

FUNDAMENTOS QUE NORTEIAM A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO*

Gustavo Hermont Corrêa**

RESUMO: No intuito de abordar os pressupostos pelos quais se pauta a construção do Estado democrático de direito, o presente trabalho se concentrará em marcos fundamentais para se chegar a uma nova perspectiva de modelo constitucional, haja vista que surge, ainda que timidamente, algumas alternativas pouco exploradas no Brasil de novos movimentos constitucionais que proporcionam uma abertura de perspectiva diversa da conhecida e difundida entre nós.

PALAVRAS-CHAVE: Estado democrático de direito. Constitucionalismo. Efetividade.

Introdução

Nós últimos anos, temos acompanhado grandes transformações ocorridas no mundo, que exigem uma releitura do fenômeno jurídico; haja vista que é fundamental ampliarmos a arena de debate, transformando os destinatários das normas jurídicas em seus autores, fazendo com que os indivíduos possam usufruir, da melhor maneira possível, de suas liberdades subjetivas e comunicativas.

Pois bem, dentro desse contexto, tanto Habermas como Boaventura de Sousa Santos adotam uma concepção estatal em que os falantes no discurso sejam cidadãos com iguais direitos dentro de um ordenamento jurídico em que a integração política na pós-modernidade exige uma “imparcialidade” em face das diferenças que o pluralismo de projetos de vida digna traz intrínseco a qualquer sociedade. Tais autores apostam em um consenso procedimentalista em torno de princípios universais de liberdade e igualdade.

Dessa forma, em que pese à evolução do Estado no que diz respeito as suas matizes liberal, social e democrática de direito, as teorias contemporâneas, denominadas de pós-positivistas, dão importância aos problemas da indeterminação do direito e às relações entre o Direito, a Moral, a Política e a Economia.

Vemos, portanto, que a noção de Estado democrático de direito surge para permitir que todos os homens, indistintamente, possam, por meio da linguagem, expor discursivamente e, desse modo, escolher as regras que vão demarcar o novo limite da sociedade. Tal noção rompe, portanto, com toda a ordem arbitrária e tendenciosa, numa constante busca de construção de uma sociedade melhor e mais justa.

* Enviado em 30/5, aprovado em 15/8, aceito em 18/12/2012. Artigo produzido durante as aulas ministradas pela professora Marinella Machado Araújo, na disciplina Teoria Geral do Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

** Doutorando em Direito Público - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; mestre em Direitos Sociais e Cidadania - Centro Universitário Salesiano de São Paulo; especialista em Direito Público - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; professor de Direito Constitucional - Faculdade Asa e Universidade Presidente Antônio Carlos e Teoria Geral do Direito - Centro Universitário Newton de Paiva; advogado. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. E-mail: gustavohermont@ig.com.br.

Nesse processo evolutivo de mutação constitucional, o constitucionalismo afirma-se sob uma perspectiva aberta de interpretação, que confere, portanto, à hermenêutica jurídica constitucional o papel de efetivar essa constante integração entre vontade do legislador e vontade social.

Assim, dentro desse contexto, apresenta-se a concepção defendida por Boaventura de Sousa Santos, denominada de “novo constitucionalismo”, oportunidade em que serão feitas algumas inferências com relação a determinados pontos de coesão entre a ideia do referido autor com as de Jürgen Habermas, na “teoria discursiva”; José Roberto Dromi, no “contitucionalismo do futuro”; e Marcelo Neves, no “transconstitucionalismo”.

Finalmente, abordaremos as perspectivas tidas como neoconstitucionalistas, que não são uníssonas na doutrina, de modo que não adentraremos nessas divergências. Partiremos da análise desse conjunto de mudanças que inserem a força normativa à Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da hermenêutica constitucional, que tem por centro de gravidade a noção de abertura discursiva do projeto constitucional.

1 Democracia discursiva e participativa, Estado, modelos de Estado de Direito

Inicialmente, cumpre-nos alertar que o ponto de partida do nosso texto se fundamentará na concepção de democracia radical idealizada pela teoria discursiva de Habermas, que compreende o Poder Constituinte como algo que se constrói ininterruptamente, e não apenas em situações excepcionais.

Logo, o ato fundacional de um Estado carece de uma constante releitura crítica por meio de um processo hermenêutico jurídico constitucional diário, com discursos de justificação e de aplicação pautados em uma perspectiva linguística construtiva.

Assim, Habermas afirma:

[...] uma constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição. Na linha dessa compreensão dinâmica da constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema dos direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais (e nesta medida, apaga a diferença entre normas constitucionais e simples leis). É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da autoconstituição discursiva de uma comunidade, se esse processo, que não é imune a interrupções e a recaídas históricas, puder ser interpretado, a longo prazo, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo. (HABERMAS, 2003, p. 165)

Portanto, a Constituição submete-se a um processo de mutação constante, que se abre para o futuro. Ou seja: um processo de aprendizagem coletivo ininterrupto acessível à inclusão das minorias vulneráveis, reconhecendo que a forma pela qual o passado é apreendido repercute na consolidação da identidade constitucional dos direitos que regem a sociedade.

Nesse sentido, valendo-nos da classificação adotada pela teoria moderna que identifica a existência de quatro elementos de constituição do Estado – povo, território, poder/soberania e finalidade –, preciosa se torna a definição de Estado do prof. Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 118): “A ordem jurídica *soberana* que tem por *fim* o bem comum de um *povo* situado em determinado *território*” (grifo do autor).

Lado outro, Hegel analisando as bases do direito internacional, afirma:

Enquanto Estado, o povo é o Espírito em sua racionalidade substancial e em sua realidade imediata [...]. Em relação aos outros Estados, o Estado é, por conseguinte, soberanamente autônomo. Existir como tal para um outro Estado, isto é, ser reconhecido por ele, é a sua primeira e absoluta legitimação. Ao mesmo tempo, porém, esta legitimação é formal, e em reclamar o reconhecimento de um Estado, só porque se é um Estado, há algo de abstrato. Do seu conteúdo, da sua constituição e da sua situação é que depende que seja verdadeiramente um Estado que existe em si e para si, e o reconhecimento que implica a identidade dos dois Estados assenta também na opinião e na vontade do outro. (HEGEL, 1997, p. 301-302)

Percebe-se, então, que a necessidade de se afirmar soberanamente no cenário internacional passa pela ótica de aceitação constitucional, no sentido de reconhecimento/validação dessa norma estruturante pelos demais Estados soberanos internacionais.

Cabe alertar que, na visão hegeliana (1997, p. 301-306), alguns elementos são indispensáveis para a afirmação desta identidade, quais sejam: “a) o conteúdo do espírito do povo; b) a constituição; c) a situação do espírito do tempo; d) o reconhecimento internacional”.

Nesse sentido, a Constituição representaria a materialização da vontade do povo inserido em um determinado contexto temporal. Traduz, então, a essência de um Estado em si e por si, capaz de ser, portanto, reconhecido pelos outros Estados como tal.

Por derradeiro, do conflito entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca nasceu a primeira noção de Estado de Direito. O Estado liberal surge em um momento de afirmação dos direitos políticos e individuais (séculos XVII e XVIII). Dessa forma, o Estado exercia apenas o papel de criar as condições mínimas necessárias ao livre exercício dos direitos individuais dos cidadãos e, portanto, deveria abster-se quanto a qualquer conduta que pudesse incomodá-lo. Esse período é marcado por grande concentração de renda e exclusão social.

Nesse ponto, a Revolução Francesa e a Revolução Industrial deram origem concomitantemente a um novo modelo de Estado liberal, essencialmente capitalista, protegendo os chamados direitos fundamentais do homem, fundado nos ideais de liberdade, propriedade e segurança do indivíduo.

Dessa feita, sob a perspectiva dos paradigmas do Estado liberal, o constitucionalismo limitava poderes, seja no respeito à lei seja na elaboração desta, de modo que o discurso de fundamentação na elaboração das normas se baseava prioritariamente na concepção do indivíduo, resguardado, portanto, o patrimônio dos destinatários da norma.

Busca-se, dentro dessa nova realidade, a necessidade de chamar o Estado para que possa limitar o poder econômico e evitar abusos. Desse modo, o modelo de Estado

social fomenta um Estado essencialmente prestacionista, que visa a superar as desigualdades e implementar a efetividade dos direitos sociais, rompendo, assim, a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social. Contudo, no Estado social, reclama-se a profunda e condicionante ingerência do Estado na sociedade.

Em nosso entender, o modelo de Estado social de direito sucede politicamente o modelo de Estado liberal de direito; mas não de forma contraditória, na medida em que se propõe a harmonizar a democracia política como método do compromisso das regras e a democracia social como a realização do princípio de igualdade na sociedade, haja vista que a ideia de democracia pressupõe um aperfeiçoamento ampliado da participação de todos nos benefícios da liberdade.

Podemos destacar então, na virada do século XXI, o modelo neoliberal, que concentrava suas forças na atividade de regulação. Esse modelo defende a separação do Estado na economia, com total liberdade às leis de mercado, pois acreditava-se que essas medidas estimulariam a livre concorrência, fazendo aumentar a produtividade - o que aceleraria, por consequência, o crescimento econômico.

A concepção de um modelo estatal contemporâneo delimitado pelo direito alicerçou-se gradativamente nos Estados ocidentais, com base nas circunstâncias e condições concretas existentes nos diversos países europeus; e, depois, no continente americano. Por essa razão, desde a sua origem, a ideia de Estado de direito está conectada à de contenção do Estado pelo direito. Entrelaçam-se, nos textos constitucionais, os direitos individuais fundamentais (herança do liberalismo) com os direitos econômicos e sociais.

Na visão de Luis Legaz y Lacambra (apud MENDES; BRANCO, 2009, p. 61), “o Estado de Direito é um dos mistérios da ciência jurídico-política; é, na esfera da ciência do Direito e do Estado, o que na Teologia é o mistério do Deus Homem, o mistério do Criador da Natureza submetido à natureza. Deus e Homem verdadeiro, diz o Credo; legislador, e, não obstante, submetido à lei, afirma a teoria política”.

Todavia, a noção de Estado que tem limites e fundamentos definidos pelo Direito não é suficiente para caracterizar toda a profundidade que envolve o tema em questão, haja vista que o Estado democrático de direito permite uma ampliação do cenário de discussão e participação efetiva dos cidadãos, que assumem o papel de coautores dos processos políticos do Estado, atuando, assim, na construção e legitimação do direito.

Nesse sentido, Canotilho (1999, p. 94) afirma que o Estado democrático de direito deve ser visto “como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”. Ou seja, sob esse viés, os cidadãos efetivamente participam da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade a fim de legitimá-las.

Sob essa perspectiva, o cidadão, assume papel indispensável na participação e construção dos discursos políticos. Vejamos: “A cidadania ativa no Estado democrático de direito pressupõe um cidadão político, apto a fazer valer suas reivindicações perante os governantes, que devem arcar com as responsabilidades de seus atos” (SOARES, 2004, p. 222).

Portanto, sob a ótica do novo paradigma procedimentalista, o cidadão deixa de ser apenas um mero destinatário das normas estatais para se tornar autor e participante

nos processos discursivos e deliberativos do Estado democrático de direito, contribuindo efetivamente para a construção do direito - desde a sua criação até a sua real aplicação, que diretamente ou indiretamente irá influenciar a sua própria vida.

2 Constitucionalismo: evolução histórica

De modo geral, o constitucionalismo deve ser entendido como um movimento político-jurídico, antagônico, contrário aos regimes autoritários, ao passo que se fundamenta em duas premissas: limitação ao poder e prevalência dos direitos fundamentais. Logo, partindo-se da concepção de que todo Estado deva possuir uma Constituição (formal ou consuetudinária), esses pilares devem estar inseridos nos respectivos textos constitucionais.

Na Antiguidade Clássica, Karl Loewenstein (1970, p. 154) identifica entre os hebreus o nascimento do constitucionalismo como movimento de organização do Estado. Os hebreus criaram limites, pela denominada “lei do Senhor”, ao poder político, garantindo aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que exorbitassem os limites bíblicos.

Durante a Idade Média, a Magna Carta (1215) representa um marco no constitucionalismo medieval: identifica-se em seu texto uma clara primazia da lei, especificamente no que diz respeito à proteção dos direitos individuais.

Já durante a Idade Moderna, ressaltam-se como documentos marcantes: o *Petition of Rights* (1628); o *Habeas Corpus Act* (1679); o *Bill of Rights* (1689); e o *Act of Settlement* (1701), com destaque para as cartas de franquia que privilegiavam a proteção dos direitos individuais. No final do século XVIII, com a transição da monarquia absoluta para o Estado liberal de direito, os Estados começam a adotar leis fundamentais escritas e, desse modo, iniciam o movimento do constitucionalismo moderno.

Chegamos à concepção de constitucionalismo liberal “moderno”, com predominância dos seguintes valores: individualismo, absentéismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Podemos ressaltar como marco histórico desse período as constituições norte-americana (1787) e francesa (1791). Naquele momento, destacavam-se as constituições escritas como documentos capazes de refrear qualquer arbítrio decorrente do poder.

Canotilho (2003, p. 51) refere-se ao constitucionalismo moderno como “movimentos constitucionais”, que podem ser definidos “como uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.

Com efeito, o referido autor classifica os movimentos constitucionais em constitucionalismo antigo e moderno, caracterizando o moderno 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” (CANOTILHO, 2003, p. 52).

Contudo, é certo que os temas principais do constitucionalismo relacionam-se com a criação e legitimação do poder político, contrapondo-se a um poder autoritário e promovendo uma ruptura institucional do antigo regime focado na constitucionalização das liberdades individuais.

3 Novo constitucionalismo, na visão de Boaventura de Sousa Santos

Em interessante trabalho, Boaventura de Souza Santos classifica o constitucionalismo em três grandes modelos. Vejamos:

El constitucionalismo *antiguo*, que existió hasta el siglo XVIII y que es de muy larga su duración. Este era um constitucionalismo que ratificaba la manera como vivían los pueblos que ya estaban constituidos; era um constitucionalismo informal, era la ratificación de los pueblos constituidos como tal.

El constitucionalismo *moderno*, el segundo tipo de constitucionalismo, es totalmente opuesto; es un acto libre de los pueblos que se imponen una regla a través de um contrato social para vivir em paz dentro de um Estado. Aquí hay una imposición que es una imposición contractual. Es um acto nuevo en el que el constitucionalismo moderno acepta uma doble igualdad: entre los ciudadanos o entre individuos, y entre estados independientes. [...] Por ello, en todas sus características, el constitucionalismo moderno quiere ser monocultural. Los conceptos fundamentales del constitucionalismo moderno son así los de soberanía popular y homogeneidad del pueblo (o sea que el pueblo es homogéneo). [...] Por otro lado, el constitucionalismo moderno vive com la obsesión de la regularidad em comparación com el constitucionalismo antiguo que era flexible y hasta un poco informal, dependía de las decisiones del pueblo.

Pero hay un *tercer tipo* de constitucionalismo que está emergiendo. Aquí en Bolivia, por lo que veo, y también em otros países. Este nuevo tipo de constitucionalismo empezó em los años 80, cuando algunas constituciones del continente - como la de Colombia donde este nuevo aspecto muy fuerte - asumieron la *confirmación constitucional de la plurinacionalidad, la pluriculturalidad, la pluriétnicidad y la interculturalidad de los países*. Esta es una conquista histórica bastante importante que empieza um processo histórico que, a mi juicio, se está profundizando aquí em Bolivia, com todas las dificultades de um proceso muy complejo. Tiene muchos riesgos, pero es realmente otro tipo de constitucionalismo. [...] tres son las ideas centrales del constitucionalismo plurinacional, intercultural y potcolonial, primero, reconocimiento recíproco; segundo, continuidad e tercero, la idea del consentimiento, de que las cosas deben ser consensuadas. (SANTOS, 2007, p. 20-22, grifo do autor)

Dessa feita, o constitucionalismo plurinacional ganha contornos diversificados, uma vez que trabalha com uma visão moderna de multiplicidade cultural dentro dos padrões específicos de cada organização social, respeitando, assim, as suas diversidades, de modo que os Estados não podem ser culturalmente neutros, pois se são neutros, objetivamente, favorecem a uma cultura dominante.

Fala-se, então, que surge um “novo constitucionalismo” na América do Sul, fundado na ideia de democracia consensual não hegemônica contrapondo-se à noção de democracia majoritária, sob o fundamento de constituir-se um mecanismo impeditivo do debate amplo. Para o professor José Luiz Quadros de Magalhães (2011, p. 2), “como resultado do diálogo não há um argumento vencedor, nem uma fusão de argumentos mas a construção de um novo argumento”.

Nesses termos, como bem esclarece José Roberto Dromi (1997, p. 111) o “constitucionalismo do futuro deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade”, aquilo que ele denomina de constituição do “por vir”.

Ora, será que o “constitucionalismo do futuro” defendido por Dromi já não se faz presente em países da América do Sul, como Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia?

José Luiz Quadros de Magalhães, afirma que:

[...] Embora possamos encontrar traços importantes de transformação do constitucionalismo moderno já presentes nas constituições da Colômbia de 1991 e da Venezuela de 1999 são as constituições do Equador e da Bolívia que efetivamente apontam para uma mudança radical que pode representar inclusive uma ruptura paradigmática não só com o constitucionalismo moderno mas com a própria modernidade. (MAGALHÃES, 2011, p. 1)

Lado outro, dúvidas não sobejam de que, nessa concepção de “novo constitucionalismo” defendida por Santos e Magalhães, se constata que a modernidade nos oferece todos os instrumentos para evoluirmos, mas, todavia, não nos fornece respostas concretas para a efetivação desse modelo em países com histórias distintas dos acima referidos.

Nesse sentido, a ideia de tempo é interna da intuição. Trata-se de uma convenção, ou seja, o tempo é uma ilusão, tudo é fluxo da realidade. Assim, podemos constatar nos fragmentos de Heráclito de Éfeso e o movimento da vida. Vejamos:

.....
§ XLIX - Nos mesmos rios entramos e não entramos, somos e não somos;
§ L - Não é possível entrar duas vezes no mesmo rio;
§ LI - Aos que entram nos mesmos rios afluem outras e outras águas; e os vapores exalam úmido;
§ LII - As coisas frias esquentam-se, o quente esfria-se, o úmido seca, o seco umidifica-se. (HERÁCLITO DE ÉFASO, 2002, p. 205)

Portanto, as águas de um rio não são as mesmas se entrarmos nele duas vezes, pois suas águas se renovam sempre. Somos como um rio: hoje somos uma coisa e amanhã não vamos ser mais, e isso pode ser o início de uma confirmação convencional, ilusória da ideia de tempo como certeza.

Neste ponto, o próprio professor José Luiz Quadros Magalhães (2011, p. 1) afirma: “É claro que o presente está impregnado de passado, assim como o futuro estará impregnado do presente”.

Nesse sentido Santo Agostinho (tríplice presente) e Heidegger (tempo kairológico) vão afirmar que o tempo é uma mudança constante, ou seja: passado, presente e futuro são constituidores de tudo que se afeta. O sentido é, portanto, indicativo de movimento que advém de uma relação temporal entendida como porvir, isto é, representa a ideia de um tempo fluido, constante em que tudo se converge para o presente.

Verifica-se, assim certa similaridade entre as ideias defendida por José Roberto Dromi (“constitucionalismo do futuro”) e Boaventura de Sousa Santos (“novo constitucionalismo”), na medida em que a ideia de tempo é interna da intuição. Trata-se de uma convenção, ou seja; o que para Dromi se convencionou ser “futuro”, para Boaventura é “presente”.

Busca-se, dentro dessa nova concepção integrativa, legitimar a atuação de órgãos supranacionais no que diz respeito a uma integração espiritual, moral, ética e institucional entre os povos a fim de se estabelecer aquilo que Boaventura de Sousa Santos denominou de “Estado plurinacional”.

A missão do Estado plurinacional vai além dos tradicionais e conhecidos mecanismos representativos majoritários, haja vista que trabalha com a perspectiva de uma crescente amplitude de inserção dos mecanismos institucionalizados de constituição de consensos. Desse modo, os direitos fundamentais devem ser entendidos como consensos construídos e reconstruídos permanentemente.

Marcelo Neves afirma que:

O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. (NEVES, 2009, Introdução, p. xxi)

Podemos destacar, então, uma permanente relação transversal entre ordens jurídicas em função de problemas constitucionais similares, a ponto de visualizar-se o transconstitucionalismo como mecanismo de integração sistêmica da sociedade hiper-complexa da atualidade.

No que diz respeito à pretensão normativa, esse modelo permite a efetivação da integração social da sociedade hodierna, atacando diretamente a necessária possibilidade de inclusão das minorias vulneráveis. Leva-se em consideração a necessidade de construção de espaços de diálogos plurais na busca constante de novos modelos que possam ser mais inclusivistas.

Neves (2009, p. 26) afirma que: “A sociedade mundial constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade”.

No entanto, de maneira coerente, reafirmamos haver certos pontos de contato entre as concepções de constitucionalismo difundidas pelos autores Boaventura de Sousa Santos, José Roberto Dromi e Marcelo Neves, no sentido de romper com os paradigmas modernos de Estado, Constituição e Democracia. Ressaltam-se, é claro, as particularidades e divergências enfrentadas por cada um deles de formas distintas para sustentar as respectivas ideias.

4 Novo constitucionalismo: perspectiva simbólica

Cabe alertar, contudo, a relação existente entre texto e realidades constitucionais como mecanismo concretizador das normas constitucionais, levando-se em conta que o texto e as realidades constitucionais se encontram em permanente relação em busca da real efetivação de direitos.

Nesse ponto, Friedrich Müller (apud NEVES, 2009, p. 84), define a normatividade em duas dimensões: “Normatividade significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (normatividade concreta) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (normatividade materialmente determinada)”.

Em nosso entender, a construção de uma ordem jurídico-constitucional dá-se com a abertura do debate com todos os órgãos estatais, todos os poderes públicos, todos os cidadãos e grupos sociais, pois o processo constituinte é essencialmente um procedimento discursivo/linguístico. E, portanto, o titular desse processo não pode ser corporificado em uma entidade coletiva, razão pela qual se possa pensar o ato de fundação da Constituição a partir de uma nova perspectiva.

Todavia, na prática há pleno desprezo da amplitude do debate: excluem-se da participação deliberativa diversos movimentos populares representativos das mais variadas ideologias, sejam elas majoritárias ou minoritárias. Em resumo, a esfera pública como importante mecanismo para se efetivar a democracia participativa por meio do debate na concepção habermasiana não atinge o que se espera desse modelo.

A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. [...] A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana. (HABERMAS, 1997, p. 92)

Todavia, que sob a ótica da perspectiva simbólica o novo constitucionalismo seria difícil de se efetivar em democracias que não vivenciam uma real esfera pública pluralista, ou seja, em países onde a democracia majoritária interrompe cada vez mais cedo o debate.

Ademais, o Estado moderno é uniformizador, normalizador e dificilmente se abriria para a criação de uma nova identidade que prevaleceria sobre as identidades preexistentes, pois todo o direito moderno adota esse modelo hegemônico, que inegavelmente tem dificuldade em admitir o direito à diversidade como direito coletivo.

Marcelo Neves afirma:

Relativamente à constitucionalização simbólica, ele ganha sua relevância específica no plano da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição.

[...] no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela in-junção de outros códigos sistêmicos e por determinações do “mundo da vida”, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código “lícito/ilícito” sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais. (NEVES, 2009, p. 92-93)

Com efeito, a dimensão normativa simbólica está no texto, aquilo que Neves denomina de “normatização positiva”; e, portanto, tem sua relevância por estar ali, mas, todavia, precisa-se concretizar pela coerência, ou seja, aproximar-se da realidade social para ser reconhecida como tal.

Assim, pode-se afirmar que na constitucionalização simbólica há o predomínio de funções político-ideológicas em detrimento da função normativa jurídica, de modo que o sistema jurídico é afetado na sua capacidade de concretização de direitos, ao passo que muitas normas jurídicas produzidas no nosso país subsumem-se, esgotam-se na mera literalidade constante de seu conteúdo “frio”, da norma, pois jamais transcenderiam a “simbólica folha de papel” para produzir seus reais efeitos e atingir seus destinatários e titulares do poder, o povo.

5 Neoconstitucionalismo

Apartir do século XXI, uma nova perspectiva acerca do constitucionalismo começa a ser difundida, chamada de constitucionalismo pós-moderno ou neoconstitucionalismo.

Constata-se, assim, uma perspectiva distinta daquela anteriormente analisada, que tinha como foco central a limitação do poder político, ao passo que esse novo movimento se preocupa especificamente com a real efetivação dos direitos fundamentais.

Sob esse viés, Luís Roberto Barroso, prefaciando obra de Gustavo Binembojm menciona:

O fenômeno do neoconstitucionalismo tem como marco filosófico o pós-positivismo, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª guerra mundial onde, no caso brasileiro, ocorreu com a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988 e, como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. (BARROSO in: BINEMBOJM, 2006, Prefácio)

Portanto, o neoconstitucionalismo naturalmente promove uma mudança de paradigmas teóricos jurídicos, como a expansão jurisdicional constitucional; a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional; e o reconhecimento de força normativa à Constituição, possibilitando a aproximação da realidade jurídica à realidade social.

Busca-se, dentro dessa nova realidade, incorporar ao texto constitucional os chamados direitos humanos de terceira dimensão, inserindo nele a ideia de constitucionalismo fraternal e de solidariedade.

Kildare Gonçalves Carvalho (2008. p. 239), referindo-se ao neoconstitucionalismo, afirma que a perspectiva é de que “ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraternal e de solidariedade”.

É inegável que o neoconstitucionalismo busca adequar-se a uma nova filosofia de pensamento jurídico que se preocupa muito mais com a real produção de efeitos das normas (eficácia jurídica) do que com a simples existência de regulamentação jurídica inserta no sistema (existência normativa) e também com a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico (validade). É a tradução da busca incessante de um modelo eficaz de normas que satisfaça o bem-estar social verdadeiramente.

De fato, esse movimento pensa uma decisão pretensamente universal sob a ótica da moral. Ou seja, há uma busca constante por fundamentos racionais para legitimar a justificação do discurso.

Ora, a ideia central é de dar sentido à Constituição, superando o seu caráter meramente retórico, seja por meio da efetivação da jurisdição constitucional seja por meio de políticas públicas eficazes, para que se encontrem mecanismos para a real e efetiva concretização de seus mandamentos.

Assim, o neoconstitucionalismo propõe-se a fazer uma releitura valorativa do direito, reaproximando do debate jurídico moral e ética, razão pela qual supera a concepção do positivismo exegético, clássico, sem jamais reconhecer a sua contribuição para o estudo do Direito.

Como se vê, há uma cultura jurídica marcada pela presença de princípios - especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por instituírem o regramento de valores, traduzem para a linguagem normativa as opções éticas e políticas da sociedade.

Nesse caso, portanto, dúvidas não sobejam que os direitos fundamentais ganharam, nos últimos anos, novos contornos nos ordenamentos constitucionais atuais. Por essa razão, não mais poderemos em pleno século XXI continuar a compreender o fenômeno jurídico alheio às considerações morais, políticas e econômicas.

Conclusão

Por todo o exposto, o texto procurou sintetizar a importância de uma constante releitura crítica construtivista do texto constitucional, sob uma perspectiva linguística, de forma que as constituições precisem estabelecer, por trás dos direitos fundamentais inseridos no seu corpo, uma ordem de valores e de justiça que necessitará de uma postura ativa dos órgãos estatais e de toda a sociedade no sentido de sua concretização.

Há de se verificar que a concepção do “novo constitucionalismo”, dentro de uma perspectiva de Estado que seja plural, participativo e democrático, se apresenta como uma alternativa plausível de atender aos anseios de um modelo de Estado democrático de direito que não dá conta de absorver essa sociedade globalizada.

Sendo assim, o cerne da discussão é admitir a possibilidade de refundarmos um novo modelo de Estado, com paradigmas que permitam ao menos pensarmos em algo novo, sob a concepção da abertura.

Todavia, a modernidade ofereceu-nos todos os instrumentos para evoluir. Ocorre que esse entendimento é social e político, e não abarca a perspectiva jurídica, motivo pelo qual não nos oferece respostas concretas.

Ademais, como conseguiríamos integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e não hegemônicos, haja vista que se amplia consideravelmente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo, que na sua essência é hegemônico, quando o novo constitucionalismo trabalha sob a ótica da construção de consensos?

Nesse sentido, a linguagem é um fenômeno vivo em constante evolução; e nós somos seres lançados e inseridos em determinados contextos sociais. Resignificamos o direito a todo o momento, de modo que seja interpretado criativamente e permanentemente.

Logo, não há texto unissignificativo: o conceito está sempre a caminho de sua determinação. Isto é, só há uma “resposta correta” dentro de um jogo específico de linguagem que seja capaz de metodicamente corroborar uma decisão antecipadamente tomada.

Portanto, não há qualquer incompatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional, pois a jurisdição constitucional age como mecanismo específico de se efetivar a regra contramajoritária.

Pensamos que tanto as políticas públicas como a jurisdição constitucional exercem papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais, de modo que se possa construir um Estado pautado na ampliação democrática dos discursos de fundamentação e de aplicação, para assim, construirmos e consolidarmos um modelo de Estado que permita a inclusão das minorias e se faça verdadeiramente mais isonômico e “democrático de direito”.

FUNDAMENTALS THAT GUIDE THE CONSTRUCTION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW IN THE LIGHT OF EVOLUTION OF THE CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT: In order to approach the assumptions by which to guide the construction of the Democratic State of Law, this paper will focus on key milestones to reach a new perspective on the constitutional model, considering that arises, albeit tentatively, some alternatives explored in Brazil's new constitutional movements that provide a different perspective of the opening of known and spread among us.

KEYWORDS: Democratic State of law. Constitutionalism. Effectiveness.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- BOBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Direito constitucional positivo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DROMI, José Roberto. *La reforma constitucional: el constitucionalismo del "por-venir"*. In: El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. V. II. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Era das transições*. Trad.: Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad.: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HERÁCLITO. *Fragmentos Contextualizados*. Trad.: Alexandre Costa. Rio de Janeiro: Difel, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Reflexões sobre o novo constitucionalismo na América do Sul: Bolívia e Equador*. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/11/802-reflexoes-sobre-o-novo.htm>>. Acesso em: 7 abr. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. En conferencia en el "Hotel Cortes", en Santa Cruz de La Sierra, Bolívia, 3-4 abr. 2007. Cochabamba: Cochabamba Printed, 2007.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: Introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10. ed. Lisboa: Piaget, 1996.