

CONSTITUCIONALISMO ÀS AVESSAS – CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS ACERCA DA (EQUIVOCADA) CONCEITUAÇÃO E APLICAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

UPWARD CONSTITUTIONALISM – HERMENEUTICAL CONSIDERATIONS ABOUT THE (MISTAKEN) CONCEPT AND APPLICATION OF NEOCONSTITUTIONALISM IN BRAZIL

Guilherme Sabi de Mello Antunes¹
Larissa de Castro Coelho²

RESUMO

O direito é dinâmico. Assim são de igual modo, as relações ideológicas que o personifica. O presente trabalho tem por objetivo principal realizar uma investigação acerca do fenômeno jurídico do neoconstitucionalismo no Brasil. Por acessório, delinear-se-á o terreno hermenêutico em que emerge e se desenvolve tal fenômeno. Analisar-se-á o conceito, delimitação e aplicação do constitucionalismo enquanto superação do positivismo jurídico presente no cenário bélico da Segunda Guerra Mundial. Exibir-se-á a conceituação delineada por Streck a respeito do tema, quando define como Constitucionalismo Contemporâneo esta transição do poder legiferante para o judiciário. Evidenciar-se-á três principais características formadoras de tal fenômeno, quais sejam a descrença nos outros poderes; o prolixo ordenamento jurídico brasileiro e, por último, o ativismo judicial. O trabalho justifica-se pela relevância que assume no contexto social, político, acadêmico e econômico. A metodologia de pesquisa foi dedutiva, coleta de dados realizada qualitativamente e o referencial teórico foi o bibliográfico.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Neoconstitucionalismo; Teoria do Direito.

ABSTRACT

Law is dynamic. So are the ideological relationships that personify him. The main objective of this work is to carry out an investigation about the legal phenomenon of neoconstitutionalism in Brazil. By accessory, the hermeneutic terrain in which this phenomenon emerges and

¹ Bacharel em Direito pela Libertas Faculdades Integradas de São Sebastião do Paraíso (MG). Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Email: guilherme.santunes@sou.unaerp.edu.br

² Bacharel em Direito pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Email: larissa.coelho@sou.unaerp.edu.br

develops will be outlined. The concept, delimitation and application of constitutionalism will be analyzed while overcoming the legal positivism present in the war scenario of the Second World War. The conceptualization outlined by Streck on the subject will be shown, when he defines as Contemporary Constitutionalism this transition from the legislative power to the judiciary. Three main characteristics that form this phenomenon will be highlighted, which are the disbelief in other powers; the long-winded Brazilian legal system and, finally, judicial activism. The work is justified by the relevance it assumes in the social, political, academic and economic context. The research methodology was deductive, data collection was carried out qualitatively and the theoretical reference was the bibliographic

Keywords: Constitutional Law; Neoconstitutionalism; Theory of Law.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que as relações sociais são complexas, e a cada dia há a necessidade de se inteirar de transformações que acontecem, algumas passam despercebidas, contudo, outras, deixam sua marca na história, principalmente quando envolve questões interligadas, como direito, moral e justiça.

Neste mote, o presente estudo possui por objetivo principal realizar uma investigação acerca do fenômeno jurídico do neoconstitucionalismo no Brasil. Por acessório, delinear-se-á o terreno hermenêutico em que emerge e se desenvolve tal fenômeno.

Analisar-se-á o conceito, delimitação e aplicação do constitucionalismo enquanto superação do positivismo jurídico presente no cenário bélico da Segunda Guerra Mundial.

Expor-se-á a definição de neoconstitucionalismo nos moldes em que fora recepcionado no Brasil, sendo este a tentativa ideológica de superação do positivismo exegético, considerando a característica peculiar da reinserção dos valores morais na aplicação do direito e a conseqüente transição da tensão do poderio estatal para o Judiciário.

Abordar-se-á o Constitucionalismo Contemporâneo como premissa lógica da divisão do poderio estatal, quando esta acontece não por se possuir delimitado um sistema tripartite de atuação, mas sim, quando este sistema possui instrumentos de contenção relativos á atuação dos outros poderes.

Exibir-se-á a conceituação delineada por Streck a respeito do tema, quando define como Constitucionalismo Contemporâneo esta transição do poder legiferante para o judiciário.

Demonstrar-se-á que o protagonismo judicial sofre severas críticas no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, isto se dá por três motivos principais, quais sejam a

descrença nos outros poderes, o sistema prolixo e legislativo que o Brasil detém, e como característica subjacente, desencadeia o ativismo judicial.

O trabalho justifica-se pela relevância que assume no contexto social, político, acadêmico e econômico. A metodologia de pesquisa foi dedutiva, coleta de dados realizada qualitativamente e o referencial teórico foi o bibliográfico

1. NEOCONSTITUCIONALISMO – UMA DIGRESSÃO HISTÓRICA ACERCA DO TEMA

1.1. HISTORICIDADE E O (FÉRTIL) TERRENO HERMENÊUTICO DE DESENVOLVIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO SEGUNDO PÓS-GUERRA MUNDIAL

É inegável que a Segunda Guerra Mundial foi um evento que proporcionou inúmeras transformações no cenário mundial, em todos os seus liames (jurídico, econômico, político e social, por exemplo), de igual modo, estas se perfizeram como fomentadoras de novos paradigmas atrelados ao campo do D(d)ireito, principalmente no que diz respeito à questão da aplicação deste.

Sabe-se que, o evento que se segue (principalmente) a partir do ano de 1939 até 1945 é algo que nunca se havia presenciado, sequer imaginado, ainda que, conhecedores das aspirações gananciosas do ser humano, pudesse-se conjecturar tal pretensão, não se detinha a certa convicção que referido ser poderia desencadear o evento mais catastrófico de todos os tempos.

Neste sentido, assevera Hernández, (2009, p. 10), veja-se:

Ninguno de los más de siete mil conflictos armados constatados a lo largo de la cronología humana se puede equiparar en horror, masacre y destrucción a la Segunda Guerra Mundial vivida entre los años 1939-1945 del pasado siglo XX.

Destarte, diante o cenário trágico apresentado supra, uma causa emana como sendo a raiz (epistêmica) deste prélio, sendo está o comportamento formalista engendrado na estrutura organizacional de interpretação e aplicação do direito.

Em símplice argumentação, dir-se-ia que a concentração legicêntrica no contexto (principalmente) europeu, desencadeou uma ruptura significativa com o pacto social, o que consequentemente marcou não apenas os participantes diretos de tal rebelião bélica, como de igual modo toda a humanidade, sendo que as nações se viram compelidas a se

organizarem de modo a não permitir (ou ao menos mitigar demasiadamente) a probabilidade de que algo similar volte a ocorrer.

Período sombrio – inevitável constatação -, ademais, não são poucas as marcas que tal ação deixou nos arcabouços da história e, por certo, quantas transformações no entendimento e na atuação humana só foram possíveis a partir de tal acontecimento. Contudo, não há como olvidar que, a estas transformações ecoam as vozes chorosas e lamentosas de milhões de vidas as quais foram dizimadas na dominação estratégica e global de persecução do poderio absolutista idealizado sob os fundamentos de eugenia e controle social, este último se dando a partir de um fundamento unívoco, qual seja o direito.

Em hernández, (2009, p. 12) tem-se que:

En aquel tiempo nuestro planeta, con la civilización que en él moraba, se vio abocado al más inexorable abismo. Las nuevas armas que se emplearon y a las que el hombre nunca se había enfrentado, pusieron en jaque nuestros conceptos vitales, nuestra forma de entender la convivencia y sobre todo nuestra percepción de cómo había sido la vida hasta entonces.

Assim, não é difícil imaginar que após tanto sofrimento houvesse um esgotamento estrutural-semântico em relação à concepção de direito, lei e sua real função na construção social, quando se imputavam ao chamado positivismo jurídico as raízes destes acontecimentos, fato este que, apesar de conter assertiva verdadeira, esta se dá de modo parcial, visto que não se pode inculir somente ao positivismo jurídico e sua eventual falha estrutural-ideológica os terrores perpetrados “*con la llegada al poder de auténticos psicópatas sociales como Adolfo Hitler, Benito Mussolini o José Stalin, los cuales no repararon en hecatombes colectivas en el intento de hacer prevalecer sus postulados ideológicos y acaso personales*” (HERNÁNDEZ, 2009, p. 15).

Ancorado neste contexto, o elemento basilar chamado formalismo exegético, ou positivismo exegético, o qual se traduz como a estruturação legicêntrica do Estado materializado na sobreposição do direito posto, teorizado em detrimento dos direitos e garantias inerentes ao ser -, liberdade, vida, por exemplo.

Nas palavras de Sarmiento, (2008, p. 5), anota-se que:

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida

em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX.

De igual modo, Tomaz de Oliveira e Abboud, (2015, p. 201), descrevem tal terreno hermenêutico fomentador destes fenômenos, tanto o evento danoso bélico bem como a superação estrutural-organizacional dos estados como sendo frutos inseparáveis e consequenciais de tal formalidade e do legicentrismo predominante à época, *in verbis*:

Há uma interpretação sedimentada no contexto atual do constitucionalismo brasileiro que assume como um pressuposto necessário do neoconstitucionalismo, o discurso de libertação do direito com relação aos grilhões do formalismo positivista que predominou até o final da Segunda Guerra Mundial no continente europeu. Afirma-se, entre outras coisas, que antes de 1945 prevalecia um modelo de direito fundado na supremacia do parlamento, que atribuía reduzidas funções de controle para o judiciário, e, em consequência, e que, de alguma forma, mostrou-se insuficiente para conter os desmandos políticos dos totalitarismos, bem como as horrendas transgressões perpetradas contra a ética, a moral e a dignidade da pessoa humana (o exemplo sempre mais bem acabado dessa barbárie é a Alemanha nazista).

Deste modo, os direitos e garantias fundamentais que atualmente são amplamente defendidos, aceitos, aplicados e respeitados – independente em que esfera de poderio estatal se esteja lidando -, àquela época, ou eram materializados através de leis e assim poderiam ter sua finalidade alcançada, ou, diferente disto, não havia como reclamá-los em sede jurídica.

Neste contexto sócio-jurídico-político, a legalidade estritamente purificada nos moldes Kelsianos não vingara e, nasce a inquestionável necessidade de se moldar um novo mecanismo ideológico capaz de, ao mesmo tempo, satisfazer os anseios sociais de reconstrução total desta e de seus fundamentos (morais, éticos, culturais, políticos e ideológicos), e, por outro lado, (e aqui residente o talvez o ponto nerval desta mudança), a superação da teoria positivista em relação à aplicação e interpretação do direito.

Assim, dentre todas as transformações elencadas supra, anota-se que, “juridicamente, a principal mudança operada pelo fim do período bélico é, certamente, o novo papel desempenhado pelas Constituições e um remapeamento global do direito público em face da força normativa dos direitos fundamentais” (TOMAZ DE OLIVEIRA E ABBOD, 2015, p. 208).

Aqui, neste recorte contextual, já não há como modular uma sociedade sem que esta se assente sobre uma estrutura ideológica que possibilite o sóbrio desenvolvimento com a

observância dos direitos e garantias fundamentais, dentre estes, (e por primícia dos demais), o princípio da dignidade humana³.

1.2. A ASCENSÃO METODOLÓGICA DE UM VELHO CONHECIDO EPISTÊMICO – O (NOVO) DIREITO CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo, em seu léxico, com a transição reacionário-ideológica a qual ocorrera a partir do evento citado acima, ganha não apenas um prefixo neo, o qual designa semanticamente novo, novidade, é bem mais que isso -, tem-se a partir destes ocorridos o deslocamento axiológico dos comandos legiferantes outrora carregado de omissão aos direitos e garantias fundamentais para um papel de destaque (hermenêutico) para o Poder judiciário, que agora assumira a função de guardião do texto constitucional. Em suma, o que se tem é que, troca-se o papel apagado dos legisladores em relação ao campo de materialização dos reais anseios populares para o protagonismo do intérprete da norma.

Anota-se em Streck, (2010, p. 29), a respeito do constitucionalismo⁴ contemporâneo (nomenclatura por ele cunhada) que:

Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual acontece a reformulação da teoria

³Formalizado em 1947 no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mais precisamente em seu artigo 1 (um), este instrumento internacional nasce da necessidade de organização pós-bélica dos Estados enquanto independentes, que se mobilizam e elaboram um Organismo internacional detentor de autonomia e autoridade singular, o qual dispõe de países signatários comprometidos com a adesão das condições político-jurídicas objetivando impedir novas atrocidades como as perpetradas durante tal período e na busca de um bem comum maior, qual seja, eliminar (ou ao menos mitigar ao máximo) a probabilidade novas tragédias armamentistas e ruptura com o sistema jurídico-político-democrático - nasce assim as Organizações das Nações Unidas – ONU. Referido princípio é razão existencial de todos os direitos e garantias, premissa pela qual, desenvolveu-se (ainda que sem literalmente desencadear-se como é hodiernamente utilizado), as teorias, pois ainda que a concepção teocêntrica, jusnaturalista, e posterior, positivista -, possuísem diferenças nítidas e relevantes entre si, seu ponto de imbricação era, por certo, a preservação e o bom desenvolvimento da sociedade. Constituições de quase todas as nações do globo terrestre passaram a aderir tal fundamento como premissa basilar de criação, execução e garantia (jurídica) dos direitos e garantias fundamentais. Elencado no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, este princípio assume caráter programático-fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro.

⁴Em sua obra *Verdade e Consenso*, por especial, há elucidativa apresentação da sua teoria acerca do *constitucionalismo contemporâneo*, expressão preferida pelo autor em detrimento do termo *neoconstitucionalismo* em virtude das diversas aplicações desse nome para situações as mais variadas e, algumas vezes, equivocadas. São lembrados os sentidos já adotados pela doutrina pátria, como o de um *direito constitucional da efetividade*; o de um direito relativizado pela *ponderação de valores*; uma *concretização ad hoc da Constituição*; e mesmo de uma *constitucionalização do ordenamento* a partir de expressões como *neoprocessualismo* e *neopositivismo*; tudo isso a remeter ao sistema que entende a jurisdição como a responsável pela identificação dos “verdadeiros valores” que determinam o direito Justo (OLIVEIRA, 2016, p. 61).

das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), da teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).

O constitucionalismo foi um movimento teórico-ideológico que teve sua caracterização inicial a partir da Magna Carta do rei João da Inglaterra, o qual, pressionado pelos detentores de posse (Barões) da Inglaterra no final do século XIII, assinou um modelo de Carta Maior que é a gênese do que se conheceu por constitucionalismo. Tal instrumento continha sessenta e sete artigos dos quais distribuídos em diversos temas, como por exemplo, o artigo 48 que deliberava acerca da prisão e do direito a um julgamento pelos pares, quando “nenhum homem livre (leia-se: nenhum servo) seria preso ou punido sem antes a questão ser avaliada pelo sistema jurídico e julgado pelos seus pares” (HOBSBAWM, 214, p. 140).

Posteriormente, com a independência das treze colônias americanas do domínio inglês, em 1776, sob o fundamento democrático, desenvolveu-se o federalismo e republicanismo, sendo neste contexto, imprescindível um documento que garantisse os direitos e deveres dos cidadãos americanos, bem como estruturasse política e juridicamente a sociedade. Assim, em 1787 nasce a Constituição dos Estados Unidos da América⁵, documento este que ao longo de seus sete artigos e apenas vinte e sete emendas desde sua promulgação (KARNAL, 2008).

Importante frisar que este instrumento político-jurídico traz o fundamento liberal, incorporado pelos ideais iluministas que fomentavam cada vez mais princípios e direitos inerentes ao ser como proposta indissociável de qualquer estrutura social, tais como a liberdade, a igualdade -, todos estes fundados (ainda que no contexto temporal não houvesse ainda sido formalizado como se consagrou posteriormente) na dignidade humana, assim, “por constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis” (SARMENTO, 2008, p. 10).

De suma importância é também a Revolução Francesa, visto seu contexto político-social, esta se estende de 1789 a 1799, alicerçados sob a premissa de liberdade, igualdade e

⁵O modelo do constitucionalismo norte-americano entende-se, desde os primórdios, que a Constituição é autêntica lei, e que o Judiciário pode invalidar as decisões legislativas que a contrariem apesar do controle de constitucionalidade não estar expressamente previsto no texto constitucional daquele país. Esta idéia, que já estava assentada no Federalista nº 78, escrito por *Alexander Hamilton* antes da aprovação da Constituição, foi posta em prática pela primeira vez contra lei federal no célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, pelo juiz Marshall. A este respeito, veja-se *Paul Brest, Sanford Levinson, Jack Balkin e Akhil Reed Amar. Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*. New York: Aspen Publishers, 2000, (SARMENTO, 2008).

fraternidade, o ciclo decenal revolucionário o qual se instauro sob tal nação propiciou mais um avanço para a conquista e materialização dos direitos e liberdades individuais (HOBSBAWM, 2014, p. 147).

Neste ínterim, fora elaborado em 1799 um documento que é considerado como a gênese ideológica da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1947, sendo este documento a Declaração dos Direitos do homem e Cidadão. Tal instrumento previa, assim como a Constituição americana, uma gama de direitos individuais e coletivos, como a presunção de inocência (arts. 7º, 8º, 9º), liberdade religioso, política e de expressão (art. 10) dentre outros.

Marca indubitavelmente um começo sob uma nova perspectiva ideológica que pode ser entendido por dois vieses, o primeiro, em um campo mais restrito e dedutivo, aplica-se a grande valia que esta declaração trouxe aos cidadãos franceses, ainda que houvesse a necessidade de não apenas materializá-la em um documento, como também (e principalmente) entabulá-la nos corações franceses e reeditar uma noviça perspectiva em relação ao conceito de estado, sociedade e política.

Num segundo momento, e este acontecendo num espectro indutivo, tem-se que as nações ocidentais se (re)configuraram a partir destes dois acontecimentos supramencionados, os quais possuíam um gene hermenêutico-ideológico em comum, ou seja, ambas as revoluções aconteceram sob a primazia da liberdade, controle e limite de poderio (fim do absolutismo monarca) e, ascensão política de um instrumento (político-jurídico) o qual descrevia pilares fundamentais para o desenvolvimento de inúmeras nações.

Destarte, o ideário revolucionário instituiu no mundo ocidental um novo mecanismo e uma nova estrutura organizacional em relação aos direitos e garantias fundamentais, bem como cravou à máxima de que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FRANÇA, 1799).

Por este motivo, entende-se que o constitucionalismo foi um instrumento político-ideológico o qual se fundava primordialmente na concepção dos direitos individuais e coletivos, na limitação (mitigação e contenção) do poderio do governante e, de igual modo, organizava estruturalmente os estados de modo político-organizacional, sendo um marco indubitavelmente na forma orgânica da maioria das constituições estadistas ao redor do ocidente.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO COMO ELEMENTO (HERMENÊUTICO) DE COMPLEMENTARIEDADE (LÓGICA) DO PÓS-POSITIVISMO

2.1. AFINAL, O QUE É NEOCONSTITUCIONALISMO?

A pergunta suscitada neste subtítulo tem muito mais que a função interrogativa -, possui seu alicerce na ambigüidade hermenêutica presente no seu conteúdo, de duas formas distintas – pela primeira via, tem-se que parece de simples entendimento e de pouco relevo tal questão, visto buscar-se a etimologia do termo, morfológicamente consubstanciada na junção de um substantivo com um prefixo, *neo*, entendido semanticamente como a expressão do novo, aquilo que aparece do ineditismo -, portanto, estar-se-ia de frente a compreensão símplice de sua definição, ou seja, novo-constitucionalismo.

Lado outro, em via mais ampla e filosófica, deparar-se-ia sobre a segunda premissa, qual seja o que realmente representa deontologicamente a construção desta palavra, pois sabe-se que esta possui muito mais que o simples léxico, o que se procura apresentar (e entender) é a complexidade em que se assenta tal construção histórica do tema, sendo este um campo de muitas contradições político-ideológicas, de modo que a unívoca tentativa de definir por uma ou outra perspectiva, apenas, cometer-se-ia, indubitavelmente, a deselegância hermenêutica de (pretensiosamente) finalizar um campo fértil e promissor em que fora semeado tal idealização.

Contudo, deve-se ater de modo imperioso acerca dos principais características que compõem tal instituto, identificá-las, conceituá-las e entender como sua aplicação no direito pátrio tem influenciado na busca de um direito mais equânime, desde sua composição legiferante até uma possível defesa perante o Judiciário.

Nesta linha de raciocínio, deve-se entender que neoconstitucionalismo é uma ideologia político-jurídica que emerge pós Segunda Guerra Mundial e tem o condão ideário máximo de atuação no deslocamento da abstratividade normativa da lei para a realidade pragmático-deliberativa da Constituição.

Barroso, (2007, p. 130), assim leciona:

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. (...) Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição.

Portanto, se durante o período da Segunda Guerra Mundial havia uma valorização da lei em detrimento da Constituição, quando esta se ocupava apenas em delimitar alguns (poucos) direitos políticos e a estrutura estatal, no contexto pós-bélico que se segue, o que se afirma como ideologia político-jurídica é o Estado Democrático de Direito, fundado na concepção materialista de que a Constituição é o documento (ideológico) máximo de uma nação, e esta por sua vez, contém as premissas fundantes de uma sociedade, devendo ser respeitada em via direta.

Em Streck, (2011, p. 28), anota-se que:

No caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito desenvolvida a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, termo que usam para se referir a um modelo que já não professa mais as mesmas ideias sobre a fundamentação, a interpretação e a aplicação do direito concebidas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então.

Por este motivo, (e como consequência lógica), acresceu-se ao Poder Judiciário a competência fundamental de garantia da norma constitucional, sendo este (Judiciário) o protagonista na atuação dos direitos e garantias fundamentais, não apenas isto -, tem-se como inferência desta divisão de poderio a atribuição ao Judiciário de que este realize o controle dos atos dos outros Poderes, sendo também competente constitucionalmente para rever e julgar seus pares.

Entende-se que, *prima facie*, ter-se-ia a impressão de há demasiado poder concentrado na competência do Poder Judiciário, contudo, apesar de ser um questionamento que não deve ser descartado, não é o problema maior do neoconstitucionalismo, visto que a este se assenta a crítica maior de que a axiologia arraigada nos ideários do intérprete da norma influencia (de modo negativo) na concepção e aplicação do direito.

Em relação à assertiva supra, Tomaz de Oliveira e Abboud, (2015, p. 202) assim deliberam:

No Brasil, temos que o *neoconstitucionalismo* acabou sendo cristalizado como uma postura teórica antiformalista que aposta no protagonismo do poder judiciário para a concretização de direitos; na fórmula da ponderação como alternativa ao dogma da subsunção; e no império moral dos princípios, entendidos como os valores constitutivos da comunidade. Alguns desses elementos, contudo, estão fundamentados em pressupostos. não apenas imprecisos, mas, principalmente, questionáveis.

Assim, entende-se que o neoconstitucionalismo é uma ideologia de estrutura político-jurídica que aparece no final da Segunda Guerra Mundial como tentativa de superar o formalismo exegético positivista, de igual modo, traz em seu arcabouço ideário a concepção de onipresença judicial, com conseqüente deslocamento da tensão do poderio estatal que outrora cingia-se sobre a organização sócio-política na figura do legislador para, agora, desaguar em um voluntarismo ideológico arraigado por valores axiológicos, tanto por parte de quem realiza a confecção da norma, bem como por aqueles os quais são constitucionalmente competentes para interpretá-las.

Em suma, tem-se (novamente) a moral introduzida ao campo normativo-jurídico, contudo, neste contexto, esta se presta não à predação⁶ o direito, mas exercendo uma função de complementaridade lógico-estrutural acerca da natural conseqüência desta nova perspectiva de se encarar os desafios e transformações sócio-políticas.

2.2. PÓS-POSITIVISMO E A (CORRETA APLICAÇÃO) NO CONTEXTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO

Sabe-se que o positivismo jurídico é tido como o alicerce ideológico que sustentou as barbáries perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, seu legalismo formalista, principalmente na concepção exegética da teoria, proporcionou um certo liberalismo político-jurídico o qual sustentou os comandos imperialistas dos principais regimes autoritários protagonistas deste evento danoso.

Assim, parece de simples acerto que por pós-positivismo se encontre delineado o período contextual-hermenêutico em que emerge uma nova postura político-jurídica social em relação à estruturação e organização estatal, com força proeminentemente na figura do Poder Judiciário e na pessoa do intérprete da norma, a este, como viu-se em subcapítulo anterior, recepcionou-se no Brasil como a ideologia neoconstitucionalista.

⁶Streck delibera acerca de que, nos dias contemporâneos, os defensores entusiastas do neoconstitucionalismo exercem de modo equivocado o *mister* hermenêutico de recepção, interpretação e aplicação do que este denominou de constitucionalismo contemporâneo, ou seja, no neoconstitucionalismo voluntarista, o que se tem é a moral como predadora do direito, colocando em xeque a capacidade teórico-normativa que possui as leis bem como o próprio texto constitucional. O que se faz de modo errôneo, visto que, no caso presente, a moral deverá agir como premissa fundante na concepção de estruturar a autoridade do (e para o) direito, e assim, oferecer de modo organizacional às diferentes perspectivas ideológicas que foram recepcionadas através da construção social ao longo do tempo, a (única) resposta correta em cada caso concreto (STRECK, 2011).

Contudo, reside um factual erro hermenêutico em relação a esta simples definição, quando não se trata apenas de (re)configurar o modelo de aplicação da norma, e sim, ir a fundo na sua estruturação, na sua formação, e não propriamente na aplicação solipsista do intérprete visando atender anseios sócio-voluntaristas, como equivocadamente se recepcionou no meio jurídico tal ideário.

Fontoura, (2009, p. 71), descreve assim o pós-positivismo, veja-se:

Não se trata simplesmente de superar o positivismo jurídico no plano da teoria da justiça. Igualmente, não há razão para pensar que a insuficiência do positivismo jurídico seja meramente decorrente da falta de consideração de fatores morais e políticos na decisão. Cuida-se, na verdade, de uma compreensão da estrutura dinâmica da norma jurídica, em que os elementos da realidade (em geral) são participantes da formação do direito.

Nesta perspectiva, o pós-positivismo não deve ser encarado como um contexto temporal e metódico de simples superação hermenêutica do positivismo em relação às ações voluntarista, ideárias e consequencialistas, fomentadas pelo deslocamento do ponto de tensão normativo-jurídica do Poder Legiferante para o Judiciário, o que se deve entender acerca do pós-positivismo e que, assim como o positivismo jurídico estava para uma teoria do direito, este (pós-positivismo), deve se ater a questões estruturais do direito, e não acerca de como este influenciará nas demais áreas de conhecimento, inclusive num plano social.

Quer-se dizer com isto que, o direito não deverá ser entendido como um complemento da moral, e assim, estar a serviço dela, *prêt-à-porter* jurídico, não -, o que se deve vislumbrar e debruçar-se sobre é a questão de ser o pós-positivismo uma teoria voltada ao campo normativo-filosófico, ou seja, como pós-positivismo entende-se um ciclo filosófico de estruturação e organização do direito de modo independente, autônomo, contudo, imbricado diretamente na construção, tanto das normas bem como em todas as demais áreas da formação estatal;

Em Müller, (2010, p. 208-209) tem-se que:

A revisão do positivismo deverá estar ancorada numa teoria *do* direito, e não em uma teoria *sobre* o direito. Não importará qual seja a inspiração desta teoria sobre o direito (sociológica, psicológica, filosófica etc.). Parece mais produtiva para uma efetiva crítica ao positivismo uma teoria que revise suas bases no que tange à norma jurídica. Assim como os postulados do positivismo jurídico da interpretação decorrem diretamente da concepção de norma jurídica que se enraizou entre as correntes positivistas, o pós-positivismo deverá partir de sua revisão, desembocando, por consequência disso, em uma metódica própria. A metódica pós-positivista, ou seja, circunscreve-se à peculiaridade fundamental da estrutura normativa, diante de cujo pano de fundo devemos ver o trabalho prático da metódica jurídica.

Para melhor compreensão, deve-se ater-se à concepção de pós-positivismo num plano estrutural, de reflexão metodológica acerca da sua oposição ao positivismo normativo, ou seja, aquele que se ocupa em textualizar o comando imperativo da norma, detendo-se de tal maneira a compreensão de que o axiologismo inerente ao neoconstitucionalismo deverá incidir sobre a perspectiva de construção social da norma e sua aplicabilidade, restando incólume o plano da positividade que valida a norma, esta por sua vez, entendida como independência e autonomia do direito e de sua construção deontológica em relação a outros campos político-sociais – não uma separação total (erro crasso do positivismo exegetico), mas sim, dar-lhe gerência completa sobre suas nuances sócio-estruturais.

2.3. A (CORRETA) SIMILITUDE ENTRE PÓS-POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO – A MORAL COMO ESTRUTURA FUNDANTE-ORGANIZACIONAL DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Quando se tenta, de modo símplice, delinear o neoconstitucionalismo como sendo a superação do positivismo, num período hermenêutico-jurídico conceituado como pós-positivismo, indubitavelmente se corre o risco de macular a real complexidade acerca da temática.

A moral não deve ser entendida como fonte de aplicação do direito, mas sim, como alicerce de uma estrutura bem maior, estrutura esta que visa agir de modo organizacional na concepção de norma, desde seu estabelecimento até sua real finalidade, ou seja, aplicação ao caso concreto.

O pós-positivismo não pode ser visto como a superação do positivismo, e sim, como instrumento dogmático-jurídico apto a (re)fazer os pilares sócio-político, ou seja, reduzir a definição de pós-positivismo exclusivamente como sendo a introdução axiológica ao campo jurídico, bem como a transição da tensão do poderio estatal para o judiciário, estar-se-ia minimizando o que realmente a aplicação desta ideologia pode representar ao campo jurídico.

Deste modo, nas assertivas de Müller, (2010, p. 215):

O pós-positivismo não deve renunciar à busca pela *objetividade* na aplicação do direito, mas apenas promover a adequação desta busca às conseqüências da natureza estruturante da norma jurídica e às condicionantes específicas que o Estado Democrático de Direito impõe ao trabalho jurídico em todos os níveis (da ciência jurídica, que é uma ciência *normativa*, à jurisprudência). Trata-se aqui, na realidade, de “retomar o que foi reprimido pelo positivismo e elaborá-lo de forma generalizável na dogmática, metódica e teoria.

O pós-positivismo deve ser entendido sob duas premissas básicas, quais sejam, a questão primária, a qual diz respeito ao positivismo (exegético) enquanto e sua adequação (e não superação) ao campo do direito contemporâneo, e, num plano derivado, a incólume estruturação e organização da autoridade (positiva) da norma, este último residindo no campo da teoria do direito.

Quando fala-se a respeito do primeiro plano, ou seja, a questão de adequação, e não superação, do direito enquanto norma escrita e juiz boca-da-lei, o que se tem é que o direito está posto, e nesta singularidade da expressão, entende-se que, positivada está a norma, que semanticamente se releva através da lei, pelo método de subsunção, sendo que a concretização das normas deverá se dar a partir da busca pela real finalidade a que se propôs, contudo, não deverá de se adequar ao caso concreto, havendo assim a necessidade de adaptação hermenêutica em relação ao fato à norma, e não apenas a automatização na aplicação desta.

Para Müller, (2010, p. 217):

No plano da realização prática do direito, conseqüentemente, o póspositivismo se pautará pela *concretização das normas*, e não por sua *interpretação e aplicação*. O ideal de tecnicidade (isto é, a busca da neutralidade e da objetividade que se exige do titular da decisão jurídica) do positivismo não deve ser abandonado na direção de um retorno a padrões decisórios pré-modernos.

Por outro lado, e num segundo plano hermenêutico, a construção deontológica do direito e sua autoridade a qual se assenta sob o fundamento da validade do direito, este atuando no plano de pertencimento intrínseco e inseparável da norma, ou seja, não há uma superação do pós-positivismo em relação ao positivismo, nem no plano exegético (havendo sim, uma adequação contextual e temporal), e de igual modo não há superação em relação à autoridade (validade) da norma, esta pertencente à estrutura embrionária e indissociável do direito e de sua construção, o que se tem por premissa é que

Nas lições de Müller, (2010, p. 220), anota-se que:

A concepção pós-positivista, calcada na Teoria Estruturante do Direito, deverá reconhecer os nexos materiais que unem direito e realidade, ao mesmo tempo em que deverá fornecer uma reflexão sobre a práxis que possa torná-los fundamentáveis e discutíveis. Nesta direção, a validade (positividade), que só pode pertencer ao *texto da norma* (dado de conformidade aos padrões aceitos do Estado Democrático de Direito), será diferenciada da *normatividade*, esta sim característica das *normas jurídicas*.

Destarte, entende-se que a moral (principal característica do neoconstitucionalismo) resta inserida no contexto do direito como garantidora de

independência e autonomia deste em relação a outras áreas e não como opressora dos sistemas estruturais e organizacionais do direito.

A moral deve fornecer elementos de construção do direito e não como retirar do direito estes elementos, pois quando se tem a moral agindo como rival do direito, o que se tem é a desidratação hermenêutica dos direitos e garantias fundamentais, algo contraditório ao propósito em que se emprega tal ação equivocada, visto que o que se busca e justamente o oposto, ou seja, fornecer ao intérprete da norma material normativo-jurídico suficiente para que a discricionariedade interpretativa seja relegada ao plano secundário, contudo, sem que haja interferência dos valores morais no momento da aplicação.

Para Dimoulis, (2006, p. 105):

A moral não deverá ser necessariamente vinculada somente aos elementos criativos do sistema jurídico — porque as prescrições, para serem válidas, não têm de ser justas ou corretas, *rectius* avaliadas sob um ponto de vista moral, posto que o direito é “historicamente contingente”. De outro lado, o jurista deve proceder, na ciência e na práxis, sem tentar impor ao direito positivo as suas concepções morais, que serão sempre de natureza pessoal (o trabalho jurídico deverá ser realizado com impessoalidade).

Assim, como pós-positivismo deve-se ser entendido para fins contextuais de estudo, sendo uma nova perspectiva em relação à autonomia e independência do direito em relação à outras áreas de conhecimento, contudo, não se conjectura uma separação total, e sim uma extensão didático-estrutural da realidade jurídica.

Nesta senda, não se espera que a moral seja uma espécie de atalaia hermenêutica para atuação solipsista e voluntarista dos intérpretes da norma, (predando o direito), e sim, que esta seja mais um elemento qualificador da formalização, materialização e entrega fidedigna aos anseios constitucionais dos seus receptores.

Streck, (2011, p. 28) denota que:

Isso significa que questões políticas e morais devem ser debatidas à sociedade nos meios políticos de decisão e que – no âmbito (autônomo) do direito – só se podem desconsiderar as decisões políticas tomadas em contraste com o sistema de garantias construído pela CF de 1988. E é exatamente este o *plus* do Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade da política pela Constituição fortalece materialmente os limites entre direito, política e moral. Daí a importância de Canotilho e de seu trabalho sobre a Constituição dirigente.

Entende-se ser impossível separar os valores subjetivos do intérprete da norma no momento da aplicação desta, contudo, deverá ser estruturada a partir de uma construção

histórico-democrática, sendo que a mitigação da influência de axiologismo ocorrerá, principalmente, no campo de inovação do intérprete, buscando adequar o direito a suas concepções voluntaristas de mundo.

3. A (EQUIVOCADA) INTERPRETAÇÃO E UTILIZAÇÃO DO CONCEITO DE NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO PÁTRIO

3.1. O NOVO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO COMO PREMISA LÓGICA DA DIVISÃO DE PODERIO ESTATAL

Como visto, o neoconstitucionalismo é tido como elemento hermenêutico de superação do positivismo jurídico (exegético) no contexto pós-bélico, contudo, como asseverado supra, não existe uma superação em relação ao positivismo, muito menos em relação ao constitucionalismo histórico conforme amoldado neste trabalho, o que se tem, na verdade, é uma continuação deste em relação àquele, quando com melhorias e adaptações hermenêuticas para o contexto após a Segunda Guerra Mundial.

Assim, o neoconstitucionalismo, é, senão, um aprimoramento do constitucionalismo, aplicado ao contexto contemporâneo, deste modo, Streck delimita tal movimento hermenêutico-ideário como Constitucionalismo Contemporâneo, justamente por entender que não houve em nenhum aspecto do constitucionalismo (positivista) a superação em relação aos seus principais elementos caracterizadores, e sim, uma continuação lógica e natural em decorrência da condição estrutural em que se desenvolve tal assertiva metodológica.

Streck, (2011, p. 49) assim descreve o Constitucionalismo Contemporâneo, *in verbis*:

Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que esta obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição. Em decorrência dessas reflexões, a partir de agora, passarei a nominar “Constitucionalismo Contemporâneo” (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo. Também é importante consignar que a ideia de um neoconstitucionalismo pode dar margem ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto do limiar da modernidade). Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial.

No que pese à divisão de poderio estatal, o que se absorve é que este acontece como consequência da estrutura política em que está assentada a organização do Estado, ou seja, a democracia.

O Poder Judiciário, devido à nova concepção constitucional de direitos e garantias fundamentais, bem como alicerçado sob a égide da contenção de Poderes, assume papel fundamental (e decisivo) no contexto decisório em relação ao direito e sua aplicação.

Vai além da mera adequação do fato à norma, característica típica do positivismo exegético, o que se tem é a capacidade de delimitar e revisar a atuação dos atos de todos os Poderes insculpidos no Estado Democrático de Direito.

Quando se fala em divisão de Poder, não se tem apenas a clássica divisão estabelecida na estrutura organizacional do Estado, o que se tem é um gene peculiar que assume função de contenção nestas relações interligadas, ou seja, a limitação efetiva do poder político.

Tomaz de Oliveira e Abboud, (2015, p. 204), trabalham esta ideia de modo mais claro, veja-se:

Todavia, o elemento subjacente que permanece com uma carga reguladora do conceito – e que, por isso, desdobra-se em uma dimensão de expectativa ou de longa duração – é a ideia de limitação do poder, classicamente presente na fórmula de Montesquieu a respeito do “poder que controla o poder”. Portanto, o conceito que nos orienta na análise da separação de poderes é o de limitação efetiva do poder político e não a velha tentativa de análise que se apoia na configuração tripartite.

Deste modo, o que se tem é que, devido à separação lógica dos poderes de um Estado, a real compreensão de que existe uma divisão clara de poderes é quando há a possibilidade de exercício de contenção destes poderes por outros, que, diferente do regime monárquico no Brasil de 1824, por exemplo, que apesar de prever uma divisão de poderes em sua Constituição, mantinha a figura do Poder Moderador, na pessoa do rei, como sendo irrestrito e não podendo ser revisto por nenhum outro, possui competência para rever seus próprios atos.

Assim, como premissa básica de entendimento, consegue-se identificar dois pontos peculiares (distinto, contudo, complementares) acerca desta natural consequência de protagonismo do Judiciário em relação aos outros poderes no Constitucionalismo Contemporâneo, sendo elas a perspectiva descritiva e prescritiva.

Num plano descritivo, busca-se entender como se dá a estruturação da divisão do poderio estatal, comumente delineado pela formação histórica de tripartite, empenhando esforços no sentido de adequar esta formação deontológica no contexto constitucional, e,

posteriormente, caso (e quando) necessário, (re)organizar e ou atualizar sua definição e aplicação temporal.

Em sentido antagônico, o que se tem é a perspectiva prescritiva, atuando esta nos fundamentos que dão corpo à eficácia desta separação de poderio, quando atuam na busca de identificar até que ponto esta separação é aplicada como sinônimo de contenção de atos dos outros poderes que compõem a estrutura organizacional do Estado.

Para Tomas de Oliveira e Abboud, (2017, p. 206):

Do ponto de vista descritivo, a análise procura estabelecer, a partir de abordagens histórico-comparativas, o modo como as mais diversas experiências constitucionais estabelecem critérios de divisão das funções que compõem o poder do Estado e operam com elas. Trata-se de uma microanálise de experiências materiais que envolvem distintas realidades constitucionais. Já na perspectiva prescritiva – ou regulatória – perguntamo-nos até que ponto o modelo de divisão de poderes efetivamente operante em uma dada realidade constitucional cumpre o seu principal desiderato: limitar o exercício do poder político.

Destarte, pode-se anotar que o deslocamento de tensão que foi característica marcante do Constitucionalismo Contemporâneo é reação natural à divisão de poderio e forma política pelo qual se assenta os fundamentos do Estado. Não há como entender esta transição, a separação de poderes em um Estado se não houver a compreensão desta consequente e latente movimentação do Judiciário em relação aos outros poderes, sendo que através da limitação dos poderes é que se expressa de modo genuíno a separação evidente entre o poderio do estado.

Contudo, esta contenção deverá acontecer de modo que seja resultado finalístico da estrutura organizacional do Estado e sua derivação lógica da limitação dos poderes, e não como imposição formal e voluntarista que traça esta classificação e aplicação a partir da separação histórico-material para delinear o direito Constitucional Contemporâneo como meio para realizar esta separação.

3.2. PROTAGONISMO JUDICIAL – A MOLA PROPULSORA DAS PRINCIPAIS CRÍTICAS AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

Não há como olvidar que, como consequência lógica do deslocamento da tensão político-normativa para o Poder Judiciário, este se viu no centro de críticas em relação a esta prerrogativa democrática.

Atuar como instrumento de correição de todos os demais poderes do Estado, dos seus pares, e, ser o detentor da guarda e cumprimento da Constituição, eleva naturalmente os

olhares de públicos das mais diferentes especulações, contudo, deve-se ater que, apesar de ser lógica esta apreciação demasiada em relação ao Judiciário, atendo-se às razões subjacentes que o colocou neste patamar de evidência, consegue-se elencar dois principais motivos, talvez, (e não tão positivos para a democracia) que prospectam ao Constitucionalismo Contemporâneo críticas e desconfiança, qual seja o descrédito da sociedade em relação aos outros poderes do Estado e o ativismo judicial.

O descontentamento e falta de credibilidade do Poder Legislativo e Executivo, sendo por omissão ou por interferência indevida, imputaram ao Judiciário bem mais que a consequente divisão e contenção de poderio estatal, delegou a este o papel de garantidor de toda e qualquer efetivação de direitos, ainda que para isto este, muita das vezes, interfira diretamente na independência e autonomia dos poderes do Estado.

Nas assertivas de Sarmiento, (2009, p. 25), anota-se que:

No cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, o descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos. A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário.

Neste sentido, ao desnutrir-se hermeneuticamente as atribuições do Legislativo e Executivo, e, estes por sua vez, mantêm-se inertes, omissos, e cada vez mais inflados numericamente, com déficit e carência na qualidade dos desígnios realizados por estes poderes, o Judiciário acaba sendo a porta final na busca da consecução dos direitos e garantias elencados no ordenamento político-jurídico.

Há ainda a problemática de que o Brasil possui um sistema jurídico prolixo, demasiadamente confuso e inflado, quando ao passo de criar um sistema organizado metodologicamente e não tão detalhista, conferiria mais celeridade e menos contradição na hora de promover tais leis.

Outro problema é a questão do sistema em que estas leis são criadas, ou seja, existe no país uma costumeira e prejudicial maneira de se fazer política, a chamada política de quatro anos. Com inúmeros partidos políticos que disputam o poder a cada eleição, e com o revezamento das siglas nas cadeiras públicas, muitas leis são criadas atendendo o apelo popular momentâneo de determinado acontecimento, quando na verdade, na maioria das vezes, ou estas

leis já se encontram com os fundamentos normativos em alguma outra legislação, e poder-se-ia apenas aprimorar e atualizar esta, e não a criação de outra lei que verse, quase que inteiramente, acerca do mesmo tema.

Já em relação ao ativismo judicial, tem-se que, ao assumir este papel de protagonista, o Judiciário, não poucas às vezes, se entrega ao ativismo judicial, sendo que este se desenvolve a partir da filosofia da consciência do intérprete da norma, sua visão solipsista e voluntarista de ser, é manifesta através da materialização de decisões judiciais que promovem o verdadeiro confronto entre a deontológica estrutura da norma principiológica e à real adequação ao caso concreto.

Em Streck, (2011, p. 56) absorve-se que:

E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que, diferentemente do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente.

Este problema reside na argumentação, fundamentação e aplicação da norma ao caso concreto, e neste mote, tem-se que o protagonismo judicial como consequente deslocamento da tensão do poderio do Legislativo ao Judiciário, não acontece de modo natural e, na maioria das vezes, está fundado na valoração moral que o intérprete da norma realiza acerca do fato. Não se trata de adequar o caso ao direito, mas entender que por trás de uma norma existe uma construção valorativa que a ensejou, e neste caso, é o que fundamenta a autoridade do direito, contudo, ao se apropriar de seus valores morais na aplicação do direito (moral como predadora do direito), este tem sua finalidade desvirtuada, promovendo as mais variadas e teratológicas decisões.

Deste modo, o protagonismo judicial, apesar de ser uma consequência lógica da transição da tensão do poderio estatal para o Poder Judiciário, assume contornos prejudiciais à democracia, ao se apresentar como motivo subjacente à descrença aos outros poderes, à questão das políticas insuficientes e estruturação normativa do sistema jurídico pátrio, e, potencializando o fenômeno jurídico do ativismo judicial, que atua na contramão do que se propôs o Estado democrático de Direito, ou seja, conter abusos e ilegalidades perpetradas unicamente por valores morais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se ocupou em apresentar um fenômeno jurídico pós-bélico que teve sua ascensão metodológica como consequência da (eventual) transição do constitucionalismo positivista para o Constitucionalismo Contemporâneo, equivocadamente denominado de neoconstitucionalismo.

Expôs-se a definição de neoconstitucionalismo nos moldes em que fora recepcionado no Brasil, sendo este a tentativa ideológica de superação do positivismo exegético, considerando a característica peculiar da reinserção dos valores morais na aplicação do direito e a consequente transição da tensão do poderio estatal para o Judiciário.

Demonstrou-se a correta similitude entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo, quando entendeu-se que a moral é elemento formador da autoridade do direito, devendo ser garantido a este (direito) independência e autonomia.

Apresentou-se a definição de neoconstitucionalismo na doutrina de Streck, que denomina tal fenômeno como Constitucionalismo Contemporâneo, sendo este a extensão do constitucionalismo clássico-histórico, com a reinserção da moral, agora, não apenas no campo de criação do direito, mas na aplicação, e esta é sua principal característica.

Abordou-se o Constitucionalismo Contemporâneo como premissa lógica da divisão do poderio estatal, quando esta acontece não por se possuir delimitado um sistema tripartite de atuação, mas sim, quando este sistema possui instrumentos de contenção relativos á atuação dos outros poderes.

Por fim, demonstrou-se que o protagonismo judicial sofre severas críticas no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, isto se dá por três motivos principais, quais sejam a descrença nos outros poderes, o sistema prolixo e legislativo que o Brasil detém, e como característica subjacente, desencadeia o ativismo judicial.

Conclui-se, portanto, que, o neoconstitucionalismo é uma ideologia político-jurídica que, ao tentar suprir e compensar as atrocidades perpetradas pelo positivismo jurídico durante a Segunda Guerra Mundial, (re)introduziu a moral ao campo da direito, agora, contudo, velado sob o discurso voluntarista do intérprete da norma.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 58/2007, pp. 129-173, jan./mar. 2007.

Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão – França, 1799. Disponível em < <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 26/set/2022.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

FONTOURA, João Fábio Silva da. *Positivismo Jurídico e Pós-Positivismo à Luz da Metodica Estruturante*. Dissertação de mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina - Centro de Ciências Jurídicas. Curso de pós-graduação em Direito - programa de mestrado. 152 f, 2009.

Hernández, Jesús. *Breve histotia de La Segunda Guerra Mundial*. ISBN13: 978-84-9763-279-9, 2009 Ediciones Nowtilus S.L.

HOBBSAWM, Eric. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

KARNAL, Leandro. *A Formação da Nação*. In.: KARNAL, Leandro (org.). História dos Estados Unidos. São Paulo: Contexto, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de Oliveira. Neoconstitucionalismo e Instrumentalidade pela Doutrina de Lenio Streck. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume IX. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges. Neoconstitucionalismo: Vale a Pena Acreditar? Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p. 196-214.

WAGNER, Carlos. *A Saga do João Sem Terra*, Ed. vozes, São Paulo. 1989

Submetido em 09.10.2022

Aceito em 17.10.2022