

A NECESSIDADE HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

*Renato Gobetti de Souza*¹

RESUMO

O Constitucionalismo contemporâneo concebido como novo movimento teórico, político, jurídico e social apresenta paradigmas no tocante ao papel do Estado, ao reconhecimento da Constituição, à atuação jurisdicional e à compreensão dos direitos fundamentais. Em tempos de ideologia neoliberal e do fato histórico da globalização financeira, o Estado Democrático de Direito representa um entrave teórico, na medida em que até mesmo as liberdades formais estão ameaçadas. Nesse sentido, as diretrizes do Constitucionalismo contemporâneo passam a ser útil e historicamente necessárias. Parte-se, aqui, da compreensão histórica do momento atual e da necessidade de não se perder nos movimentos conjunturais, tendo que avaliar com justeza as perspectivas da transformação, sem que isso implique em renunciar os objetivos centrais e estruturais para se construir uma nova forma de convivência em sociedade. Portanto, a partir das contribuições do Constitucionalismo contemporâneo se propõe a revisitação de conceitos e teorias jurídicas, ainda, aferradas à concepção moderna do Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Constitucionalismo Contemporâneo; Estado; Teorias Jurídicas.

¹ Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM, Especialista em Direito do Estado, com formação para o Magistério Superior, pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduado pela FMU. Professor nos cursos preparatórios para concurso público Opção Concursos - Marília/SP e Esquema Concursos - Marília/SP. Advogado

INTRODUÇÃO

A análise das contribuições do Constitucionalismo contemporâneo está inserida no contexto de vigência do neoliberalismo que impõe às estruturas sociais os paradigmas que servem de base ao modelo de desregulação-reestruturação da economia, modelo que causa abalo nas liberdades democráticas e nas conquistas sociais, tornando distantes os objetivos constitucionais traçados, especialmente, os que enunciam os direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, se insere o recorte das contribuições desse Constitucionalismo, sob o prisma de uma discussão precisa no contexto atual de relações de produção e de posições dominantes enraizadas na teoria jurídica tradicional.

Sem olvidar, por óbvio, a crítica mais profunda sobre os elementos a serem discutidos, pois, inclusive, servem de parâmetro para um posicionamento mais adequado na conjuntura que se apresenta, nos enfrentamentos das posições teóricas predominantes. Servem para que se percorram os caminhos sem perder o rumo estratégico.

Portanto, não estamos a desconsiderar que as relações de produção, no prisma crítico, determinam a vida social e concebem o Estado. Estado, portanto, não representa a razão em bases ideais e nem o Direito é a expressão do justo.

A partir das contribuições de Marx (2000), que percorre o itinerário da realidade para razão, por meio do materialismo histórico e do materialismo dialético é possível fincar a análise na perspectiva das relações sociais. Assim, deve ser compreendida a totalidade das relações, o que importa são as relações sociais subjacentes às coisas.

Nesse sentido é que se compreende a origem do Estado e se afasta do misticismo engendrado pela filosofia moderna.

Nos dizeres de Engels (1977, p.191) o Estado:

É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da "ordem". Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado.

Identificam-se as características do Estado primeiro pelo agrupamento dos seus súditos de acordo com uma divisão territorial e segundo pela instituição de uma força pública, que é formada não só de homens armados como, ainda, de acesórios materiais, os cárceres e as instituições coercitivas de todo o gênero. E para dar suporte a essa força pública são exigidos os impostos. Com a força e com impostos a posição de superioridade está instalada. (ENGELS, 1977).

A função do Estado, portanto, se dá de acordo com as relações de produção e assim afirma a filosofia marxista é, em verdade, uma estrutura para atender o capitalismo e suas demandas.

O Estado moderno foi concebido na ideia de substituição da vontade individual dos governantes pela autoridade da norma geral, superior e permanente, isto é, da lei. A construção teórica subjacente a essa formulação jurídica foi a ficção da passagem do estado de natureza para o estado civil ou político, em razão da segurança individual, valor conservador e estático. (COMPARATO, 1998).

Em verdade, a construção teórica filosófica moderna é forjada no seio do capitalismo moderno, imbricado à realidade política, econômica e jurídica desse sistema e se apresenta como contraponto ao absolutismo. É no capitalismo que se concede espaço para algumas ideias que seguem em vigor em tempos atuais na filosofia como a limitação do Estado pelo direito, a universalização dos direitos, o contratualismo e os direitos subjetivos individuais.

Mascaro (2002) apresenta os imperativos categóricos, chave da filosofia de Kant, como de índole subjetivista, na percepção do indivíduo e a partir daí também ensejadores de valores individualistas e de índole racionalista, por se entender racional o mecanismo de determinação do imperativo, universal e vigente para todos.

Permanecem, portanto, mantidas as bases da filosofia moderna na atual quadra, de sociedade burguesa, de relações de produção capitalistas, de intensificação das contradições fundamentais, de exclusão social crescente e generalizada e crescimento do capital financeiro. Para os juristas, em especial para o pensamento jurídico tradicional, os conceitos estão arraigados ao mundo moderno e nesse sentido é que o Constitucionalismo contemporâneo pode operar avanços.

1 APONTAMENTOS SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO DO ESTADO NA SOCIEDADE ATUAL

É preciso posicionar, hodiernamente, em Estados Periféricos como o Brasil, as novas tarefas do Estado inserido no contexto de sociedades complexas.

Na concepção de Bercovici (2003), em sua tese de livre docência, a alter-

nativa do Estado Social, nos parâmetros de Heller, continua presente. Os problemas sociais e econômicos não foram solucionados pela democracia burguesa, com os meios do mercado mundial. A democratização da economia com o Estado Social continua relevante para o debate atual, em razão das limitações flagrantes da alternativa ordo-liberal de economia social de mercado. A concepção do Estado Social pode ser fundamental para a reestruturação do Estado brasileiro.

Pontua Grau (2014), em reflexão sobre o desenvolvimento do capitalismo e seus atuais contornos, que a ameaça ao Estado Democrático de Direito e as liberdades formais pelo discurso neoliberal é presente e, portanto, urge reconstruirmos o Estado Social, projeto que não pode ser recusado mesmo pelos adeptos bem-intencionados do capitalismo. A compreensão dessa contradição só entendida por meio da consciência de que o capitalismo se transforma permanentemente.

Complementa Grau (2014, p. 57)

Os movimentos, as ondas de juridificação, constituem prova cabal disso, na medida em que configuram, substancialmente, também a ampliação de direitos – direitos sociais e econômicos – titulados pelos indivíduos. Daí por que o neoliberalismo é autofágico: ao investir contra esses direitos, fere profundamente o próprio sistema.

Mayorga (1988) afirma que diferentemente da Europa social democrática a América Latina jamais estabeleceu e consolidou o Estado de Bem-Estar, tendo os processos de redemocratização encontrado um contexto de crise econômica generalizada, não havendo capacidade para resolver os problemas da acumulação, a distribuição equitativa dos benefícios econômicos e, simultaneamente, democratizar o Estado.

Streck e Bolzan de Moraes (2014) observam que as peculiaridades do desenvolvimento dos países da América Latina não permitiram a gestação e o florescimento de um Estado de Bem-Estar Social ou algo que a ele se assimilasse, tendo em vista o processo de colonização, séculos de governo autoritários, industrialização tardia e dependência periférica. Em países periféricos, o Estado com o papel de interventor para correção das desigualdades não prosperou, ao contrário, a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo.

Não obstante o Estado Social representar uma instituição política forjada para harmonizar as promessas da modernidade com o desenvolvimento capitalista, criado nas sociedades capitalistas, exerceu seu papel de embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito. E é exatamente isso que não ocorreu no Brasil. (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014).

Assim, a escola do Estado mínimo nos países que não vivenciaram o Estado Social tem efeitos distintos daqueles que vivenciaram esse Estado.

Nesse sentido, Bonavides (1996, p. 435) observa que:

[...] sendo o Estado social a expressão política por excelência da sociedade industrial e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as correntes copiosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia. Interesses ordinariamente rebeldes, transbordam eles do leito da Constituição, até fazer inevitável o conflito e a tensão entre o estado social e o Estado de Direito, entre a Constituição dos textos e a Constituição da realidade, entre a forma jurídica e o seu conteúdo material. Disso nasce não raro a desintegração da Constituição, com o sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes.

Assim, ainda se requer, dentro do conceito da dialética, a defesa das instituições da modernidade contra o desmantelamento das estruturas causado na pós-modernidade. O Estado deve cumprir seu papel na garantia dos direitos no atual contexto. Portanto, a atuação do Estado, na concepção conjunta dos Poderes, especialmente na garantia dos direitos fundamentais, ainda é exigida, na medida em que as leis se revelam como fonte dos dominadores nacionais contra o cidadão, em uma atuação antiestatal. Nos dizeres de Rivero (1984), há a necessidade de proteger os direitos fundamentais, inclusive da própria lei.

O Estado na preservação dos direitos fundamentais formais, ainda, realiza um processo de emancipação do homem perante a acentuação da barbárie capitalista.

A centralização de esforços na arena jurídica, em tempos atuais, se volta para a efetivação dos direitos fundamentais a partir da superação de pressupostos ligados à índole liberal, formal, enraizada na lei mercadológica, insistindo na compreensão desses direitos numa perspectiva substancial, material, de estancamento do retrocesso e de criação de bases para transformação. A tutela jurídica dos direitos fundamentais, diante da degenerescência da sociedade operada pelo capitalismo, representa, pois, um papel relevante do Estado em face do esfacelamento das suas estruturas políticas, sociais e legais.

Afirmam Streck e Bolzan de Moraes (2014) que no Brasil o Estado é o agen-

te principal da política social, na medida em que as políticas neoliberais, que visam minimizar o Estado, não conduzem para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza. O ordenamento constitucional aponta para um Estado forte, intervencionista, na esteira daquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, sendo razoável afirmar que o Direito, legado da modernidade, até porque inserido em um contexto de Constituição democrática, deve representar uma área de luta para implantação das promessas modernas.

É latente que o Estado de Direito não é mais considerado somente como um dispositivo técnico de limitação de poder, conseqüente do enquadramento do processo de feitura de normas jurídicas, mas se revela, ainda, uma concepção que rege liberdades públicas, democracia, poder constituinte do povo, constituindo-se como fundamento subjacente da ordem jurídica na política, na sociedade e na vida de todos no país. E, claro, cada um dos Estados, liberal, social ou democrático molda o Direito com o seu conteúdo (STRECK E BOLZAN DE MORAIS, 2014).

Mas, no caso do Estado Democrático de Direito a função ativa do Estado é reafirmada, na medida em que os textos constitucionais diretos e compromissários estabelecem formal e materialmente as condições de possibilidade para o início da transformação da realidade. Impõe o cumprimento de direitos ainda não atendidos. Por exemplo, a constituição do Brasil determina a construção do Estado Social, responsável pela integração da sociedade nacional, ou seja, integração no nível social e econômico, conforme Streck e Bolzan de Moraes (2014) e como destaca Bercovici (2001) a Constituição de 1988, conforme se infere dos seus princípios fundamentais, ao transformarem fins sociais e econômicos em fins jurídicos, é diretriz para a transformação da realidade do país.

Como observa Bonavides (1985, p. 631):

Com o Capítulo da Ordem Econômica e Social, a definição nas Constituições em favor de um Estado social tem sido ostensiva. Até onde vai ou pode ir em sistemas democráticos essa opção do constituinte e como concretizá-la numa sociedade capitalista, eis o problema que desafia juristas, publicistas e homens de Estado. (...) A clara opção constitucional de alguns sistemas pluralistas por um Estado social tem levado a fazer da ordem econômica e social senão o mais importante capítulo da Constituição, pelo menos aquele onde se escreve a verdadeira essência e finalidade de um novo modelo de Estado que, adotando a fórmula de consenso, pretenda lograr a consecução de objetivos sem os quais, princípios da importância fundamental da igualdade ficariam consideravelmente deficitários ou desfalcados de seus componentes democráticos.

2 MANIFESTAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O Constitucionalismo contemporâneo como movimento teórico influenciou e influencia as Constituições de todo o mundo e está assentado na ideia do princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a ser fundamento do Estado e eixo central de todo o sistema jurídico, no reposicionamento dos direitos fundamentais no centro das Constituições, potencializados como diretrizes a serem cumpridas pelos poderes públicos e privados e no reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a dar o enquadramento lógico e jurídico de todo o direito.

Esse Constitucionalismo faz emergir um novo modelo de Direito, amparado no Estado Democrático de Direito, apresentando novas compreensões em relação ao caráter liberal-individualista que permeia a ciência jurídica.

E como ressalva Streck (2013) o constitucionalismo não morreu, se mostrando ainda o seu debate uma imposição. Em um país como o Brasil, a ideia da Constituição compromissária, da força normativa e da Constituição dirigente ainda não podem ser descartadas.

A resistência em não efetivar o texto constitucional brasileiro decorre daquilo que se pode denominar de entificação do ser do direito, da inexistência de um Estado Social no país, da predominância do paradigma liberal-formal de direito, especialmente pela permanência de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente e, por derradeiro, do impedimento da implementação dos direitos constitucionais pelas políticas neoliberais. (STRECK, 2013).

Aliás, a Constituição Federal de 1988 vige, claramente, com a função não só de garantia do existente, mas, também, como linha de direção para o futuro (CANOTILHO, 1994). Como esclarece Piovesan (1995) passa a ser uma Constituição também de uma sociedade em devir, como instrumento de direção social que está em consonância com a crescente complexidade de uma sociedade antagônica e aberta.

Uma Constituição que emerge no contexto de travessia do Estado de um regime autoritário para o Estado Democrático de Direito, Estado esse que encarece não somente o governo das maiorias parlamentares eventuais, mas a supremacia da Constituição, a contemplação dos direitos fundamentais e a preservação das regras do jogo democrático.

Constituição que está dotada, portanto, dos influxos do Constitucionalismo contemporâneo, que é responsável, especificamente, na teoria jurídica por influenciar em três teorias centrais, a saber: a teoria da norma, a teoria da interpretação e a teoria das fontes.

Na teoria da norma se consolida a elevação dos princípios à categoria de normas. Os princípios ao lado das regras compõe o gênero normas. É apresentada uma abertura do Direito à realidade e a outras ciências que dialogam e contribuem para revelar valores vigentes na sociedade que muitas vezes são escamoteados e não discutidos, sob uma aparente neutralidade.

A superação do jusnaturalismo e do positivismo no processo histórico e político faz surgir um conjunto aberto de reflexões acerca do Direito, sua função social e seu processo de interpretação. O positivismo, enquanto teoria jurídica, observa Bustamante (2012), passa a não ser a alternativa viável para orientar a interpretação e aplicação do direito, tendo em vista que não leva em consideração o aspecto ideal do Direito, as ideias de correção, justiça, razoabilidade e defende um descolamento entre Direito e Moral. Em contraposição, exsurge o pós-positivismo, como uma concepção teórica de interação entre direito e moral e entre direito e política, na 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 da pessoa humana.

O caminhar é no sentido do desnudamento do texto legislativo como algo pronto e acabado que não necessita de interação com a realidade social.

Assim, os enunciados legislativos são interpretados em busca da norma jurídica, a qual é produzida para ser aplicada em um caso concreto por meio de uma decisão judicial que a expresse, por isso a interpretação é já aplicação e a norma é produzida pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto, mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (GRAU, 2009).

A partir do momento que os princípios são erigidos à categoria de norma são enfrentadas algumas posições para a diferenciação de regras e princípios. Surgem as contribuições da distinção a partir do grau de generalidade, a partir do espectro de qualidade, a denominada distinção estrutural, bastante permeável no Brasil, com a conseqüente aplicação da solução por sopesamento nos casos difíceis e subsunção nos casos fáceis e também a contribuição crítica hermenêutica, em especial, com o princípio da proporcionalidade e integridade.

Observa Streck (2013) que a utilização de princípios deve ser concebida de forma a não recair no modelo positivista de fundamentação. Isso é percebido na teoria da argumentação, que tem na ponderação o ponto central para solução dos casos difíceis ou colisão de princípios. Pois, o princípio da proporcionalidade é utilizado de forma discricionária, arbitrária. A proporcionalidade para a hermenêutica, não é modo de resolver colisão de princípios, é apenas um modo de explicar que cada in-

terpretação, que não pode ser solipsista, deve ser razoável, obedecer uma reconstrução integrativa do direito, para evitar discricionariedades, que sob o manto do caso concreto venham a estabelecer sentidos para quem ou para além da Constituição.

Compreendida a Constituição nos pressupostos da teoria do Estado, em conexão com a política e a realidade social. Não sendo possível compreender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta da sociedade do Estado soberano é pressuposto da Constituição. A Constituição não deve ser compreendida apenas como normativa, desacoplada da política, onde entra o Estado. Há uma necessária conexão entre Estado, Constituição e política. Nesses moldes, é que se percebe o pertencimento da Constituição na realidade histórico-social, conforme a clara Bercovici (2004).

Aqui, também, se incorpora a crítica de que os princípios devem ser lidos de acordo com um patamar suficiente a partir das causas mais profundas da sociedade, mesmo porque os princípios, na maioria das vezes, apresentam direitos fundamentais. Portanto, é necessário trazê-los para a história social, para as estruturas sociais de exploração e os conflitos de classe. Afastados da concepção do mundo moderno em que sua compreensão é esvaziada de conflito de interesses sociais, com claro aporte teórico dos dogmas da legislação universal e em um pano de fundo de necessidades iguais para todos.

A construção da teoria da argumentação, especificamente, no tocante a solução dos casos fáceis e casos difíceis, revela que ela não abandonou a exegética. Isso fica latente, nos denominados casos fáceis, em que se aposta no procedimento da subsunção, como técnica mecanicista de enquadramento do caso concreto no texto legal abstrato, acreditando na suficiência ôntica da lei naqueles casos em haja clareza do enunciado. Ora, mesmo o procedimento de subsunção não deve ser entendido como um simples processo lógico e formal de enquadramento de uma premissa fáctica em uma premissa normativa, pois a valorização da dimensão analítica apresenta notável tendência de encobrir valorações do intérprete, sob a carapuça de falsas deduções. E mesmo nos casos difíceis a crítica permanece, pois se transporta para o mundo da subjetividade do sujeito, da discricionariedade. Em resumo, o texto ainda aprisiona e as discricionariedades ainda resistem.

O constitucionalismo contemporâneo, na teoria da norma, se preocupa com a ideia racionalista do legislador, mas ao mesmo tempo oferece freios ao voluntarismo da atividade judicial.

Diz Streck (2013) os princípios não abrem a interpretação, eles na verdade fecham. E que os princípios surgiram para superar a abstração da regra, *desterritorializando-a*, do seu *locus* privilegiado, o positivismo. A presença dos princípios na

resolução dos assim denominados “casos difíceis”, embora advertida a inadequação da distinção entre *easy* e *hard cases*, tem o propósito de evitar a discricionariedade judicial. Não é possível escolher qual deles deve aplicar, com ou sem o artifício da ponderação. A resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação). E, agora, eu acrescento, é um problema de compreensão que não pode estar esvaziado de sociabilidade, historicidade e senso crítico.

Na teoria da interpretação, considerando a dogmática jurídica, o Constitucionalismo contemporâneo demarca que toda interpretação jurídica é uma interpretação constitucional. A interpretação é aplicação da hermenêutica. Interpretação é a tarefa prática de atribuir o sentido das disposições normativas, com a finalidade de aplicá-las a situações concretas.

Streck (2013) à luz da Crítica Hermenêutica do Direito assevera que não subsistem os mitos da univocidade signíca, da interpretação unívoca, da vontade da lei, do espírito do legislador, da essência da norma, e diversos outros disseminados pelos juristas. Interpretar é, portanto, dar sentido.

Assim, ao ingressar no campo da hermenêutica devemos considerar a noção de compreensão e interpretação, sendo a primeira a busca pelos valores subjacentes à lei, a busca do significado em função das razões que a orientam, já a interpretação o processo por meio do qual a compreensão é construída.

Nesse sentido, a compreensão se revela como um processo crítico, de reexame dos pressupostos pessoais iniciais. O sentido do Direito depende de um processo interpretativo, no qual o intérprete trabalha com os enunciados, com os precedentes, com a realidade, de forma coerente, encarando-os como pré-interpretativo. Os enunciados são, portanto, o ponto de partida para o desenvolvimento judicial do direito.

Streck (2013) observa que não se interpreta, sob nenhuma hipótese, um texto legislativo desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Não se faz interpretação por parte, no sentido de que primeiro compreende, depois interpreta para posteriormente aplicar. As condições de possibilidade para a compreensão de um texto depende da existência de uma pré-compreensão sobre a totalidade do sistema jurídico-político-social.

A aplicação do Direito, supondo a interpretação, é um processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos. A dinâmica da vida real é que confere vida ao Direito e à Constituição. Compreende-se, ao interpretar a Constituição, além dos seus textos, a realidade. A interpretação, portanto, não se cinge ao texto da Constituição formal (GRAU, 2014).

A partir das contribuições de Lassale, complementa Grau (2014, p.164):

A distinção entre *Constituição escrita* e *Constituição material* não é assumida pelo pensamento liberal, dado que a passagem de um para o outro plano importaria insuportável invasão da esfera de liberdade dos indivíduos – a Constituição serve para impedir que a liberdade individual seja violada: não pode, ela mesma, comprometê-la. Essa a razão pela qual a distinção foi relegada a segundo plano. A Constituição consubstanciando o mais conspicuo testemunho do liberalismo e do pensamento liberal, não há de exceder o plano do *dever-ser*. O pensamento liberal, predominante na instância da Dogmática Jurídica, conhece apenas a positividade da *Constituição formal*, colocando-se inteiramente à margem, de modo a ignorá-la, da *constituição material*.

Na teoria das fontes, o Constitucionalismo contemporâneo desvela a alteração do papel do Poder Judiciário, que passa a ser protagonista, ou melhor, que passa a recuperar suas funções institucionais, bloqueadas pela concepção positivista. Em verdade, a jurisdição constitucional se estabelece como elemento essencial do próprio Estado Democrático de Direito e se torna requisito de legitimação dos regimes constitucionais democráticos.

Nesse contexto e a partir da construção teórica da garantia da Constituição e de seu controle como atribuição de um tribunal, ou seja, do meio jurisdicional, exsurge a expansão da jurisdição constitucional, com o conseqüente fenômeno da judicialização, sem representar uma despolitização, caso considerada a superação da mistificação ideológica do positivismo da separação entre direito e política, relação que sempre houve, mas que era escamoteada. Há, por certo, a incorporação da política pela Constituição.

A partir do debate sobre os métodos do direito público, no contexto da Constituição de Weimar, com a Teoria da Constituição, Schmitt busca, em contraponto ao positivismo normativista, demarcar a superação da divisão entre Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Política, reabilitando o político na análise dos temas da teoria constitucional. E, após a Segunda Guerra Mundial, a discussão sobre o papel da Constituição refloresce, assumindo as Constituições conteúdo político, ao prever princípios de legitimação do poder, além da sua organização. O espectro constitucional abrange não só o Estado, mas toda a sociedade (BERCOVICI, 2004).

Com a assunção pelos direitos fundamentais da dimensão objetiva, passando a funcionar como parâmetro conformador do modelo de Estado e vetor de atuação para todos os poderes, a Constituição se politiza, não ficando restrita a nor-

matividade. Nesse sentido, é que as Constituições se tornam materiais e os fins, os princípios políticos e a realidade social que a informam manifestam importância.

Exsurgem as imposições constitucionais, as tarefas do Estado e da sociedade, especialmente dos poderes legislativo e executivo. A jurisdição constitucional se expande na persecução da concretização do texto constitucional.

Mas com isso, a legitimidade democrática do órgão jurisdicional passa a ser incorporada no debate, tendo o Constitucionalismo contemporâneo contribuído com desenvolvimentos teóricos ante o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Parte-se da legitimidade formal da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade como extração do próprio Estado Democrático de Direito, ou seja, de um modelo de Estado que propõe a harmonização do governo das maiorias parlamentares eventuais, Estado Democrático, com a garantia da Constituição, Estado de Direito.

Nos dizeres de Cunha Júnior (2014) a existência de uma jurisdição constitucional fortalecida, com o resgate das funções institucionais, tornaram-se requisitos de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos. E, complementa o autor, a utilizada soberania do Legislativo, em razão da representação, e do entendimento clássico da separação de Poderes, com a submissão do Judiciário à lei, cederam espaço para o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, que se estabelece em um regime democrático e na garantia dos direitos fundamentais, onde a justiça constitucional desempenha papel essencial.

Em reforço a esses apontamentos de legitimidade, a legitimidade material é extraída e assentada na necessidade de resguardo dos direitos fundamentais, tendo como fonte o Poder Constituinte.

Teixeira (1991, p. 375) posiciona que a objeção dirigida à legitimidade da justiça constitucional, como manifestação que fere o princípio da separação de poderes e restringe a vontade nacional expressada nas leis, oriundas do parlamento, não se sustenta e deve ser respondida que:

[...] o órgão controlador não opõe sua própria vontade ao Legislativo, mas a *vontade mesma da Nação, expressa de modo mais elevado, mais vigoroso e mais solene, na Constituição*. Entre a vontade da Nação, estabelecida de modo irreformável por lei ordinária, na Constituição, e a vontade da Nação manifestada pelo Legislativo, através de lei ordinária, e em desacordo com a Constituição, é evidente que só a primeira cabe prevalecer.

Nesse arranjo constitucional que se inserem os direitos fundamentais

como elemento de legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais, sendo necessária uma Teoria da Constituição que permita atribuir à Constituição todas as suas potencialidades normativas e todas as suas capacidades de motivar a vida política e social.

Mas, permeia este cenário a testilha entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, estipulador de competências e de procedimentos, e os que defendem que a Constituição deve se propor, na transformação da realidade social, a determinar tarefas e estabelecer programas para o Estado e para a sociedade.

No primeiro espectro, a Constituição, compreendida somente como norma jurídica, como instrumento formal de garantia, não possuindo qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto, contribui decisivamente para manutenção dos paradigmas da presente organização da nossa convivência. Como, depõe Canotilho (1993), a tese da Constituição como mero instrumento de governo está imbricada ao liberalismo e sua concepção da separação absoluta entre o Estado e a sociedade, com a defesa do Estado mínimo, competente apenas para organizar o procedimento de tomada de decisões políticas.

No segundo espectro está a Constituição dirigente, buscando reconstruir a teoria da constituição por meio de uma teoria material da Constituição.

De imediato, cabe o reparo de que a tese do dirigismo constitucional ampliada por Canotilho a partir de Lerche, sofre fortes críticas em tempos neoliberais, e o próprio Canotilho tem colocado reservas à prevalência da tese da Constituição dirigente, no sentido de que embora admita que o texto constitucional continue a constituir uma dimensão básica da legitimidade moral e material e, por isso, possa continuar sendo um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulamentações, por outro lado, considera que esse texto básico não pode mais servir de fonte jurídica única e nem tampouco pode ser tudo da constituição de um Estado (STRECK E BOLZAN DE MORAIS, 2014).

Nesse sentido, Streck (2011) assevera que é evidente que tais afirmações devem ser contextualizadas e que essa ponderação não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária, pois a afirmação de Canotilho vem acompanhada de uma explicação no sentido de que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”.

Mas, para aclarar, a preocupação dessa concepção reside na obediência dos fins constitucionais por todos os poderes constituídos, destacando-se a interdependência entre Estado e sociedade. A Constituição dirigente propõe dar funda-

mento jurídico para a mudança social.

Bercovici (2004) sinaliza, ao analisar o dirigismo constitucional, que as teorias procedimentais da Constituição se apresentam como mecanismo de desjuridificação, sendo este entendido em países centrais, como forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando para seus defensores, o espaço de cidadania. Em que pese ponderações que possam ser feitas mesmos nesses países, em razão do atual contexto, os adeptos dessas teorias no Brasil esquecem-se de que a desjuridificação deve ser entendida de forma distinta dos países europeus e nos Estados Unidos e, com amparo em Neves (1994), consigna que o problema aqui não é juridificação, mas de desjuridificação da realidade constitucional. A desconstitucionalização e a desjuridificação nutrem os privilégios e as desigualdades.

Nesse sentido, é que a jurisdição constitucional, ao elevar os valores fundamentais de uma Constituição sobre os interesses ocasionais contrários aos interesses nacionais nela expressos, ao assegurar sua efetividade, ao garantir o exercício imediato de todos os direitos fundamentais, ou seja, ao se tornar referência vinculante, é uma jurisdição dotada de legitimidade.

Assim, ainda no Brasil, a teoria material, a Constituição dirigente e a jurisdição constitucional devem cumprir seu papel histórico. Entretanto, é preciso alertar que não se está a pretender com a teoria da Constituição dirigente, uma teoria da constituição autônoma, descolada da política e do Estado, pois é por meio deles que a Constituição ganha condições reais de concretização. Na inspiração das contribuições de Bourdieu (1989), na relativa autonomia do campo jurídico e na ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas, na medida em que o Direito depende de outras instâncias que o determinam e o condicionam.

Como diz Bercovici (2004), o risco, portanto, é, em momento de redução dos espaços políticos, que a única saída do horizonte político seja a Constituição, conforme Pedro de Vega García, tornando-se presente a tentativa de restaurar os fundamentos da legitimidade liberal democrática, que compreende Constituição e democracia como mecanismos meramente processuais. A atenção deve ser voltada, em perspectiva, para o problema da ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade, reduzido, com o amparo das teorias processuais da Constituição, que consideram apenas o seu aspecto normativo, não político, a um simples procedimento de escolha.

Portanto, a Constituição é prenhe de um dinamismo, fruto das tensões políticas e sociais e o seu significado não pode se refugiar na exegese das técnicas meramente jurídicas, devendo estar aberto para a realidade histórico-política do país.

CONCLUSÃO

Na entrada do século XXI, em uma organização capitalista neoliberal, com a reestruturação do mercado mundial, impondo a expansão dos monopólios e a financeirização como sistema de poder, o Estado representa um mecanismo de resistência ao desmantelamento da Política e do Direito.

A crítica mais profunda ao Estado e ao Direito permanece como horizonte orientador para o posicionamento nos enfrentamentos candentes, mas vai saindo do foco para a sociedade e para grande parte do pensamento jurídico, permanecendo a concepção meramente formal, individualista, dos direitos, da Constituição e da democracia, que transita sem questionamentos em compasso com o profundo estado de desrespeito aos direitos, em especial, aos fundamentais, em um contexto de pleno esgarçamento do poder econômico à subordinação do poder político.

Portanto, o Constitucionalismo contemporâneo ao remexer as teorias jurídicas, aferradas aos parâmetros dogmáticos do mundo moderno, de substrato liberal-positivista, mas ainda vivos no jurista atual, pode representar, em tempos hodiernos, uma resistência e contribuir para uma tendência de transformação, que deve vir acompanhada de outros fatores como a consciência política, o movimento das ideias, as novas formas de luta e organização das grandes massas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva: São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética à nicômaco*. São Paulo. Nova Cultural: 1996.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, estado e economia na República de Weimar*. 2003. Tese (Livre Docência em Direito Econômico) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/>>. Acesso em 2015-05-20.

_____. "Constituição e Política: uma relação difícil". In: *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

_____. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros Roberto;

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n.851, 1 nov. 2005. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará/PROED, 1985.

_____. *História constitucional do Brasil*. 3 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1991.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais". In: *Hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, p. 39-48, abril/junho 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade. Teoria e prática*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. "Passado y Futuro Del Estado de Derecho". In: Miguel Carbonell (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, p. 13-29, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatroz, 1981.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os Pensadores).

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.

MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2000.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Estado e forma política*. São Paulo: 2013.

MAYORGA, René Antonio. Las paradojas e insuficiências de la modernización y democratización. In: *Imágenes desconocidas*. Buenos Aires: Clacso, 1988.

MEDINA GUERREIRO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, t. IV*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. rev. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2000.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo, Acadêmica, 1994.

_____. "Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente". In *Revista de Ciências Sociais*, vol. 37, n. 2, Rio de Janeiro, IUPERJ, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RIVERO, Jean. "A modo de sínteses". In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. "O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais". In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 16, p. 39-58, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Os Direitos Sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, Georg Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Canotilho*. São Paulo: RT, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Verdade e Consenso: contribuição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Ciência Política e teoria do estado / Lenio Luiz Streck; Jose Luis Bolzan de Moraes*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.