judiciário o dever de dessimbolizá-los.

Ademais, convém afiançar com a Constituição de 1988, segundo Hermes Zaneti Júnior, insuflou uma modificação sob a perspectiva dos domínios políticos, detendo uma “aberturaparticipativa e reconhecimento de diversas instâncias de decisão política”.⁴⁵ Ou seja, a democracia, gradativamente vem perpassando por uma mitigação da prevalência dos Poderes Executivo e Legislativo, em que havia um controle central desses dois, para uma composição em que a divisão dos Poderes passa a ser verdadeiramente tripartista, ou melhor, pluralista, assumindo todos os redutos de concretização constitucional. E, ainda,

Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centralizado no juiz, apolítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático que relaciona autor, juíze réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica; em síntese, na garantia substancial do contraditório.⁴⁶

Esse renovado papel que passa a desempenhar o Poder Judiciário conjectura-se numa modificação na *ideologização* da função exercida pelo julgador, e por consequência, dos operadores

⁴³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1.

⁴⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-40.

⁴⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 55.

⁴⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 55-56.

que postulam em juízo. Devendo o juiz desmistificar a *nefasta* neutralidade que o torna imune à realidade e enclausurado ao processo, a imparcialidade é inerente a sua atividade, porém não precisa transformá-lo em neutro, isento de responsabilidade ante a Carta que tem o dever de tornar viabilizada pela decisão. A neutralidade não faz justiça entre as partes, pelo contrário, gera mais injustiça.

Nesta senda, assevera Walber de Moura Agra que:

Ao defender que a Constituição é uma “ordem objetiva de valores” e que a concretização dos direitos fundamentais deve garantir um mínimo existencial ou densidade suficiente de seus preceitos está se tentando assegurar sua efetiva realização, mormente dos direitos que têm uma natureza programática. Dessa forma, o Supremo Tribunal Constitucional assume uma relevante importância no sentido de implementar os direitos fundamentais abrigados pela Constituição de 1988, tornando-se o “guardião dos valores”, o instrumento de tutela e efetivação das prerrogativas dos cidadãos.⁴⁷

Assim, compete ao Poder Judiciário o mister de tutelar efetivamente as declarações constitucional impedindo que a lepra da constitucionalização simbólica contamine o neoconstitucionalismo que se avulta, mantendo a inefetividade dos mandamentos constitucionais e inadimplindo o compromisso elucubrado na Carta, como que seus *substantivos, adjetivos, advérbios, verbos e conjunções* fossem tidos como não ditos.

4.2 Manifestação do neoconstitucionalismo na atividade jurisdicional: A *hermenêutica neoconstitucional*

Conforme elucubrado linhas acima, conjectura-se que uma das formas de manifestação do neoconstitucionalismo é a atividade jurisdicional, entretanto, deve-se anotar que não compreende aquela ainda tão insistentemente forjada pelos operadores nacionais, da simples subsunção do fato à norma, do juiz mera boca da lei, que descreve o fato típico que se conformou à norma sem se deter às necessidades dos jurisdicionados e à realidade que circunda a sociedade.

Devendo, ademais valer-se de um inter-relacionamento entre atividade jurisdicional, através do processo, vinculado aos direitos fundamentais constantes do Texto Constitucional, vez que:

A relação entre a Constituição e o processo pode ser feita de maneira *direta* quando a Lei Fundamental estabelece quais são os direitos e garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Por outro lado, tal relação pode ser *indireta*, quando, tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc.), dá ensejo a que o legislador

⁴⁷ AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 500.

infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto.⁴⁸

Sob esta perspectiva, constata-se que a legitimidade democrática do Judiciário não decorre tão-só de uma determinação normativa, mas se constrói em sua atuação no campo da hermenêutica constitucional realizando o escudado no Texto Constitucional. Ora, depreende-se assim que:

O papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção legislativa.⁴⁹

É necessário um protagonismo que tenha por *bandeira* a realização democraticamente assegurada aos direitos fundamentais. Assim, em que pese ainda se possa falar da ausência de sua legitimidade, no neoconstitucionalismo, sua pró-atividade se faz premente para não tornarmos os mandamentos constitucionais meras promessas sem concretude, com carga apenas simbólica, é nessa perspectiva que o juiz detém a referida legitimidade sob os auspícios de uma responsabilidade ética-constitucional de tutelar os direitos fundamentais.

[...] torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional, que ainda não se adaptou as suas “lições” às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo as necessárias atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.⁵⁰

A assunção pelo Poder Judiciário de funções consignadas precipuamente aos demais Poderes – especialmente pela representatividade – tem o condão de promover um debate político-jurídico qualificado no que diz respeito aos direitos fundamentais.

A transformação política advém da influência proveniente do poder judicial que se maximiza, aspecto que *redefine* a divisão dos poderes.⁵¹ A legitimidade da jurisdição depende de uma atividade interpretativa, desde que, coerente e integral e responsável.

Nesta vereda, tem-se o entendimento de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao confirmar que:

Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.⁵²

⁴⁸CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 139.

⁴⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007, p.69-70.

⁵⁰ KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os(des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 91.

⁵¹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría Del derecho em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconsitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta. 2003, p. 165.

⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 230.

A Constituição outorga à atividade jurisdicional uma consciência hermenêutica, que deve ser tomada como *neotécnica* imprescindível à sua realização. Assim, o Judiciário “só se legitima como Poder na medida em que garante o respeito e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão”.⁵³

Assim, sendo a atividade jurisdicional conformadora da tutela jurisdicional de direitos, a hermenêutica, sob fundamento neoconstitucional, apresenta-se, juntamente com os procedimentos e técnicas processualmente consignadas, como uma nova possibilidade de se concretizar os direitos fundamentais tornando efetiva a prestação da atividade jurisdicional.

A perspectiva interpretativa do direito enseja uma reprogramação da responsabilidade ínsita ao julgador de índole política e moral, já que a compreensão hermenêutica do juiz seria a única apta a captar a complexidade do fenômeno jurídico,⁵⁴ ante a realidade.

Contudo, no que tange à promoção da dignidade humana por meio da jurisdição, não detém uma possibilidade simplificada apesar de ser uma característica ínsita a todo e qualquer ser humano, principalmente por tal cláusula geral ser embebida de um conteúdo altamente abstrato e plurissignificativo, porém, essa indeterminabilidade não é fator de irrealizabilidade de direitos que dependem da promoção da dignidade para se concretizarem.

Neste íterim, comporta à dignidade uma interpretação moralmente reflexiva do julgador, compreendendo esta o embasamento precípua de presença insofismável do neoconstitucionalismo na atuação jurisdicional.

Todavia, como bem adverte Arthur Kaufmann, os princípios, e especificamente a dignidade humana, não podem ser aplicados:

[...] como se de uma receita culinária se tratasse; e não se pode neles ‘subsumir’ como se faz sob o tipo de furto. Eles são demasiado gerais para que tal seja possível. Mas tais princípios são importantes tópicos de argumentação e assumem um especial relevo, sobretudo, quando está em causa tutela das minorias e dos mais fracos. Está claro que tais princípios são tanto mais contingentes quanto mais concretamente os concebemos e raramente se poderá fundamentar uma decisão apenas em um desses princípios. Não se pode expor em abstracto a forma como operam os princípios gerais de direito na argumentação, apenas se podem dar exemplos”.⁵⁵

Dessa forma somente dentro de uma tutela jurisdicional que considere a realidade e a necessidade de se promover amplamente a dignidade de todos os membros do corpo social é que se poderá afirmar que estamos vivenciando uma época, Estado e Constituição que se conforma ao fenômeno do neoconstitucionalismo.

⁵³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 175.

⁵⁴ ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas en el derecho?** Bogotá: Siglo del Hombre, 1999, p. 158.

⁵⁵ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 272-273.

Ademais, há de se constatar que essa mudança paradigmática além de abranger a atual processualística, fulcrada no vigente Código de Processo Civil, diante do texto do anteprojeto de um novo Código vislumbra-se que também vem galgando relevo à consideração dessa nova teorização, que por se manifestar na atividade afeita ao processo nomina-se *neoprocessualismo*, porém não perde a caracterização de neoconstitucionalismo, que conjectura-se como um processo que tem por concepção precípua os nortes fornecidos pela Carta, diferentemente daquele que detinha embasamento liberal, no qual o que valia era a vontade das partes, o processo era privatista, não havia qualquer anseio social ou coletivo que visasse o desenvolvimento da sociedade como um todo

Enfim, convém ressaltar que para que a atividade jurisdicional torne-se ínsita ao fenômeno do neoconstitucionalismo o processo que deve estar constantemente mergulhado na realidade, não se justificando a perspectiva meramente estática, nos estritos limites da lei, as relações humanas são extremamente complexas e mutáveis, não cabendo traçar um quadro enclausura como se a realidade fosse imutável.

A realidade é mutante, líquida, flui, dispersa, cresce e fenece conforme os atores que a encenam. Ou seja, ao direito é impossível normatizar todas as situações insurgentes no cerne da sociedade, competindo ao Judiciário protagonizar as devidas análises interpretativas visando a tutela dos direitos fundamentais, como preocupação moral em implementá-los.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O século XXI vem reafirmar e revisitar o paradigma insurgido na última década do século passado. Apesar de o neoconstitucionalismo ser fenômeno que já se afigura no mundo jurídico há certo tempo, vislumbra-se que sua abordagem e análise não teve a devida reverência, pois, em que pese tenha surgido diversas teorias que o tentaram explicar, nenhuma se ateu a importância prática que este traria na realização dos direitos fundamentais e na promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a dignidade humana volta a ter valor destacado na proteção do ser humano, devendo ser preservado por ações positivas, que por parte do Estado se concretizam, especialmente, por seus Poderes constituídos.

O ser humano é um fim, com seu espaço dentro da sociedade, devendo ser aceita e preservada na sua dignidade como impar e incita de cada indivíduo da sociedade.

Logo, sendo o ser humano ente da comunidade, tem ele direito, não apenas aos direitos de preservação da autodeterminação, como também aos direitos de preservação da dignidade material, que são os chamados direitos fundamentais sociais.

Assim, no atual estágio do constitucionalismo brasileiro é necessário que a Constituição possua força normativa suficiente para fazer valer o direito posto e não servir apenas de declaração política, garantindo-se a vida e a dignidade, que são valores essencialmente independentes e necessariamente correlatos, num paradoxo necessário para a manutenção do seu conteúdo, e do mais alto grau de importância, como determinantes da positividade jurídica.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo, surgido a partir das concepções renovadas da teoria do direito e da introdução da filosofia do direito nos debates intimamente jurídicos, aloca a Constituição no núcleo do sistema jurídico, conferindo-lhe força normativa vinculatória com efeito irradiante sobre toda ordem jurídica.

Com efeito, a consideração e necessidade do acolhimento de um juízo moral na interpretação das normas do ordenamento jurídico brasileiro, com vistas à tutela jurisdicional dos direitos da pessoa humana.

A preocupação com a manutenção e a promoção da dignidade da pessoa humana passa a nortear as atividades executivas, legiferantes e as técnicas hermenêuticas judicantes, como finalidade precípua do Estado *Neoconstitucional* Democrático de Direito, com o objetivo de se evitar a manutenção da situação de recorrente inefetividade, que desde o advento da Carta de 1988, assola os mandamentos constitucionais

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2007.

_____. A legitimação da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas em El derecho?** Bogotá: Siglo Del Hombre, 1999.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE: George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, democracia deliberativa à atuação do STF. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais**. Lisboa: Coimbra, 1996.

_____. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: Unanalysismetateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconsitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta. 2003.

CAMARGO, Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, processo e organização. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra, v. LXVI, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Org.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTR, 1998.

CARBONELL, MIGUEL. Neoconstitucionalismo: Elementos para uma definición. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Maurício. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoria del derecho y tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconsitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta. 2003.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconsitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os(des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2. ed. Campinas: Russell, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus. Constitucionalismo e Direitos Humanos: Algumas Reflexões Sobre o Caráter de Nossa Época. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, ano 11, n. 13, p. 483, 2007.

_____. **Patrimônio genético humano: e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

MAIA, Antonio Moreira. **Nos vinte anos da Carta cidadã: Do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel;

BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

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

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: Doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta. 2003.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Análise do Inciso III, do Art. 1º, da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. SARMENTO, Daniel (Org.) In: **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SASTRE ARIZA, Santiago. **Ciência jurídica positivista y neoconstitucionalismo**. Madrid: MacGraw Hill, 1999.

SEGOVIA, Juan Fernando. **Derechos humanos y constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **História e Constituição**. Madrid: Trotta, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.