

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Claudia Karina Ladeia Batista¹

Resumo:

O presente trabalho pretende analisar a importância da constitucionalização do direito na concretização de direitos fundamentais. Apresenta um breve plano de evolução do direito do Estado liberal-burguês para o Estado de bem-estar até a concretização (?) das promessas da modernidade e a efetivação do Estado Democrático de Direito. A partir da análise do procedimentalismo e do substancialismo como formas de interpretação e utilizando o método dedutivo espera-se, ao final, demonstrar que a salvaguarda dos direitos constitucionalmente assegurados está umbilicalmente relacionada a uma mudança paradigmática pela qual o direito não mais se filie ao dogmatismo e ao normativismo jurídico, mas se aproxime da Constituição, comprometendo-se com a efetivação dos preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais.

Palavras-chave: constitucionalização; direitos fundamentais; jurisdição constitucional.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LEY Y LOS DESAFÍOS PARA EL LOGRO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Resumen:

En este trabajo se analiza la importancia de la constitucionalización de los derechos en el logro de los derechos fundamentales. Proporciona una breve reseña de la evolución de la legislación del Estado para el Estado burgués-liberal del bienestar a la realización (?) Las promesas de la modernidad y la realización de un estado democrático. Del análisis de procedimentalismo y substancialismo como formas de interpretar y utilizar el método deductivo que se espera al final, demuestran que la protección de los derechos garantizados por la Constitución está inextricablemente ligada a un cambio de paradigma en el que el derecho ya no es fillo dogmatismo y normativismo jurídico, pero se aproxima a la Constitución, se comprometen a la realización de consagradores constitucionales derechos fundamentales.

Palabras clave: constitucionalización del derecho; derechos fundamentales; jurisdicción Constitucional.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru-SP; Professora nos cursos de graduação e especialização em direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS);

1. Introdução

Render-se ao malfadado hábito já arraigado, inclusive no meio jurídico, de ressoar como causas da ineficiência da jurisdição, o desrespeito ao ordenamento e a benevolência do conteúdo das normas de direito material parece leviano. A crise por que passa o direito é um representativo de uma crise do próprio Estado². A interiorização de conhecimentos “globais” e sua adaptação à nossa realidade multicultural e diversa acabam por inserir o pensamento neoliberal como direcionamento das atividades estatais e jurisdicionais. Streck alerta ainda que, sendo o direito um produto do Estado, (não só do legislativo, mas do próprio judiciário), a crise do Estado representa também uma crise do direito e da dogmática jurídica. Enfatiza o autor que “o paradigma (modelo/mo de produção do direito) liberal-individualista-normativista está esgotado”³.

Uma vez ultrapassado tal paradigma – bem como a interpretação da lei segundo a Teoria Pura do Direito de Kelsen⁴ ficam algumas questões: como interpretar as normas de direito fundamental de modo a dar-lhes maior efetividade? Tendo o neoconstitucionalismo superado o positivismo jurídico⁵ e a submissão do judiciário ao legislativo (a interpretação da lei limitada à declaração da “vontade do legislador”) como vislumbrar a interpretação constitucional sem que se configure “ofensa às escolhas políticas” e outras críticas típicas ao ativismo judicial? Estas e outras questões derivam, direta ou indiretamente, da constitucionalização do direito. Não se pretende, porém, nesta oportunidade, apresentar respostas a todos os questionamentos feitos, quer por demandarem um estudo mais aprofundado do que o presente espaço permite, quer por representar simplista qualquer tentativa de, em poucas páginas, responder a questões jurídicas tão relevantes e complexas.

2. Do Estado liberal ao Estado social – o procedimentalismo e o substancialismo.

A concepção do direito processual, elaborada para a defesa de interesses predominantemente privados, já não atendia a contento as necessidades de um novo direito surgindo com viés coletivo e publicista. A interpretação do direito (seja ele material ou processual) à luz da Constituição representa um grande avanço na jurisdição e na hermenêutica, na medida em que passa a configurar compreensão do ordenamento a partir de valores norteadores de todo o sistema. O constitucionalismo do pós-guerra defende a proteção

² STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos- Volume 8, nº2, p. 257-301, maio/ago. 2003, p. 256.

³ ibidem, p. 259.

⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁵ STRECK, Lênio. A Hermenêutica Jurídica nos vinte anos da Constituição do Brasil, In: O Novo Constitucionalismo na Era Pós-positivista – Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

constitucional dos compromissos ético-comunitários de modo a não só reconstruir o Estado de Direito, mas também resgatar a força do direito, atribuindo-se à Lei Maior a tarefa de guardar os valores materiais positivados na Constituição - o todo dirigente- compromissário-valorativo-principiológico⁶.

De fato o procedimentalismo de Habermas⁷ (singelamente aqui abordado como a observância da democracia a partir da salvaguarda do procedimento de participação democrática) fragiliza a concretização do Estado Democrático de Direito na medida em que propõe um modelo de democracia constitucional que não se assenta em valores compartilhados ou conteúdos a serem observados. Assemelhando-se em alguns aspectos à Teoria Pura do Direito sustentada por Kelsen, Habermas propõe um modelo isento de caráter valorativo. Por tal modelo, denominado procedimentalismo, Habermas critica a possibilidade de uma comunidade ética de valores compartilhados (base da teoria substancialista). Para o autor, a existência de um o pluralismo das democracias contemporâneas e da própria lógica assimétrica do poder econômico e administrativo que impede a eleição de “valores comuns” tornaria impossível a aplicação válida do modelo. Outra crítica de Habermas ao substancialismo é a interferência do judiciário na política (a fim de estabelecer a observância dos ditos valores comuns) o que acaba por, na visão do autor, transformar o tribunal constitucional em “instância autoritária”⁸.

É importante considerar a valiosa lição de Streck⁹ para quem a superação do paradigma do direito liberal e burguês para o direito de bem-estar (Estado Social) por aí não para. Este último teria sido superado por um terceiro paradigma (o do Estado Democrático de Direito), que acrescenta um “mais” ao Estado social na medida em que estabelece no próprio texto constitucional os mecanismos para as promessas da modernidade – promovendo uma verdadeira “revalorização do jurídico”, de transformação e de legitimação pela própria Constituição.

Num esboço de conclusão acerca do procedimentalismo, sem, por óbvio, esgotar seu conteúdo, não se pode admitir que a mera participação do processo democrático por meio da seguridade e paridade de voto faça sagrada e imutável a decisão da maioria. Tais decisões, à luz do substancialismo, hão de carregar em seu bojo as condições do “agir” político-estatal inseridas no seio constitucional. Trata-se do constitucionalismo pelo qual a positivação dos

⁶ STRECK, ob. cit. p. 261.

⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade, Volumes I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁸ STRECK, ob. cit. p. 263.

⁹ Ibidem, p. 264-266.

direitos sociais-fundamentais encontra abrigo no texto da Lei Maior e guardada no poder judiciário, de modo a assegurar a prevalência dos valores constitucionais contra maiorias eventuais. A compreensão da realidade jurídico-política permite partilhar do entendimento de Streck pelo qual o modelo substancialista melhor se amolda à construção do Estado democrático de direito posto que se funda este não só na participação democrática, mas na realização de direitos fundamentais, especialmente por ter constitucionalismo moderno “confiado à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica”¹⁰

Por outro lado, no substancialismo, o reconhecimento da existência de valores que norteiam o agir Estatal e a admissão de que a concretização de um Estado Democrático de Direito requer não só a garantia de participação no processo democrático, mas a efetivação dos direitos fundamentais permite concluir, pois, pela inadmissibilidade da “pureza do direito” sustentada por Kelsen.

Não se pode, porém, ignorar as críticas a um judiciário atuante, notadamente no que concerne à questão da legitimidade democrática. Se por um lado o juiz “boca-da-lei” pouco contribui para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais posto que sua função se limita à declaração da “verdade do legislador”, o enfrentamento dos textos normativos pelo judiciário de maneira crítica e não meramente subserviente pode levantar o temor da “ditadura do juiz”, termo cunhado e associado ao ativismo jurisdicional visto de forma pejorativa, no qual a atuação jurisdicional incursiona indevidamente usurpando atribuições dos órgãos democraticamente eleitos. Tal temor tem razão de ser mormente quando se considera que o judiciário ainda é um órgão historicamente aristocrático e não representativo – dado que seus membros não são eleitos. Nesse sentido avolumam-se as críticas acerca da falta de legitimidade democrática que permita ao juiz julgar para “além da vontade do legislador”, bem como a eventual caracterização de ofensa à separação de poderes.

Considerações finais.

Nos países de modernidade tardia o dirigismo constitucional visa assegurar o cumprimento do núcleo essencial da Constituição, ou seja, das premissas sobre as quais se constitui o Estado. A fim de que as promessas não permaneçam descumpridas, espera-se do Estado (aí compreendido o judiciário), uma postura protetora, de efetivação e não mais de abstenção como a do modelo liberal-individualista-normativista. Não se trata de clamor por

¹⁰ Idem.

ativismo jurisdicional ou pela morte da política, mas pelo efetivo cumprimento dos princípios e direitos fundamentais sociais sobre os quais repousam as pilastras do Estado Democrático de Direito.

Não é o legislador o “super-homem” iluminado, tal como não é o ordenamento algo fechado, concluso e extreme de dúvidas. O legislador não é perfeito – a lei tampouco o é. E o fato de ter sido elaborada por representantes devidamente eleitos cuja vontade foi aprovada por maioria não a torna, necessariamente, constitucional.

Considerando os aspectos abordados, mas sem a pretensão de concluir questões aqui levantadas, pode-se afirmar que a efetivação de direitos fundamentais depende diretamente do reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força normativa. A implementação de tal força há de ser feita pelo judiciário, mediante o abandono de duas terríveis posturas: a mera subsunção do fato à norma bem como do exercício da discricionariedade pseudo justificada sob o manto do “livre convencimento”. O exercício da atividade jurisdicional há de ser realizado com o emprego da hermenêutica constitucional, de modo que a satisfação de direitos fundamentais previstas pelo constitucionalismo dirigente não represente afronta à democracia.

Referências

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio: De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: **Constitución y Constitucionalismo Hoy**. Caracas: Fundación Manuel García-Peláez, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, Volumes I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. In. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos- Volume 8, nº2, p. 257-301, maio/ago. 2003, p. 256.

_____. **A Hermenêutica Jurídica nos vinte anos da Constituição do Brasil**, In: **O Novo Constitucionalismo na Era Pós-positivista – Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.