

NEOCONSTITUCIONALISMO: A ÉTICA E A SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO ASSOCIADAS AO CONSTITUCIONALISMO DO PERÍODO CONTEMPORÂNEO

NEOCONSTITUTIONALISM: ETHICS AND SOCIALIZATION OF LAW ASSOCIATED WITH THE CONSTITUTIONALISM OF THE CONTEMPORARY PERIOD

Anderson de Oliveira Silva^{1, 2}

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário ICESP de Brasília, pesquisador e extensionista bolsista (PIBEX), integrante dos grupos “Consumidor e os seus direitos” e “Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”.

² Artigo desenvolvido sob orientação da Profª. Fernanda Passos Jovanelli de Oliveira - docente do curso de Direito do Centro Universitário ICESP de Brasília -, e patrocinado pelo Núcleo de Extensão do ICESP (NEXT/PROEX) como decorrência do programa de bolsas de extensão (PIBEX).

Resumo: O presente artigo buscou relacionar a fase do constitucionalismo contemporâneo - neoconstitucionalismo - com a pretensão decorrente da Constituição Federal brasileira de 1988: garantir eficácia real às normas vinculando-as a preceitos éticos. Logo, explana-se sobre o constitucionalismo do futuro, segundo a doutrina de Dromi, destacando os pontos em comum com a sociologia de Luhmann - o Direito como resultado da necessidade social. Dessarte, a questão que norteia o artigo é “como”, uma vez que se evidencia a evolução do constitucionalismo e como ele vincula-se à ética. Portanto, a importância do artigo reside na necessidade da revisão de valores constitucionais, isto é, da percepção da noção de eficácia constitucional de acordo com as necessidades contemporâneas.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Jusnaturalismo; Ética do Direito; Sociologia do Direito.

Abstract: The present article sought to relate the phase of contemporary constitutionalism - neoconstitutionalism - with the intention arising from the Brazilian Federal Constitution of 1988: to guarantee real effectiveness to the norms, linking them to ethical precepts. Therefore, it explains the constitutionalism of the future, according to Dromi's doctrine, highlighting the points in common with Luhmann's sociology - Law as a result of social need. Thus, the question that guides the article is “how”, since it highlights the evolution of constitutionalism and how it is linked to ethics. Therefore, the importance of the article lies in the need to review constitutional values, that is, the perception of the notion of constitutional effectiveness in accordance with contemporary needs.

Keywords: Neoconstitutionalism; Jusnaturalism; Ethics of Law; Sociology of Law.

Sumário: Introdução. 1. O caminho ao Neoconstitucionalismo. 1.1. Do constitucionalismo antigo ao contemporâneo. 1.2. Constitucionalismo contemporâneo e as concepções de Roberto Dromi. 1.3. Neoconstitucionalismo. 2. Neoconstitucionalismo, ética e a sociologia do Direito de Luhmann. Considerações finais. Referências.

Introdução

Sabe-se que, quando se trata de Constituição de um Estado, nem sempre existiram direitos e garantias constitucionais em um documento que fosse pautado em ideais axiológicos. Nesse

sentido, no presente artigo trabalha-se o caminho percorrido desde quando o poder estava ilimitadamente nas mãos do Estado até o momento em que só a limitação desse poder já não é mais suficiente.

Nesse caminho, comenta-se sobre a primeira noção de que o Estado deveria ter seu poder limitado por meio de garantias fornecidas ao povo. Em seguida, discute-se sobre a ineficácia da mera existência de uma Constituição, um documento que só se apresenta e não se faz valer. Após, relaciona-se o ideal buscado pelo movimento neoconstitucionalista com as expectativas em relação às normas diante dos ensinamentos do sociólogo Niklas Luhmann.

Para todo esse percurso, de acordo com a metodologia científica de Prodanov e Freitas (2013), qualifica-se este artigo pelo método científico dedutivo, uma vez que se parte de ideias gerais para que se possa chegar a uma conclusão particular. No mesmo sentido, o objetivo do estudo qualifica-se como exploratório-explicativo, dado que primeiro busca-se familiaridade com os institutos para após aprofundar o conhecimento da realidade casuística.

Acerca do procedimento técnico foi utilizada a pesquisa bibliográfica, pois se tratam de teorias e fases teóricas de movimentos históricos. Nesse espeque, a abordagem utilizada é inteiramente qualitativa, haja vista a coleta de dados ser por intermédio da interpretação e ensinamentos de autores diversos.

Por fim, vale informar que a questão que move o presente artigo é “como”, no sentido de tentar chegar a uma conclusão de como foi o percurso até o neoconstitucionalismo e como ele se correlaciona com as necessidades do período contemporâneo.

1. O caminho ao neoconstitucionalismo

O processo histórico constitucional até a chegada do neoconstitucionalismo implica na observância de características peculiares de cada tempo e Estado. Nesse sentido, conforme se observará, há divergências doutrinárias acerca de alguns pontos, o que torna o histórico do constitucionalismo apreciado por variadas perspectivas.

Desse modo, expõe-se no presente artigo o constitucionalismo desde o período antigo, pois conforme ensina Tavares: “[...] tem-se que a consagração da primeira Constituição escrita não coincidiu, cronologicamente, com o surgimento de ideias, institutos e valores caros ao constitucionalismo” (2020, p. 83).

1.1. Do constitucionalismo antigo ao contemporâneo

Antes de tudo, importa conceituar o termo constitucionalismo, também entendido pela doutrina como movimentos constitucionais, dado que, conforme aduz J. J. Gomes Canotilho, não existe um único constitucionalismo, mas vários – v.g. modelo inglês, modelo francês, modelo americano - (2003 *apud* LENZA, 2020). Nesse sentido, Canotilho define o termo como:

[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou teoria do liberalismo (2003, p. 51 *apud* LENZA, 2020, p. 65).

Por outra perspectiva, André Ramos Tavares (2020) identifica pelo menos quatro sentidos que definem o termo constitucionalismo: como movimento político-social, o qual possui o fito de limitar o poder do Estado; como requisição de que existam Cartas Constitucionais¹ escritas; como indicador dos propósitos atuais da função e posição das Constituições na sociedade; como indicador do decorrer histórico-constitucional de um Estado.

De todo modo, para que seja possível reconhecer o constitucionalismo, ou movimento constitucional, interessam algumas exigências. Assim, Louis Henkin catalogou-as da seguinte forma:

1) soberania popular para o constitucionalismo atual (*we the people*); 2) supremacia e imperatividade da Constituição, limitando e estabelecendo o Governo; 3) sistema democrático e governo representativo, mesmo em tempos de emergência nacional; 4) governo limitado, separação de poderes e *checks and balances*, controle civil dos militares, governo das leis e *judicial control*, assim como um Judiciário independente; 5) direitos civis respeitados e assegurados pelo governo, geralmente aqueles indicados na Declaração Universal. Os direitos podem ser limitados, mas essas limitações devem ter limites; 6) instituições que monitorem e assegurem o respeito à Constituição; 7) respeito pelo *selfdetermination*, o direito de escolha política livre (TAVARES, 2020, p. 74).

Depois de evidenciadas as definições e características que modulam o termo constitucionalismo, acentue-se que a limitação do poder estatal por intermédio de uma Carta

¹ A Carta Constitucional aqui compreendida não faz distinção entre Carta Constitucional e Constituição. Distinção esta baseada na classificação de Pedro Lenza (2020), o qual considera Carta Constitucional como aquela em que não há participação popular – outorgada. Essa distinção é objeto de observação durante o decorrer histórico do constitucionalismo.

Constitucional escrita não é sinônimo de Constituição. Isso porque, de acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 33)²: “Em todos os lugares do mundo e em todas as épocas sempre existiu e sempre existirá isso que chamamos de Constituição”.

A digressão citada baseia-se na noção de Constituição material (real), a qual se constitui pelo modo de ser da sociedade, isto é, qualifica-se pelos elementos da identidade, noção de pertencer àquela comunidade; da organização social e especialização - hierárquica e de linha sucessória -, noção de como se dá a hierarquia de poder; e dos valores subjacentes – regras -, que são preestabelecidos (FERNANDES, 2020).

Após o exposto, passa-se ao desenvolvimento do percurso do constitucionalismo na história. No entanto, vale mencionar que, apesar da história da Europa poder ser dividida em Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea - divisão comumente conhecida -, Canotilho faz menção a apenas dois movimentos constitucionais – antigo e moderno -, sendo este caracterizado como:

[...] 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 forma de ordenação e fundamentação do poder político (2003, p. 52 *apud* LENZA, 2020, p. 65).

Posto isso, inicialmente, conforme encontrado em parte da doutrina (v.g. Pedro Lenza, Ana Paula de Barcellos, André Ramos Tavares) fala-se do constitucionalismo durante a antiguidade³, uma vez que a percepção – moral, religiosa ou filosófica – de que exista hierarquia entre as normas de modo a limitar o poder do Estado é antiga e remete, no mínimo, aos registros bíblicos do Antigo Testamento e à Grécia antiga (BARCELLOS, 2018).

O filósofo germânico Karl Loewenstein (1970 *apud* LENZA, 2020) identificou entre os hebreus o surgimento do constitucionalismo, embora de forma suave. Isso diante das limitações que o poder político poderia sofrer pelos profetas, os quais possuíam a legitimidade de fiscalizar os atos que não seguissem os limites bíblicos, estabelecendo-se, assim, um Estado teocrático.

² Segundo o professor, essa digressão foi desenvolvida propedeuticamente por Ferdinand Lassalle em seus estudos, em 1863.

³ No entanto, Fernandes (2020) expõe que o movimento do constitucionalismo guarda íntima relação com as revoluções americana e francesa, bem como a existência de um constitucionalismo britânico. No mesmo sentido, o Ministro Alexandre de Moraes (2020) entende que a origem formal do constitucionalismo liga-se às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos – em 1787 – e da França – em 1791 -, a partir da Revolução Francesa.

Ana Paula de Barcellos (2018) comenta que, nesse período, a legislação mosaica era superior até mesmo às normas expedidas pelos monarcas, ou chefes tribais.

Em período seguinte, Tavares (2020) aduz que, no Século V a.C., as Cidades-Estado gregas são consideradas o primeiro caso de democracia constitucional. Nesse sentido, comenta Karl Loewenstein que a democracia direta, a qual era própria dessas Cidades-Estado, consagrava o único exemplo no qual o poder político estava equitativamente distribuído entre os cidadãos ativos (1970 *apud* LENZA, 2020). Além disso, o regime constitucional das Cidades-Estados gregas permitia que qualquer cidadão tivesse acesso aos cargos públicos, consequentemente às diversas funções estatais (TAVARES, 2020).

Todavia, essa fase do constitucionalismo – regime constitucional e democrático⁴ – foi interrompida pelo regime despótico, o qual possui como uma de suas características o não atendimento a qualquer diploma legal (TAVARES, 2020).

Em sequência, fala-se em constitucionalismo na Idade Média. Pedro Lenza (2020) expõe que a Magna Carta de 1215 é o marco do constitucionalismo medieval. Isso se fundamenta por conta de uma das cláusulas mais conhecidas desse documento, conforme Barcellos (2018, p. 24) a apresenta:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Ensina Barcellos (2018) que a Magna Carta não é o único exemplo de marca do constitucionalismo que se pode ter nesse período, haja vista outros documentos, ou acordos, existentes entre monarcas e nobres que ocorreram ao longo desse período.

Nesse cenário, afirma-se que, na Idade Média, o constitucionalismo reaparece trazendo a conquista de liberdades individuais (TAVARES, 2020), sobretudo com o advento de uma lei fundamental. Nesse ponto, comenta Canotilho:

A ideia da lei fundamental como lei suprema limitativa dos poderes soberanos virá a ser particularmente salientada pelos monarcas franceses e reconduzida à velha distinção do século VI entre '*lois de royaume*' e '*lois du roi*'. Estas últimas eram feitas pelo rei e, por conseguinte, a ele competia modificá-las ou revogá-las; as primeiras eram leis fundamentais da sociedade, uma espécie de

⁴ Segundo Tavares (2020, p. 75): “É importante advertir que as constituições das Cidades-Estado, especificamente na obra de ARISTÓTELES, eram pensadas não como um fundamento do poder, mas sim assinalando a identidade da comunidade política”.

lex terrae e de *direito natural* que o rei devia respeitar ([2003?], p. 61-62 *apud* TAVARES, 2020, p. 76).

Observa-se que, tradicionalmente, esses limites os quais eram impostos aos monarcas – até mesmo pelos documentos ou acordos - possuíam vínculo com a superioridade ontológica do seu conteúdo, isto é, possuíam embasamentos morais, religiosos ou tradicionais. Ainda, nesse ponto histórico, os critérios formais ganham certa relevância, haja vista a necessidade do rei de submissão de determinadas decisões à deliberação ou reforma de um colegiado (BARCELLOS, 2018).

Postas as considerações acerca dos possíveis traços do constitucionalismo na Idade Média, passa-se à Idade Moderna. Parte da doutrina, de acordo com o exposto alhures, entende que somente a partir desse período se pode falar de constitucionalismo – constitucionalismo moderno, britânico -, a começar pela Revolução Gloriosa (Século XVII, 1688-1689) e a afirmação da Supremacia do Parlamento⁵. No entanto, vale mencionar que a experiência britânica é resultado de um longo caminho iniciado na Idade Média (FERNANDES, 2020).

Diante o exposto, afirma-se que a Inglaterra, depois de certo lapso, passou de Monarquia Absolutista a Monarquia Constitucional, uma vez que desenvolveu durante sua história a construção de instituições constitucionais, ou seja, a fonte do poder do Estado passa das mãos do monarca para o Texto Constitucional (BARCELLOS, 2018).

Nesse período, a Constituição, outrora entendida como material, passa a ter efetividade jurídica. Assim, ensina Fernandes (2020, p. 36) que o constitucionalismo moderno: “[...] traz consigo objetivos que, sem dúvida, irão fundar (constituir) uma nova ordem, sem precedentes na história da constituição das sociedades, formando aquilo que Rogério Soares chamou de ‘conceito ocidental de Constituição’”.

O constitucionalismo moderno consagra os textos escritos adotando-se um modelo caracterizado por publicidade, clareza e segurança. O Texto Constitucional traduzia os termos do antigo contrato social de Rousseau⁶, isto é, instauração de um diploma jurídico com relevância superior dentro do ordenamento do Estado (TAVARES, 2020).

⁵ Cabe destacar que, na Inglaterra, o parlamento é a principal instituição responsável pelo controle dos abusos cometidos pela Monarquia e defensor dos direitos individuais (BARCELLOS, 2020).

⁶ Ensina Paulo Gonet Branco (2020, p. 64): “No ‘Contrato Social’, que publicou em 1762, Rousseau sustenta que o poder soberano pertence diretamente ao povo. Pelo pacto social, os indivíduos se transformam em corpo político, renunciando à liberdade natural, mas forjando a liberdade civil, que consistiria ‘na garantia de estarem [os indivíduos] governados por uma lei genérica, fruto da totalidade do corpo soberano’”.

O período moderno é caracterizado pelas Constituições formais escritas, com destaque para a americana e francesa. Logo, a Constituição, aqui, é entendida como o ordenamento sistemático de uma comunidade firmado em racionalismo plasmado em um documento escrito⁷, o qual é responsável por fixar os limites do poder político e por declarar os direitos e garantias fundamentais (FERNANDES, 2020).

A Constituição formal escrita tomou posto nos Estados Unidos no período em que o Congresso de Filadélfia (1776) propôs que os Estados federados formassem suas próprias constituições diante da independência das Treze Colônias. Todavia, outrora já existiam indícios de documentos desse gênero, como *Fundamental Orders of Connecticut* (1639) e o *Agreement of the People* (1647-1649) (TAVARES, 2020).

Ensina Ingo Sarlet (2019) que foi em 1787 a aprovação da primeira Constituição jurídica e escrita no sentido moderno dos termos – com vigência a partir de julho de 1788 -, sendo a única Constituição escrita que os Estados Unidos já tiveram. Além disso, nessa época também foi criada a primeira República Federativa e Presidencialista da humanidade. Nesse diapasão, Sarlet elenca os aspectos desse movimento constitucional:

[...] (a) soberania popular como fundamento do Poder do Estado; (b) a garantia dos direitos fundamentais para a salvaguarda da liberdade e igualdade das pessoas diante do poder estatal; (c) a separação dos poderes, limitados e controlados entre si; (d) a Federação, consubstanciada na criação de um Estado comum, mas com a manutenção do formato anterior de Estados individuais, com a repartição de tarefas estatais entre a União e os Estados federados (2019, p. 67-68).

Por outra perspectiva, o movimento constitucional na França também ocupa papel de destaque. Barcellos (2018) aduz que, diferentemente da experiência norte-americana, a França adotou o modelo de Monarquias Constitucionais em versões diversas por meio de várias Constituições. Comenta ainda que o documento marco da história constitucional francesa é a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Nesse sentido, aduz:

Além de garantir os direitos e liberdades clássicos em face do Estado, a Declaração faz algumas assertivas que se tornaram tradicionais para o constitucionalismo. O art. 3º prevê “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”. A referência é à ideia

⁷ Não só isso, mas também um documento com solenidades para a sua reforma. Isso porque, conforme ensina Fernandes (2020), uma Constituição pode ser escrita e flexível, isto é, a classificação em formal e escrita não se torna uma locução redundante, pleonástica.

do poder constituinte originário que, àquela altura, foi identificado com a nação (BARCELLOS, 2018, p. 26).

Ainda assim, outras características são qualificadoras do movimento francês. Comenta Sarlet (2019) que essa diferença confrontada com a experiência norte-americana encontra-se nas características do Poder Constituinte: a Assembleia Nacional Constituinte na França rompeu com o passado, inaugurando uma nova ordem estatal e social. Posto isso, aduz o autor que a Declaração de Direitos objetivou a extinção do direito feudal e dos privilégios da aristocracia, além da limitação do poder do Estado.

Por fim, cabe ressaltar que a experiência francesa e a norte-americana foram importantes para que nascessem alguns institutos: a universalização dos direitos individuais; a divisão de poderes – sobretudo pela influência de Montesquieu, Hobbes, Rousseau e Locke –; o princípio da soberania nacional; o princípio da igualdade (TAVARES, 2020).

Sem embargo não se pode afirmar que essas experiências foram isoladas, haja vista a ampliação do constitucionalismo pelo mundo ocidental. De acordo com o disciplinado por Sarlet (2019), a reconstrução para o surgimento do Estado Constitucional de Direito, o qual nasceu como Estado Liberal de Direito, mostra uma trajetória gradual, podendo ser encontradas outras experiências – cada uma com suas peculiaridades – em países como Alemanha, Suíça, Itália, Holanda e Espanha.

1.2. Constitucionalismo contemporâneo e as concepções de Roberto Dromi

Após todo o exposto anteriormente, passa-se ao constitucionalismo contemporâneo, o qual Lenza (2020) afirma que está centrado no que Uadi Lammêgo Bulos chamou de totalitarismo constitucional – consectário da noção de Constituição programática. Nesse sentido, explica:

Fala-se em “totalitarismo constitucional” na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e realçando o sentido de Constituição dirigente defendido por Canotilho (LENZA, 2020, p. 66).

Um traço é comum a todo o processo histórico do constitucionalismo: sempre houve a pretensão de limitação do poder do Estado. Sustentado nessa afirmativa, Tavares (2020) comenta que o conteúdo dessa limitação é desenvolvido gradativamente e, nesse diapasão, inclui algumas notas decorrentes do processo histórico atual, sendo: o futuro do

constitucionalismo, o constitucionalismo da verdade e o constitucionalismo da continuidade – sendo todos referentes ao autor José Roberto Dromi.

Acerca do constitucionalismo do futuro⁸, Lenza (2020) adverte que deverá consolidar os direitos humanos de terceira geração – esta entendida como a geração dos direitos sociais. Desse modo, deverá estabelecer um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo. Deverá, ainda, identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização (DROMI, 1997 *apud* TAVARES, 2020).

Tratando-se do constitucionalismo da verdade, há duas categorias analisadas. Primeira, a parcela de normas que jamais deixam de ser programáticas, as quais devem ser erradicadas dos sistemas constitucionais, por serem praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados. Segunda, a parcela de normas que não são implementadas por mera desmotivação política dos responsáveis. Sobre a última, comenta o autor que elas devem ser cobradas do Poder Público com mais força, sendo necessária a participação social na gestão das verbas públicas e a atuação dos mecanismos de controle – v.g. Ministério Público (TAVARES, 2020).

Por sua vez, o constitucionalismo da continuidade baseia-se no pressuposto de que não se pode romper com a lógica construída e adquirida durante o processo de desenvolvimento constitucional. Vislumbra-se este ponto na teoria de Nelson Saldanha quando denomina o poder constituinte originário instituído, isto é, que não apresenta retrocesso em relação à lógica do processo evolutivo constitucional (TAVARES, 2020).

Cabe neste ponto expor aquilo que Tavares (2020) chama de constitucionalismo globalizado. Destacar o autor os fenômenos da integração econômica e cultural dos povos no mundo atual, o que se correlaciona com o constitucionalismo. Isso porque nessa busca de integração há uma tentativa de ampliar (ou difundir) os ideais e princípios jurídicos os quais foram adotados pelo Ocidente. Desse modo, comenta que dogmas difundidos como exigência de democracia - a qual respeite liberdade de religião, direitos humanos e outros – tiveram origem no modelo norte-americano.

⁸ O posicionamento de Dromi é rejeitado pelo professor Bernardo Gonçalves Fernandes, o qual dispõe: “[...] apesar de nosso livro ser um curso, ele se propõe crítico-reflexivo. Assim, acreditamos que alguns posicionamentos podem até ser explicitados, mas devem ser rejeitados à luz de perspectivas mais avançadas e adequadas (filiadas à filosofia da linguagem). Nesses termos, rejeitamos exercícios de “*futurologia*” sobre o constitucionalismo, nos moldes desenvolvidos por José Roberto Dromi em seu texto *constitucionalismo do por vir*, no qual o autor tenta “*profetizar*” sobre o que seria o constitucionalismo do futuro” (2020, p. 68).

Além disso, Tavares (2020) define o constitucionalismo globalizado como sendo a nova fase do constitucionalismo sem fronteiras, dado que é cada vez mais recorrente o uso de Direito legislado estrangeiro pelos Parlamentos e Judiciários nacionais. Encerra o autor esclarecendo que esse sentimento otimista em relação a essa nova fase do constitucionalismo, suposta fase “final” do constitucionalismo, encontra-se em árduo começo que está repleto de sérios perigos e obstáculos, como as crises financeiras, econômicas e os bloqueios sociais com os países do Oriente.

1.3. Neoconstitucionalismo

A partir do Século XXI, passou a ser desenvolvida pela doutrina uma nova perspectiva sobre o constitucionalismo, a qual foi chamada neoconstitucionalismo – ou segundo alguns constitucionalismo pós-moderno, pós-positivismo. Nesse novo sentido, além da limitação do poder político, é buscada a eficácia da Constituição, isto é, busca-se não só deixar o texto como mera retórica, mas sim com eficácia real (LENZA, 2020).

Todavia, Fernandes (2020) ensina que, em realidade, existem diversas perspectivas para o que seria o neoconstitucionalismo. Nesse sentido, existiriam neoconstitucionalismos, segundo apregoa o professor Miguel Carbonell. Sobre isso, Daniel Sarmiento expõe:

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam à linha bastante heterogênea, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum deles se define hoje, ou já se definiu no passado, como neoconstitucionalista. 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 do 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. Nesse quadro, não é tarefa singela definir o 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 justifica que sejam agrupadas sob o mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma compreensão mais precisa (2009, p. 114-115 *apud* FERNANDES, 2020, p. 62-63).

Vale dizer que Walber de Moura Agra (2008 *apud* LENZA, 2020) aduz que o modelo normativo do neoconstitucionalismo não é mais o descritivo ou deontológico como outrora,

mas o axiológico, a diferença que antes era de grau passa a ser também axiológica. O caráter ideológico do neoconstitucionalismo seria então de concretizar os direitos fundamentais.

Para entender melhor o neoconstitucionalismo, Padilha (2020) comenta que até a Segunda Guerra Mundial prevalecia cultura de que a lei – como norma editada pelo legislativo – era quase como a única, exclusiva, fonte do Direito. Conforme Montesquieu, o Juiz era a “boca da lei”, logo, as Constituições eram tidas como programa político, servindo de inspiração, mas não como fonte a ser invocada perante o Poder Judiciário como instrumento de defesa. Posto isso, entendeu-se que o constitucionalismo o qual pretendia apenas a limitação do poder político não era mais suficiente, uma vez que não se buscava dar efetividade ao texto constitucional (PADILHA, 2020).

O Ministro Luís Roberto Barroso (2020) aponta três marcos fundamentais que justificam a ideia de um novo constitucionalismo: marco histórico, marco filosófico e marco teórico. Sobre o histórico, aponta a formação do Estado Constitucional de direito, consolidado ao longo das décadas finais do Século XX, o constitucionalismo do pós-guerra. Sobre o marco filosófico, destaca o pós-positivismo⁹, o qual centralizou os direitos fundamentais, isto é, houve uma reaproximação entre o direito e a ética que fez com que os direitos fundamentais ficassem sobressalentes. Sobre o marco teórico, destaca a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Portanto, compreende-se que o neoconstitucionalismo une o ideal de limitar o poder ao mesmo tempo em que busca a efetividade dos direitos fundamentais e aplicando a norma jurídica com viés axiológico para que melhor sejam concretizados.

Aponta Fernandes (2020) que no Brasil o fervor neoconstitucionalista vem se desenvolvendo após a promulgação da Constituição de 1988, com destaque ao reconhecimento da normatividade e centralidade constitucional e pela busca de efetividade de suas normas.

Assim, o atual estado do constitucionalismo se caracteriza também pela tensão entre ele e a democracia. Isso porque cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, logo, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser definidos pelos juízes constitucionais, os quais não necessariamente dispõem de fundamentação objetiva preestabelecida no ordenamento jurídico (MENDES; BRANCO, 2020). Diante disso,

⁹ Segundo Barroso (2020), seria uma terceira via que fica entre a concepção positivista e a jusnaturalista, de modo que estaria vinculada ao texto legal, mas não se afastaria de concepções filosóficas, éticas e morais.

são determinantes para esse acontecimento: a redemocratização do país, por intermédio da Constituição de 1988; a constitucionalização abrangente, sobretudo a partir da proximidade da nova Constituição; o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, possibilitando que qualquer questão política ou moralmente relevante possa ser alçada ao Supremo Tribunal Federal (PADILHA, 2020).

2. Neoconstitucionalismo, ética e a sociologia do Direito de Luhmann

O conceito de ética não é rígido, isto é, a partir do decurso temporal foram inúmeras as tentativas de conceituá-la e defini-la. Afirme-se que apesar da essência ser comum, a descrição é mutante. Posto isso, Sócrates ensinou que a ética reside no conhecimento e na felicidade:

Em primeiro lugar, ética significa conhecimento, tendo-se em vista que, ao praticar o mal, crê-se praticar algo que leve à felicidade, e, normalmente, esse juízo é falseado por impressões e aparências puramente externas. Para saber julgar acerca do bem e do mal, é necessário conhecimento, este sim verdadeira sabedoria e discernimento. O conhece-te a ti mesmo é esse mandamento que inscreve como necessária a gnose interior para a construção de uma ética sólida. Em segundo lugar, a felicidade, a busca de toda a ética, para Sócrates, pouco tem a ver com a posse de bens materiais ou com o conforto e a boa situação entre os homens; tem ela a ver com a semelhança com o que é valorizado pelos deuses, pois parecem estes ser os mais beatos dos seres. O cultivo da verdadeira virtude, consistente no controle efetivo das paixões e na condução das forças humanas para a realização do saber, é o que conduz o homem à felicidade (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 170).

A ética e o Direito têm se aproximado cada vez mais diante do surgimento da corrente neoconstitucionalista. Isso porque se trata de valores, axiologia, o que faz com quem a norma constitucional não seja aplicada em caráter meramente objetivo, mas sim se observando a prevalência dos direitos fundamentais e a equidade. Nessa linha, o Código Civil de 2002 possui base fundamentacional (princípio), dentre outros, na eticidade – sob idealização de Miguel Reale. Inclusive, o novo *codex* permite ao magistrado que, em alguns casos, julgue a demanda por equidade ou com equidade (TARTUCE, 2020).

Sobre a equidade, afirmou Aristóteles que a equidade não é distinta da própria lei caso ela seja justa. Nesse diapasão, a equidade e a lei seriam complementares, o equitativo é justo como um corretivo da justiça legal, logo, por conta da generalidade da lei, a equidade tem por fito corrigir a omissão, estendendo o justo até as minúcias (MASCARO, 2018).

Luhmann (1993 *apud* SILVA; RODRIGUEZ, 2018) aponta a função do direito no meio social, sendo que ele deve responder a um problema gerado pela própria sociedade. No entanto,

continua o sociólogo, existe um problema atrelado às expectativas acerca da norma, sendo elas cognitivas e expectativas. Enquanto as primeiras se alteram e se reestruturam de acordo com as frustrações advindas – gerando ganho de conhecimento -; as segundas sobrevivem a essa frustração – não são revisadas diante de um descontentamento.

Correlacionando-se as ideias expostas, é evidente que há conexão com o buscado pelo neoconstitucionalismo. Isso porque essa nova fase, conforme exposto alhures, pretende dar efetividade ao texto constitucional garantindo-se, assim, o viés ético do Direito. As frustrações, conforme Luhmann, geradas pelo texto legal, nessa nova fase, são objeto de análise, isto é, de acordo com Padilha (2020) os obstáculos morais legais com certa relevância são levados ao Supremo Tribunal Federal para apreciação.

Ademais, cabe ressaltar que Luhmann entende a aprendizagem gerada pela expectativa cognitiva frustrada no sentido da psicologia social, não da pedagogia, isto é, se a partir de determinada frustração a expectativa foi mantida, alterada ou abandonada. Tal análise é sustentada pela afirmação de Durkheim de que o Direito pode ser considerado um fato social (SILVA; RODRIGUEZ, 2018).

Contudo, não há que se confundir neoconstitucionalismo, ética e justiça. O primeiro é definido como uma fase do constitucionalismo disposto a buscar a eficácia do texto constitucional; o segundo trata-se de instituto filosófico que se entrelaça com diversas áreas do saber; o terceiro, conforme expõem Silva e Rodriguez (2018), é resultado da construção advinda do processo de decisão.

Dessarte, todavia, não há que se considerar a diferenciação antes exposta como uma dissociação, isto é, apesar de representarem institutos diferentes, afirme-se que o neoconstitucionalismo busca a ética para alcançar uma possível justiça. Ainda, Barroso (2020) ensina que o neoconstitucionalismo procura aproximar-se do jusnaturalismo, assim descartando o legalismo puro apresentado pela Alemanha outrora.

Considerações finais

Por todo o exposto, pode-se considerar o neoconstitucionalismo como um grande passo do processo evolutivo do constitucionalismo. Percebe-se que desde a antiguidade notam-se os primeiros passos dos movimentos constitucionais - embora existam divergências -, sobretudo se analisada a essência buscada com a limitação do poder do Estado.

Posto isso, considera-se que a Constituição brasileira de 1988 possui esse ideal neoconstitucional, uma vez que se busca, a todo o momento, dar efetividade ao texto constitucional e realizar o disposto nas normas programáticas.

Além do mais, apesar da rigidez da Constituição, há o fenômeno da mutação constitucional, o que faz com que não se torne um texto estático, mas sim vinculado a valores dinâmicos, isto é, compreende-se uma busca de efetividade pela via axiológica do período. Nesse sentido, afasta-se o legalismo puro observado em experiência Alemã, para buscar a real vivência do Estado Social e Democrático de Direito.

Além disso, é nítido que, tomando-se por base o disposto por Luhmann, os juízes constitucionais buscam dar um valor axiológico ao sistema normativo, visto que uma expectativa frustrada com certa relevância pode ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal, julgando as lides com equidade ou por equidade.

Por fim, parece ser muito bem recebida a ideia de um período neoconstitucional no sistema brasileiro. Isso porque em essência, dentre outras características, o neoconstitucionalismo busca vincular a norma à ética e, nesse sentido, o Código Civil brasileiro possui como um dos princípios orientadores a equidade – entendida como a justiça do caso concreto, a ética aplicada à demanda. Desse modo, apesar de o neoconstitucionalismo tratar de um período do histórico constitucional, é inquestionável que ele traz efeito irradiante para todo o sistema jurídico, compondo o que Dromi denominou como constitucionalismo do futuro.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de Freitas. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Manual de sociologia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. v.1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 26 de março de 2021. Aprovado em 3 de outubro de 2021. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade do autor.

Edição publicada em 7 de abril de 2024.

