



O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM A CLASSIFICAÇÃO NOMINAL QUANTO À ONTOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Breno Mansch Israel¹, Cleber Sanfelici Otero².

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade realizar uma análise acerca da doutrina neoconstitucionalista e qual a sua relação com a classificação nominal da Constituição Federal de 1988 segundo o critério ontológico proposto por Karl Loewenstein, demonstrando seus impactos não apenas no plano teórico, mas também de acontecimentos na realidade fática do Brasil no decorrer do século XXI, abordando questões históricas, filosóficas e literárias pertencentes às ciências humanas. Assim, desenvolver-se-á a pesquisa por meio de pesquisa de exploração bibliográfica e com o emprego do método de procedimento comparativo, com análise de obras doutrinárias e legislação nacional, bem como da jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a pesquisa busca elucidar os papéis dos poderes Judiciário e Legislativo de acordo com a Constituição Federal, além de pontuar falhas na atuação dos membros de ambos os poderes e suas consequências. Com isso, conclui-se o trabalho relacionando o que foi exposto com a atual atuação (e omissão) dos poderes que integram a República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Classificação Nominal; Constituição Federal; Neoconstitucionalismo; Poderes da República.

1. INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito brasileiro, o qual somos contemporâneos, não surgiu de forma pacífica, mas sim como um produto de diversos eventos históricos, filosóficos e sociológicos. O fim de uma ordem jurídica e a conseqüente criação de um novo ordenamento pelo Poder Constituinte Originário pressupõe, geralmente, uma ruptura que tende a ser violenta, produzida como conseqüência de uma indignação coletiva da sociedade. A literatura registra tais movimentos sociais há tempos. A título de exemplo, uma reflexão proposta pelo autor Franz Kafka: “a única coisa acertada é se conformar com as condições existentes. Mesmo que fosse possível melhorar os detalhes – mas esta é uma superstição absurda -, na melhor das hipóteses algo teria sido conseguido para casos futuros, embora com prejuízo incalculável para si próprio” (KAFKA, 2005, p.122). Em outras palavras, são movimentos que visam modificar a realidade social, dada a insatisfação coletiva, objetivando um futuro com condições aceitáveis e dignas.

No final do século XVIII, surgiu, com as Revoluções Burguesas e com a influência do movimento intelectual iluminista, o Constitucionalismo Moderno, com a finalidade de limitar o Poder Público e assegurar direitos fundamentais, como forma de combater os abusos presentes no Antigo Regime (DALLARI, 2016, p.146). O cidadão não suportava mais as práticas autoritárias e tirânicas. O dramaturgo William Shakespeare, acerca desse tema: “Faremos contigo o que se faz com nossos monstros mais raros: te teremos pintado no topo de um mastro, e embaixo de tua imagem estará escrito ‘Podeis contemplar aqui o Tirano’” (SHAKESPEARE, 2016, p.121).

Com seguimento à linha histórica, no momento pós-Segunda Guerra Mundial, agora no século XX, consolidou-se, de forma internacional, o Neoconstitucionalismo, com teorias acerca da supremacia da Constituição, constitucionalização do Direito e a judicialização da

¹ Acadêmico do curso de Direito, Campus Maringá-PR, Universidade Cesumar – UNICESUMAR. Bolsista PIBIC/ICETI – UniCesumar.

² Orientador. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino.



política e das relações sociais a fim de proporcionar a concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (BARROSO, 2022, p.261). Tal pensamento impulsionou o Poder Judiciário e a Constituição Federal de tal forma, que o Direito Constitucional passou da insignificância ao apogeu rapidamente.

Somando-se às ideias expostas, segundo o filósofo germânico Karl Loewenstein, as Constituições podem ser classificadas em semânticas, nominais ou normativas, classificação essa de parâmetro ontológico, realizando uma análise entre o texto constitucional e a realidade fática do Estado e de sua sociedade (LOEWENSTEIN, 1975).

Ademais, o professor Marcelo Neves, em consonância ao pensamento de Loewenstein, elaborou a teoria chamada de “Constitucionalização simbólica”, que seria aquela carente de normatividade e efetividade fática, utilizada, dessa forma, como um instrumento político a fim de o governante promover sua perpetuação no poder, e deixando de realizar suas normas, principalmente as programáticas, em prol do cidadão (NEVES, 2011).

Assim, o presente projeto tem como fim analisar a classificação proposta por Loewenstein e a teoria do professor Marcelo Neves, a adequação de tais teorias à Constituição Federal de 1988, a relação entre tal análise e o Neoconstitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial e, por fim, uma análise fática acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal e a relação que o Poder Legislativo possui em relação a tais atos judiciais.

2. METODOLOGIA.

A metodologia que será empregada é precedida com o uso do método de exploração com pesquisa bibliográfica, contendo doutrina, legislação nacional, obras literárias, dados fornecidos pela imprensa e jurisprudência. O método de procedimento comparativo é aplicado para analisar outras ordens jurídicas em relação à brasileira, assim como as situações fáticas que permitam verificar se, de fato, a Constituição Federal de 1988 é uma Constituição nominal.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES.

A presente pesquisa científica chegou ao resultado de que a Constituição Federal de 1988, embora tenha uma redação adequada e um bom conteúdo, possui dificuldades em se concretizar na realidade, tornando o texto constitucional e a realidade fática divergentes em relação a atuação dos Poderes da República.

Além disso, percebe-se que os recentes atos do Poder Judiciário e as omissões do Poder Legislativo contribuem para tal fato. A judicialização de questões políticas, oriunda da doutrina Neoconstitucionalista, ocorre a partir de omissões do legislador. O julgador, provocado por um cidadão, não pode deixar de julgar o caso concreto, ainda que não exista lei tutelando tal fato (art.4º, da LINDB). Essa circunstância possibilita um ativismo de sua parte.

Há casos relativamente recentes onde o Poder Judiciário obteve uma chance de atuar ativamente em casos concretos, em decorrência de omissão legislativa e provocação de particulares presenciando um litígio concreto. A título de exemplo, enumero alguns: criminalização da homofobia (ADO 26/DF); a regulamentação do direito de greve (Mandado de injunção nº 670) e interrupção da gravidez de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF).

Tais questões possuem natureza política, deveriam ser deliberadas pelo Congresso Nacional. Ao invés disso, vê-se que, em razão de omissão legislativa, surgem oportunidades de ativismo judicial, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que detém competências para declarar a (in) constitucionalidade de leis e atos em sede de



controle concentrado de constitucionalidade, vinculando o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Obviamente, outro fator importante em relação a atuação do STF também diz respeito ao aumento no número de legitimados para propor ações originárias perante este Tribunal. Antes da Constituição de 1988, o único legitimado era o Procurador-Geral da República. Após a redemocratização, o rol de legitimados para tais ações (ADI, ADC, ADO, por exemplo) passou de um a nove (art. 103, da CF/88). Conforme Arguelhes, “quanto mais atores puderem levar questões ao Tribunal, mais oportunidades a instituição terá para construir, sustentar e exercer seu poder” (ARGUELHES, 2014, p.29). Ademais, o próprio regime democrático, prevendo direitos aos cidadãos e, especialmente, às minorias, propiciou o aumento de demandas perante o Supremo Tribunal Federal.

Somando-se ao exposto, também é possível perceber a problemática da teoria da Constitucionalização Simbólica, explicada pelo professor Marcelo Neves. Tal teoria trata do fato de que, a partir do momento que a Constituição não tem eficácia no plano fático, ela pode passar a ser utilizada pelo discurso político, a fim de o governante se manter no poder usufruindo de falsas promessas à população. A legislação, assim, torna-se um álibi, uma ferramenta meramente política (NEVES, 2011).

Uma Constituição como é a brasileira, prevendo normas constitucionais de caráter programático, que demandam do Estado uma atitude positiva para sua concretização, é ainda mais suscetível de ser alvo da Constitucionalização Simbólica. Como resultado, o texto constitucional e a realidade fática não são coerentes entre si.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A partir do conteúdo exposto, percebe-se a problemática existente no Brasil: o Poder Judiciário é provocado sobre questões políticas, as quais se encontram carentes de positividade legal pelo Poder Legislativo e, em razão de tal omissão, surge ao primeiro Poder mencionado a oportunidade (e em alguns casos o dever) de ser ativista. Ora, na Constituição Federal atual não há disposição que prevê uma atuação do julgador no sentido de criar leis. Pode haver controvérsias a respeito das súmulas vinculantes, previstas no art.103-A, da Constituição. Porém o §1º, do mesmo diploma legal, é claro ao dizer que tais súmulas se destinam a discorrer acerca da validade, interpretação e eficácia de normas já determinadas, ou seja, já promulgadas e publicadas seguindo o devido processo legislativo.

O art. 48, da Constituição Federal, expressa as competências do Congresso Nacional, incluído dispor acerca de todas as matérias de competências da União. Tal dispositivo nos remete ao art. 21, da CF/88, sobre as competências administrativas da União, e ao art. 22, do mesmo documento legal, que elenca as competências legislativas do mesmo ente federativo.

Dessa forma, percebe-se como há uma discrepância entre estes dispositivos constitucionais e a realidade fática, caracterizando a teoria de Loewenstein já mencionada (Constituição nominal). No momento em que o Supremo Tribunal Federal, na ADO 26/DF, criminaliza a homofobia, há desrespeito aos arts. 5º, XXXIX e 22, I, ambos da CF/88, além do art. 1º, do Código Penal. A competência para legislar sobre direito penal é da União, por meio do Congresso Nacional.

Com isso, faz-se importante uma atuação do Poder Legislativo em relação a questões essencialmente políticas, evitando que suas omissões permitam uma atuação judicial que ultrapassa limites constitucionais, já que, como foi afirmado, o julgador não pode deixar de julgar um caso concreto que chegue até sua jurisdição por provocação popular. “Quem tem o poder sobre o maior ou menor grau de judicialização é o Congresso: quando ele atua, ela diminui; e vice-versa” (BARROSO, 2022, p.478).



REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Revista Universitas Jus**. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2885>. Acesso em: 05 de agosto de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de agosto de 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 de agosto de 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 05 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 05 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – Cnts. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>. Acesso em: 05 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670 Espírito Santo**. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Relator: Min. Maurício Corrêa, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 05 de agosto de 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. Ed. Espanha, 1975.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. Ed. WMF Martins Fontes, 2011.



SHAKESPEARE, William. **Macbeth**. Porto Alegre: L&PM, 2016.