

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Leandro Suriani da Silva

**Aspectos teórico-constitutivos do neoconstitucionalismo brasileiro e a relação com o
Estado de Direito**

Mestrado em Direito

**São Paulo
2016**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Leandro Suriani da Silva

Aspectos teórico-construtivos do neoconstitucionalismo brasileiro e a relação com o Estado
de Direito

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Filosofia do Direito sob orientação do Prof. Dr. Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

*Dedico esta dissertação:
À Deus e a minha família, que me proporcionam forças para trilhar
o árduo caminho da vida.*

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente, à Deus por ter tido a oportunidade de prosseguir nos estudos e sabedoria para enfrentar os árduos desafios da vida. Sem fé, religiosa ou não, seria praticamente infactível prosseguir.

Gostaria de agradecer ao amigo e Professor Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga pelos preciosos ensinamentos conferidos no decorrer de todo o curso, pelo exemplo de Pensador desgarrado dos dogmas tradicionais e dos ardis do trivial, fazendo-me refletir nesses quase três anos sobre um novo modo de pensar a ciência do Direito e de sempre questionar as posições majoritárias.

Agradeço também ao Professor Cláudio de Cicco, fonte inesgotável de conhecimento, por todas as conversas francas e amigas durante todo o processo de aprendizagem.

Muito menos poderia deixar de agradecer a Professora Clarice von Oertzen de Araújo, a qual derrotou brutalmente meus preconceitos sobre as relações da ciência do Direito com a física, a semiótica, a linguagem, entre outras ciências, as quais possuem irrestrita interligação com a ciência jurídica.

Agradeço também aos Professores Vidal Serrano Nunes Junior, Ricardo Hasson Sayeg e Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, André Luiz Freire e Thiago Lopes Matsushita, por todos os ensinamentos ministrados.

Também agradeço a todos os integrantes da Secretaria do Curso de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP pela paciência e atenção aos acadêmicos.

Agradeço, por fim, a todas as pessoas e amigos que acompanharam a trajetória no decorrer do curso, em especial à minha família e à minha noiva, que sempre me apoiaram neste projeto acadêmico e em todos os momentos pessoais, inclusive naqueles de maior desânimo, ainda que isto tenha representado renúncia a diversos momentos familiares e de convívio diário.

A todos, meu muito obrigado!

Resumo

A presente dissertação reflete uma sequência de estudos envolvendo o advento das teorias neoconstitucionalistas desenvolvidas no Brasil e as respectivas críticas. Procurou-se demonstrar a construção teórico científica do constitucionalismo no território brasileiro e as razões que originaram o surgimento do fenômeno intitulado neoconstitucionalismo, o qual introduziu novas técnicas para interpretação dos dispositivos constitucionais e conferiu maior liberdade aos juízes para introduzir mudanças de cunho social, econômico e político na sociedade, sem a interferência do Poder Legislativo. Ao mesmo tempo, ainda que reconhecido como mecanismo apto a trazer maior efetividade aos princípios constitucionais, procurou-se apresentar na presente dissertação as críticas inauguradas contra esta teoria, principalmente sobre os riscos em se afastar com insistência as leis e atos normativos editados validamente pelo Poder Legislativo, com prevalência dos princípios, deixando ao critério subjetivo do julgador a solução dos casos concretos, sobretudo no âmbito de uma sociedade democrática plural, em que evidente a divergência de opiniões acerca dos mais variados temas e assuntos.

Palavras-chaves: Neoconstitucionalismo. Efetividade do direito. Construção teórico científica do constitucionalismo. Divergência de opiniões.

Abstract

This thesis reflects a sequence of studies involving neoconstitucionalism theories developed in Brazil and their criticism. It was demonstrated the construction of constitutionalism in Brazil and the reasons for the emergence of the institute called neoconstitucionalism, which introduced a new techniques for interpretation of the Constitution and conferred more freedom to court judges to introduce changes in social, economic and political issues in society, without the intervention of the Congress. At the same time, although recognized as a mechanism able to bring more effectiveness to law, we tried to present in this work the criticism inaugurated against this theory, especially about the risks in moving away persistently the laws issued by the Brazilian Congress, with prevalence of constitutional principles, leaving to the particularly criterion of court judges to settlement the cases, even more in a context of a democratic society, in which exists a real differences of opinions on various themes and issues.

Keywords: Neoconstitucionalism. Effectiveness of law. Construction of constitutionalism. Differences of opinions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 A existência de divergência de opiniões na sociedade contemporânea e a correlação com o Estado de Direito	10
1.2 A relação do pensamento neoconstitucionalista com o Estado de Direito.....	12
2 A CONSTRUÇÃO TEÓRICO-CIENTÍFICA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	14
2.1 O cenário constitucional de 1824 e as concepções paralelas introduzidas pelo direito português.....	14
2.2 O surgimento do ensino jurídico no Brasil e o estudo estrutural da Constituição do Império	21
2.3 A batalha entre a “Farda e a Beca” e o pensamento constitucional de 1891	23
2.4 A transição científica do constitucionalismo imperial para o republicano	26
2.5 A necessidade de compatibilização entre a realidade constitucional e a realidade social.....	32
2.6 A Revolução Getulista de 1930 e o advento da Constituição de 1934	33
2.7 A influência do Círculo de Viena no positivismo brasileiro e o pensamento filosófico introduzido por Hans Kelsen	39
2.8 O cenário constitucional de 1937. A “Carta Polaca” e o positivismo predominante na “Era Vargas”.....	42
2.9 O movimento constitucional republicano e a volta do regime democrático na Constituição de 1946	47
2.10 A influência do regime militar na Constituição de 1967 e o totalitarismo da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969.....	53
2.11 A insubsistência do regime militar totalitário e os anseios democráticos da Assembleia Constituinte de 1988.....	59
3 OS FLUXOS NEOCONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A RELAÇÃO COM O POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	67
4 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	75
4.1 O advento das teorias neoconstitucionalistas brasileiras.....	86
4.2 As diferentes concepções filosóficas do neoconstitucionalismo.....	88
4.3 Os fundamentos da perspectiva neoconstitucional incorporada das decisões judiciais da Suprema Corte norte-americana.....	93

4.4 As teorias neoconstitucionalistas desenvolvidas no Brasil.....	100
5 CRÍTICAS ÀS VERTENTES DO PENSAMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA..	108
5.1 O fenômeno da ponderação na teoria neoconstitucionalista.....	111
6 A DIVERGÊNCIA DE OPINIÕES E O ESTADO DE DIREITO.....	121
6.1 O choque dos ideais neoconstitucionalistas com o Estado de Direito.....	125
6.2 As tensões existentes entre as teorias neoconstitucionalistas e a finalidade das normas jurídicas.....	132
CONCLUSÕES.....	142
REFERÊNCIAS.....	146

1 INTRODUÇÃO

1.1 A existência de divergência de opiniões na sociedade contemporânea e a correlação com o Estado de Direito

É comum nas sociedades contemporâneas a divergência de opiniões sobre diversos assuntos presentes em nosso cotidiano¹. A difusão de ideias e pensamentos tornou-se cada vez mais frequente no decorrer dos tempos, sobretudo, pela facilitação e ampliação dos meios de comunicação. O que antes constituía tarefa da imprensa, cada cidadão, nos dias de hoje, possui mecanismos para se manifestar, não somente em plataformas virtuais, mas em outros instrumentos, reflexo cada vez mais intenso do exercício da liberdade de expressão.

Ao mesmo tempo, torna-se intensa a discussão acerca da necessidade de se respeitar um cenário de Estado de Direito² como verdadeiro ideal político. A finalidade do Estado de Direito consiste não apenas em limitar o poder concedido aos agentes públicos e dar previsibilidade e transparência das consequências jurídicas em se adotar determinados comportamentos pelos indivíduos, mas também coordenar a vida em sociedade, através de um ordenamento jurídico previamente estabelecido.

Ampliando a visão do que torna o Estado de Direito um ideal político mais atrativo no âmbito das sociedades atuais, podemos analisar o modo pelo qual as instituições políticas se apresentam frente aos cidadãos. Melhor explicando. Em uma sociedade caracterizada por uma pluralidade de visões acerca de temas diversos que se apresentam cotidianamente, torna-se complexa uma perspectiva de consenso entre os indivíduos, especialmente em temas de relevância expressiva perante a sociedade. Até mesmo em temas de menor relevância, é frequente o desacordo de opiniões.

Em decorrência desta divergência de opiniões, torna-se evidente a importância de um modelo constitucional consistente no âmbito das sociedades. A maneira pela qual se

¹ John Rawls, ao adentrar no aspecto da divergência de opiniões no âmbito das sociedades contemporâneas, afirma que “*A diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica que logo passará; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia. Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, pode surgir e perdurar uma grande diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis, mas razoáveis, caso já não existissem. É o caso das sociedades livres que denomino fato do pluralismo razoável.*” (RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 47)

² Para fins desta dissertação, utilizaremos o conceito de Estado de Direito desenvolvido por Jeremy Waldron, o qual sustenta que a observância do direito como método de resolução de conflitos já carrega consigo uma compreensão moral intrínseca. (WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 44-45)

adotam as decisões coletivas no âmbito de uma sociedade plural vai determinar a legitimidade do regime político. O tratamento digno conferido igualmente a todos os cidadãos será determinante para estabelecer que os procedimentos decisórios coletivos sejam considerados neutros frente a existência de inúmeras opiniões políticas e morais presentes na sociedade³.

No âmbito de uma sociedade, a partir do momento em que as instituições públicas funcionam de modo apropriado, o instrumento adequado para se tomar decisões de cunho coletivo é por intermédio de um processo político transparente e democrático. É neste cenário que as diversas opiniões acerca de um determinado assunto são manifestadas e a decisão que se entenda mais pertinente em um determinado momento seja adotada, através de representantes ou diretamente.

Ao se adotar a regra da maioria, é possível definir o conteúdo de uma constituição ou do conjunto das leis e atos a serem editados. Atuando desta maneira, conforme visão de Jeremy Waldron⁴ será possível conferir tratamento digno aos cidadãos, principalmente em um cenário envolvendo a divergência de opiniões.

No âmbito desta perspectiva, não podemos perder de vista que o processo político nem sempre será considerado algo absolutamente imparcial. Obviamente que determinados agentes políticos são mais influentes do que outros no processo de elaboração e votação das leis e atos normativos. O que se pretende dizer é que ainda que exista esta realidade dentro do cenário político, tal circunstância não dará maior ou menor peso ao valor do voto dos cidadãos, os quais terão a palavra final na eleição de seus representantes.

Está longe, neste momento, de se afirmar de maneira categórica que tal discussão se encerra com a edição de uma lei. Pelo contrário, ainda que determinado ato normativo seja editado validamente, através de um processo político democrático e majoritário, isto não quer dizer que referido resultado legislativo não possua discordância pessoal, moral e sociológica dos indivíduos. A divergência de opiniões continuará existindo.

³ Neste sentido, Jeremy Waldron defende o posicionamento de que o processo político constitui o mecanismo legítimo e adequado para a tomada de decisões coletivas no âmbito de uma sociedade plural. Isto porque, referido processo trará “(1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais de minoria e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são as suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.” (WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Jures, 2010. p. 106)

⁴ WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 45

Neste momento, um ponto relevante pode ser visualizado. Os indivíduos que discordam da posição seguida respeitarão a decisão adotada naquele determinado momento, pois no âmbito de uma sociedade coletiva, é importante adotar uma coesão de entendimento envolvendo determinado tema, elegendo uma linha de pensamento sobre a questão. Não se desconhece a existência de instrumentos aptos a questionar o conteúdo material ou formal de um determinado ato normativo no Poder Judiciário, mas isto não representa afirmar que referido ato seja observado e respeitado por todos igualmente.

A observância de um processo político transparente e democrático não possui o anseio de acabar com a divergência de opiniões frente a determinado tema, mas sim determinar o comportamento coletivo frente a uma circunstância desarmônica. Este é o mecanismo menos oneroso através do qual as decisões coletivas são adotadas.

1.2 A relação do pensamento neoconstitucionalista com o Estado de Direito

No tópico anterior, foi demonstrado a título de introdução, que a observância de um processo político democrático talvez constitua o modo menos gravoso para se adotar decisões de caráter coletivo e que a edição dos atos normativos não significa que acabará a divergência de opiniões acerca de um determinado assunto. Apenas trará unidade de entendimento acerca de um tema específico.

Daí a importância em se respeitar o Estado de Direito, dando maior visibilidade aos cidadãos acerca das consequências em se adotar um comportamento contrário frente ao ordenamento jurídico. As regras já estão postas em jogo.

No decorrer da história constitucional, uma série de acontecimentos ao longo do tempo deu ensejo ao que se intitulou neoconstitucionalismo. Tal perspectiva teórica surgiu no Brasil especialmente após a Constituição de 1988, a qual inseriu no texto constitucional relação extensa de princípios. No decorrer da presente dissertação, pretendemos demonstrar que o histórico constitucional não é desligado ou desconexo. Serão analisados os fatos históricos que motivaram o advento de cada texto constitucional no Brasil, bem como a perspectiva científica que originou a teoria neoconstitucionalista.

O intitulado neoconstitucionalismo procura dar maior aplicabilidade e efetividade aos princípios constitucionais, através do exercício da ponderação de valores.

No final do século XX, começou-se a falar em Estado constitucional de direito, com o anseio de maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais, bem como a reaproximação do direito com a ética e a moral. Sem prejuízo disto, algumas técnicas de

interpretação constitucional foram desenvolvidas, dentre elas, a ampliação da jurisdição constitucional e a força normativa da Constituição. Para esta teoria, toda e qualquer situação jurídica passou a ser visualizada sob o enfoque constitucional.

O desenvolvimento das teorias neoconstitucionalistas, no entanto, geraram algumas críticas em relação a tais posicionamentos. Esta outra vertente não aceita a banalização das regras jurídicas em detrimento dos princípios ou a potencial e insistente declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, em desconsideração aos compromissos institucionais formalizados em sociedade democrática.

Defende esta vertente que eventual nova interpretação jurisdicional, a qual acarrete uma alteração em pactos firmados em normas jurídicas demande a análise global de todos os demais elementos inseridos nos demais compromissos políticos vigentes.

A presente dissertação, portanto, tem a intenção de demonstrar a construção do pensamento constitucional no Brasil, bem como o momento que marca o advento das teorias neoconstitucionalistas brasileiras, invocando os fundamentos utilizados no âmbito do direito comparado, os quais contribuíram para o surgimento da escola neoconstitucionalista.

Serão apresentadas também as respectivas críticas desenvolvidas a respeito de seus fundamentos, sejam eles filosóficos, morais e jurídicos. Isto porque, na hipótese de ser questionada com frequência a constitucionalidade das normas editadas validamente pelo Poder Legislativo e utilizar-se o Poder Judiciário de princípios a título de parâmetro de controle e o exercício da ponderação como técnica de julgamento, os atos normativos poderão perder a sua principal característica de orientar a conduta a ser praticada pelos indivíduos, concedendo uma atuação subjetiva dos agentes públicos.

2 A CONSTRUÇÃO CIENTÍFICA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

2.1 O cenário constitucional de 1824 e as concepções paralelas introduzidas pelo direito português

A fim de que possamos entender o surgimento do fenômeno que se intitulou “Neoconstitucionalismo”, é importante voltarmos no tempo e compreendermos o cenário que originou o surgimento da Constituição Imperial de 1824, bem como a influência do ensino jurídico no Brasil neste período. A ideia do presente tópico é demonstrar se havia alguma perspectiva científica na interpretação do Direito nesta época e qual a intenção do Imperador em editar a carta constitucional.

No ano de 1820 começaram a surgir movimentos imbuídos de conotação Liberalista e Constitucionalista, reflexos decorrentes da Revolução do Porto, originado em Portugal. Não podemos nos esquecer que durante a transição da idade média para a idade moderna, ou seja, entre meados do século XVIII e o início do Século XIX, a sociedade já demandava por instrumentos que limitassem o poder absoluto, ilimitado e concentrado dos governantes soberanos, sobretudo, dos reis absolutistas.

É neste cenário que surge movimentos constitucionais que contribuíram para a edição da Constituição dos Estados Unidos de 1787, bem como a Constituição Francesa de 1791. Conforme ensina Gilmar Mendes⁵, neste período surge a figura do *mito da lei*, único instrumento possível e apto a limitar a liberdade dos indivíduos. Ganha força o primado legalista e a soberania popular, calcado ao patamar de dogmas.

Neste período, a Europa vivenciava forte crise financeira e política. O parlamento português passou a analisar a situação que o Reino do Brasil ocuparia perante o Império Português⁶. A consequência de tais discussões resultou na Independência do Reino do Brasil. Devido a necessidade de criação de um Estado independente, concretizou-se as bases estruturais e governamentais⁷.

O início das etapas de implantação do Império do Brasil trouxe a necessidade em se fixar as diretrizes políticas do Estado. As revoluções vivenciadas na França, Inglaterra e

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 176-180

⁶ VIEIRA, Benedicta Maria Duque. A crise do Antigo Regime e as Cortes Constitucionais de 1821-1822. Lisboa; João Sá da Costa, 1992, pp. 19-20.

⁷ PROENÇA, Maria Cândida. A independência do Brasil: relações externas portuguesas. 1808-1825. Lisboa: Livros Horizontes, 1987, p. 42.

Estados Unidos da América introduziram alguns fenômenos, dentre eles o constitucionalismo, o qual o Brasil decidiu aderir amplamente.

Tal circunstância introduziu algumas mudanças sociais e políticas no decorrer da história do país. Foi no constitucionalismo que o Brasil ganhou autonomia política, ganhando soberania estatal e liberdade política.

O fenômeno do constitucionalismo provocou movimentos políticos diversos em cada território, ainda que sempre presente a noção basilar envolvendo a proteção e defesa das liberdades individuais. Surge com a Constituição uma barreira ao poder imoderado dos governantes e monarcas, apresentando a ideia de separação de poderes, a qual evita a concentração destes em apenas uma pessoa.

O constitucionalismo admite o surgimento das instituições políticas de forma independente e auxilia as discussões que envolvem o governo de um modo global, inclusive a forma de representação do Estado. A fim de que possamos compreender a noção do fenômeno do constitucionalismo, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁸ os apresenta em dois sentidos distintos:

A expressão constitucionalismo, ao que se nos afigura, incorpora dois sentidos essenciais. Primeiro, o de movimento, o de organização de pessoas em torno de um ideal, de um objetivo. Segundo, o de Constituição. Parece-nos que é isso, constitucionalismo é movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de duas deliberações.

Já numa concepção mais ampla da compreensão acerca do constitucionalismo, André Ramos Tavares⁹ o apresenta em quatro acepções diversas:

numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento políticossocial com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de direito constitucional. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 26.

⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.

No Brasil, a noção de parlamento se iniciou no 1823, oportunidade em que a Assembleia Constituinte se reuniu no Rio de Janeiro pela primeira vez, com o intuito de elaborar o texto escrito da Constituição. Segundo ensina Maria Graham, integraram a Assembleia Constituinte pessoas como José da Silva Lisboa, Luiz José Carvalo de Mello, José Joaquim Carneiro de Campos, Antônio Luiz Pereira da Cunha, José Bonifácio de Andrada e Silva, dentre outros.

A Assembleia Constituinte de 1823 representa importante símbolo para o surgimento do sistema representativo brasileiro. Conforme Maria Graham¹⁰, a inauguração da Assembleia Constituinte consistiu no “*acontecimento mais importante para o Brasil desde que Cabral havia chegado às suas praias*”.

Um fato curioso que esta autora inglesa narra em sua obra¹¹ é que quando se encerrou a primeira sessão da Assembleia Constituinte, iniciou-se um baile formal de gala, oportunidade em que os presentes gritaram com euforia: “*Viva a Pátria, Viva o Imperador, Viva a Imperatriz, Viva os Deputados*”. O acontecimento já evidencia a ideia dos deputados em se firmar um poder independente do imperador, por intermédio de um parlamento autônomo, com autonomia para edição de leis.

Ainda que a primeira sessão tivesse se encerrado com um grande baile de gala, certo é que os desentendimentos entre o Imperador e os deputados já se iniciaram meses antes da constituição da Assembleia Constituinte, inclusive com a possibilidade de respectiva dissolução, conforme narra Manoel Tobias¹².

A discordância do Imperador com a Assembleia Constituinte foi intensificada com o espancamento de David Pamplona Corte Real, o qual publicou uma carta anônima no jornal *A Sentinela*, cujo teor seria ofensivo aos militares.

Além disto, o periódico *O Tamoyo* publicou edição datada do dia 12 de agosto de 1823 que David Pamplona Corte Real foi quase assassinado por uma organização portuguesa, em decorrência do teor contido na carta publicada, circunstância que originou ampla repercussão perante a sociedade, a qual compareceu perante a Assembleia nos dias subseqüentes para acompanhar os debates entre os políticos da época.

¹⁰ GRAHAM, Maria. Escorço biográfico de D. Pedro I. Cadernos da Biblioteca Nacional. Rio de Janeiro, 2010, p. 83.

¹¹ *ibidem*, p. 85.

¹² MONTEIRO, Tobias. História do Império: a elaboração da Independência. Tomo 2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, p. 198.

Tais fatos e circunstâncias consistiram no estopim para a dissolução da Assembleia Constituinte de 1823. Segundo narração de José Honório Rodrigues¹³, este acontecimento pode ser resumido como uma “*anomalia histórica*”.

A dissolução da Assembleia Constituinte ocorreu, sobretudo, em decorrência da autonomia política adquirida frente ao poder do Imperador, inclusive a de permitir o comparecimento espontâneo do povo durante as sessões deliberativas, a fim de que presenciassem as explicações do Imperador frente aos acontecimentos que envolveram o espancamento de David Pamplona Corte Real.

Esta circunstância incomodava claramente o Imperador, o qual se via obrigado a prestar esclarecimentos envolvendo fatos que não pretendia elucidar publicamente.

Como narra José Honório Rodrigues¹⁴, a população participava ativamente das deliberações parlamentares, dando aplausos ou vaias, no decorrer das sessões. Em decorrência de tais acontecimentos, especialmente o episódio envolvendo Pamplona, o governo declarou “*tumultuada a Assembleia*”. E prossegue afirmando que a dissolução ocorreu devido a “*uma indisciplina armada, promovida por um grupo de oficiais portugueses, com a ajuda dos portugueses conselheiros de D. Pedro e dos negociantes portugueses*”.

O Imperador teria suportado fortes influências externas dos militares, o que contribuiu para a dissolução da Assembleia, cujo controle também estaria fora de suas mãos. O fechamento da Assembleia Constituinte ficou conhecido como *Noite da Agonia*¹⁵, justificado pelo Imperador como medida necessária para preservar a integridade territorial do Império e a salva da pátria.

Na Proclamação datada de 13 de novembro de 1823 atestando a dissolução da Assembleia Constituinte¹⁶, o Imperador justifica seu ato afirmando que “*Se a Assembleia não fosse dissolvida, seria destruída a nossa santa religião, e nossas vestes seriam tintas de sangue*”. Retratou que as prisões dos parlamentares seriam “*medidas de polícia, próprias para evitar a anarquia, e poupar a vida desses desgraçados. A salvação da pátria que me está confiada, como Defensor Perpétuo do Brasil, e que é suprema a lei, assim o exige.*”

¹³ RODRIGUES, José Honório. A Assembléia Constituinte de 1823. Petrópolis: Vozes, 1974, p. 198.

¹⁴ MONTEIRO, Tobias. História do Império: a elaboração da Independência. Tomo 2. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, p. 206.

¹⁵ PEREIRA, Vantuil. “A longa noite da agonia”. In: Revista de História da Biblioteca Nacional. Rio de Janeiro. Ano 7, 2012, pp. 40-43.

¹⁶ Proclamação de 13 de novembro de 1823: Sobre a dissolução da Assembleia Constituinte e Legislativa, em http://www.camara.gov.br/legin/fed/procla_sn/antioresa1824/proclamacao-41266-13-novembro-1823-575618-publicacaooriginal-98869-pe.html - Acessado em 07 de março de 2016.

Na data de 16 de novembro de 1824, três dias após a Proclamação narrada acima, o Imperador publicou o Manifesto explicitando detalhadamente os motivos pelos quais havia adotado tais medidas imperiais, senão vejamos:

Passou-se avante, e pretenderam-se restringir em demasia as atribuições que competem pela essência dos Governos Representativos ao Chefe do Poder Executivo, e que me haviam sido confiadas pela Nação, como Imperador Constitucional, e Defensor Perpétuo do Brasil; chegou-se até o excesso de haverem moções de que se devia retirar toda, ou uma grande parte da tropa para longe desta cidade, ficando por este modo o governo sem o necessário vigor, e energia (...) ¹⁷

Através da leitura do Manifesto de 16 de novembro de 1823, verifica-se que o Imperador discordou acerca da possível divisão de poderes no Império, o que foi objeto dos trabalhos realizados durante a Assembleia Constituinte.

Na redação original de elaboração do texto constitucional, Silvana Mota Barbosa¹⁸ retrata que o projeto redacional foi lido publicamente no dia 1 de setembro de 1823 e o esboço continha 272 artigos, divididos em quinze títulos distintos.

Havia estruturação independente dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, este último que seria desempenhado pelo Imperador. O Poder Moderador somente foi incluído no texto constitucional após a dissolução da Assembleia Constituinte.

Assim, em decorrência do encerramento dos trabalhos iniciados pela Assembleia Constituinte no ano de 1823, a condução dos trabalhos para a elaboração da Constituição do Império do Brasil foi retomada pelo Conselho do Estado, órgão criado por Dom Pedro I. O texto já existente foi praticamente incorporado pelo Conselho do Estado. Todavia, foi acrescentado nesta oportunidade o intitulado Poder Moderador.

Tão logo houve a dissolução da Assembleia Constituinte, o Imperador Dom Pedro I acelerou os trabalhos de condução para a elaboração do texto constitucional. Ainda que tivesse dissolvido a Assembleia, a fim de dar uma maior autenticidade, procurou a aprovação das respectivas Câmaras Municipais. A ideia do Imperador Dom Pedro I era de que o instrumento não consistisse na vontade advinda única e exclusivamente do poder de império estatal, mas sim dar aparência de um pacto existente entre o Imperador e o seu povo.

¹⁷ Manifesto de 16 de novembro de 1823, o qual justifica a dissolução da Assembléia Constituinte. Acessado em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=70295&norma=86361> - Acessado em 07 de março de 2016.

¹⁸ BARBOSA, Silvana Mota. A sphinge monárquica: o poder moderador e a política imperial. Tese de Doutorado. Unicamp. 2001. p. 29.

Todavia, não foi assim que aconteceu. Apesar dos anseios de Dom Pedro I em acelerar a aprovação do texto pelas Câmaras Municipais, certo é que algumas delas queriam discuti-lo, tais como as Câmaras de Itu e Caeté, tendo inclusive a de Recife rejeitado o teor do projeto.

A título de curiosidade, Frei Joaquim do Amor Divino Rabelo, mais popularmente conhecido apenas como Frei Caneca, o qual integrava como membro do Conselho Provisório da Província retratou que o projeto “*tinha como base o fortalecimento do poder real em detrimento do poder representativo*”¹⁹. Isto representa dizer que a maneira como os trabalhos haviam sido conduzidos violava a soberania do povo.

Frei Caneca foi um dos principais expoentes contrários aos ideais trazidas pelo projeto inserido no texto constitucional, especialmente em relação ao exercício do Poder Moderador²⁰. Isto porque, o poder moderador trazia benefícios diretos e exclusivos ao monarca, ainda em um ambiente de Império em construção, o que não parecia ser a solução mais adequada naquele momento.

Apesar da discordância de algumas Câmaras Municipais, certo é que a maioria delas não manifestou divergência. Pelo contrário, sugeriram que o projeto inicial do texto constitucional fosse adotado imediatamente como constituição brasileira, o que foi acatado pelo Imperador. Assim, a primeira Constituição brasileira foi outorgada por Dom Pedro I, na data de 25 de março de 1824.

Ao analisarmos o texto constitucional de 1824, verifica-se que o Capítulo I, Título 5^o²¹ era integralmente destinado a regulamentar a forma de exercício do poder moderador. Uma vez que este poder permitia a livre dissolução da Câmara dos Deputados, em detrimento

¹⁹ BARBOSA, Silvana Mota. A sphinge monárquica: o poder moderador e a política imperial. Tese de Doutorado. Unicamp. 2001. P. 42.

²⁰ Ibidem, p. 44

²¹ TITULO 5º - Do Imperador. CAPITULO I. Do Poder Moderador. Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos. Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial. Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

de um Senado vitalício, inexistia igualdade entre os membros integrantes do Poder Legislativo, circunstância que poderia ser palco de inconsistências por parte do Imperador.

A ideia de que o poder fosse exercido de modo mais elevado pelo Imperador, em detrimento dos parlamentares já tinha sido alvo de críticas por parte de Inácio Andrade de Lima, deputado pernambucano, durante os trabalhos de abertura da Assembleia Constituinte. Pela importância das palavras e do momento vivenciado naquela época, é de fundamental relevância a transcrição:

A Fala de Sua Majestade Imperial está sem dúvida concebida em termos constitucionais, mas notam-se no fim dela algumas palavras ambíguas, cujo sentido não é talvez bem claro. Diz que espera que a Assembléia faça uma Constituição digna d' Ele e do Brasil, e que sendo assim a defenderá; ora constituindo-se deste modo Juiz do Brasil, e sendo ao mesmo tempo Defensor do Brasil, poderá inferir que Sua Majestade pretende por si só julgar da bondade da Constituição; e como eu estou altamente persuadido que esta Assembléia se empenha em fazer uma Constituição digna do Brasil, e por tanto digna do seu Monarca Constitucional, proponho que o Voto de Graças se declare o seguinte: A Assembléia se persuade não poder deixar de fazer uma Constituição digna do Impetrante e do Brasil, por assim conferir aos seus sentimentos nobres e patrióticos.²²

Parece-nos que a ideia de Andrade Lima reside em contraditar os argumentos do Imperador de que eventual texto constitucional elaborado pela Assembleia Constituinte não representasse os interesses do Brasil. Desde o surgimento dos trabalhos durante a Assembleia Constituinte, os parlamentares não estavam confortáveis em delegar ao imperador poderes dotados de tamanha amplitude.

O que se verifica, em decorrência de todos os argumentos colocados até então, é que o fenômeno do constitucionalismo, como afirma Vantuil Pereira²³, “*colaborou para a formação de um ideário político liberal que teria forte impacto no primeiro Parlamento brasileiro representado pela Assembléia Constituinte*”, tendo o seu encerramento no ano de 1823 decorrido de claras demandas pela prevalência do exercício do poder no Império em detrimento dos demais.

Ainda que o parlamento tivesse sido fechado no ano de 1823, tal como já colocamos no decorrer da presente dissertação, o Imperador apenas adiou os problemas que originaram o fechamento, especialmente após a abertura ocorrida no ano de 1826, oportunidade em que as divergências ressurgiram novamente e o debate tornou-se inevitável.

²² Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, sessão de 6 de maio de 1823.

²³ PEREIRA, Vantuil. “A longa noite da agonia”. In: Revista de História da Biblioteca Nacional. Rio de Janeiro. Ano 7, 2012, p. 356.

O Parlamento, nesta oportunidade, já não aceitava mais as ideologias monarcas advindas exclusivamente do Imperador. Acontece que estas discussões, ocorridas especialmente nos últimos anos da década de 1820 serviram amplamente para demonstrar o quanto importante é a manutenção dos debates e do sistema representativo, permitindo um equilíbrio entre todos os poderes, circunstância que não se visualizou neste período histórico.

Foi neste período que também surgiu o ensino jurídico no Brasil. No próximo tópico, analisaremos a influência disto na edição das próximas constituições brasileiras.

2.2 O surgimento do ensino jurídico no Brasil e o estudo estrutural da Constituição do Império

O ensino jurídico no Brasil, no decorrer de sua trajetória histórica, advem da tradição Ocidental Europeia, conforme ensina Aurélio Wander Bastos²⁴. Os movimentos que originaram a introdução do ensino jurídico brasileiro se iniciaram na Faculdade de Direito de Coimbra. Foi nesta sede que os estudantes brasileiros do Curso de Direito se instalaram até o início do século XIX, momento em que ocorreu o advento da Carta de Lei de 11 de agosto de 1827, instituindo os cursos de Direito nas cidades de São Paulo/SP e em Olinda/PE.

Durante este período histórico brasileiro, o Brasil também era integrado por nobres famílias portuguesas. Por consequência, os filhos respectivos se dirigiam para Portugal, a fim de realizar os cursos jurídicos. Na Assembleia Constituinte datada de 1823, o Visconde de São Leopoldo já havia apresentado a exposição de motivos e justificativas que demandavam a criação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil.

A instituição dos cursos não ocorreu em razão das divergências existentes entre o Imperador e a Assembleia Constituinte naquele período histórico²⁵.

Assim, no transcurso do período colonial e no início do Império, os juristas atuantes no Brasil eram portugueses. O Brasil não era uma nação independente e, na condição de colônia portuguesa, estava vinculada administrativamente à metrópole portuguesa. Desde o início, o Brasil foi formado por uma mistura de culturas e etnias, das quais resultou uma série de costumes distintos dos costumes portugueses. Tal circunstância motivou a necessidade do surgimento de leis próprias para o Brasil, oriundas dos costumes coloniais.

²⁴ BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2000, p. 1.

²⁵ NASCIMENTO. Walter Vieira do. Lições de história do direito. 13. Ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 212.

O que se verificou, no entanto, foi que a Coroa Portuguesa não reconhecia os costumes coloniais. Pelo contrário, a criação do Direito brasileiro era evidentemente paralela ao Direito português, inclusive o constitucional. A indiferença aos costumes brasileiros, inclusive, quanto a necessidade de criação de um direito próprio nacional foi um empecilho para a criação de um curso jurídico independente e autônomo dos cursos portugueses, como ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²⁶.

Na oportunidade de promulgação da Lei de 11 de agosto de 1827, momento em que se autorizou a criação dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda, as classes vitoriosas estavam concentradas nas elites civis, liberais e conservadoras²⁷. A referida lei foi rubricada pelo Imperador Pedro I e assinada no Palácio do Rio de Janeiro por José Feliciano Fernandes Pinheiro, Visconde de São Leopoldo, Secretário de Estado dos Negócios do Império, contendo as disciplinas a serem ministradas no decorrer do curso;

Art. 1.º - Crear-se-ão dous Cursos de sciencias jurídicas e sociais, um na cidade de S. Paulo, e outro na de Olinda, e nelles no espaço de cinco annos, e em nove cadeiras, se ensinarão as matérias seguintes:

1.º ANNO.

1ª Cadeira. Direito natural, publico, Analyse de Constituição do Império, Direito das gentes, e diplomacia.

2.º ANNO.

1ª Cadeira. Continuação das materias do anno antecedente. 2ª Cadeira. Direito publico ecclesiastico.

3.º ANNO.

1ª Cadeira. Direito patrio civil. 2ª Cadeira. Direito patrio criminal com a theoria do processo criminal.

4.º ANNO.

1ª Cadeira. Continuação do direito patrio civil. 2ª Cadeira. Direito mercantil e marítimo.

5.º ANNO.

1ª Cadeira. Economia politica. 2ª Cadeira. Theoria e pratica do processo adoptado pelas leis do Imperio.

Ao analisarmos a composição das disciplinas, é possível identificar três fortes inclinações, sendo a primeira delas para atender os anseios políticos das elites imperiais que controlavam o Estado nos anos de 1824 e 1825. Uma segunda tendência para atender aos anseios da Igreja, a qual inseriu como disciplina curricular temas atrelados ao Direito Eclesiástico. Por fim, numa terceira vertente, a formação jurídica romanista, a fim de atender os interesses da elite civil parlamentar conservadora²⁸.

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ensino do direito: dos primórdios à expansão pelo setor privado. Florianópolis: Fundação Boiteux, ano 3, n.º 3, 2005, p. 27.

²⁷ BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2000. p. 8.

²⁸ Ibidem, p. 32.

Através dessa disciplina curricular, foram inaugurados os cursos da Faculdade do Largo São Francisco (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) e da Faculdade do Recife (Faculdade Federal do Pernambuco).

Ao analisarmos o conteúdo da Lei de 11 de agosto de 1827, podemos identificar que o estudo do direito constitucional era baseado na própria estrutura do texto constitucional, sem adentrar em perspectivas científicas de interpretação do Direito. Por esta razão, ainda que neste período tenham sido instituídos os cursos jurídicos no Brasil, inclusive com a necessidade de elaboração da Constituição de 1824, o estudo do texto constitucional era restrito a estudar as bases estruturais do Estado, sendo fortemente influenciado pelo direito português da época.

2.3 A batalha entre a “Farda e a Beca” e o pensamento constitucional de 1891

Antes de adentrar especificamente ao advento da Constituição de 1891, importante analisarmos o pensamento científico existente neste período, especialmente acerca do fortalecimento do positivismo jurídico. O pensamento filosófico de Auguste Comte²⁹ tornou-se crescente no Brasil especificamente no Século XIX, oportunidade em que foi necessário instalar o liberalismo, através de um novo regime e introduzir reformas sociais.

O positivismo pensado por Auguste Comte³⁰ tem suas bases no conhecimento experimental. Com base nesta filosofia, não há necessidade de invocar explicações em dados subjetivos ou causas metafísicas. Nesta linha de raciocínio, Auguste Comte pretende afastar das proposições positivas considerações envolvendo dados teleológicos, metafísicos que adentram ao campo da Axiologia, pautada na Teoria dos Valores.

Na vertente defendida por Auguste Comte, o mundo seria regulado por leis imutáveis. No campo destas leis imutáveis, a vontade humana não teria força para interferir, uma vez que o próprio ser humano estaria vinculado a estas leis. O pensamento positivista busca, por intermédio da ciência, investigar o real concreto, acerca do qual inexistente dúvida.

²⁹ Ao retratar que o positivismo não interfere na ciência, Augusto Comte retrata que “*A verdadeira ciência permanece, pois, necessariamente abstrata. Suas leis gerais acerca das categorias pouco numerosas que abrangem todos os fenômenos observáveis bastão para demonstrar sempre a existência das leis concretas, posto que a maioria destas não possuem nem devem ser jamais conhecidas, salvo os casos práticos*”. (COMTE, Augusto. O Catecismo Positivista ou Exposição Sumária da Religião Universal em Treze Conferências Sistemáticas Entre uma Mulher e um Sacerdote da Humanidade. Tradução de Miguel Lemos. Lisboa; Lucas, 1934, p. 187)

³⁰ COMTE, Auguste. Curso de Filosofia Positiva – discurso sobre o Espírito Positivo-Discurso Preliminar sobre o Conjunto do Positivismo – Catecismo Positivista. Trad. José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. 2 ed. Abril Cultural, 1983. p. 318.

Ao apresentar esta nova teoria do conhecimento, a tese ultrapassou os limites de análise no campo da física e matemática e adentrou em teorias sociais, políticas, jurídicas e antropológicas, invadindo outros países do mundo, como o Brasil.

O positivismo trouxe uma nova forma de se pensar a ciência da época, mas também influenciou o legalismo intenso e a conseqüente necessidade de enquadrar as condutas em um determinado conjunto de regras, as quais, nesta visão, seriam suficientes para resolver as situações que lhe fossem apresentadas.

Como destaca Wilson Martins³¹, a construção do pensamento positivista no Brasil se difundiu em duas vertentes nas Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo, a primeira com tendência evolucionista e a segunda conservando o caráter ortodoxo;

Em 1883, Clóvis Beviláqua publicava no Recife um volume sobre A Filosofia Positivista no Brasil, no qual observa que, enquanto no norte do país a doutrina se ia transformando em evolucionismo e “*Comte pouco a pouco substituído por Spencer e Haeckel*”, no sul, ao contrário ela conservava todo o caráter ortodoxo. Definindo-se como “monista evolucionista”, ele formava, por conseqüência, com os demais sectários da Escola do Recife, o núcleo da corrente irredutivelmente positiva, isto é, científica, contra a regressão mística e religiosa que o Positivismo assumira em nosso país. (MARTINS, Wilson. História da Inteligência Brasileira, v. 7. São Paulo: Cultrix, 1978, p.165)

E, neste ponto, Luis Pereira Barreto, um dos precursores do positivismo brasileiro com produção na seara jurídica, o qual presidiu a Constituinte estadual de São Paulo em 1891, lançou críticas a filosofia de Augusto Comte e, principalmente, à estrutura dos cursos jurídicos no Brasil da forma que foram criados pela Lei de 11 de agosto de 1827.

Segundo narra Miguel Reale³², na visão de Luis Pereira Barreto, os cursos jurídicos eram baseados principalmente na reprodução dos compêndios elaborados em Coimbra, bem como em bibliotecas jurídicas importadas, sendo que o legalismo deixava de acompanhar os aspectos sociais vivenciados no país.

Ainda segundo narra Miguel Reale, os bachareis de direito da época gozavam da nobreza do período do Segundo Reinado, pertencendo a base da intitulada elite política. No entanto, o que se verificava era uma baixa formação teórica dos estudantes, ligada à ausência de formação profissional prática, aliada aos importados manuais utilizados nas Faculdades de

³¹ MARTINS, Wilson. História da Inteligência Brasileira. v. 7. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 165.

³² REALE, Miguel. Filosofia em São Paulo, 2ª. ed. rev. atual. São Paulo: Grijalbo, 1976. p. 134.

Direito. Tal contexto não permitia aos estudantes desenvolver a compreensão científica necessária para lidar com os problemas sociais, conforme narra Alberto Venâncio Filho³³;

Cria-se a neocracia (Joaquim Nabuco), com os meninos nos cargos importantes, atingindo à chefia do Gabinete menores de trinta anos, servindo um menino Imperador. Não houve salto entre a comunidade de domínio da Colônia e do Segundo Reinado; a tradição antifeudal foi mantida, com funcionários do mesmo estilo de vida, com os iguais propósitos políticos centralizadores, agrupando-se na aristocracia togada.

A valorização dos bachareis e, sobretudo, a ocupação de elevados cargos no Imperio aguçou nos militares uma expressiva crítica ao protagonismo jurídico, pois neste período estes ainda conduziam funções políticas e decisórias diminutas. Instalou-se, então, uma crise entre os militares e os bachareis, a qual foi denominada por Sérgio Buarque de Holanda de a batalha entre a “Farda e a Beca”, conforme retrata Alberto Venâncio Filho³⁴.

Os militares passaram a criticar veementemente os bachareis, sob o fundamento de que o pensamento introduzido pelos juristas de Coimbra já não mais se adequavam aos aspectos sociais presentes na sociedade brasileira, inclusive os compêndios estrangeiros que não mais se compatibilizavam com o retrato nacional.

E esse espírito foi incorporado na Constituição de 1891. Como retrata Renato Lessa³⁵, com exceção de Rui Barbosa, que possuía conhecimento teórico sobre a república presidencialista vigente nos Estados Unidos da América e de Quintino Bocaiuva, o qual estava familiarizado com os vícios da política argentina, os demais “*ignoravam todos eles a prática do regime na América do Norte e na América Latina*”.

Com estas considerações, conseguimos identificar que a construção do pensamento constitucional incorporado na Constituição de 1891 teve como objetivo principal consolidar a República federativa, predominando claramente a presidencialista do tipo norte-americano, já incorporado ao território argentino.

O texto constitucional republicano também foi reflexo das insatisfações manifestadas pelos militares positivistas em relação ao ensino jurídico adotado no Brasil, cuja ideologia científica já não mais se adequava ao contexto social da época. A insatisfação também resultou na supressão do Poder Moderador Imperial, com o prestígio a tripartição dos

³³ VENÂNCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo (150 anos de Ensino Jurídico no Brasil). São Paulo: Perspectiva, 1977. p. 276.

³⁴ Ibidem, p. 280.

³⁵ LESSA, Renato. A invenção Republicana. Rio de Janeiro. Topbooks. 1988. p. 51

poderes, garantindo-se, com tal providência, a segurança e o equilíbrio aos que participaram da Assembleia Constituinte³⁶.

2.4 A transição científica do constitucionalismo imperial para o republicano

Após longo período de tempo em que vigorou a Constituição política do Império, sobreveio uma nova ordem constitucional imbuída de uma característica notadamente republicana. O que se pode afirmar é que esta ordem constitucional se pautou em um novo fundamento de validade. Nas palavras de Boris Fausto³⁷, “*a passagem do Império para a República foi quase um passeio*”.

Vamos analisar neste momento de que modo ocorreu a transição científica do constitucionalismo imperial para o republicano, através da edição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

Assim que proclamada a República, editou-se o Decreto n.º 29, de 3 de dezembro de 1889, convocando uma Comissão composta de cinco membros, a fim de iniciar as discussões para a elaboração de um anteprojeto de Constituição, a qual seria a base para as discussões futuras de uma Assembleia Constituinte.

Aludida Comissão elaborou três redações de anteprojeto, unidos em apenas um único documento por Rangel Pestana, devidamente revisado por Rui Barbosa.

Após esta base documental, foi instalada a Assembleia Constituinte na data de 15 de novembro de 1890, a qual foi composta de vinte e um integrantes para avaliar e analisar o projeto. Foi elaborado um parecer e aprovado o texto pelo plenário com algumas modificações, permitindo assim a promulgação da Constituição Republicana na data de 24 de fevereiro de 1891.

O anseio republicano presente na Constituição brasileira de 1891 adveio principalmente da Constituição dos Estados Unidos da América. O principal influenciador desta nova ideologia foi Rui Barbosa, em decorrência dos conhecimentos advindos do Direito norte-americano. O projeto do texto constitucional foi aderido facilmente, uma vez que o grande número dos constituintes era presidencialista, os quais eram divididos em federalistas radicais e unionistas conservadores.

³⁶ DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Alvaro Luiz Travassos de Azevedo. Teoria geral do Estado e ciência política. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 123.

³⁷ FAUSTO, Boris. História do Brasil. 9ª ed. São Paulo: Edusp, 2001. p. 245.

Os federalistas sustentavam a posição de uma maior amplitude de autonomia para os respectivos Estados-Membros, outorgando-lhe uma autonomia maior, mediante esvaziamento do poder central. Os unionistas, por outro lado, defendiam que o poder central deveria estar concentrado nas mãos da autoridade presidencial, assegurando a integridade em todo o território nacional.

Numa visão ideológica, o texto constitucional de 1891 representou conotação amplamente liberal. Tentou-se acabar com a concentração de território, bem como a função de poderes em apenas um único governante³⁸.

A Constituição de 1891 modificou a forma de governo. O antigo regime monárquico, lastreado em uma dinastia perpétua foi substituído pelo regime presidencialista, cujo poder se renova periodicamente em seu exercício e titularidade³⁹.

A antiga forma unitária de Estado, que deixava de tutelar todas as regiões integrantes do território nacional foi substituída por um sistema federativo consubstanciado pela “*união perpétua e indissolúvel de suas antigas Províncias*” (art. 1º, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 24 de fevereiro de 1891).

O texto constitucional da época objetivava atribuir verdadeira autonomia para os respectivos entes federados. A redação do artigo 63 da Constituição já previa que “*Cada Estado rege-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitadas os princípios constitucionais da União*”.

A ideologia realmente representou uma inovação na época, pois o artigo 65 da Constituição facultava aos Estados celebrar entre si ajustes e convenções sem caráter político e assegurou aos Estados o exercício de qualquer poder ou direito, que não lhes fosse negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição. Assegurou-se, portanto, uma verdadeira competência residual expressa.

A Constituição de 1891 suprimiu o Poder Moderador que intimidava o exercício imparcial e independente das funções do Estado. O artigo 15 do texto constitucional era límpido ao prever “*São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônico e independentes entre si*”.

Através de análise da modificação da forma de governo, da introdução do sistema federativo com maior nível de autonomia aos Estados e da exclusão do Poder Moderador,

³⁸ BONAVIDES, Paulo et ANDRADE, Antônio Paes de. História Constitucional do Brasil. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal: 1989. p. 249.

³⁹ Ibidem, p. 250.

verifica-se verdadeiro rompimento de paradigmas com o ideal constitucional presente no texto imperial de 1824.

Ainda que as disposições constitucionais sejam claras quanto a pretendida ideologia que deveria ser adotada, certo é que neste período, o poder foi exercido pela alternância das elites políticas presentes nos Estados. E os motivos para tanto eram diversos.

Isto porque, inexistia na época um partido político com representatividade nacional e os grupos políticos estavam presentes apenas em alguns Estados da federação. As principais decisões políticas advinham das oligarquias, as quais decidiam quais eram os candidatos à possível Presidência. A população brasileira não tinha meios para impugnar as posturas e medidas adotadas pelas oligarquias da época.

Na realidade, o povo estava subordinado ao coronel regional, que indicava o candidato a ser votado. O voto era aberto, possibilitando a fiscalização quanto ao cumprimento do acordo. Dependiam os coronéis locais dos benefícios convertidos pelos respectivos votos, tornando-os integralmente dependentes dos integrantes das oligarquias dominantes⁴⁰. A renovação periódica dos exercentes do poder, ainda que formalmente prevista na Constituição de 1891, ainda não havia se tornado real.

A autonomia federativa, introduzida expressamente no texto constitucional de 1891, não foi visualizada frente ao nível imaginado pelo legislador constituinte. Na época, o desenvolvimento da economia regional era concentrado na região Sudeste. A inexistência de um partido político com representatividade nacional contribuiu para a ausência de maior autonomia dos Estados federados.

Os Estados de São Paulo e Minas Gerais, basicamente, acordavam acerca da sucessão dos Presidentes no período compreendido entre 1899 e 1909. A indicação era alternada entre estes Estados, a fim de que ambos pudessem estar a frente do poder. Esta série de indicações retornou no ano de 1913, permanecendo até 1930, com o final da República Velha.

Houve apenas uma leve alternância de indicações, a qual fora realizada pelo Estado do Rio Grande do Sul, o qual devido a forte corporação militar e influência filosófica positivista tinha condições de disputar com São Paulo e Minas Gerais o exercício do poder⁴¹.

Um outro ponto relevante a se destacar é que o ideal de separação de poderes foi afetado pela prevalência do exercício do poder pelo Executivo, através do Presidente da República. Ainda que o Poder Moderador tivesse sido expressamente excluído no texto

⁴⁰ FAUSTO, Boris. História do Brasil. 9ª ed. São Paulo: Edusp, 2001. p. 261-265.

⁴¹ Ibidem, p. 270-273.

constitucional de 1891, fato é que o Poder Executivo detinha preponderância frente aos demais. Estava concentrado nas mãos do Presidente da República todas as decisões, todos os movimentos da estrutura governamental, ou seja, aludida autoridade era o centro de todos os poderes⁴².

Neste período, ainda que inexistisse a figura da lei delegada, fato é que o Poder Executivo se utilizava dos regulamentos *praeter legem*, mecanismo pelo qual o Presidente da República exercia a atividade legiferante, sem a interferência do Poder Legislativo⁴³.

Sem prejuízo da utilização dos regulamentos *praeter legem*, importante lembrar da redação prevista no artigo 48 da Constituição de 1891, dispositivo este que elencava uma série de atribuições ao Presidente da República, que envolviam desde direitos específicos assegurados aos cidadãos até reforma de leis garantidoras de liberdade⁴⁴. Isto apenas demonstra a amplitude do poder assegurada ao Executivo.

A prevalência do Poder Executivo também transpareceu frente ao Poder Judiciário, pois ainda que o artigo 61 da Constituição de 1891 permitisse exercer o controle sobre a constitucionalidade das leis, certo é que o Supremo Tribunal Federal se sentiu acuado frente as posturas adotadas pelo Poder Executivo em exercer as respectivas atribuições constitucionais.

A história demonstra que existiu um episódio envolvendo o então Presidente da República Floriano Peixoto, o qual intimidou e ameaçou prender Ministros do Supremo Tribunal Federal que eventualmente invalidassem os atos expedidos pelo Poder Executivo. Além disto, no período da República Velha, o Estado de Sítio foi decretado em algumas oportunidades, devido a intenção do poder central em se investir de forma superior em desfavor da autonomia dos demais Estados membros.

Na realidade, Floriano Peixoto assumiu a Presidência da República no de 1892, ainda quando Vice-Presidente. Ocorre que neste ano concretizou-se a manifestação de alguns generais exteriorizando a intenção de novas eleições presidenciais.

Foi neste momento que Floriano Peixoto reformou os generais signatários e após declarar Estado de Sítio por três dias, realizou inúmeras prisões, as quais alcançaram diversos integrantes de cargos políticos, especialmente, deputados, senadores, oficiais do Exército e

⁴² BONAVIDES, Paulo et ANDRADE, Antônio Paes de. História Constitucional do Brasil. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal: 1989. p. 250.

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 252.

⁴⁴ CAVALVANTI, João Barbalho Uchoa. Constituição Federal Brasileira: comentários. 2ª ed. Rio de Janeiro: F. Briguet e Cia. Editores, 1924, p. 122.

jornalistas, desconsiderando integralmente as imunidades parlamentares presentes no texto constitucional de 1891.

Mesmo após a suspensão do Estado de Sítio, as prisões persistiram, o que motivou Rui Barbosa a impetrar inúmeros *habeas corpus* perante a Suprema Corte, a fim de que fosse concedida liberdade aos indivíduos. A história narra que Floriano Peixoto retratou que se os Ministros concedessem as ordens de *habeas corpus*, então não haveria quem as concedessem aos Ministros que deles necessitariam posteriormente.

Os Ministros negaram as ordens de *habeas corpus*, baseando seus fundamentos de que a competência para apreciar a legalidade da ordem de prisão dos deputados e senadores competiria ao Congresso Nacional⁴⁵.

Estes acontecimentos demonstraram a instabilidade vivenciada no período, a qual comprometeu diretamente a eficácia do texto constitucional frente a realidade. Ao fim e ao cabo, as instabilidades se afunilaram na Revolução de 1930.

Evidente era a divergência entre o texto expresso presente na Constituição de 1891 e a organização da sociedade e do Estado. O projeto constitucional faliu frente ao panorama político e social, denotando que o texto da Constituição não possuía a força normativa necessária para ser respeitada.

Havia uma distância entre a Constituição jurídica e a Constituição sociológica, não somente porque prevalecia a vontade das oligarquias, mas também devido a manipulação do sufrágio, fazendo com que a participação da sociedade se tornasse verdadeiramente inautêntica⁴⁶. Daí que Paulo Bonavides⁴⁷ identifica o que se denominou de crise constitucional, inclusive frente a determinados países europeus.

O anseio de acabar com as concepções liberais trouxe em algumas constituições a introdução de verdadeiras normas de conteúdo programático. Isto porque, no início do século XX, superou-se a visão do homem como um ser eminentemente abstrato.

Após o fortalecimento das ideias desenvolvidas por Karl Marx e da imposição de condições desumanas de trabalho, bem como o crescimento da miséria e desigualdade social, surgiu o cenário ideal para a difusão do pensamento social, o qual constituiu base para a elaboração dos textos constitucionais desde então.

⁴⁵ COSTA, Emilia Viotti da. O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania. 2ª Edição. São Paulo: Editora Unesp, 2006. p. 29-30.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo et ANDRADE, Antônio Paes de. História Constitucional do Brasil. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. 1989. p. 252.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. A interpretação da Constituição. in MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.) Hermenêutica Constitucional – Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 232

O intitulado constitucionalismo liberal transmutou para o constitucionalismo social. Daí que a ideia de Constituição concentra seus esforços não mais exclusivamente na pessoa do indivíduo, mas para a sociedade e busca “*desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja consecuencia imediata estampa o sacrificio das teses individualistas*”⁴⁸. É neste contexto que foram editadas as Constituições do Estado de Social de Weimar (1919) e do México (1917).

Todavia, ainda antes de dar plena efetividade a tais anseios constitucionais programáticos, objetivando consolidar os intitulados direitos sociais, explode a Primeira Guerra Mundial e, pouco mais de vinte anos depois, a Segunda Guerra Mundial. Nesta linha cronológica, Javier Pérez Royo⁴⁹ identificou o surgimento dos Tribunais Constitucionais e caracterizou o fenômeno como uma “*anomalía histórica presente com projeção de futuro*”.

A afirmação tem uma razão de ser. No território europeu, segundo afirma o autor, existiu uma anomalia no processo de transição para democracia em alguns países, os quais efetivamente criaram tais órgãos para ajudar nesse momento de mudança. Ainda segue o autor afirmando que os Tribunais Constitucionais não existem em todos os países inseridos no continente europeu, constando “*unicamente naqueles que tiveram excepcionais dificultades de transitar do Estado Liberal do século XIX ao Estado Democrático do século XX: Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha*”.

Apenas para fechar esta observação, o Tribunal Constitucional consiste em uma instituição de prestígio, pois democracia e justiça constitucional caminharam juntas desde o início de sua consolidação.

Voltando ao panorama brasileiro e das demandas por reformas gerais na sociedade, lembra Paulino Jacques⁵⁰ acerca do discurso intitulado “Plataforma” de Rui Barbosa, proferido durante a sua “Campanha Civilista” (1910), contra o candidato vitorioso Hermes da Fonseca.

Neste discurso, demandava Rui Barbosa pela regulamentação do Estado de Sítio, decretado pelo Poder Executivo em algumas oportunidades, bem como pela unidade da justiça e do processo, pela definição expressa dos princípios constitucionais pelos quais devia respeito o Estado-Membro, a regulamentação da concessão de empréstimos externos para Estados e Municípios, dentre outras matérias orçamentárias.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. A interpretação da Constituição. in MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.) Hermenêutica Constitucional – Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 233.

⁴⁹ ROYO, Javier Pérez. Curso de Derecho Constitucional. 11ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 796

⁵⁰ JACQUES, Paulino. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 52-53.

As reformas pretendidas pela sociedade em geral apenas vieram a ser introduzidas no ano de 1925, já que o procedimento de alteração da Constituição era dificultoso na Constituição de 1891⁵¹.

Apenas para elucidar, sem adentrar especificamente para o âmbito de reforma sucedida naquele momento, as modificações introduzidas por intermédio de emenda atingiram três finalidades distintas, ou seja, listou os princípios constitucionais a serem observados pelos Estados-Membros, introduziu o veto parcial pelo Poder Executivo e excluiu as extensões orçamentárias. Ainda assim, ao contrário de suprimir o poder assegurado ao Presidente da República, houve relevante ampliação das atribuições, já que ampliou as situações que autorizassem a decretação da intervenção federal e suprimiu o objeto do *habeas corpus* ao direito de ir e vir⁵².

Em vista dos argumentos até então colocados, nota-se que as reformas sociais vieram com amplo atraso, muito provavelmente em decorrência dos procedimentos para a introdução de emendas ao texto da constituição. Todavia, neste momento (1926), o texto constitucional já não representava mais os anseios sociais e políticos, circunstância que motivou a ruptura da ordem constitucional no ano de 1934, após os acontecimentos da Revolução de 1930.

Neste momento histórico, nos parece adequado afirmar que o advento de uma nova Constituição constituiu verdadeiro mecanismo para a sobrevivência da ordem constitucional. Tal ponderação é dotada de relevância, pois não podemos perder de vista a necessidade do direito acompanhar a realidade social, a qual constitui pressuposto prévio fundamental do ordenamento jurídico.

2.5 A necessidade de compatibilização entre a realidade constitucional e social

De fato, não existe a possibilidade em se pretender estática a produção de normas frente a uma realidade social, a qual se encontra cada vez mais dinâmica. É neste contexto que

⁵¹ O procedimento de emendas constitucionais presente na Constituição de 1891 era dificultoso. A iniciativa da proposta pertencia à quarta parte dos membros de qualquer das câmaras do Congresso Nacional. Apenas era aceita em sendo aprovada por 2/3 dos votos em cada uma das casas, em votação de sessões distintas. A iniciativa também era assegurada por 2/3 dos Estados-Membros, os quais deveriam se manifestar pelo prazo de um ano, por intermédio da maioria de votos de cada uma de suas Assembléias Legislativas (art. 90, §1º). Em sendo admitida a proposta, a aprovação somente poderia acontecer mediante a aprovação de 2/3 dos votos, no ano seguinte, em três discussões, nas duas câmaras do Congresso (art. 90, §2º). Inexistia a possibilidade de deliberação sobre possíveis propostas tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90, §4º), sendo que a aprovação exigia a maioria absoluta dos votos.

⁵² JACQUES, Paulino. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 54.

não podemos dissociar a realidade constitucional da realidade social, muito menos imaginar uma possível força normativa da Constituição sem levar em consideração os fatores conjunturais que representam a realidade social. Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos⁵³, “*não se separam as normas da realidade fática na qual pretendam incidir*”.

Mais precisamente sobre a relação existente entre a dinamicidade constitucional e a dinamicidade constitucional, pondera Marçal Justen Filho⁵⁴:

há um fenômeno de interação entre o meio social e a constituição, com efeitos reflexos e permanentes. Uma constituição influencia e determina a organização social, mas a sociedade também vivencia as normas constitucionais (que produz) de modo variáveis e dinâmicos. Por isso, o texto constitucional comporta diferentes interpretações e, ao longo da trajetória de um povo, vão-se alterando as concepções jurídicas acerca do significado e extensão das normas (e, mesmo, princípios) constitucionais. A dinamicidade dos processos sociais se reflete sobre a constituição, de modo que as inovações vivenciadas ao interno da sociedade são influenciadas pela disciplina jurídica, mas também se refletem sobre o Direito, mesmo sobre aquele pré-existente.

Daí surge a importância de se analisarmos o construtivismo constitucional brasileiro, desde o seu início, a fim de que possamos compreender a razão do surgimento do fenômeno que se intitulou neoconstitucionalismo.

As frequentes modificações sociais ocorridas no Brasil desde o advento da primeira constituição Imperial demandaram a necessidade da elaboração de diversos textos constitucionais posteriores, tudo como forma de se adequar ao contexto social da época. O histórico constitucional não é desligado ou desconexo, devendo haver uma cautela do intérprete para compreender o cenário atual.

2.6 A Revolução Getulista de 1930 e o advento da Constituição de 1934

Os movimentos surgidos com a Revolução de 1930 consistiram no ponto de partida para a ruptura da ordem constitucional anterior.

As emendas introduzidas no ano de 1926 não foram suficientes para atender a todas as exigências do Estado naquele período, especialmente no que tange ao sistema eleitoral, cujas inconsistências estavam mais evidentemente lastreadas no período da República Velha.

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos editora. 2002, p. 246.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo. Dialética. 2002. p. 288-289.

O sistema eleitoral, na maioria das vezes, estava caracterizado pela ocorrência de violências e fraudes. Os anseios da sociedade brasileira foram, em parte, atingidos, em decorrência da revolução de 1930, a qual suprimiu do cenário político as elites presentes na República Velha⁵⁵.

O movimento revolucionário teve início nos Estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e região Nordeste do Brasil. O líder foi Getúlio Vargas, o qual foi derrotado nas eleições presidenciais, tendo concorrido com o vencedor Júlio Prestes.

Durante o movimento revolucionário, a população aderiu aos anseios de Getúlio Vargas e após o apoio da população do Estado do Rio de Janeiro, o povo se rebelou e depôs o então presidente Washington Luís. Naquela ocasião, foi instalada uma junta pacificadora, a qual aguardou os revolucionários vindos da região sul do país, oportunidade em que exerceram o poder provisório durante o prazo de dez dias.

O governo provisório encontrava-se instalado na data de 3 de novembro de 1930 e no dia 11 de novembro de 1930, foi editado o Decreto n.º 19.398, instituindo o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil⁵⁶.

Na realidade, apesar da denominação Decreto, este possuía status de verdadeira lei constitucional, uma vez que vigorava até a edição da Constituição de 1934⁵⁷. Ao analisarmos a redação do Decreto, notamos que assegurou-se ao governo provisório o exercício de todos os poderes. Ainda que houvesse a concentração de poderes, certo é que o início de diversos governos revolucionários foi conduzido desta forma.

Apesar de se tratar de um governo provisório e iniciado por intermédio de um movimento revolucionário, não objetivou introduzir forçosamente as ideologias de apenas uma parcela de determinado grupo específico.

⁵⁵ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2. p. 169-170.

⁵⁶ BRASIL. Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930. Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil e dá outras providências (sic.) Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016. às 18:46 h.

⁵⁷ O Decreto n.º 19.398 previa: a) o exercício pelo governo provisório dos poderes executivo e legislativo até o advento da próxima Constituição, b) a dissolução do Congresso Nacional, das assembleias legislativas dos Estados, câmaras e assembleias dos Municípios e quaisquer outros órgãos legislativos ou deliberativos existentes (art. 2º); c) o exercício das atividades judiciárias em conformidade com as leis em vigor, com as restrições impostas pelo decreto, e com os atos editados pelo governo provisório (art.3º); d) a manutenção da Constituição Federal, das Constituições Estaduais, demais leis e decretos, ressalvada a possibilidade de modificação pelo governo provisório ou por seus delegados (art.4º); e) limitação do princípio da indeclinabilidade da jurisdição para os atos praticados pelo governo provisório ou pelos intervenientes (art. 5º, caput); f) a criação de tribunais especiais, inclusive para conhecer crimes funcionais (art. 5, § único); g) a manutenção da autonomia financeira dos Estados e do Distrito Federal (art. 9º), h) a nomeação de um interventor para cada Estado (art. 11, caput), i) assegura-se ao interventor as atribuições do executivo e legislativo (art. 11, §1º), j) a criação de um tribunal especial para conhecimento e julgamento de delitos funcionais e outros tipificados na lei de sua organização (art. 16).

Antes de concentrar os poderes nas mãos de Getúlio Vargas, tratou o governo provisório de instituir algumas benesses ao proletariado⁵⁸. Entretanto, estando os poderes concentrados na pessoa de Getúlio Vargas, este adiou o advento de uma nova constituição, mantendo o governo provisório por um determinado período, circunstância que gerou instabilidade social e a conseqüente instauração de uma guerra civil junto ao Estado brasileiro.

Surgiu uma pressão de grupos sociais no ano de 1932, a fim de que houvesse a constitucionalização do Estado, seja por grupos democráticos, seja pelo setor vencido na revolução ocorrida no ano de 1930. Devido a este panorama, Getúlio Vargas, por intermédio do governo provisório editou o Decreto n.º 21.402/32, o qual criou uma comissão incumbida de elaborar o anteprojeto da Constituição.

O texto também convocou eleições à Assembleia Constituinte para a data de 3 de maio de 1933. No entanto, a revolução constitucionalista ocorrida no Estado de São Paulo atrasou a instalação da comissão, o que apenas ocorreu no mês de novembro de 1932. A Assembleia Constituinte foi aberta no mês de novembro de 1933, concluindo os respectivos trabalhos no mês de março de 1934.

A Assembleia Constituinte era composta não exclusivamente por constituintes eleitos através do sufrágio universal, mas por delegados das categorias de associações profissionais de empregados, empregadores, funcionários públicos e profissionais liberais. A ideia do texto constitucional elaborado era introduzir uma democracia social, conforme ideologia trazida pela Constituição alemã de Weimar (1919), suplantando as tradicionais características do constitucionalismo liberal⁵⁹.

O cenário da Constituição de 1934 era expressivamente distinto do texto encontrado em 1891, retratando um novo cenário ao constitucionalismo republicano, imprimindo novos institutos e valores. A paisagem constitucional se modificou. O preâmbulo inserido no texto invocava a proteção de Deus, circunstância que não ocorreu nos textos anteriores. Retratou como objetivos fundamentais assegurar à Nação unidade, liberdade, justiça e o bem-estar social e econômico. Tais premissas iniciais já demonstram que a ideia constitucional foi modificada.

O texto constitucional introduziu um anseio social ao Direito, por disciplinar à Constituição matérias diversas não apenas relacionadas à organização do poder, como por

⁵⁸ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2. p. 172.

⁵⁹ JACQUES, Paulino. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 57-58.

exemplo, o direito à saúde, educação, a paz internacional, o direito de família, o direito do trabalho, a proteção dos interesses nacionais.

Ao analisarmos o texto constitucional de 1934 podemos analisar, ao mesmo tempo, uma maior preocupação envolvendo a distribuição de competências entre os entes federados, bem como estatuir expressamente a existência de três poderes independentes e coordenados (art. 3º), além do voto secreto e o sufrágio feminino.

O Senado Federal passou a exercer a tarefa de coordenar os demais poderes e manter a continuidade fiscal e administrativa. Na realidade, a ideia existente na época era constituir um Poder Legislativo unicameral, o qual não prevaleceu. Foi assim que a função atribuída ao Senado foi atenuada, atuando como colaborador da Câmara em determinadas situações, como demonstram os artigos 22⁶⁰ e 91⁶¹ do texto constitucional vigente na época.

Além disto, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Presidente da República possuía um mandato de quatro anos, vedada a reeleição. No campo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, com seus Ministros da época, passou a constituir a Corte Suprema (art. 9º).

A Assembleia Constituinte instituiu uma justiça militar, elevou ao patamar constitucional a Justiça Eleitoral, introduziu a figura da reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, previu expressamente a figura do mandado de segurança e da ação popular como meios para exercício das garantias asseguradas aos cidadãos.

No que tange a possibilidade de reforma do texto constitucional e introdução de emendas, a Constituição de 1934 fixou um procedimento complexo no artigo 178. A emenda

⁶⁰ Artigo 22, Constituição de 1934 - O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal.

⁶¹ Artigo 91, Constituição de 1934 - Compete ao Senado Federal: I - colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: a) estado de sítio; b) sistema eleitoral e de representação; c) organização judiciária federal; d) tributos e tarifas; e) mobilização, declaração de guerra, celebração de paz e passagem de forças estrangeiras pelo território nacional; f) tratados e convenções com as nações estrangeiras; g) comércio internacional e interestadual; h) regime de portos; navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União; i) vias de comunicação interestadual; j) sistema monetário e de medidas; banco de emissão; k) socorros aos Estados; l) matérias em que os Estados têm competência legislativa subsidiária ou complementar, nos termos do artigo 5º § 3º. II - examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais; III - propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder; IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; V - organizar, com a colaboração dos Conselhos Técnicos, ou dos planos dos Conselhos Gerais em que eles se agruparem, os planos de solução dos problemas nacionais; VI - eleger a sua Mesa, regular a sua própria polícia, organizar o seu Regimento Interno e a sua Secretaria, propondo ao Poder Legislativo a criação ou supressão de cargos e os vencimentos respectivos; VII - rever os projetos de código e de consolidação de leis, que devam ser aprovados em globo pela Câmara dos Deputados; VIII - exercer as atribuições constantes dos arts. 8º, § 3º, 11 e 130.

ao texto constitucional não poderia prever modificações na estrutura política do Estado e na organização ou competência dos poderes.

A iniciativa de proposta da emenda constitucional deveria partir de $\frac{1}{4}$ dos integrantes do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados ou ainda de mais da metade dos Estados federados, manifestando-se cada um deles pela maioria de suas respectivas Assembleias Legislativas, durante o curso do prazo de dois anos.

Após a apresentação da emenda, esta seria aprovada caso obtivesse a aprovação da maioria absoluta dos parlamentares em cada uma das casas, em duas votações distintas, durante o prazo de dois anos consecutivos (art. 178, §1º). O procedimento poderia ainda ser mais breve, o que demandaria a aprovação inicial de cada uma das casas legislativas, através da votação de $\frac{2}{3}$ dos integrantes, oportunidade em que passaria de forma imediata à deliberação da casa remanescente, sendo aprovada através da respectiva maioria.

Inexistia a possibilidade de alteração material ou formal da Constituição, durante a vigência do Estado de Sítio ou ainda de qualquer iniciativa parlamentar que envolvesse a intenção de abolir a forma republicana federativa (art. 178, §5º).

Ao analisarmos criticamente este período histórico, podemos visualizar que esse ciclo sofreu profunda crise política. Em comparação com a Constituição de 1891, podemos visualizar algumas modificações presentes no texto da Constituição de 1934, as quais ocorreram sobretudo em virtude das batalhas sociais e políticas que objetivaram introduzir um novo caminho ao Estado, diverso do Estado Liberal. Ainda que evidente essa crise, certo é que a pessoa de Getúlio Vargas contribuiu grandemente para a ocorrência deste cenário histórico-político.

Getúlio Vargas utilizou-se das atribuições e competências previstas no texto constitucional para se perpetuar no poder, utilizando-as com interesses pessoais. De fato, Getúlio Vargas camuflou seus anseios políticos pessoais para atribuir possível legitimidade às suas posturas de governança. Alguns historiadores⁶², inclusive, denominam o período compreendido entre 1930-1945 de “Estado Getulista”, especialmente porque a postura pessoal do governante influenciou o rumo do Estado brasileiro neste período.

Nesta paisagem política e social, é possível visualizar que o texto constitucional datado de 1934 vigeu por um período curto de tempo, inclusive com diversas suspensões das garantias individuais previstas no decorrer da Constituição. O golpe de Estado foi marcado

⁶² FAUSTO, Boris. História do Brasil. 9ª ed. São Paulo: Edusp, 2001. p. 331-394.

por eventos relacionados a frequentes cessações de liberdades e garantias individuais, tendo Getúlio Vargas se aproveitado amplamente de tais circunstâncias para atingir seu objetivo.

A título de ilustração, podemos mencionar a lei n.º 38, datada de 4 de abril de 1935, denominada de Lei de Segurança Nacional, a qual, dentre outras circunstâncias, proibiu a criação ou existência de partidos políticos ou associações que potencialmente pudessem subverter a ordem política e social por intermédio da violência e ameaça (art. 30), tipificou diversos crimes contra a ordem política (artigos 1º e seguintes), permitia o afastamento imediato de eventuais integrantes das referidas agremiações (arts. 32 e 33) e autorizava a suspensão de sociedades que atuassem com atividades possivelmente subversivas a ordem política e econômica (art. 29).

Um outro episódio envolveu a denominada Intentona Comunista, conhecida também como Revolta Vermelha de 1935, a qual consistiu em tentativa de golpe em desfavor do governo de Getúlio Vargas, realizado por militares no mês de novembro de 1935, representando a Aliança Nacional Libertadora. A Intentona Comunista teve início nos Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Pernambuco, tendo o então presidente Getúlio Vargas requerido autorização para a declaração do Estado de Sítio, com o estabelecimento de novos poderes como método de restabelecer a ordem.

Após a solicitação para a decretação do Estado de Sítio, o Poder Legislativo autorizou a medida pretendida, oportunidade em que, por intermédio de três emendas constitucionais⁶³, descritas no decreto legislativo n.º 6, datado de 13 de dezembro de 1935, autorizou-se o então Presidente da República Getúlio Vargas a caracterizar a comoção grave com fins subversivos ao estado de guerra e demitir por intermédio de decreto os possíveis funcionários públicos e militares que eventualmente tivessem participação na atividade subversiva.

Importante lembrar, por fim, o cenário que envolveu a decretação do estado de guerra pelo período de noventa dias, prorrogado por mais três trimestres, a qual ocorreu na data de 13 de dezembro de 1935 e também a criação do Tribunal de Segurança Nacional, através da lei n.º 244/1936, órgão este integrante da justiça militar do Brasil, o qual tinha competência para julgar matérias ocorridas durante períodos de guerra, especialmente crimes políticos e contra a economia popular, tendo sido extinto no ano de 1945, com o fim do Estado Novo.

⁶³ CAETANO, Marcelo, Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 562-563.

O cenário demonstrava que os objetivos pretendidos com a Constituição de 1934 já não mais se sustentavam, já que a ideia de Getúlio Vargas consistia em exercer o poder pleno, com a diminuição total dos demais poderes. Foi necessário, então, partir para um novo cenário constitucional, notadamente no ano de 1937.

2.7 A influência do Círculo de Viena no positivismo brasileiro e o pensamento filosófico introduzido por Hans Kelsen

A fim de que possamos entender o contexto vivenciado no Brasil após a década de 1920, importante investigarmos o cenário de construção do pensamento científico existente na Europa, especialmente os acontecimentos que envolveram a criação do denominado Círculo de Viena⁶⁴, realizado na Áustria, no ano de 1922.

Os membros integrantes do Círculo de Viena possuíam as mais diversas formações intelectuais, dentre eles, matemáticos, físicos, lógicos, juristas e linguistas. Tais pensadores possuíam algo em comum, ou seja, buscar inspiração no positivismo lógico de Auguste Comte. A ideia do grupo era difundir a essência deste pensamento também no campo das ciências humanas e sociais, nos fenômenos da sociedade e do homem.

O objetivo principal do Círculo de Viena consistia na criação de uma nova filosofia da ciência. A fim de alcançar esta meta, foi necessário construir uma linguagem lógica afastada de quaisquer proposições sem significação. A relação entre o enunciado e o objeto era verificada através da experiência, trazendo validade ao discurso. O significado das palavras no discurso científico deve guardar estrita precisão semântica, a fim de afastar possíveis desvios de entendimentos.

No âmbito do pensamento positivista lógico, não é suficiente que determinada oração esteja correta gramaticalmente. Na hipótese do enunciado não se refletir no âmbito da experiência, deve ser afastado o critério de validade. No mesmo sentido, se a proposição enuncia algo de ordem metafísica, também se afasta o critério de validade.

No Círculo de Viena, os integrantes buscavam construir uma filosofia da ciência dotada de objetividade, sem adentrar em temas relacionados ao campo da metafísica ou axiologia, envolvendo a teoria dos valores. Para os membros do grupo, referidos temas não eram objeto de investigação não porque poderiam ser considerados verdadeiros ou falsos, mas sim porque eram destituídos de sentido.

⁶⁴ MARCONDES, Danilo. Iniciação à História da Filosofia. Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein. 9. ed. Rio de Janeiro, 2005.

O principal ponto envolvendo a produção dos enunciados consistia na necessidade de produzir resultados unívocos, baseado na repetição das experiências. O Círculo de Viena ganhava notoriedade não apenas em outros países da Europa, como também fora dela. No entanto, em decorrência do assassinato de um dos membros mais importantes do grupo, Moritz Schillick, o grupo foi extinto no ano de 1936.

Foi neste período também que o austríaco Hans Kelsen apresentou no ano de 1934 a intitulada Teoria Pura do Direito. Ainda que não seja escopo dessa dissertação explorar profundamente as concepções envolvidas na aludida obra, certo é que a Teoria Pura do Direito procurou isolar de seu âmbito questões metafísicas ou axiológicas, envolvendo a teoria dos valores.

Ainda que o Círculo de Viena tenha iniciado suas atividades no ano de 1922, a base predominante da Teoria Pura do Direito já havia sido apresentada por Hans Kelsen no ano de 1911, oportunidade em que recebeu o título de livre-docente pela Universidade de Viena e publicou o seu primeiro trabalho intitulado *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemas fundamentais da Teoria do Direito).

Hans Kelsen não se identificava totalmente com a filosofia defendida pelo Círculo de Viena, ainda que tivesse participado de algumas reuniões. Verificava-se apenas alguns pontos de identidade, em especial, o repúdio à metafísica. Inclusive, Hans Kelsen coordenava outro círculo, tendente a aprofundar pesquisas no campo da ciência do direito.

Ao desenvolver esta linha de pensamento, Hans Kelsen afirma que o Direito perdeu sua pureza, durante os Séculos XIX e XX, ao incluir concepções atreladas a outras disciplinas, tais como, a Moral, a Ética, a Política, a Sociologia e a Psicologia, as quais trariam impureza à concepção necessária do Direito. Para Kelsen, o Direito constituiria ato puro de vontade do legislador. O objetivo consistiria em interpretar a norma frente ao objeto da realidade.

Argumentos relacionados ao campo subjetivo não fariam parte do conceito de Direito. Este representa, na visão de Hans Kelsen, um sistema de normas, cuja unidade deriva do mesmo fundamento de validade, assumindo um caráter coativo perante a sociedade.

No Brasil, especificamente, desde o começo do século XX, a edição de códigos substantivos e adjetivos, bem como de textos constitucionais trouxeram fundamentos que incorporaram a ciência do positivismo jurídico dogmático. Tais normas tinham o objetivo de regular a conduta humana na sociedade.

Abordando as questões fundamentais envolvendo a doutrina positivista, Norberto Bobbio⁶⁵ as pontua da seguinte maneira. Com relação ao modo de abordar o direito, o positivismo o observa sob a ótica de um fato e não como um determinado valor. Neste sentido, o operador deve realizar o estudo do direito com a observância do cientificismo da Escola de Viena e não adentrando em juízos de valores ou em ordens axiológicas.

Um outro ponto abordado por Norberto Bobbio reside no elemento coação. No positivismo, o direito é definido em razão do elemento coação, significando a autorização concedida à ordem estatal, a fim de manter a regra elaborada e vigente em um determinado momento, por intermédio do sujeito competente.

Além disto, no que tange a fonte do direito, o positivismo jurídico dá relevo a legislação, isto é, na obra do legislador que foi eleito diretamente pelo povo.

Conforme Norberto Bobbio⁶⁶, o legislador “*elabora toda uma complexa doutrina das relações entre a lei e o costume (excluindo-se o costume “contra legem” ou costume abrogativo e admitindo somente o costume “secundum legem” e eventualmente o “praeter legem”)*”, das relações entre lei e direito judiciário e entre lei e direito consuetudinário”.

No campo do positivismo jurídico, o modelo normativo é imperativista, cenário em que transparece a quem as normas são aplicadas e dirigidas. E um dos pontos mais importantes levantados por Norberto Bobbio⁶⁷ está relacionado à teoria do ordenamento jurídico, em que a estrutura da norma não é mais visualizada de forma isolada, mas sim levando em consideração o conjunto harmônico e interligado das normas vigentes em um determinado ordenamento, mantendo completude e harmonia ao sistema jurídico.

Ao final, no que se refere ao método de ciência jurídica, o positivismo jurídico reserva ao operador do direito a incumbência de extrair o elemento declarativo da norma, não sendo autorizada a tarefa de criação da norma ou mesmo de criação do direito. Ao dever de observância da lei por todos, simplifica a essência do positivismo jurídico ao retratar que *Gesetz ist Gesetz*, isto é, lei é lei.

Assim, a finalidade do presente tópico foi demonstrar que a construção do pensamento jurídico científico foi ganhando força na Europa⁶⁸, após as teorias desenvolvidas por Auguste Comte, bem como das inovações introduzidas pelo Círculo de Viena⁶⁹ e a

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 132.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UNB, 1997.

⁶⁸ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 113 e 185.

⁶⁹ Abordando as concepções do Círculo de Viena e a relação destas com as teorias inauguradas com Hans Kelsen: CARDOSO, Sidney Amaral. Positivismo jurídico: o círculo de Viena e a ciência do direito em Kelsen. Revista da Esmese, Sergipe, n. 3, 2002. Disponível em <

apresentação da Teoria Pura do Direito por Hans Kelsen. Nos parece que esta concepção positivista influenciou a elaboração dos textos constitucionais e leis brasileiras, sendo relevante para se analisar o motivo do surgimento do que se denominou neoconstitucionalismo.

2.8 O cenário constitucional de 1937. A “Carta Polaca” e o positivismo na “Era Vargas”

Ainda seguindo na construção do pensamento constitucional brasileiro, o período compreendido entre 1930 e 1945 foi conduzido amplamente pelo ideal político de Getúlio Vargas. A organização constitucional foi montada pela pessoa do então Presidente da República durante mais de 15 anos da República brasileira, desenhando os cenários econômicos, sociais e políticos.

Através de análise dos curtos períodos em que as constituições vigeram neste período, fica fácil perceber a paisagem de instabilidade constitucional. A ideia de Estado de Direito foi deixada em segundo plano, ou seja, o governo narrado aqui poderia ser considerado como dos homens e não das leis, ou melhor dizendo, de apenas um único homem. O término do mandato presidencial ocorreria no ano de 1938, já que inexistia a possibilidade de reeleição presidencial, em vista dos mandamentos constitucionais presentes na carta de 1934.

Assim, no ano de 1937, os partidos políticos existentes na época se organizaram para indicar os potenciais candidatos ao cargo de Presidente da República.

Surgiram assim duas candidaturas, consubstanciadas nas pessoas de José Américo de Almeida, representante do movimento dos insurgentes de 1930 e ex-ministro da Viação durante o governo provisório e Armando Sales Oliveira, ex-governador do Estado de São Paulo. Todavia, surge neste contexto um terceiro grupo, liderado por comunistas, que defendiam a ideia de reforma da Constituição, a fim de que fosse possível a reeleição de Getúlio Vargas.

Surge assim o Plano Cohen, documento escrito por um capitão integralista brasileiro Olímpio Mourão Filho, integrante do Serviço Secreto brasileiro, o qual possuía o objetivo de simular uma revolução comunista no Brasil. O documento foi descoberto na data de 30 de setembro de 1937 e tinha a intenção de tomar efetivamente o poder. O plano anunciava uma nova insurreição armada, semelhante à Intentona de 1935.

A invasão comunista previa a agitação de operários e estudantes, a liberdade de presos políticos, o incêndio de casas e prédios públicos, manifestações populares que terminariam em saques e depredações, além da eliminação de autoridades civis e militares que se opusessem à tomada do poder.

A partir disto, os chefes militares da época enviaram uma mensagem ao Presidente da República indicando a necessidade de declaração do denominado Estado de Guerra (art. 161, Constituição de 1934), o qual foi autorizado pela Câmara dos Deputados na data de 1º de outubro e chancelado no Senado Federal. Na mesma ocasião, foi pretendido pelos militares a elaboração de uma nova Constituição, cujo texto deveria se adequar para a realidade da época. O projeto do texto foi elaborado pelo então Ministro da Justiça Francisco Alves.

Na data de 10 de novembro de 1937, as tropas militares houveram por bem dissolver o Poder Legislativo brasileiro (Câmara dos Deputados e Senado Federal) e nesta mesma data, o Presidente da República outorgou nova carta constitucional em substituição à Constituição de 1934. A vigência, no entanto, estaria condicionada à realização de um plebiscito, o qual seria convocado mediante decreto presidencial⁷⁰.

A redação do artigo 187 previa que “*Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do presidente da República*”. Entretanto, esta modalidade de consulta popular jamais foi realizada perante o povo brasileiro. A doutrina do diplomata Afonso Arinos de Mello nos mostra que durante os anos de 1937 até 1945, o Estado brasileiro ficou sem um regime constitucional definido e sem a existência de uma estrutura legal fixa⁷¹.

Fazendo um paralelo ao positivismo jurídico, neste ideal constitucionalista, inexistente relevância no conteúdo valorativo do texto constitucional, mas sim apenas em seu conteúdo normativo. Não havia restrições de cunho material. Caso o procedimento de elaboração normativo fosse observado, qualquer conteúdo poderia constar na Constituição. Nas palavras de Paulo Bonavides⁷², a “*revisão constitucional para Kelsen não conhece limites materiais, podendo a ordem jurídica soberana receber qualquer conteúdo*”.

Ao explicar o sentido da constituição no campo do positivismo jurídico, Paulo Bonavides⁷³ afirma que:

⁷⁰ CAETANO, Marcelo, Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 565-567.

⁷¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2. p. 210.

⁷² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 174.

⁷³ Ibidem, p. 172.

A Constituição do positivismo jurídico-estatal é nomeadamente formalista e fechada, composta de preceitos normativos que fazem coincidir por inteiro o sentido formal com o sentido material da Constituição, fruto da confiança otimista dos positivistas. A Constituição do positivismo é em primeiro lugar conceito formal, norma que se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente.

Neste ponto, é importante destacar que, sob o ponto de vista filosófico, durante grande período do século XIX imperava o positivismo jurídico, dogmático e legalista. As bases constitucionais filosóficas, no entanto, ainda eram dotadas de jusnaturalismo contratual e valor axiológico.

Em decorrência desta circunstância, foram desenvolvidas algumas críticas ao constitucionalismo do século XIX. Carl Schmitt, no ano de 1928, em sua obra *Verfassungslehre*, ao avaliar a Constituição de Weimer (1919), introduz críticas ao constitucionalismo liberal e também ao Estado parlamentar, o qual detinha ideologia burguesa⁷⁴.

Numa outra vertente, Hans Kelsen introduz a Teoria Pura do Direito, pensando o direito, independentemente de quaisquer valores, afastado da política ou ainda de qualquer outro processo de legitimação. Neste cenário, a Constituição apenas teria o condão de descrever o ordenamento jurídico.

As críticas desenvolvidas por Carl Schmitt e Hans Kelsen contribuíram para o fortalecimento das premissas defendidas pela vertente positivista, o que, nas palavras de Regina Quaresma e Maria Lúcia de Paula Oliveira⁷⁵, propiciaram uma “*desvinculação total entre a validade jurídica e a legitimidade do direito*”. O conceito de Constituição passa, então, a ser observado como norma positiva fundamental, mas com caráter juspositivista. De fato, é superada a visão filosófica, que buscava estruturação no jusnaturalismo contratual.

Nos parece que a Constituição de 1937 há de ser encarada mais pelo seu momento histórico do que propriamente como modelo normativo de Estado. O modelo constitucional inaugurado em 1937 não serviu para criar raízes na história jurídica brasileira, mas serve para demonstrar o pensamento presente na época, especialmente o introduzido por Getúlio Vargas e Francisco Campos.

⁷⁴ QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Neoconstitucionalismo: contextualização e perspectivas. In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 879-891.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 887.

Necessário se faz neste momento analisar alguns preceitos existentes na Constituição de 1937. A carta constitucional previa que o Poder Executivo detinha prevalência em detrimento dos demais poderes e restringiu as competências distribuídas aos entes federativos, autorizando os Estados a legislarem única e exclusivamente em matérias residuais, indicadas em lei de competência pertencente a União.

Admitia também que o Poder Executivo poderia decretar o denominado estado de guerra e de emergência sem solicitar qualquer autorização ao Poder Legislativo. O Presidente da República poderia dissolver a Câmara dos Deputados, em não sendo aprovadas as medidas pretendidas durante o estado de guerra e de emergência (art. 76, alínea “b”, e art. 167, § único). No campo do Poder Legislativo, a Câmara dos Deputados era composta de deputados, no máximo dez representantes por Estado, eleitos indiretamente por vereadores e por dez cidadãos de cada município.

O Conselho Federal era composto de dez integrantes indicados e nomeados pelo Presidente da República e de representantes dos Estados, os quais seriam eleitos por intermédio das Assembléias Legislativas, mediante anuência do respectivo Governador. Já no que concerne ao processo legislativo, havia a contribuição do Conselho de Economia Nacional, integrado por representantes dos sindicatos e associações, órgão que tinha a incumbência de emitir pareceres acerca de projetos de interesse nacional.

A carta constitucional de 1937 extinguiu a Justiça Federal e manteve os demais órgãos do Poder Judiciário (art. 90). A restrição de poderes ao Judiciário foi expressiva neste momento histórico, uma vez que os magistrados estavam proibidos de apreciarem e julgarem controvérsias políticas (art. 94).

Foi restringida também o poder para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, pois uma vez que esta fosse declarada, o Presidente da República, entendendo necessária a declaração por motivos de bem-estar do povo ou para promoção da defesa nacional, poderia submeter a análise para apreciação do Parlamento, o qual por voto de 2/3 dos integrantes de cada uma das casas legislativas, tinha assegurada a faculdade de tornar sem efeito a decisão judicial (art. 96, § único).

Neste período de liderança do governo de Getúlio Vargas, a Constituição perdeu seu equilíbrio, pois atribuiu maiores poderes, competências e atribuições ao Poder Executivo, em desfavor do Legislativo e Judiciário. Isto também repercutiu no processo de reforma constitucional, pois o Poder Executivo, além de deter a iniciativa de propositura das emendas à Constituição, o procedimento para este órgão era mais simplificado ao compararmos a mesma situação com o Poder Legislativo, através da Câmara dos Deputados.

Ao analisarmos a redação do artigo 174, §1º da Constituição de 1937, notamos que a iniciativa da proposta de emenda poderia advir do Presidente da República, a qual era votada em bloco e aprovada por simples maioria da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal. Inexistia possibilidade de inclusão de emendas ao projeto apresentado pelo Presidente da República. Eventuais modificações sugeridas pelo Poder Legislativo somente poderiam ocorrer mediante iniciativa própria ou após concordância do Presidente da República.

Diferentemente, eventuais emendas à Constituição apresentadas pela Câmara dos Deputados eram passíveis de um procedimento mais complexo em comparação ao Poder Executivo. Isto porque, as propostas deveriam ser votadas pelas duas casas (Câmara dos Deputados e Conselho Federal), as quais seriam aprovadas somente pela obtenção da maioria absoluta dos votos de cada uma delas.

Após a respectiva aprovação, as propostas de emenda eram encaminhadas ao Presidente da República, o qual detinha a faculdade de devolve-las para uma nova tramitação, o que ocorreria apenas na próxima legislatura (art. 174, §3º). Em sendo rejeitada a proposta de emenda à Constituição apresentada pelo Presidente da República ou em sendo aprovado o projeto apresentado pela Câmara dos Deputados reenviado ao Parlamento, o Presidente da República tinha a faculdade de submeter a apreciação da proposta por plebiscito nacional, caso discordasse da aprovação (art. 174, §4º).

A referência à Constituição de 1937 é importante para lembrarmos exatamente o momento histórico em discussão. Neste período, foram editados importantes Decretos-Leis por Getúlio Vargas, dentre eles, o Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848/40), o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689/41), ambos de autoria de Francisco Campos e a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452/43), diplomas estes que foram recepcionados pelas constituições posteriores.

Tal como já afirmamos em momento anterior, o período compreendido entre 1937 e 1945 foi considerado um dos mais instáveis em termos constitucionais.

Ao analisarmos o artigo 187 da Constituição de 1937 podemos perceber que a carta outorgada demandava a realização de um plebiscito para entrar em vigor, o qual seria convocado pela autoridade do Presidente da República. Todavia, o aludido plebiscito nunca foi convocado. E assim, uma vez que inexistiu a respectiva convocação, a renovação do mandato presidencial era admitida subsequentemente, o que somente se extinguiria mediante aprovação do respectivo plebiscito nacional, conforme redação do artigo 175.

Partindo da premissa de que a convocação e realização do plebiscito nacional constituía condição inescusável para que a carta constitucional de 1937 entrasse em vigor, o Poder Legislativo havia sido dissolvido. Em inexistindo Parlamento, o Presidente da República detinha a competência exclusiva para editar decretos-leis acerca de todas as matérias pertencentes à competência legislativa da União.

A redação prevista no artigo 180 da Constituição de 1937 previa expressamente que *“Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”*.

E podemos ir além desta discussão, ou seja, uma vez que estava abrangida nessa atribuição a possibilidade de iniciativa de propostas destinadas a introdução de emenda à Constituição, o texto constitucional de 1937 foi modificado por algumas oportunidades. Durante a liderança do governo por Getúlio Vargas, a Constituição de 1937 suportou a inserção de dez emendas à Constituição e houve a edição de inúmeros decretos-leis por parte do Presidente da República.

Assim, considerando a inexistência do referido plebiscito neste período, o que houve de fato foi o exercício impositivo do poder político em desfavor dos indivíduos, independentemente das previsões expressas constantes do texto constitucional.

Uma das finalidades do constitucionalismo consiste exatamente em limitar o poder político dos governantes. Entretanto, o poder amplo de Getúlio Vargas foi exercido unilateralmente, tendo este período suportado verdadeira instabilidade constitucional. Até mesmo nos parece duvidoso afirmar pela existência de uma Constituição neste período, mas sim de uma carta ditatorial, já que em decorrência da inexistência de plebiscito, o Presidente da República exerceu as atribuições do Executivo e Legislativo.

Na realidade, o modelo constitucional era perfeitamente adequado aos interesses pessoais e exclusivos do Poder Executivo, exercido na pessoa de Getúlio Vargas. Todavia, este cenário começa a não se sustentar mais após 1945, oportunidade em que o regime democrático volta a ter razoável força novamente.

2.9 O movimento constitucional republicano e a volta do regime democrático na Constituição de 1946

Durante mais de uma década (1930-1945), Getúlio Vargas liderou o Estado brasileiro praticamente sem barreiras, exercendo as atribuições do Poder Executivo e

Legislativo, já que a inexistência de plebiscito em relação à Constituição de 1937 permitiu o amplo exercício do poder pelo Presidente da República.

Todavia, após 1945, especialmente após a queda dos regimes ditatoriais do Eixo pós 2ª Guerra Mundial, a sociedade brasileira passou a demandar por um novo modelo constitucional. Tais circunstâncias motivaram o advento da lei n.º 9, datada de 28 de fevereiro de 1945, fixando o prazo de noventa dias para a realização de novas eleições presidenciais. Isto porque, Getúlio Vargas já não tinha mais condições de permanecer plenamente no poder.

Este movimento ocorreu não apenas no Brasil, mas também ao redor do mundo, motivando a construção teórica de um novo pensamento constitucional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada em 1948, evidenciando um compromisso mundial acerca da efetiva proteção dos direitos humanos. Esta nova ideologia mundial inspirou a edição de outros pactos normativos internacionais, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 e o Pacto de San José da Costa Rica, em 1969.

As forças armadas depuseram Getúlio Vargas no dia 29 de outubro de 1945, oportunidade em que o governo foi assumido pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal José Linhares. A situação política daquele momento era delicada, pois o governo permanecera por muitos anos nas mãos de apenas uma única pessoa.

O então Ministro do Supremo Tribunal Federal conduziu os trabalhos para a realização de novas eleições presidenciais no território brasileiro e a respectiva convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

A instalação da Assembleia Nacional Constituinte ocorreu na data de 1º de fevereiro de 1946, sendo presidida por Valdemar Falcão, então no exercício da presidência do Tribunal Superior Eleitoral. Os trabalhos foram instalados e houve a nomeação de uma Comissão, a fim de que fosse elaborado o projeto do texto constitucional. Entretanto, uma vez que o momento histórico demonstrou um longo período sem a existência de Parlamento, a base do texto seguiu a linha do que anteriormente previsto na Constituição de 1934.

O encerramento dos trabalhos da Assembleia Constituinte ocorreu na data de 18 de setembro de 1946, oportunidade em que o texto entrou em vigência.

Ao analisarmos o texto constitucional de 1946, podemos perceber que o federalismo foi mantido como forma de estado, na modalidade cooperativa, tal como ocorreu com o texto de 1934. O presidencialismo foi eleito como sistema de governo, com os poderes divididos de forma tripartite, todos harmônicos e independentes entre si. O Poder Executivo

era eleito mediante sufrágio universal dos cidadãos, a fim de que exercesse mandato pelo período de quatro anos.

O Poder Legislativo voltou a ser bicameral, com a Câmara dos Deputados integrada por representantes do povo, eleitos por intermédio do sistema proporcional e também pelo Senado Federal, representando os entes federados, mediante eleição majoritária, sendo que três senadores representariam cada ente federativo. No âmbito do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal era composto de dezesseis ministros, dividido em três turmas com cinco ministros cada uma delas (art. 98, CF/46).

A democracia era exteriorizada por partidos políticos, os quais escolhiam os respectivos candidatos, já que a eles era assegurada a atribuição de indicar as candidaturas. No campo dos direitos e garantias fundamentais, houve previsão expressa não visualizada nos textos constitucionais pretéritos, assegurando que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual⁷⁶ (art. 141, §4º, CF/46).

Na maior parte de sua estrutura, o texto constitucional de 1946 constituiu em uma representação mais aperfeiçoada da Constituição de 1934.

No que tange a possibilidade de modificação do texto constitucional, conforme artigo 217, §4º da Constituição Federal de 1946, conferiu-se iniciativa de emenda a ¼ dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou a mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados, manifestando-se cada uma delas através da maioria de seus membros pelo prazo de dois anos.

Caso fosse admitida a proposta apresentada, esta seria aprovada mediante obtenção da maioria absoluta dos votos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em duas discussões distintas e em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas (art. 217, §2º, CF/46). Inexistia a possibilidade de possível modificação do texto constitucional durante a vigência do estado de sítio (art. 217, §5º, CF/46). Também inexistia a possibilidade de introdução de emendas que potencialmente pudessem abolir a forma federativa da República (art. 217, §6º, CF/46).

Ainda que o texto constitucional de 1946 refletisse um possível equilíbrio institucional, fato é que neste período o território brasileiro vivenciou intensas crises políticas. O alicerce constitucional foi diretamente afetado por uma real e acentuada vulnerabilidade democrática. Inúmeros foram os cenários de crise institucional, tanto envolvendo partidos políticos, como também as respectivas sucessões presidenciais.

⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1. p. 7-8.

As tentativas de golpe com a finalidade de tomar o poder eram frequentes, ou seja, a ideia era liderar o governo, ainda que sem a observância dos preceitos prévios e necessários inseridos claramente no texto constitucional.

Os fatos históricos são narrados precisamente por Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁷. Assinala que a primeira presidência sob a vigência da Constituição de 1946 foi comandada por Eurico Gaspar Dutra, a qual sucedeu em um cenário de aparente sintonia, havendo apenas o cancelamento dos atos de registro envolvendo o Partido Comunista do Brasil.

Isto porque, no mês de maio de 1947, um parecer emanado da Procuradoria da República assinalou que o estatuto do partido possuía um caráter internacionalista.

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral acolheu os argumentos e decidiu, por maioria, o cancelamento dos atos de registro do partido, através da Resolução n.º 1.841, de 7.5.1947. O fundamento legal consistiu no artigo 141, §13 da Constituição Federal de 1946, o qual vedava a organização, registro e funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrariasse o regime democrático vigente no território brasileiro.

Já no âmbito da segunda presidência sob a vigência da Constituição de 1946, o cenário foi mais tumultuado desde o começo, uma vez que Getúlio Vargas, apoiado pelo Partido Social Democrático (PSD) e também pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) exerceu a presidência sem obter legitimamente a maioria absoluta dos votos.

O artigo 81 do texto constitucional era claro ao assinalar que o Presidente da República seria eleito, em todo o País, cento e vinte dias antes do termo do período presidencial, por maioria absoluta de votos, excluídos, para a apuração desta, os em branco e os nulos. Foi neste momento que a oposição exerceu forte pressão para a saída de Getúlio Vargas do poder, já que o exercício da presidência ocorreu de forma manifestamente ilegítima.

Com isso, a regular execução das funções governamentais restaram seriamente afetadas. O desfecho deste episódio ocorreu com o atentado da rua Tonelero, cenário que ficou conhecido pela tentativa de assassinato contra o jornalista Carlos Lacerda em 5.8.1954, na frente de sua residência, localizada na rua Tonelero, em Copacabana/RJ.

⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 8-15.

Este fato ganhou forte importância histórica, pois constituiu o fato que culminou com o suicídio de Getúlio Vargas dezoito dias após, com um tiro no coração, em seu quarto, no Palácio do Catete, pondo fim a denominada “Era Vargas”.

Após o suicídio de Getúlio Vargas em 1954 e da vacância do cargo, a presidência foi ocupada de forma interina pelo então Vice-Presidente Café Filho, o qual exerceu as funções presidenciais entre 24.8.1954 à 8.11.1955.

As eleições subsequentes foram vencidas por Juscelino Kubitschek, na época apoiado pelo Partido Social Democrático (PSD) e pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Parcela da população levantou suspeita de fraude em relação a vitória de Juscelino Kubitschek, cuja posse somente foi assegurada por intermédio da intervenção militar do então General Henrique Batista Duffles Teixeira Lott e do apoio dos partidos políticos que apoiavam a candidatura.

Durante o exercício da presidência, Juscelino foi responsável pela construção da nova capital federal, Brasília e executou antigo projeto, o qual se destinava a promover o desenvolvimento das regiões interiores do país e assegurar a integração setorial.

Ainda que o país tivesse vivenciado um forte período de desenvolvimento econômico e relativa estabilidade política, certo é que existiu um grande aumento da dívida pública interna e da dívida externa. O mandato se encerrou com o crescimento considerável da inflação e o aumento da concentração de renda entre alguns membros integrantes da população.

O próximo presidente foi Jânio Quadros, então apoiado pela União Democrática Nacional (UDN), partido que era diretamente opositor das posições políticas defendidas por Getúlio Vargas. Entretanto, exerceu a presidência por um curto período, especificamente de 31.1.1961 à 25.8.1961, data esta que renunciou alegando que forças terríveis teriam sido levantadas em desfavor dele.

A renúncia de Jânio Quadros ensejou um cenário de verdadeira instabilidade política. Em tese, após o ato de renúncia, o vice-presidente João Goulart deveria assumir o exercício da presidência. Todavia, os ministros militares manifestaram oposição em relação à posse, pois viam em Goulart uma potencial ameaça ao país.

Com a resistência dos militares, iniciou-se um forte movimento político liderado por Leonel Brizola, denominado a *campanha da legalidade*, em que utilizando uma cadeia de mais de cem emissoras de rádio, o então governador do Estado do Rio Grande do Sul clamava pela saída da população às ruas, a fim de que houvesse a efetiva nomeação de João Goulart.

No Congresso Nacional, os parlamentares também discordavam da resistência imposta pelos militares, razão pela qual ofereceram uma proposta que objetivava a conciliação, isto é, a adoção do regime parlamentarista. O vice-presidente João Goulart assumiria a presidência validamente, em observância à ordem constitucional, todavia, parcela do poder seria deslocada ao primeiro-ministro, o qual teria a incumbência de chefiar o governo.

Foi assim que na data de 2.9.1961, o regime parlamentarista foi então aprovado pelo Congresso Nacional, circunstância que possibilitou a João Goulart assumir a presidência do Brasil. Por outro lado, Tancredo Neves assumiu como primeiro-ministro, mas já desocupou o cargo para concorrer às eleições presidenciais que seriam realizadas no ano de 1962. Foi convocado um plebiscito para o mês de janeiro de 1963 envolvendo a manutenção ou não do sistema presidencialista no Brasil.

O sistema parlamentarista foi rejeitado pela população brasileira, devido a intensa campanha publicitária realizada pelo governo da época.

Assim, na presidência de João Goulart, instalou-se uma forte crise política e institucional, ocasionando greves dos trabalhadores, rebeliões e manifestações da população em geral, originando um contragolpe partido do exército brasileiro, inclusive chancelado por parcela da população⁷⁸.

Importante destacar, neste ponto, que as causas que originaram tal cenário de instabilidade política são oriundos de circunstâncias diversas e exigiriam um aprofundamento específico para apontar exatamente todo o contexto histórico envolvido, o que não é o objetivo central da presente dissertação.

O que é relevante destacar aqui é que havia realmente uma paisagem de instabilidade política. As forças políticas que motivaram tais rebeliões e manifestações advieram de massas urbanas e rurais, elite política, lideranças populistas e as forças armadas⁷⁹.

Neste cenário, a Constituição foi submetida a um índice de tensão não antes visto, circunstância que motivou para a sua ruptura. A instabilidade social, política e econômica foi tamanha que, por intermédio de emendas constitucionais editadas de 1961 a 1964, o sistema de governo foi alterado por duas oportunidades distintas, indo do regime presidencialista para

⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

⁷⁹ FURTADO, Celso. *Political Obstacles to the Economic Development of Brazil*. Apud. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. O Cálculo do Conflito: estabilidade e crise na política brasileira. Belo Horizonte: Editora UFMG/Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p. 174.

o parlamentarista e o inverso. Aliás, um fato que pode ser visualizado neste período é que nenhum dos grupos que possuíam divergências políticas almejava observar um regime constitucional estável, mas sim em prol dos seus exclusivos interesses, sobrevivendo a Constituição de 1967.

2.10 A influência do regime militar na Constituição de 1967 e o totalitarismo da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969

O texto constitucional de 1967 constitui reflexo do movimento de 1964, apesar de haver uma distância de mais de três anos entre esses marcos.

A ideia do presente tópico consiste em retratar as circunstâncias fáticas que envolveram a elaboração da Constituição de 1967, os pontos de modificação em relação ao texto anterior e a instabilidade política inerente ao período histórico. Também serão retratados alguns pontos que envolveram a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, a qual modificou substancialmente o texto constitucional original.

O movimento militar foi inaugurado no início de 1964, oportunidade em que a elite política engajou uma manobra, a fim de tentar impedir a expansão do poder revolucionário, tendo declarado vago o cargo presidencial, ainda que João Goulart estivesse em território nacional naquele momento.

O movimento militar intitulou-se como revolucionário e expressava que não se manifestava por vinculação a qualquer ato normativo ou potência anterior. Os órgãos institucionais eram instituídos por sua única e exclusiva vontade, inexistindo medida de parâmetro ao seu exercício. Tudo isso era expressado através dos atos institucionais, instrumento revolucionário que possibilitava o exercício do Poder Constituinte.

O Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964, editado pelos respectivos Comandantes em Chefe do Exército, Marinha e Aeronáutica dispunha expressamente acerca da manutenção da Constituição de 1946 e das respectivas Constituições elaboradas pelos Estados-Membros (art. 1º), determinava que as eleições do Presidente da República seriam realizadas diretamente pelo Congresso Nacional (art. 2º), previa que a iniciativa de emenda pertencia exclusivamente ao Presidente da República (art. 3º), suspendeu dos funcionários e agentes públicos garantias relacionadas a estabilidade e vitaliciedade durante o período de seis meses (art. 7º) e permitia aos Comandantes em Chefe do Exército, Marinha e Aeronáutica

suspender os direitos políticos e cassarem mandatos independentemente de autorização judicial pelo prazo de dez anos (art. 10)⁸⁰.

Ainda antes do advento do texto constitucional de 1967, foram editados quatro atos institucionais e mais quinze emendas constitucionais. Tal circunstância, num cenário de gritante revolução, representaria algo até considerado normal, em vista da necessidade de introdução de mudanças expressivas no cenário institucional. Todavia, não foi isso que ocorreu nesse período histórico brasileiro. Isto porque, inexistiu estabilização com a edição do texto constitucional de 1967 ou ainda com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 1 de 1969.

Durante o período de 1964 até 1984, conhecido como Ditadura Militar, houve insistente instabilidade constitucional, tanto no aspecto formal quanto material. Isto ocorreu, sobretudo, em virtude da necessidade de prevalência das atribuições e poderes assegurados ao Executivo, cuja liderança estava nas mãos das forças armadas e dos respectivos chefes militares, os quais alternavam o exercício da Presidência.

Um exemplo claro deste cenário pode ser visualizado através da exposição de motivos constante do Ato Institucional n.º 2, datado de 27 de outubro de 1965, oportunidade em que foi declarado expressamente que *“Não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará”*, ou ainda, *“A Revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreende-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil”*.

De se imaginar que após tantas modificações introduzidas por intermédio dos Atos Institucionais e pelas emendas à constituição, o texto constitucional de 1946 já não refletia mais os ideais da redação inicial. Este panorama demandava a elaboração de uma nova Constituição que refletisse exatamente a atmosfera de 1964.

Neste sentido, sobreveio o Ato Institucional n.º 4, datado de 7 de dezembro de 1966, instrumento normativo este que realizou a convocação do Congresso Nacional para se reunir de forma extraordinária durante o período compreendido entre 12.12.1966 à 24.1.1967. Tais reuniões teriam exclusivamente o objetivo de redigir uma nova Constituição brasileira, mediante anteprojeto elaborado previamente por uma Comissão de Notáveis.

No referido Ato Institucional, já houve previsão expressa envolvendo o exercício da função constituinte, bem como a Comissão Mista que seria incumbida de elaborar o

⁸⁰ CAMPANHOLE, Hilton Lobo et CAMPANHOLE, Adriano [Cop.]. Constituições do Brasil. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999. p. 575-589.

projeto. No referido prazo, foi promulgada a Constituição de 1967, em observância ao prazo previsto no Ato Institucional n.º 4.

O texto constitucional apresentou preceitos de caráter autoritário, em comparação aos textos constitucionais anteriores. Os poderes da União eram demasiadamente centralizados.

A Constituição de 1967 foi além, especialmente ao determinar que os Estados-Membros observassem determinados princípios previstos no texto, mas também como reproduzissem de forma literal certos trechos do texto constitucional (art. 13, CF/67). Ainda que a competência dos Estados-Membros tivesse sido mantida como de natureza residual, fato é que, em virtude da amplitude dos poderes e atribuições pertencentes à União, a autonomia estadual resultava praticamente mínima.

Ao Presidente da República também era assegurada a iniciativa de propor emendas à constituição e a expedir decretos, com força de lei, nas situações de interesse público relevante ou urgência, envolvendo matérias de finanças públicas e segurança nacional (art. 58, CF/67).

Em relação ao Poder Judiciário, a ideologia que predominava nesta época era de que os magistrados somente poderiam aplicar o texto estrito da lei, ou seja, os juízes eram a “boca que pronuncia[va] as palavras da lei”, conforme reflexo do pensamento de Montesquieu⁸¹. A atividade do julgador se limitava a buscar a vontade estrita emanada do legislador, conforme afirma Gustavo Zagrebelsky⁸².

O texto constitucional de 1967 enunciava o processamento dos projetos de emenda à constituição, cuja iniciativa pertencia ao Presidente da República, a ¼ dos integrantes da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, e à mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados, manifestando-se cada uma delas através da maioria de seus membros (art. 50, §§ 2º e 3º, CF/67).

Após o exercício desta iniciativa, a proposta seria regularmente discutida em reunião no Congresso Nacional, até o prazo de sessenta dias, em duas sessões distintas e apenas seria aprovada se obtivesse a maioria absoluta dos votos dos membros integrantes das duas casas do Congresso Nacional.

Ainda que mantido o procedimento regular de votação e discussão das propostas de emendas à constituição, certo é que o então Presidente da República Costa e Silva editou

⁸¹ MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 172.

⁸² ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Tradução para o espanhol de Marina Gascón 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 33.

treze Atos Institucionais, a fim de possibilitar a alteração do texto, inclusive o Ato Institucional n.º 5, datado de 13 de dezembro de 1968, cuja amplitude foi tamanha que até mesmo considera-se que esta emenda, na realidade, configuraria uma nova Constituição.

A paz no território brasileiro não foi atingida com a Constituição de 1967. Pelo contrário, a oposição se manifestou perante o Congresso Nacional e, inclusive, na sociedade civil em geral. A tensão era evidente e qualquer evento poderia incendiar a relação entre o Presidente da República e o Poder Legislativo.

Veio então o discurso do deputado federal Márcio Moreira Alves no mês de setembro de 1968, oportunidade em que este incentivou a população brasileira a boicotar o militarismo e a não comparecer nas festas realizadas no feriado de 7 de setembro, data em que é comemorada a independência do Brasil.

A Presidência da República, de forma imediata, requereu para a Câmara dos Deputados, autorização para processar o político, o que foi recusado pela casa legislativa. Assim, sobreveio o Ato Institucional n.º 5, datado de 13 de dezembro de 1968, o qual concedeu ao Presidente da República ampla parcela de atribuições e poderes.

Com base neste instrumento normativo, o Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional ou ainda das outras casas legislativas, bem como a intervenção dos Municípios e Estados-Membros, independentemente da observância das formalidades previstas no texto constitucional (arts. 2º e 3º, Ato Institucional n.º 5/1968).

O Presidente da República poderia, além disto, suspender os direitos políticos dos cidadãos durante o prazo de dez anos, conforme redação do artigo 4º do Ato Institucional n.º 5/1968. Inclusive, o texto normativo já suspendia expressamente garantias relacionadas a estabilidade, inamovibilidade e vitaliciedade (artigo 6º), bem como do remédio constitucional do habeas corpus na hipótese de prática de crime político ou delitos relacionados à segurança econômica, a ordem econômica e social ou ainda a economia popular (artigo 10).

O Ato Institucional n.º 5/1968 admitia a possibilidade do Presidente da República editar possíveis Atos Complementares com a finalidade de assegurar execução aos termos e disposições do Ato Institucional e adotar quaisquer medidas relacionadas à decretação do estado de sítio (artigo 9º).

Ainda seguindo a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸³, embora o ato não previsse expressamente novas modificações no conteúdo da Constituição de 1967, sobrevieram edições de outros Atos Institucionais, até o de n.º 17, bem como de Atos

⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 34.

Complementares, especificamente até o 73. Esse período de edições de Atos Institucionais e Complementares somente veio a se encerrar com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 1, a qual coincidiu com a posse do então Presidente da República General Emílio Garrastazu Médici, em 30.10.1969.

Logo após a edição do Ato Institucional n.º 5/1968, sobreveio a publicação da Emenda Constitucional n.º 1, datada de 17 de outubro de 1969, a qual repaginou integralmente o texto constitucional de 1967. As modificações introduzidas foram tamanhas que alguns autores, inclusive, a consideraram como uma nova exteriorização do Poder Constituinte originário⁸⁴.

O ato do general Costa e Silva, ao decretar o Ato Institucional n.º 5, ficou conhecido como o golpe dentro do golpe, pois fortaleceu ainda mais os poderes autoritários assegurados aos militares. Tais fatos apenas denotam a instabilidade institucional vivenciada naquele período histórico.

Na realidade, a Emenda Constitucional n.º 1 consistiu na efetivação concreta dos ideais inseridos no Ato Institucional n.º 12, datado de 1º de setembro de 1969, o qual assinalou em seu artigo 1º que enquanto durasse o impedimento temporário do Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva, por motivo de saúde, as suas funções seriam exercidas pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar nos termos dos Atos Institucionais e Complementares, bem como da Constituição de 24 de janeiro de 1967.

O mandato do então Presidente da República, Marechal Artur da Costa e Silva foi interrompido em decorrência de um derrame cerebral, razão pela qual, consoante os preceitos normativos constitucionais então vigentes, deveria assumir o Poder Executivo Federal o político e Vice-Presidente Pedro Aleixo.

Todavia, não foi isto que aconteceu, já que os militares não deixaram um civil conduzir a presidência do país, o que foi efetivado por intermédio do Ato Institucional n.º 12/1969, o qual determinou que o exercício do poder seria realizado pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

Uma vez que o Congresso Nacional se encontrava em recesso desde 13 de dezembro de 1968, em razão do então Presidente da República, Marechal Artur da Costa e Silva ter editado o Ato Complementar n.º 38, certo é que o Poder Executivo detinha em mãos

⁸⁴ CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. v. 1. p. 45.

a competência legislativa plena, inclusive para modificar possíveis preceitos constitucionais que entendesse pertinentes.

O artigo 2, §1º do Ato Institucional n.º 5/1968 assinalou que decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo ficaria autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios. Como reconhece Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸⁵, a Emenda Constitucional n.º 1/1969 aumentou ainda mais o poder autoritário inserido no texto constitucional de 1967, bem como destoou do projeto inicial submetido ao Congresso Nacional pelo então Presidente da República Castello Branco.

Ao analisarmos a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1/1969, fica claro perceber a maior concentração de poderes do Executivo, em detrimento dos demais. Baseado em um regime puramente militar, amplamente incentivado pela utilização e a força das armas, sobreveio um cenário de instabilidade social e política.

O quadro constitucional era modificado não como forma de trazer um maior bem comum, favorável aos cidadãos brasileiros, mas sim para satisfazer anseios puramente pessoais, especialmente daqueles exercentes do poder.

Havia apenas uma mera aparência de legalidade das posturas adotadas durante o regime militar brasileiro. Tentava-se demonstrar a constitucionalidade dos atos, bem como uma paisagem de democracia liberal. Entretanto, fato é que neste período manteve-se a ditadura e as regras normativas ditatoriais, camuflada por uma Constituição emendada, a qual em parte sequer existia. O texto constitucional de 1967 foi emendado quase que em sua totalidade e dependia quase que integralmente de atos editados pelo Presidente da República, especialmente após 30.11.1969⁸⁶.

O motivo determinante para o cenário de instabilidade constitucional consistia exatamente no exercício desmedido dos poderes assegurados ao Executivo em desfavor dos demais órgãos. Referido cenário pode ser visualizado por intermédio do crescimento dos denominados Atos Institucionais, os quais inclusive, modificavam preceitos de ordem constitucional, bem como as expressivas reformas introduzidas através do mecanismo de emendas constitucionais.

Através destas considerações, podemos visualizar que a paisagem constitucional vivenciada durante o período de 1967/1969 exteriorizou um governo autocrático. O poder estava concentrado nas mãos de um único poder político-estatal, o qual detinha o controle

⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 34.

⁸⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1. p. 437.

prevalente em todos os níveis de Estado. As atribuições constitucionais do Executivo eram exercidas de maneira preponderantemente autoritárias, inexistindo participação política do Legislativo no âmbito de decisões importantes para a população.

Na realidade, havia verdadeiro controle nos atos realizados pelos partidos políticos e restrição à garantia do sufrágio. Os demais poderes até estavam expressamente previstos constitucionalmente, mas fato é que o controle maior estava nas mãos do Poder Executivo, inexistindo assim a almejada estabilidade constitucional. A partir daí surgiu movimento popular destinado a trazer novamente o regime democrático, o que culminou com a elaboração da Constituição de 1988.

2.11 A insubsistência do regime militar totalitário e os anseios democráticos da Assembleia Constituinte de 1988

O cenário de instabilidade constitucional vivenciada durante o regime militar resultou num processo de redemocratização da vida política brasileira. O Presidente José Sarney encaminhou mensagem ao Congresso Nacional em data de 28 de junho de 1985, oportunidade em que propôs a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. A sugestão da proposta foi aprovada, resultando na edição da Emenda Constitucional n.º 26/1985.

O artigo 1º da referida emenda assinalava que os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal deveriam se reunir, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, na data de 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional, sendo que o texto constitucional seria considerado aprovado, mediante aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte.

A população brasileira tinha anseio por mudanças expressivas na condução política do país. No discurso de posse do então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte Ulysses Guimarães foi expressado claramente que “*A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes. Mudou restaurando a federação, mudou quando quer mudar o homem cidadão*”. Destacou ainda Ulysses Guimarães⁸⁷ a amplitude dos trabalhos para a elaboração do texto, ao afirmar:

⁸⁷ Guimarães, Ulysses. Discurso do Presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães, Apud. BONAVIDES, Paulo et ANDRADE, Antônio Paes de. História Constitucional do Brasil. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal: 1989. p. 828.

enorme esforço admissonado pelas 61 mil e 20 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas no longo caminho das subcomissões até a redação final.

Nos anos que antecederam a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte, existiram três momentos importantes⁸⁸ que motivaram uma ampla mobilização da população brasileira. No primeiro deles, vivenciado principalmente no decorrer da década de 70, verifica-se a intenção da população em participar mais fortemente do cenário político e na tomada de decisões.

No segundo momento, sobreveio o movimento intitulado “Diretas Já” (1983-1984), o qual mobilizou representantes de diversas vertentes da sociedade civil, os quais defendiam principalmente, o advento de uma nova Emenda Constitucional para permitir a realização das eleições mediante voto direto. Todavia, com a rejeição da proposta de Emenda Constitucional pelo Congresso Nacional, frustrando totalmente os anseios da população brasileira, sobreveio o terceiro momento, consistente no movimento político destinado a eleger o então candidato Tancredo Neves.

Aqui é importante abrir um parêntese. Ainda que a transição para o regime democrático tenha sido vivenciada com movimentos como o da Diretas Já, certo é que o Poder Judiciário as incorporou tardiamente como destaca Luiz Werneck Vianna⁸⁹.

Apenas alguns anos após a Constituição de 1988 é que “*a cultura jurídica, entre nós, tende a conhecer mudanças substanciais no seu marco tradicionalmente positivista e a incorporar a dimensão da justiça*”. Prossegue o autor afirmando que foi necessário ao Poder Judiciário concretizar uma “*súbita adaptação à feição contemporânea da sociedade brasileira, sem estar equipado material, conceitual e doutrinariamente para dar conta da carga de novos paradigmas*”.

No ano de 1985, Tancredo Neves foi eleito Presidente da República pelo voto indireto. Entretanto, nem chegou a exercer a presidência, pois contraiu uma infecção generalizada, vindo a óbito no dia 21 de abril de 1985. Foi aí que assumiu o Poder Executivo, o então Vice-Presidente José Sarney, o qual prosseguiu com as promessas realizadas por Tancredo Neves, especialmente o de trazer uma nova Constituição ao povo brasileiro, razão

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo et ANDRADE, Antônio Paes de. História Constitucional do Brasil. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal: 1989. pp. 451-453.

⁸⁹ VIANNA, Luiz Werneck. O perfil do magistrado brasileiro. Rio de Janeiro: AMB/Iuperj, 1995. p. 26.

pela qual enviou mensagem ao Congresso Nacional contendo sugestão para uma nova convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

A Emenda Constitucional n.º 26/1985 determinou que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal se reunissem em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, na data de 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional, sendo que o texto constitucional seria considerado aprovado, mediante aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria dos membros da Assembleia Nacional Constituinte.

Pouco tempo após enviar a mensagem ao Congresso Nacional propondo a instalação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte, o Presidente José Sarney instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 membros de livre escolha do Chefe do Poder Executivo.

A instituição desta Comissão Provisória decorreu da edição do Decreto n.º 91.450, datado de 18 de julho de 1985. Conforme a redação do artigo 2º, “*A Comissão, que se auto-regulamentará [...] desenvolverá pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação Brasileira, para futura colaboração aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte*”.

A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais teve como presidente Afonso Arinos de Mello Franco e foi apelidada de “Comissão dos Notáveis”, especialmente porque dentre os 50 integrantes se encontravam os representantes da elite intelectual nacional. Já no começo dos trabalhos, a Comissão suportou inúmeras críticas, pois ainda se tinha a concepção de que os membros estavam sendo liderados pelo Poder Executivo, com a tentativa de controlar os respectivos trabalhos.

Pudemos identificar alguns episódios que ocorreram neste período, dentre eles, a retirada de Miguel Reale, durante uma reunião realizada Hotel Glória, na cidade do Rio de Janeiro, por não concordar com alguns pontos concernentes a ordem econômica e social, especialmente com as inclinações estatizantes. Entretanto, após alguns pedidos dos integrantes da Comissão, retornou a integra-la⁹⁰.

Os trabalhos desempenhados pela Comissão se encerraram no mês de setembro de 1986, tendo sido apresentado um anteprojeto ao Presidente da República, contendo amplos 436 artigos, o qual foi arquivado sem dar o respectivo seguimento, uma vez que, além de amplamente analítico, deixava de refletir os pensamentos do chefe do Poder Executivo.

⁹⁰ CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. v. 1. p. 58.

Dando cumprimento ao previsto no artigo 1º da Emenda Constitucional n.º 26/85, foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte no dia 1º de fevereiro de 1987, tendo como presidente o Ministro Moreira Alves, então presidente do Supremo Tribunal Federal a época. Na data seguinte, seguindo o previsto no artigo 2º da Emenda Constitucional n.º 26/85, foi eleito presidente da Assembleia Nacional o deputado federal Ulysses Guimarães.

No mês de março de 1987, foi aprovado o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Neste momento, houve forte tendência da população brasileira para que se abrisse um mecanismo de participação da sociedade na elaboração do texto constitucional, refletido no artigo 24 do aludido ato normativo⁹¹, o qual autorizava a inserção de emendas populares ao anteprojeto constitucional.

O artigo 24 do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte admitia a iniciativa, por intermédio de uma iniciativa de 30.000 (trinta mil) eleitores brasileiros ou mais, em listas organizadas por, no mínimo, 3 (três) entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilizassem pela idoneidade das assinaturas. A possibilidade dos eleitores em participar da elaboração do texto constitucional era louvável, especialmente diante do cenário político vivenciado naquele período histórico.

Entretanto, o que era para ser uma participação geral, que refletisse verdadeiramente as ideias dos eleitores, acabou se tornando um reflexo de interesses meramente particulares de categorias pertencentes a alguns segmentos da sociedade civil⁹².

Alguns exemplos podem ser mencionados, dentre eles, a iniciativa apresentada pelo Grupo Espírita de iniciativas doutrinárias, o qual tinha o anseio de inserir no texto constitucional dispositivo legal que pudesse assegurar expressamente o direito à

⁹¹ Artigo 24, Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte - Fica assegurada, no prazo estabelecido no §1º do artigo anterior, a apresentação de proposta de emenda ao Projeto de Constituição, desde que subscrita por 30.000 (trinta mil) ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por, no mínimo, 3 (três) entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas, obedecidas as seguintes condições: I – a assinatura de cada eleitor deverá ser acompanhada de seu nome completo e legível, endereço e dados identificadores de seu título eleitoral; II – a proposta será protocolizada perante a Comissão de Sistematização, que verificará se foram cumpridas as exigências estabelecidas neste artigo para sua apresentação; III – a Comissão se manifestará sobre o recebimento da proposta, dentro de 48 (quarenta e oito) horas da sua apresentação, cabendo, da decisão denegatória, recurso ao Plenário, se interposto por 56 (cinquenta e seis) Constituintes, no prazo de 3 (três) sessões, contado da comunicação da decisão à Assembléia; IV – a proposta apresentada na forma deste artigo terá a mesma tramitação das demais emendas, integrando sua remuneração geral, ressalvado o disposto no inciso V deste artigo; V – se a proposta receber, unanimemente, parecer contrário da Comissão, será considerada prejudicada e irá ao Arquivo, salvo se for subscrita por um Constituinte, caso em que irá a Plenário no rol das emendas de parecer contrário; VI – na Comissão, poderá usar da palavra para discutir a proposta, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, um de seus signatários, para esse fim indicado quando da apresentação da proposta; VII – cada proposta, apresentada nos termos deste artigo, deverá circunscrever-se a um único assunto, independentemente do número de artigos que contenha; VIII – cada eleitor poderá subscrever, no máximo, 3 (três) propostas.

⁹² DUARTE NETO, José. A iniciativa popular na Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 2005. p. 87-104.

mediunidade⁹³. Isto denota que eventuais iniciativas populares fugiam do escopo de preceitos que efetivamente deveriam constar do texto constitucional.

Uma vez que o Presidente da República José Sarney havia determinado o arquivamento do primeiro anteprojeto do texto constitucional, aquele que continha 436 artigos, tal fato exteriorizou uma real dificuldade no prosseguimento dos trabalhos pela Assembleia Nacional Constituinte.

O que se identificou no decorrer dos trabalhos é que os interesses gerais da coletividade eram praticamente deixados de lado, tendo os constituintes concentrado seus esforços em anseios meramente privados. Tais circunstâncias contribuíram para a falta de organização na condução dos debates e especialmente o desvio de foco para a discussão de assuntos que claramente deveriam constar do texto constitucional⁹⁴.

A fim de sanar esse quadro de dificuldade, algumas ideias surgiram, dentre elas, o modelo adotado na Assembleia Nacional Constituinte de 1946, composta de uma grande Comissão, a qual teria a incumbência de elaborar a redação do anteprojeto.

A ideia não avançou porque neste cenário, os parlamentares ficariam divididos em dois grandes grupos, isto é, os de maior importância, que teriam a atribuição de redigir o texto do anteprojeto e os de menor importância, que apenas aguardariam a redação final para discussão e votação⁹⁵. O cenário foi resolvido com a criação das 24 subcomissões, divididas em 8 comissões. Assim, haveria 3 subcomissões que comporiam cada comissão temática.

As subcomissões, portanto, apanhavam as propostas e submetiam à apreciação das comissões, as quais elaboravam a redação do anteprojeto e entregavam para as Comissões de Sistematização. Estas possuíam a incumbência de produzir o texto final que seria submetido a discussão em plenário. Ainda que houvesse a sistematização das comissões e subcomissões, certo é que houve a inserção de matérias que não necessitariam constar do texto constitucional⁹⁶.

Seguindo na condução dos trabalhos para compilação final, o então relator Bernardo Cabral submeteu para a discussão da Comissão de Sistematização um anteprojeto contendo 551 artigos, abrangendo inúmeros assuntos desordenados. A este anteprojeto, os

⁹³ COPPOLA, Marcelo. Propostas de iniciativa popular aceleram a coleta de assinaturas. Folha de São Paulo, São Paulo, 21/06/1987, p. A-8, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/135803/Junho87%20-%200791.pdf?sequence=1> - Acessado em 28 de março de 2016 às 17:24.

⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro et MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1. p. 335.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo et ANDRADE, Antônio Paes de. História Constitucional do Brasil. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal: 1989. pp. 455.

⁹⁶ Ibidem, p. 457.

constituintes ofereceram o número de 5.615 emendas, instrumento este que, após compilação, ficou conhecido como “Cabral Zero”⁹⁷. Após esta compilação, foi submetido à apreciação novo anteprojeto, desta vez contendo 374 artigos, instrumento este denominado de “Cabral 1”. Na etapa final, foi submetido novo texto com 336 artigos.

Fato interessante, entretanto, se notou no momento em que iniciaram as discussões perante a Comissão de Sistematização, uma vez que estavam de fora das votações e debates a maioria dos constituintes. Tal circunstância afetou claramente o ideal de se constituir a Assembleia Nacional Constituinte, já que nem todos os constituintes estavam presentes no momento dos debates e respectivas votações.

De acordo com o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, após a remessa do projeto para debate em plenário, remota era a possibilidade de modificação do texto. Isto porque, eventual alteração demandaria aprovação da maioria absoluta dos constituintes, prejudicando o consenso coletivo.

Diante destes fatos, foi modificado o regimento interno para admitir a introdução de novas emendas ao projeto apresentado à Comissão de Sistematização, movimento este iniciado pelos parlamentares, conhecido como “Centrão”⁹⁸.

A retomada das discussões sobreveio no mês de janeiro de 1988, oportunidade em que os debates e votações foram realizados de maneira sistematizada, por intermédio de títulos específicos, se encerrando apenas no mês de julho de 1988, oportunidade em que começou o segundo turno de votação.

Finalmente, no dia 5 de outubro de 1988, houve a promulgação do texto que exterioriza a atual Constituição da República Federativa do Brasil. A sessão de promulgação foi realizada no Plenário da Câmara dos Deputados e estavam presentes parlamentares, constituintes, embaixadores, estrangeiros, integrantes do governo, representantes de instituições religiosas, militares e outros convidados.

Após a execução do Hino Nacional, o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte Ulysses Guimarães, utilizando curiosamente a caneta que havia lhe sido presenteada por funcionários da Câmara dos Deputados no ano de 1987, levantou-se de sua cadeira e passou a proferir as seguintes palavras “*Declaro promulgada. O documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil. Que Deus nos ajude*”

⁹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro et MARTINS, Ives Gandra, op. cit., p. 335-336 et seq.

⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro et MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1. p. 337.

*para que isso se cumpra*⁹⁹. Após expressar tais palavras, todos os constituintes juraram manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

O texto constitucional de 1988 evoluiu em muitos assuntos. Não se está aqui, no âmbito da presente dissertação, tratar de todos os pontos individualmente, já que fugiria claramente de seu escopo.

A Constituição de 1988 nos apresentou novamente uma estabilização política, não visualizada durante o regime ditatorial militar, bem como o exercício do sufrágio, mediante eleições diretas, entretanto, permite até os dias atuais uma frequente possibilidade de modificação do texto constitucional, ocasionando relativa insegurança jurídica frente a alguns temas, gerando potencial instabilidade constitucional. Já foram mais de noventa emendas constitucionais desde a edição inicial.

A superveniência de tantas emendas constitucionais pode ser justificada formalmente, não só porque seu texto é evidentemente analítico, contendo assuntos demasiadamente variados, mas também por carregar determinados preceitos normativos não dotados da magnitude constitucional.

Isto ocorreu porque durante os trabalhos constituintes, havia um determinado grupo de parlamentares de ideologia de esquerda e outro com ideal totalmente oposto, defendendo uma economia puramente capitalista. Ocorre que a maioria dos constituintes não adotava uma ideologia específica, tudo dependendo do tema em discussão.

No momento em que o debate era pressionado por lobbie de um determinado grupo, procurava-se atender os respectivos anseios deste¹⁰⁰. Tal circunstância prejudicou na edição de um texto constitucional dotado de maior coerência valorativa e ideológica.

Ainda que seja tarefa árdua editar um texto constitucional dotado de homogeneidade no âmbito de uma sociedade dotada de valores e anseios pluralistas, tal como ocorre no Brasil, certo é que este fato contribui decisivamente para o crescente número de emendas constitucionais. Outro ponto importante de se destacar é que nenhuma das Constituições pretéritas contou com tamanho nível de dispositivos normativos, muitos deles tutelando assuntos de natureza eminentemente concreta.

⁹⁹ Informações envolvendo a promulgação da Constituição Federal de 1988 constam do sitio eletrônico oficial do Senado Federal em <http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/um-dia-historico.htm> - Acessado em 28 de março de 2016 às 21:51.

¹⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1. p. 1.

Assim, uma vez que a Corte Constitucional, por força do exercício hermenêutico evolutivo, disciplina o real sentido da Constituição, a fim de atender aos anseios políticos e sociais, esta atividade somente se torna possível em se tratando de dispositivos normativos dotados de menor densidade e maior abstração. Entretanto, partindo da premissa de que diversos preceitos constitucionais são dotados de natureza concreta, certo é que o nível de interpretação diminui, tornando necessária a reforma do texto constitucional.

Além da presença de diversos dispositivos constitucionais de conteúdo concreto, nos parece adequado afirmar que alguns deles não possuem a magnitude e importância para figurar expressamente no texto da Carta Maior. Podemos lembrar já na redação inicial do anteprojeto apresentado pela intitulada Comissão dos Notáveis que existiam alguns assuntos de menor relevância no decorrer do texto.

Constando de forma expressa um assunto não constitucional, certo é que perde solidez a supremacia constitucional, bem como a relevância de outras normas materialmente constitucionais. Fatos não constitucionais demandam maiores modificações, a fim de que seja possível regular a adequação social. Estando inseridas no bojo constitucional, a alteração somente é possível mediante reforma.

Podemos resumir, portanto, que o texto constitucional de 1988 possui natureza analítica, contendo dispositivos normativos heterogêneos, diversos deles tutelando assuntos que melhor se adequariam no âmbito da legislação infraconstitucional. Tal fato ocorreu, sobretudo, em decorrência da organização dos trabalhos desempenhados no bojo da Assembleia Nacional Constituinte, bem como pela inexistência de um enquadramento ideológico específico dos constituintes. Ao fragmentar as comissões, a discussão dos assuntos constitucionais se tornou muito específica em relação a diversos temas, o que contribuiu para o grande número de preceitos normativos.

3 OS FLUXOS NEOCONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A RELAÇÃO COM O POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Demonstrou-se no tópico anterior que, devido a procedimento de elaboração do texto constitucional de 1988 e a amplitude de assuntos tratados em seu texto, praticamente qualquer situação se enquadra no texto constitucional, surgindo assim a possibilidade de se submeter tais questões ao Supremo Tribunal Federal. Tal fato originou uma nova vertente de se encarar o campo do direito constitucional, com o surgimento de novos métodos interpretativos que objetivam trazer maior efetividade aos dispositivos constitucionais.

Como ressalta Gilberto Bercovici¹⁰¹, o texto constitucional de 1988 “*contém em seu texto as bases de um projeto nacional de desenvolvimento, em que torna possível a reestruturação do Estado brasileiro para conduzir as transformações sociais necessárias para a superação do subdesenvolvimento*”.

Tal característica também pode ser vista em outros textos constitucionais contemporâneos. Nas palavras de Antônio Cavalcanti Maia¹⁰², houve a inclusão de “*vários Standards morais, na forma de princípios valores e direitos fundamentais, já que Standards realizam uma plasmação jurídica de conteúdos de natureza moral nos ordenamentos jurídicos hodiernos*”. Por esta razão, é que sustenta o aludido autor que “*os princípios constitucionais abrem uma via de penetração moral no direito positivo*”.

No mesmo sentido, André Rufino do Vale¹⁰³ passa a destacar que a após os eventos ocorridos no pós-guerra, as normas constitucionais passaram a ser enfrentadas partindo de duas premissas, ou seja, além dos elementos deontológicos, a análise passou a ser realizada pelo seu conteúdo axiológico, de conteúdo valorativo.

Gustavo Zagrebelsky¹⁰⁴, ao assinalar a ideia de ductilidade constitucional desenvolve a ideia de que a Constituição atualmente deve buscar base na coexistência de princípios e valores. A fim de que esta integração e unidade se mostrem presentes, se “*exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não-absoluto, compatível com aqueles outros com os que devem conviver*”.

¹⁰¹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 9.

¹⁰² MAIA, Antônio Cavalcanti. O Direito Constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo (Prefácio). In Moraes, Guilherme Pena de. Readequação constitucional do Estado Moderno. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 6-10.

¹⁰³ VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009.p. 7.

¹⁰⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 14-15

A Constituição de 1988 trouxe como característica intrínseca essa nova ideologia teórica. A abertura democrática contribuiu fortemente para que este ideal fosse atingido. O texto constitucional conseguiu concretizar a transição de um regime extremamente autoritário para um cenário democrático constitucional, fruto de expressivos movimentos realizados pela população da década de 1970¹⁰⁵. Sem esquecer, contudo, que o texto final da Constituição passou por inúmeras discussões sociais, buscando fundamento de legitimidade.

O texto constitucional de 1988 permitiu a expansão no Brasil do fenômeno que se intitulou neoconstitucionalismo. A atual Constituição, conforme Antônio Cavalcanti Maia, “*incorporou, através dos princípios, opções valorativas e, por meio de diretrizes, compromissos públicos*”. Ao anotarmos as concepções de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁰⁶, a Constituição de 1988 foi redigida de maneira compreensiva, a fim de abranger todos os valores, tanto do Estado Social, como também do Estado Liberal, valores estes que foram eleitos pelo povo, de maneira participativa, aberta e democrática.

A partir da Constituição de 1988, os direitos humanos ganham notoriedade no cenário nacional. As liberdades fundamentais e as instituições democráticas se consolidam no país, modificando expressivamente a política brasileira envolvendo os direitos humanos, o que possibilitou o progresso no que tange ao reconhecimento das obrigações formalizadas no âmbito internacional.

Nesta perspectiva, Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁰⁷ observa que aludidas transformações originaram abertura acerca da internacionalização da proteção dos direitos humanos, algo não visto antes no cenário nacional.

A Constituição de 1988, ao evoluir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais foi considerada uma das mais avançadas nesta matéria durante este período histórico, conforme retrata Flávia Piovesan¹⁰⁸. Já no seu preâmbulo, o texto constitucional de 1988 arquitetou a consolidação de um Estado Democrático de Direito, objetivando a

¹⁰⁵ Acerca do processo histórico de democratização, pondera José Afonso da Silva que “*A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado de Direito Democrático começou assim que instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição de Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiasmadas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.*” (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. p. 78-79)

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991a. p. 105.

¹⁰⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos, Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, jul. /dez. 1993. p. 28-29.

¹⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92.

“assegurar exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores extremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Ao compararmos as disposições do texto constitucional de 1988 com as ponderações de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰⁹ envolvendo as dimensões que devem ser encontradas em um cenário de Estado de Direito, podemos perceber que a Constituição pretende se adequar aos preceitos de juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais, alicerçados nos artigos 1º e 3º da Constituição, indicando expressamente os institutos da cidadania e dignidade da pessoa humana. Vejamos as ponderações do autor:

Independentemente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de direito encontra implícita ou explicitamente no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: 1) juridicidade; 2) constitucionalidade; 3) direitos fundamentais

A correlação da figura do Estado Democrático de Direito com os direitos fundamentais pode ser compreendida pelas disposições inseridas no texto constitucional. Os direitos fundamentais, de fato, constituem elemento basilar para a concretização do princípio democrático. Nesta perspectiva, Jorge Miranda¹¹⁰ assinala que *“A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.*

O artigo 3º da Constituição assinala claramente os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nas palavras de José Afonso da Silva¹¹¹, *“É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”.*

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 357.

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 1991. p. 166.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990, p. 166.

Em decorrência do regime autoritário militar e dos traumas ocasionados perante a sociedade brasileira devido a conduta dos governantes, a Assembleia Constituinte responsável pela edição do texto constitucional de 1988 foi enfática em relação a preocupação de assegurar expressamente os valores do bem-estar e dignidade da pessoa humana, assim como o imperativo da justiça social¹¹².

A primazia conferida ao postulado da dignidade humana constitui resposta ao quadro de crise instalado através do positivismo jurídico, movimento instalado devido a derrota do nazismo alemão e fascismo italiano. Tais cenários políticos e militares elevaram-se ao poder dentro de um cenário de legalidade e conseguiram promover a barbárie em nome da lei, consoante ensina Luís Roberto Barroso¹¹³.

Não é demais que os acusados e julgados no Tribunal de Nuremberg buscaram fundamento de defesa ao agirem em estrito cumprimento da lei e obediência das ordens advindas das autoridades superiores como forma de justificar os inúmeros crimes praticados na época.

Fato curioso ocorrido neste período consistiu no julgamento de Otto Adolf Eichmann, realizado em Jerusalém (Israel), oportunidade em que seu advogado declarou abertamente, em entrevista coletiva concedida a repórteres da época que “*Eichmann se considera culpado perante Deus, não perante a lei*”.

Tal fato foi narrado por Hannah Arendt¹¹⁴, a qual desenvolveu a ideia da *banalidade do mal*, pois viu em Eichmann uma pessoa totalmente incapaz de atribuir juízos de valores éticos em suas condutas, sendo uma pessoa legalista¹¹⁵ completamente esvaziada de racionalidade e pensamento.

¹¹² Antonio Enrique Pérez Luño, abordando esta temática, assinala que “*Os valores constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora – metas ou fins predeterminados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas. (...) Os valores constitucionais contrapõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema da legalidade*”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 4 ed. Madrid: Tecnos, 1991. p. 288-289)

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), *Revista Forense*, v. 358, p. 4.

¹¹⁴ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999. p. 32.

¹¹⁵ Rompendo plenamente os dogmas positivistas e dando enfoque às concepções jusnaturalistas, na obra clássica de Sófocles, *Antígona* levanta argumentos em face de sua condenação ao retratar que “*A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos; ninguém sabe quando apareceram*”. (SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Millôr Fernandes. 3. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 22)

Foi devido a estes acontecimentos que emergiu, ao final da Segunda Guerra Mundial, verdadeiro repúdio da comunidade em geral e expressivas críticas aos fundamentos positivistas inseridos em um ordenamento indiferente a valores e preceitos éticos ou morais, outorgando uma ótica estritamente formal.

É neste contexto que Norberto Bobbio¹¹⁶ levanta a ponderação de que, para o juspositivista, o direito pode ser concebido com uma simples técnica, podendo servir para a concretização de qualquer propósito. No entanto, neste contexto, é totalmente independente de qualquer valor ou propósito.

Em decorrência destes acontecimentos, os direitos humanos são reconstruídos após o fim da Segunda Guerra Mundial, com uma nova roupagem do direito constitucional ocidental. Os textos constitucionais contemporâneos são abertos a princípios, incumbidos de elevada carga axiológica, como holofote para o valor da dignidade humana. Esta é uma característica predominante dos textos constitucionais europeus do pós-guerra. No continente americano, tal fato também ocorreu no âmbito dos países democráticos, como o Brasil.

Nesta linha de raciocínio, surge uma nova modalidade de interpretação jurídica que objetiva reaproximar o direito da moral e da ética, atribuindo força normativa aos princípios, especialmente o da dignidade humana.

Na realidade, existe um reencontro com o pensamento desenvolvido por Immanuel Kant com os valores da dignidade, moralidade, paz perpétua, dentre outros. Na linha de pensamento de Immanuel Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo¹¹⁷ e não como um meio qualquer, podendo ser utilizado de forma arbitrária, a fim de atingir qualquer propósito.

Para Immanuel Kant¹¹⁸, os seres racionais são denominados de “pessoas”, pois representam um fim em si mesmo, possuindo um valor intrínseco absoluto, são únicos e não são substituíveis, não devendo ser considerados como meio para concretizar qualquer tipo de propósito. De fato, as pessoas são dotadas de dignidade intrínseca, pois possuem, cada uma delas, um valor interno. No mesmo sentido, Immanuel Kant destaca a importância da autonomia¹¹⁹ no campo de proteção da dignidade humana.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico contemporâneo: lições de filosofia de direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 136-137.

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 95.

¹¹⁸ O pensamento difundido por Immanuel Kant influenciou sobre os fundamentos de algumas teorias sobre direitos. Neste sentido, Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*.

¹¹⁹ Joseph Raz, explicando a relevância da autonomia no campo de proteção da dignidade humana afirma que “Uma pessoa autônoma é aquela que é autora de sua própria vida. Sua vida é o que ela faz dela (...). Uma pessoa é autônoma somente se tem uma variedade de escolhas aceitáveis disponíveis para serem feitas e sua

No que concerne a abertura dos textos constitucionais do pós-guerra à maior observância de princípios e valores, José Joaquim Gomes Canotilho¹²⁰ destaca que “*O direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos*”. E prossegue, “*o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito dos princípios*”.

É neste sentido que o princípio da dignidade da pessoa humana ganha relevo. A ordem jurídica, a partir de então, encontra o próprio sentido de sua existência.

A Constituição de 1988 deixa evidente uma nova topografia organizacional, apresentando em seus primeiros capítulos, uma ampla relação de direitos e garantias fundamentais, não antes vista nas constituições anteriores. Na Constituição de 1967, a título de exemplo, primeiro havia menção acerca da organização nacional (título I) e, no segundo momento, previa a relação de direitos após o artigo 145 do texto constitucional.

E foi além. Consolidou a relação de direitos e garantias fundamentais como verdadeiras cláusulas pétreas, núcleo irredutível, a teor do que dispõe o artigo 60, §4º da Constituição de 1988. Ao analisarmos o teor deste dispositivo legal, podemos visualizar que compõe esse núcleo: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

No texto constitucional de 1967, resguardava-se como cláusula pétrea a Federação e a República, tal como podemos visualizar da redação do artigo 47, §1º do texto constitucional, inexistindo qualquer referência a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Isto apenas demonstra que os textos constitucionais brasileiros anteriores disciplinavam primeiro a figura do Estado e aí sim regulamentavam a relação dos direitos pertencentes aos indivíduos. Neste sentido, Flávia Piovesan destaca que:

A nova topografia constitucional inaugurada pela Carta de 1988 reflete a mudança paradigmática da lente ex parte príncipe para a lente ex parte populi. Isto é, de um Direito inspirado pela ótica do Estado radicado nos deveres dos súditos, transita-se a um Direito inspirado pela ótica da cidadania, radicado nos direitos dos cidadãos. A Constituição de 1988 assume como ponto de partida a gramática dos direitos, que condiciona o constitucionalismo por ela invocado. Assim, é sob a perspectiva dos direitos que se afirma o Estado e não sob a perspectiva do Estado que se afirmam os direitos. Há assim, um Direito brasileiro pré e pós-88 no campo dos direitos humanos. O Texto Constitucional propicia a reinvenção do marco jurídico dos

vida se torna o resultado das escolhas derivadas destas opções. Uma pessoa que nunca teve uma escolha efetiva, ou, tampouco, teve consciência dela, ou, ainda, nunca exercer o direito de escolha de forma verdadeira, mas simplesmente se moveu perante a vida, não é uma pessoa autônoma”. (RAZ, Joseph, Right-based moralities, in Jeremy Waldron (ed.) Theories of rights, Oxford-New York, Oxford University Press, 1984, p. 1919).

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “princípioalização” da jurisprudência através da Constituição. Revista de Processo, n. 98, p. 84.

direitos humanos, formentando extraordinários avanços nos âmbitos da normatividade interna e internacional.

O texto constitucional de 1988 expande a concepção das garantias e direitos fundamentais na medida em que não apenas os relaciona no campo dos direitos civis e políticos, mas também os consolida no campo dos direitos sociais, especialmente ao analisarmos a redação dos artigos 6º e seguintes do texto constitucional. De fato, é a primeira Constituição brasileira a disciplinar o contexto dos direitos sociais. Nos textos constitucionais anteriores, o âmbito de proteção dos direitos sociais se encontrava disciplinado dentro do contexto da ordem econômica e social.

É por esta razão que o texto constitucional de 1988 abraça os princípios da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos. Através destes princípios, interliga-se umbilicalmente os direitos de liberdade e igualdade. Isto porque, não se podem exercer plenamente os direitos fundamentais sem que os direitos sociais estejam efetivamente concretizados pelo Estado, inclusive como entende José Afonso da Silva¹²¹.

Além de disciplinar das garantias individuais no campo dos direitos civis e políticos, bem como no contexto social, econômico e cultural, o texto constitucional de 1988 tutela a figura dos direitos difusos e coletivos, aumentando a gama de bens tuteláveis pela Constituição, ampliando ainda o que se intitulou de direitos econômicos, sociais e culturais.

E sem esquecer de um detalhe importante, a Constituição de 1988 prevê expressamente o princípio da aplicabilidade direta e imediata de aludidas normas, conforme redação do artigo 5º, §1º da Constituição. O referido princípio revela a força pretendida pelo legislador constituinte para trazer eficácia normativa dos enunciados constitucionais que versam sobre as garantias, liberdades e direitos fundamentais.

Ao atuar desta maneira, pretende dizer a Constituição que os Poderes Públicos devem conferir eficácia imediata e máxima aos preceitos definidos.

¹²¹ Ao ponderar acerca da necessidade de interligação dos direitos de liberdade e igualdade pelo Estado, pondera José Afonso da Silva que “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais”. (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 93.)

No entender de José Joaquim Gomes Canotilho¹²², a principal finalidade em se atribuir eficácia direta e imediata aos direitos fundamentais reside no fato de que “*os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através da auctoritas interpositio do legislador*”. E prossegue, “*Não são simples norma normarum, mas norma normata, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais*”.

Dentro deste contexto, é possível perceber que o constitucionalismo do pós-guerra inaugurou uma nova forma de pensar o Direito, introduzindo novos métodos para a interpretação dos dispositivos constitucionais. Essa realidade ocorreu não apenas no Brasil, mas em outros países do mundo, como já demonstrado no decorrer da presente dissertação.

O conjunto desta sistemática de hermenêutica e aplicação das normas constitucionais consolidou no fenômeno que se intitulou neoconstitucionalismo, cuja delimitação passará a ser demonstrada nos tópicos subsequentes.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 578. Pontua ainda o autor português que “Aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa. Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição” (p. 186). No sentido, Jorge Miranda destaca que “O sentido essencial da norma não pode, pois, deixar de ser este: a) salientar o carácter preceptivo, e não programático, das normas sobre direitos, liberdades e garantias; b) afirmar que estes direitos se fundam na Constituição e não na lei; c) sublinhar (na expressão bem conhecida da doutrina alemã) que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, Coimbra: Coimbra ed. 1998. v. 4, p. 282-283).

4 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O tema envolvendo o fenômeno do neoconstitucionalismo é objeto de amplos debates no campo acadêmico doutrinário em todo o mundo. O autor mexicano Miguel Carbonell editou uma coletânea organizada de artigos jurídicos no ano de 2003¹²³, oportunidade em que se iniciaram os debates sobre o campo de aplicação da teoria neoconstitucionalista¹²⁴.

Ainda que autores, tais como Ronald Dworkin¹²⁵ e Robert Alexy, já na década de 1980 tivessem introduzido ao mundo jurídico densas teorias constitucionais, notadamente acerca da função dos juízes constitucionais nas democracias atuais, foi no início do século XXI que o foco se concentrou na necessidade de uma maior postura ativa do Poder Judiciário¹²⁶, originando adeptos das ideias do denominado neoconstitucionalismo.

O objeto da presente dissertação consiste em apresentar o modo de construção desta teoria no Brasil, ainda que tenha se desenvolvido fortemente ao redor de todo o mundo.

Antes de prosseguir especificamente nos aspectos introdutórios envolvendo o neoconstitucionalismo, importante já apontar para o surgimento de determinadas críticas em relação a esta teoria, já que este termo seria dotado de certo nível de imprecisão. Esta circunstância decorre principalmente do caráter impreciso dos prefixos “neo” e “pós”, não se podendo afirmar com absoluta certeza se se trata de uma nova fase do constitucionalismo ou de uma independente concepção teórico-filosófica.

Conforme as ponderações de Miguel Carbonell¹²⁷, “*não se pode falar de 1 (um) senão de vários neoconstitucionalismos*”. Neste sentido, Alfonso García Figueroa¹²⁸ sustenta que as teorias desenvolvidas para fundamentar o intitulado neoconstitucionalismo são “*parte*

¹²³ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Ed. Trotta, 2003.

¹²⁴ O autor mexicano coordenou a elaboração de duas subseqüentes coletâneas de artigos jurídicos que apresentam novas discussões sobre a teoria neoconstitucionalista. (CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escritos. Madrid: Ed. Trotta, 2007) e (CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. El Canon Neoconstitucional. Madrid, Trotta, 2010).

¹²⁵ As complexas teorias constitucionais envolvendo esta temática podem ser visualizadas na obra *Law's Empire*. (DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986).

¹²⁶ Carlos de Azevedo Campos argumenta que se iniciou uma nova fase vivenciada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da década passada, em que são preconizados fundamentalmente o denominado ativismo judicial e a judicialização da política, circunstância esta compreendida mediante análise de decisões de relatoria dos Ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes. (CAMPOS, Carlos Alexandre. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André; DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Ed. Juspodivm, 2011. p. 547)

¹²⁷ CARBONELL, Miguel, op. cit., p. 9 et seq.

¹²⁸ FIGUEROA, Alfonso García. Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009a. p. 162, tradução nossa.

fundamental de um novo paradigma jurídico in statu nascendi, marcado pela integração de posturas heterogêneas”.

No território espanhol, Luis M. Cruz¹²⁹ destaca a “*excessiva amplitude semântica*” da expressão neoconstitucionalismo. O termo ainda apresenta concepções distintas, dentre eles, o fenômeno evolutivo, bem como a inerente teoria do direito que dá consolidação ao temo, conforme destaca Miguel Carbonell¹³⁰.

Acerca das distintas concepções da expressão neoconstitucionalismo, Paolo Comanducci¹³¹ as apresenta em três vertentes distintas.

A primeira delas é *teórica*, introduzida como uma teoria que explica e descreve as modificações jurídicas e constitucionais ocorridas ao longo do tempo.

A segunda possui natureza *ideológica*, a qual é distinta do constitucionalismo moderno na qualidade de corrente ideológica, na medida em que coloca “*em segunda plano o objetivo de limitação do poder estatal*” e “*em primeiro plano o objetivo de garantir os direitos fundamentais*”.

A terceira e última concepção possui natureza *metodológica*, influenciando em questões metodológicas e conceituais envolvendo a definição de direito, defendendo a necessidade de interligação da moral e do direito.

Não podemos nos esquecer das ponderações de Margarida Camargo e Rodrigo Tavares¹³², apresentando o modelo do neoconstitucionalismo como a) modelo de organização política, b) ideologia ou programa político-constitucional, c) teoria do direito, d) metodologia da ciência jurídica e e) paradigma científico.

Tal como será abordado no decorrer da presente dissertação, divergem em alguns aspectos os fundamentos filosóficos das teorias neoconstitucionalistas abordadas por autores brasileiros, não se podendo afirmar pela existência de uma específica vertente neoconstitucionalista.

O neoconstitucionalismo tem sido defendido como um novo paradigma, o qual se contrapõe às outras concepções teóricas, tal como afirma Miguel Carbonell¹³³. Sob a ótica neoconstitucional, os limites constitucionais não encontram óbices no texto normativo.

¹²⁹ CRUZ, Luis M. Estudios sobre el neoconstitucionalismo. México: Editorial Porrúa, 2006. p. 1.

¹³⁰ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 9-10

¹³¹ COMANDUCCI, Paolo, Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 82-87

¹³² CAMARGO, Margarida e TAVARES, Rodrigo. As várias faces do neoconstitucionalismo. in QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 355-370.

¹³³ CARBONELL, Miguel, op. cit., p. 40 et seq.

Daí se originou a expressão “*constituição viva*”¹³⁴, a qual bem reflete que os mecanismos tradicionais de hermenêutica não são mais suficientes para acompanhar as evoluções culturais, políticas, econômicas e sociais, circunstância esta que originou o fenômeno da mutação constitucional. Nesta mesma linha de raciocínio, José Horário Meirelles Teixeira¹³⁵ entende que a interpretação também consiste em um modo de mutação constitucional.

Com base nas compreensões das teorias neoconstitucionalistas, os valores sociais e culturais é que constituem as verdadeiras barreiras aos anseios interpretacionistas e não apenas o texto constitucional.

Cada vez mais se defende a concepção de um Estado Constitucional de Direito e neste cenário, surge a necessidade da introdução de uma nova teoria, em complementação ao tradicional positivismo jurídico. Alguns autores defendem que esta nova teoria seria melhor conceituada como pós-positivismo, diferentemente de outros que defendem a nomenclatura neoconstitucionalismo, já que se trata de teoria constitucional dotada de autonomia¹³⁶.

Algumas características que marcam o pensamento neoconstitucionalista como teoria dotada de independência são assinaladas por Luís Prieto Sanchis. A primeira delas é a onipresença da constituição, isto é, o texto constitucional seria suficiente para resolver todos os conflitos relevantes ou lacunas eventualmente existentes na legislação infraconstitucional.

Além disto, haveria característica predominante do Poder Judiciário (onipresença judicial), em detrimento da autonomia assegurada ao Poder Legislativo (legislador ordinário). Outras características ainda são apresentadas pelo autor:¹³⁷

[M]ás principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos minimamente relevantes, em lugar de espacios exentos em favor de la opción legislativa o regulamentaria; omnipotencial judicial em lugar de autonomia del legislador ordinário; y, por ultimo, coexistência de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictórios, em lugar de homogeneidad ideológica.

O texto constitucional apresentaria uma coexistência de valores contraditórios entre si, ao invés de uma ideologia homogênea em torno dos princípios constitucionais. O

¹³⁴ CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escritos. Madrid: Ed. Trotta, 2007. p. 27.

¹³⁵ MEIRELLES TEIXEIRA, José Horário. Curso de Direito Constitucional. Atualização de Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 143.

¹³⁶ POZZOLO, Susanna. Introducción. In: POZZOLO, Susanna (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011.

¹³⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre o Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones. In: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003. p. 117.

pensamento neoconstitucionalista sustenta a necessidade de mais princípios, em detrimento de regras. Como técnica de julgamento, defende a necessidade de maior ponderação do que subsunção, ponto que será melhor debatido no decorrer da presente dissertação.

A Constituição possuiria força vinculante, com incidência e aplicação direta das normas constitucionais, inclusive no campo das relações políticas. As leis infraconstitucionais e demais atos do poder público devem, todos eles, ser interpretados à luz do texto constitucional.

No Brasil, o fenômeno da onipresença do texto constitucional pode ser verificado com certa facilidade, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é analítica, retratando diversos valores, diretrizes dirigidas aos poderes públicos, garantias e direitos fundamentais, motivo pelo qual é difícil individualizar algum empecilho que não encontre solução ou determinada orientação no texto normativo constitucional.

Já como dito anteriormente, a própria história envolvendo a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 denota que o Poder Legislativo da época tentou tratar da maior quantidade de assuntos possíveis. O projeto inicial entregue pelo relator Bernardo Cabral foi enviado para o debate na Comissão de Sistematização contendo 551 artigos.

Ao projeto inicial, foram oferecidas 5.615 emendas que, após consolidação final foi submetido à nova apreciação do anteprojeto, contendo 374 artigos. O texto final da Constituição foi publicado com 245 artigos.

Alguns autores nominam o fenômeno da onipresença constitucional como “*suprainterpretação da constituição*”¹³⁸, já que todos os potenciais litígios ou desavenças poderiam encontrar solução no cenário constitucional. Isto ocorre, sobretudo, devido aos princípios que dilatam e acentuam a presença da Constituição, possibilitando uma concepção totalizante e integrativa do ordenamento.

A interpretação hermenêutica do texto constitucional é concretizada de maneira preponderantemente extensiva, a fim de que se possa retirar sentidos implícitos, não expressamente redigidos no texto, válidos para orientar o comportamento da vida social, política, econômica e cultural.

Nesta mesma linha de raciocínio, partindo da premissa de que a Constituição de 1988 é analítica e integrada por uma ampla gama de normas que tem o potencial de solucionar os eventuais conflitos surgidos no ordenamento, fato é que esta circunstância possibilita a ocorrência de outro fenômeno conhecido como onipresença judicial. Sendo composta

¹³⁸ GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madri: Editora Trotta, 2003, págs. 53-54.

atualmente por 250 artigos, é difícil encontrar uma situação que não poderia ser submetida ao crivo do Poder Judiciário para discussão.

Uma vez que a Constituição disciplina cenários nas mais variadas matérias e que todas elas são confiadas à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, surge uma nova fonte de criação do direito, a qual anteriormente era considerada monopólio do Poder Legislativo. Destas colocações, no âmbito da visão neoconstitucionalista, inexistente norma infraconstitucional que não seja incutida por uma normatividade constitucional, originando, por consequência, uma maior intervenção do Poder Judiciário frente às discussões a ele submetidas.

Aos que advogam para as teorias neoconstitucionalistas, o Poder Judiciário não agiria como legislador positivo, mas apenas submeteria o pronunciamento judicial a determinados critérios racionais, limitando-se única e exclusivamente a reconhecer direitos anteriormente existentes, sem violar qualquer dos princípios constitucionais.

No julgamento da ADI n.º 1923/DF, o Supremo Tribunal Federal assinalou claramente que *“No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa”*. Prosseguiu o voto do Min. Relator Luiz Fux afirmando que *“a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais”*.

Assim, o que se pretende com a presente dissertação não é apenas apontar os fundamentos do neoconstitucionalismo no Brasil, mas também elucidar as críticas que a teoria vem suportando atualmente, em especial em virtude da expansão do papel atribuído ao Poder Judiciário e as preocupações em se afastar constantemente as regras jurídicas aprovadas consensualmente pelo Poder Legislativo, seja por um critério subjetivo do julgador, seja por intermédio da declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Poder Público.

Há uma forte tendência em se apontar para uma verdadeira judicialização da política. Vem se defendendo, como será demonstrado no decorrer da presente dissertação que o holofote atual concedido aos juízes em geral tem prejudicado a credibilidade do discurso político desempenhado pelo parlamento nacional.

O comportamento dos magistrados, em situações específicas, originou o que se denominou de ativismo judicial, por alguns analisado como verdadeira situação de vulneração ao princípio basilar da separação dos poderes.

As teorias neoconstitucionalistas sustentam que o juiz tem o papel de colaborar, ao lado do legislador, para a elaboração de normas jurídicas que devem orientar o sistema. Segundo esta escola, isto não representa dizer que haveria um desrespeito à Constituição ou ao ordenamento jurídico como um todo. A solução dos impasses deve encontrar guarida no próprio cosmos normativo¹³⁹.

Ainda que tais soluções invadam o campo da moral e dos valores, certo é que estariam baseadas em princípios jurídicos, muitas vezes inseridos como textos normativos positivos do sistema jurídico. A escola neoconstitucionalista não ignora as críticas existentes, no que tange a determinados princípios constarem como valores positivos, todavia, esta circunstância demonstraria claramente a exteriorização do vínculo existente entre valor e direito.

Trazendo a discussão da onipresença judicial a um plano prático, não podemos deixar de discorrer acerca dos instrumentos previstos para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Poder Legislativo, circunstância que delega ainda mais ao Poder Judiciário um lugar de amplo destaque.

Apesar de tradicionalmente se afirmar que a tarefa a ser desempenhada pelo Poder Judiciário seria de legislador negativo, certo é que a existência de normas abstratas presentes no texto constitucional, aliada a omissão do legislador no que tange a disciplina de direitos e garantias fundamentais, faz que com o Poder Judiciário utilize de técnicas hermenêuticas dotadas de expressiva complexidade para solucionar os conflitos de interesse, ampliando expressivamente a sua atuação.

A onipresença judicial também é refletida em outro fenômeno conhecido como interpretação conforme a constituição¹⁴⁰. A interpretação das leis e atos normativos em conformidade com o texto constitucional constitui atribuição de todo e qualquer destinatário ou operador do direito. Todavia, esta interpretação se submete a um controle rigoroso por parte do Poder Judiciário.

Além de exercer o controle, as cortes constitucionais delimitam a amplitude semântica do ato normativo elaborado pelo Poder Legislativo, a fim de cancelar determinadas interpretações e afastar diversas outras, utilizando como argumento de base a interpretação que melhor se adequa ao propósito constitucional.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1147.

¹⁴⁰ GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONNEL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, págs. 56-57.

Este fenômeno se torna necessário em constituições analíticas, pois não se pode admitir apenas uma única interpretação constitucional. O papel da corte reside em concretizar uma interpretação adequada da lei ou ato normativo, harmonizando-o em relação ao texto constitucional. Na hipótese de cenários interpretativos diversos, a corte constitucional elegerá a que melhor se amolda ao texto constitucional, evitando assim contradições eventualmente expressadas pelo ato do Poder Legislativo.

Além de todo o exposto, importante lembrarmos que as constituições atuais se preocupam cada vez com mais rigor em se assegurar não apenas uma igualdade formal ou jurídica, mas também uma igualdade material ou substancial. Esta ideia foi incorporada no Brasil por influência do *due process of law* norte-americano, em que se passou a defender que o devido processo legal deveria trazer consigo uma ideia de justiciabilidade (viés substantivo), originado da premissa de proporcionalidade¹⁴¹.

O cenário em referência origina algumas críticas, especialmente no campo do neoconstitucionalismo, pois fomenta o surgimento de antinomias. O texto constitucional representaria um conglomerado de normas contraditórias entre si, as quais se chocam constantemente. E ao se conflitarem com frequência, originam respostas jurisdicionais inconstantes, ocasionando insegurança jurídica ao jurisdicionado.

As teorias neoconstitucionalistas, no entanto, respondem a essa crítica sustentando que no âmbito do cosmos neoconstitucional, as normas principiológicas possuem maior predominância em relação às regras, o que possibilitaria uma maior efetividade na solução dos impasses concretos. Na realidade, uma das principais concepções neoconstitucionais é a de que o sistema seja representado preponderantemente por uma lógica principiológica.

Ao se aplicar essa proposta, a conjugação dos princípios possibilitaria alcançar um maior ideal de justiça. Neste sentido, elucida Paulo Bonavides:¹⁴²

O exame teórico da juridicidade dos princípios constitucionais é indissociável de uma prévia indagação acerca da eficácia normativa dos princípios gerais de Direito cujo ingresso na Constituição se faz com força positiva incontestável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente invocada para retirar-lhes o sentido normativo de cláusulas operacionais. A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do

¹⁴¹ FERREIRA Olavo. O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V.; LENZA, Pedro. (Coords.). Constituição Federal. 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas. São Paulo: Método, 2003, pág. 103.

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 258-259.

constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais.

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos¹⁴³, invocando as lições de Konrad Hesse, retrata que os princípios inseridos no texto constitucional constituem “*metas que podem e devem entrar em qualquer momento no discurso legitimador do Direito*” e prossegue afirmando que estes possuem “*a missão de orientar e coordenar os diferentes dados e fatores que concorrem na interpretação constitucional*”.

Fazendo um paralelo com este pensamento, Eduardo Cambi¹⁴⁴ atesta que, diferentemente dos conceitos introduzidos pelo positivismo científico, cenário no qual os princípios possuíam um parâmetro interpretativo residual, nos textos constitucionais contemporâneos, os princípios passam a ser vistos como “*uma ordem objetiva de valores ou um sistema aberto de princípios e de regras*”, os quais passaram a ser “*reconhecidos como pilares axiológicos do sistema jurídico e, conseqüentemente, a possuírem força normativa imediata*”. Prossegue o autor, afirmando que os princípios “*são fontes primárias do direito, subjacente às regras, expressando juridicamente os valores e os fins de uma sociedade*”.

Ainda que haja preponderância dos princípios, certo é que não se deve afastar a aplicação e a importância das regras no contexto de organização do sistema, devendo haver uma consubstancialidade entre regras e princípios. É por esta razão que Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁵ sustenta que por haver um receio de que os princípios pudessem ocasionar uma expressiva imprevisibilidade em relação ao conteúdo das decisões judiciais, o exercício desta atividade deveria estar reservado a um órgão político;

Na linha do positivismo clássico, não é possível aceitar que o juiz possa aplicar uma norma que não se revele mediante o seu próprio texto e que, ao contrário, exija do intérprete margem de subjetividade para a definição do seu significado. A aplicação ou a declaração da regra, própria da jurisdição daquela época, não se concilia com a atribuição de significado que caracteriza a metodologia dos princípios. O positivismo clássico, temendo que os princípios pudessem provocar uma profunda imprevisibilidade em relação às decisões judiciais – o que também acarretaria incerteza quanto ao significado do direito –, concluiu que a atividade com os princípios deveria ser reservada a um órgão político, já que não se amoldava com a função que era esperada do juiz, isto é, com a simples aplicação do ditado da regra produzida e acabada pelo legislativo.

¹⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. P. 223-234. A menção feita pelo autor é visualizada em *Escritos de Derecho Constitucional de HESSE*, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora. 1991. p. 45.

¹⁴⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 87.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, v. 1. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 49.

Paulo Ricardo Schier¹⁴⁶ faz um contraponto nesta controvérsia. Afirma que um sistema jurídico formado apenas por regras pode ser temeroso, em decorrência da ausência de capacidade para evolução e ajuste, pondera que um sistema integrado simplesmente por princípios *“também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional”*.

Na hipótese de eventual conflito entre normas principiológicas, eventual antinomia é mais difícil de ser solucionada, pois em havendo conflito entre norma-regras, os critérios da especialidade, cronologia e hierarquia podem ser insuficientes para solucionar a controvérsia.

A título de ilustração, na visão de Inocêncio Mártires Coelho¹⁴⁷, na hipótese de eventual conflito na situação concreta, as regras valem ou não valem, incidem ou não incidem, umas afastando ou anulando as outras sempre que as respectivas consequências jurídicas forem antinômicas ou reciprocamente excludentes.

No campo das normas principiológicas, as normas permanecem válidas, ainda que na situação concreta, uma detenha prevalência em detrimento da outra. Esta prevalência é relativa e só pode ser analisada dentro do caso concreto. Forçoso reconhecer que o neoconstitucionalismo realocou os princípios jurídicos em uma posição de centralidade no processo de interpretação do sistema.

Voltamos, então, à percepção clássica advinda do jusnaturalismo que unia direito e moral, trazendo uma relevante importância aos valores, que outrora eram de reduzida eficácia jurídica.

A fim de que possamos elucidar didaticamente as diferenças que envolvem regras e princípios, importante invocarmos as ponderações de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴⁸. Não se desconhece que outros autores desenvolvem argumentos para realizar a distinção de regras e princípios, tais como, Robert Alexy¹⁴⁹ e Ronald Dworkin¹⁵⁰. Todavia, para a finalidade desta dissertação, utilizaremos as ponderações de José Joaquim Gomes Canotilho.

¹⁴⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. Revista Brasileira e Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, p. 1090120, jul. /set. 2005. p. 119.

¹⁴⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. 4a ed. rev. São Paulo. Saraiva, 2011, pág. 121.

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 1160.

¹⁴⁹ Na colisão entre princípios, Robert Alexy pontua que *“Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos*

Para o referido autor português, no que tange ao nível de abstração, os princípios possuem grau maior de abstração do que as regras; em relação ao grau de determinabilidade, os princípios seriam dotados de maior vagueza; no aspecto da fundamentalidade, os princípios teriam posição hierárquica maior do que em relação as regras; no que concerne à aproximação com a ideia de direito, os princípios podem ser considerados standards vinculantes, ao passo que as regras podem possuir conteúdo eminentemente funcional e, por fim, no aspecto da natureza normogenética, os princípios se apresentam como fundamentos das regras, trazendo base para as regras jurídicas, refletindo uma função normogenética.

Ao analisarmos as diferenças elucidadas por José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵¹, nos parece claro que uma das principais finalidades desempenhadas pelos princípios consiste em trazer estrutura ao sistema jurídico, reaproximando a ciência do direito das premissas materiais de justiça formalizados no texto constitucional.

A importância em se distinguir as regras dos princípios é fundamental para os que advogam para as teorias neoconstitucionalistas. Isto porque, dentro de um sistema em que existem apenas normas-regras, restaria impossível trazer solução jurídica para todas as controvérsias que surgem cotidianamente.

Nesta perspectiva, surge a necessidade de reconhecer caráter normativo aos princípios¹⁵², pois na visão dos defensores do neoconstitucionalismo, estes teriam capacidade

entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94).

¹⁵⁰ Ao analisar a teoria dos princípios, Humberto Ávila assinala que para Ronald Dworkin, “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo se sobrepõe a outro, sem que este perca sua validade.” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36-37).

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 1160.

¹⁵² Conforme pensamento retratado por Celso Antônio Bandeira de Mello: “Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, Revista de Direito Público, n. 57-58, jan./jun., 1991. p. 247). E prossegue o autor, “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 230)

superior em detrimento das normas-regras, não apenas como forma de atribuir valor aos sistemas normativos, mas, sobretudo, para realizar justiça dentro de uma sociedade que possui opiniões divergentes, notadamente no que tange à solução do conflito de interesses.

O neoconstitucionalismo irradia uma nova modalidade de percepção jurídica e ultrapassa as ideologias que outrora focavam a análise pura do texto normativo. Reflete uma teoria que atribui maior relevância aos princípios e evita a concretização mecanicista de aplicação e subsunção da lei ao caso concreto. Discorda acerca da eventual discricionariedade do pronunciamento jurisdicional, devendo estar inserido dentro de um contexto racional e coerente argumentação jurídica¹⁵³.

Além disto, temos que analisar a força vinculante do texto constitucional e a incidência direta das normas constitucionais. Há tempos que a constituição não mais é vista como instrumento hábil e adequado para tratar única e exclusivamente da organização do Estado e de garantias e direitos fundamentais. As escolas neoconstitucionalistas advogam em favor de um caráter vinculante das normas constitucionais, produzindo efeitos, independentemente de seu reflexo normativo ou estrutural.

Apesar de determinadas normas exigirem em seu texto a edição de lei específica para regulamentação (normas de eficácia limitada ou aplicabilidade diferida¹⁵⁴), sustentam os neoconstitucionalistas ser perfeitamente factível que a norma constitucional tenha a potencialidade de condicionar a legislação presente e futura, bem como orientar teleologicamente a integração e orientação de todo o sistema¹⁵⁵.

A interpretação da norma deve ser realizada além da mera estrutura gramatical do texto, sendo efetivada com a maior extensão admissível.

Um das características mais sensíveis do neoconstitucionalismo consiste na possibilidade de influência da constituição sobre as relações políticas.

Conforme a doutrina de Riccardo Guastini¹⁵⁶, a referida influência pode ser visualizada por três aspectos distintos. O primeiro deles versa sobre o conteúdo das normas constitucionais. O segundo versa sobre a postura dos magistrados, sobretudo, aqueles que integram as cortes constitucionais. O terceiro envolve o comportamento dos órgãos

¹⁵³ SANCHIS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). Diccionario de Derecho Constitucional. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, pág. 423.

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 164.

¹⁵⁶ GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 57.

constitucionais, bem como dos atores políticos no que tange a utilização da constituição como instrumento de ações e pronunciamentos judiciais.

Relativamente ao conteúdo das constituições, a influência sobre as relações políticas estaria relacionada com a distribuição de competências entre os entes federativos e órgãos constitucionais. Diante desta constatação, eventuais dissonâncias políticas devem ser consideradas como verdadeiros embates jurídicos, a serem solucionados por intermédio do órgão constitucionalmente previsto para fazê-lo.

O segundo enfoque gira em torno da postura dos magistrados, especialmente aqueles que integram as cortes constitucionais. Discussão frequente envolvendo as teorias neoconstitucionalistas reside na possibilidade ou não de invasão de pronunciamentos judiciais em áreas destinadas a discussões eminentemente políticas, fenômeno este reconhecido como judicialização da política. Este tema será melhor desenvolvido no decorrer da presente dissertação.

O terceiro e último aspecto envolve o comportamento dos órgãos constitucionais, bem como dos atores políticos no que tange a utilização da constituição como instrumento das ações e pronunciamentos judiciais. O texto constitucional deve ser utilizado para definir a juridicidade da ação adotada por atores políticos ou o pronunciamento judicial adotado pelos magistrados.

Analizados alguns aspectos introdutórios envolvendo as teorias neoconstitucionalistas, vamos adentrar especificamente para o surgimento deste fenômeno no Brasil, bem como as vertentes filosóficas que se desenvolveram acerca desta temática.

4.1 O advento das teorias neoconstitucionalistas brasileiras

Na perspectiva de um *novo direito constitucional*¹⁵⁷, segundo concepção defendida por Luís Roberto Barroso, a Constituição Federal passa a ser o palco das atenções e todo o direito infraconstitucional e demais atos normativos. Todos eles passam a ser vistos agora sob a ótica constitucional.

¹⁵⁷ Luís Roberto Barroso defende que “o novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional”. (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro, Renovar, 2008. p. 47).

Willis Santiago Guerra Filho¹⁵⁸ interpreta a concepção do neoconstitucionalismo como uma *“super ou supraideologia que se traduz na fórmula político-constitucional do Estado Democrático de Direito”*.

O papel do Supremo Tribunal Federal se torna mais relevante na sociedade, na medida em que agora analisa questões políticas e sociais, tais como, a descriminalização das drogas (RE 635659/SP), a possibilidade de publicação de biografias não autorizadas sem prévia autorização (ADI 4815), dentre outras discussões tão ou mais importantes.

Tais panoramas tornaram cada vez mais intenso o estudo envolvendo o neoconstitucionalismo, crescendo cada vez mais o número de artigos e obras jurídicas sobre o tema¹⁵⁹.

Gilmar Ferreira Mendes¹⁶⁰, atual ministro integrante do Supremo Tribunal Federal, afirma claramente que *“como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos a todos os órgãos estatais”*, prossegue, *“não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações de cunho representativo”*.

O que se pretende dizer é que a teoria neoconstitucionalista foi aderida por diversos autores no território nacional, tal como Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009), Daniel Sarmiento (2009), Antônio Cavalcanti Maia (2009), Ingo Wolfgang Sarlet (2009), Luís Roberto Barroso (2007), inclusive explicitamente por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal¹⁶¹.

¹⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma constitucional e sua eficácia (diante do neoconstitucionalismo e de uma teoria fundamental do direito). In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 142.

¹⁵⁹ Fredie Didier Junior, José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (2013) coordenaram uma obra contendo 35 artigos acerca do Ativismo Judicial e Garantismo Processual.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

¹⁶¹ A fim de exemplificar, Luiz Fux retata que *“O Supremo Tribunal Federal impôs-me inaugurar uma nova forma de pensar o direito, porquanto a Carta Constitucional, mercê de abarcar regras, contém inúmeros princípios, exigindo, no mais das vezes, a denominada técnica de ponderação de valores, notadamente nas causas em que a ausência de regras explícitas alarga o campo interpretativo e criativo da função judicial. Esse é um fenômeno mais recente, coincidente, temporalmente com o surgimento de um Neoconstitucionalismo cuja denominação também não é unívoca.”* (FUX, Luiz. Jurisdição Constitucional: Democracia e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012). Também no mesmo sentido, Celso de Mello destaca que *“A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao Neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição”*. (STF, Ag. Reg. No RE 477544/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 16.08.2011).

4.2 As diferentes concepções filosóficas do Neoconstitucionalismo

As ideias introduzidas pela teoria neoconstitucionalista foram aderidas no Brasil e em alguns países do mundo. Ainda que este fato não demande muitas controvérsias, nos parece que os fundamentos filosóficos buscados pelos autores são distintos em sua essência.

A fim de elucidar esse ponto, Luís Roberto Barroso fundamenta seu posicionamento no modelo de ponderação introduzido por Robert Alexy¹⁶².

Já o posicionamento defendido por Antônio Cavalcanti Maia¹⁶³ abarca o denominado procedimentalismo de Jürgen Habermas. Ainda, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶⁴ desenvolve suas teses nas técnicas de interpretação constitucional.

Ao se visualizar diferentes concepções filosóficas dos mais diversos autores, há verdadeira dificuldade em se definir precisamente o que é o neoconstitucionalismo, bem como o seu âmbito de aplicação. Ainda assim, nas teses apresentadas pelos aludidos autores, conseguimos extrair algumas concepções comuns envolvendo as teorias neoconstitucionalistas.

Para ficar lúcida esta questão, invocamos em Miguel Carbonell¹⁶⁵, os três elementos que trazem ideal compreensão.

O primeiro deles reside no fato de que as Constituições do pós-guerra vão além de puramente firmar uma separação dos poderes políticos ou delimitar as competências estatais, contendo um rol de direitos e garantias fundamentais, bem como de normas substantivas que limitam claramente a atuação estatal, por intermédio da ordenação de determinados fins e anseios. Com isso, evita-se o abuso de autoridade e assegura-se a prevalência dos direitos humanos.

O segundo elemento baseia-se nas reiteradas decisões jurisprudenciais, pautadas em atribuir técnicas de interpretação na utilização dos princípios constitucionais, dentre eles

¹⁶² Luís Roberto Barroso destaca que os direitos fundamentais são enunciados por intermédio de princípios e que, em eventual hipótese de colisão, inescusável a utilização da técnica de ponderação, notadamente com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesta mesma linha de pensamento, é o posicionamento de Robert Alexy (BARROSO, Luís; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro, Renovar, 2008. p. 327-328).

¹⁶³ MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINEBOJM, Gustavo. Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 207-222.

¹⁶⁵ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: Elementos para uma Definição. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. 20 Anos de Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 198-201.

podemos citar, a máxima efetividade das normas constitucionais, a proporcionalidade, a razoabilidade, a ponderação, a irradiação horizontal dos direitos fundamentais, o que dá integral base para o que se denomina atualmente de ativismo judicial. Neste ponto, podemos analisar o alcance pretendido por Eduardo Ribeiro Moreira¹⁶⁶:

Os direitos fundamentais são as diretrizes da ingerência judicial nas intensidades aqui classificadas como medias e fortes – estas envolvem não somente onde gastar, mas em que, quanto e como gastar. Por tudo isso, o controle judicial das políticas públicas fica bem adaptado ao Neoconstitucionalismo, já que se baseia em duas espécies de normas constitucionais – políticas e direitos fundamentais – e dirige as metas políticas dos governantes, corrige as escolhas e salvaguarda a Constituição.

Já o terceiro e último dos elementos está relacionado aos desenvolvimentos teóricos substantivos que deixam de explicar puramente os fenômenos jurídicos, mas possuem a clara intenção de acarretar diretamente a sua efetividade. Não se busca mais permanecer no patamar da legalidade estrita e sim avançar para novas técnicas que poderiam assegurar maior efetividade ao Direito.

Nesta linha de pensamento, Daniel Sarmento¹⁶⁷ afirma que “*as metas e diretrizes, estabelecidas em regra através de normas programáticas, não devem ser vistas como meras proclamações retóricas. Elas são normas jurídicas, que de alguma maneira vinculam os poderes políticos*”.

Orientando-se no mesmo sentido e abordando a utilização de finalidades políticas a título de parâmetro de controle, Antônio Cavalcanti Maia¹⁶⁸ afirma que esta é “*mais adequada às possibilidades de uma utilização progressista, isto é, democrático-igualitária, marcada por um viés redistributivo, já que busca mecanismos capazes de efetivar os direitos fundamentais*”.

Ao analisarmos tais argumentos, podemos extrair da concepção neoconstitucionalista que, no âmbito do exercício da atividade jurisdicional, seria possível adentrar no mérito das políticas públicas, antes exercida com prevalência pelo Poder Executivo, a fim de que seja possível ganhar concretude e efetividade aos direitos fundamentais.

¹⁶⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. São Paulo: Ed. Método, 2009. p. 144.

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007. p. 124.

¹⁶⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINEBOJM, Gustavo. Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2009. p. 214.

Utiliza-se, como parâmetro, das intituladas normas programáticas inseridas no texto constitucional para dar cenário ao que se denominou de novo paradigma do direito.

Sob a visão da doutrina neoconstitucional, permite-se que o Poder Judiciário discuta o próprio mérito das políticas públicas, antes pertencentes ao âmbito de conveniência e oportunidade dos demais poderes.

Atuam, além disto, invocando como parâmetro normas jurídicas, as quais fixam determinados objetivos políticos a serem efetivados em longo prazo pelo Estado e não por intermédio dos direitos fundamentais especificamente.

No exercício da atividade jurisdicional, os magistrados analisam quais as opções mais adequadas para se atingir aos objetivos específicos, realizando uma livre escolha dentre as existentes. Ao agirem desta forma, ao invés de se sentirem constrangidos em observar os pactos institucionais e políticos já existentes e firmados validamente pelo poder legitimamente competente, os juízes elegem os próprios compromissos, tomando como premissa um juízo de natureza eminentemente teleológico.

Aqui, nos parece importante citar as considerações de Jürgen Habermas¹⁶⁹

princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam os destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de ser desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação às proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo ‘sim’ ou ‘não’, ou abster-se do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros, por isso, nosso assentimento a proposições valorativas podem ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: ao que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada e exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de uma ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repleta de tensões.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 316.

Ainda seguindo nas concepções filosóficas que abraçam o neoconstitucionalismo, Luís Roberto Barroso¹⁷⁰ assinala em sua obra as principais características envolvendo o seu início, ou seja: i) Marco histórico: constitucionalismo do pós-guerra, com a adoção de textos constitucionais axiológicos e a criação de tribunais constitucionais, ii) Marco filosófico: pautado em um pós-positivismo que busca atingir uma postura de interpretação que vai além da restrita legalidade para almejar uma visão moral do Direito, atribuindo-se aos princípios o caráter normativo e a inauguração da teoria dos direitos fundamentais, iii) Marco teórico: com o surgimento de novas técnicas de interpretação da Constituição, atribuindo-se verdadeira força normativa ao texto constitucional e a ampliação da jurisdição constitucional.

Uma visão interessante de se demonstrar é a introduzida por italiana Susanna Pozzolo¹⁷¹, a qual conclui que a teoria neoconstitucionalista nada mais representa do que uma política constitucional pautada em um modo específico de interpretação que decorre da escolha acerca do modo prescritivo de Constituição, o qual prevê determinadas exigências e técnicas de interpretação (balanceamento e ponderação), transmudando-se em uma verdadeira prática social que redefine o contexto objeto de interpretação.

Ainda que determinados fundamentos filosóficos se originem de autores diversos, fato que é que podemos visualizar a teoria neoconstitucionalista como uma modalidade de interpretação da prática jurídica partindo da perspectiva dos juízes. A Constituição constitui uma norma substantiva baseada primordialmente em princípios. Tal circunstância exige do intérprete a utilização de algumas técnicas específicas, especialmente a denominada ponderação.

Na visão do neoconstitucionalismo, o papel dos juízes na concretização das ideias introduzidas no corpo constitucional é valorizado, havendo um modo peculiar de visualizar a ciência do Direito.

Seguindo ainda na perspectiva de Susanna Pozzolo¹⁷², a qual introduziu na seara jurídica a expressão “Neoconstitucionalismo”, a característica fundamental desta teoria é a *especificidade da interpretação constitucional*, modalidade de concretização da hermenêutica

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Iures, 2007. p. 209-215.

¹⁷¹ DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. São Paulo: Landi, 2006. p. 77-79.

¹⁷² A utilização do termo “Neoconstitucionalismo” foi introduzido pela autora italiana Susanna Pozzolo em artigo científico denominado “*Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*”, a qual inaugura uma nova modalidade de corrente filosófica, que incorpora o modelo axiológico de Constituição, composta predominantemente de princípios, moralmente interpretados. Essa nova visão de encarar a ciência do Direito parte das premissas jurídicas e filosóficas introduzidas por Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Ronald Dworkin.

jurídica. Ao se ampliar o âmbito do exercício do controle de constitucionalidade, permite-se atribuir uma maior interferência dos juízes nas relações da sociedade e buscar efetivar a ideia de justiça. A teoria neoconstitucionalista traz atualmente uma peculiaridade singular, ou seja, permitir mudanças na realidade social por intermédio de práticas realizadas pelos juízes¹⁷³.

E essa mudança da realidade social, nesta perspectiva específica, ocorre através de decisões judicial e não do aguardo na edição de leis validamente editadas pelo Poder Legislativo, função primordial e primária dos parlamentares.

Diego Werneck Arguelhes¹⁷⁴ traz uma visão interessante dos impactos que podem surgir da decisão judicial, uma vez que esta “*é um evento que se insere na cadeia causal, na medida em que fará cessar ou permitirá a continuidade de certos comportamentos*”. Ao permitir que os juízes tenham uma maior liberdade na concretização das mudanças sociais, a doutrina neoconstitucionalista admite que os juízes desenharão aspectos econômicos, sociais e políticos da sociedade.

Não menos importante, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷⁵ destaca que “*Muito concorre para essa ‘Constituição viva’ uma nova interpretação, ao mesmo tempo integrativa, adaptativa, criativa, permanente e progressivamente dotada de características juspolíticas, que se desenvolve nas cortes constitucionais*”. O referido autor retrata que a conjugação desses elementos implica no reconhecimento do fenômeno da mutação constitucional.

Na mesma linha de raciocínio, Daniel Sarmento¹⁷⁶ ensina que os fundamentos filosóficos buscados para fundamentar a teoria neoconstitucionalista e que penetrarão diretamente na realidade da sociedade fundamentam-se, precisamente, do maior exercício dos juízos de ponderação pelos órgãos que integram o Poder Judiciário, na utilização de métodos expansivos para o exercício da hermenêutica jurídica e constitucional e na valorização dos princípios.

¹⁷³ A fim de definir precisamente este ponto, importante invocar o pensamento defendido por Eduardo Moreira Ribeiro, o qual retrata que “*o Neoconstitucionalismo [...] enxerga o direito como ele pode ser: transformador*”. (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. São Paulo: Ed. Método, 2009. p. 18)

¹⁷⁴ ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma Compatibilização. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Fortaleza nos dias 3, 4, 5 de julho de 2005, publicado nos Anais do Congresso. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf> - Acesso em 08/02/2016. p. 14.

¹⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Estado, Economia e Neoconstitucionalismo – Notas sobre o Caso Brasileiro. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 213.

¹⁷⁶ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009. p. 109.

A característica fundamental de plasticidade das normas inseridas no texto constitucional permite que a interpretação constitucional seja efetivamente um mecanismo para mudanças inseridas no seio social e que estão manifestamente dissociadas das peculiaridades que envolvem o processo congressista. As regras jurídicas, numa outra perspectiva, já assinalam de antemão as respectivas hipóteses de incidência e as respectivas consequências jurídicas, num modelo fechado e cartesiano de análise da ciência do Direito.

4.3 Os fundamentos da perspectiva neoconstitucional incorporada das decisões judiciais da Suprema Corte norte-americana

A ideia de uma nova perspectiva de interpretação hermenêutica, denominada neoconstitucionalismo, é vista, sobretudo, no ativismo judicial efetivado e introduzido pela Suprema Corte norte-americana, conforme nos ensina Inocêncio Mártires Coelho¹⁷⁷, ao assinalar que

Os primórdios dessa viragem hermenêutica situam-se, a nosso ver, nas posturas e procedimentos da chamada corrente não interpretativista da práxis constitucional norte-americana, graças a cujo vitorioso desenvolvimento abandonou-se a idéia de que a Constituição é também uma lei e, assim, deve ser interpretada e aplicada com os mesmos critérios da hermenêutica jurídica geral. Por isso, pode-se afirmar que a chamada especificamente constitucional tem suas origens no ativismo judicial norte-americano, e na longevidade da Constituição dos Estados Unidos a prova da sua consistência.

Na obra de Luís Roberto Barroso¹⁷⁸, podemos identificar que esse novo período de ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana ocorreu durante a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, oportunidade em que casos notadamente importantes para o sociedade foram julgados pelos juízes constitucionais, tal como o ponto final da segregação racial praticado no âmbito das escolas públicas (*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483), a garantia do suspeito da prática de uma infração penal ser informado claramente de seus direitos (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436) e ainda a mudança estrutural dos distritos eleitorais que asseguravam benefícios específicos para as oligarquias locais (*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186).

¹⁷⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 116.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo*. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009. p. 324-325.

As considerações de Luís Roberto Barroso¹⁷⁹ são importantes, a fim de visualizarmos o cenário que se encontrava a sociedade americana naquele momento:

Os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) integram, de maneira indelével, o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo. Sua afirmação de igualdade entre os homens e de outros direitos individuais inspirou gerações de militantes dos direitos humanos, constitucionalistas e estadistas pelo mundo afora. Essa energia imensa, que atravessou continentes, foi gerada por uma ideia tentadora: a de que uma corte de justiça progressista pode promover a revolução humanista que o processo político majoritário não é capaz de fazer.

A teoria neoconstitucionalista pretende, na realidade, manter esse espírito inovador, refletindo o ativismo judicial já introduzido pela Suprema Corte norte-americana quando do julgamento dos casos emblemáticos mencionados anteriormente. Entretanto, um questionamento merece ser reproduzido nesta oportunidade. O que leva ao crescimento cada vez maior dos adeptos ao Neoconstitucionalismo? Qual efetivamente é o papel dos juízes constitucionais na realidade contemporânea? Será que o Neoconstitucionalismo realmente possui um aspecto diferenciado das outras modalidades de interpretação hermenêuticas?

As controvérsias serão abordadas ainda no decorrer da presente dissertação, como tentativa de refletir exatamente o papel do Neoconstitucionalismo. Neste momento, apenas apresentaremos as situações de fato e de direito que originaram claramente a necessidade de um ativismo judicial pelos Tribunais ao redor do mundo. E claro, o precedente *Brown v. Board of Education* é o que esclarece efetivamente as premissas adotadas pela teoria não-interpretativista da Constituição como forma de introduzir mudanças na sociedade.

Ainda seguindo nas lições de Luís Roberto Barroso¹⁸⁰, o padrão constitucional visualizado nas democracias atuais são baseados efetivamente em quatro premissas básicas e claras, as quais foram adotadas nos Estados Unidos da América no decorrer de sua história, isto é, “(i) supremacia da Constituição, (ii) controle de constitucionalidade, (iii) supremacia judicial e (iv) ativa proteção dos direitos fundamentais”.

Nos parece adequado afirmar que tais premissas surgiram de uma necessidade simultânea da sociedade em relação a estes aspectos. Melhor explicando, a proteção ativa dos direitos fundamentais exige um papel controlador e fiscalizatório do Poder Judiciário, que será exercido por intermédio do controle de constitucionalidade, o qual invocará os

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iures, 2009. p. 324-325.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 309.

fundamentos e preceitos assegurados substancialmente¹⁸¹ na Constituição, texto este supremo, que trará proteção e garantia livre para o exercício da atividade jurisdicional pelos juízes constitucionais.

Ainda que a presente dissertação objetive apresentar a construção do pensamento constitucional no Brasil e as teorias neoconstitucionalistas brasileiras, importante analisar alguns poucos casos julgados emanados da Suprema Corte norte-americana, a fim de analisarmos o papel desempenhado pelo Poder Judiciário e a forma de proteção dos direitos fundamentais.

A jurisdição constitucional norte-americana nasceu, na realidade, não na perspectiva única de proteção dos direitos fundamentais, mas sim como um instrumento para se manter a superioridade formal do texto constitucional. A concepção clássica do texto constitucional estava mais atrelada como uma lei que define as competências e funções dos órgãos do Governo¹⁸².

O surgimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América surgiu com o conhecido caso *Marbury v. Madison*, decidido pela Suprema Corte no ano de 1803. O caso foi originado em decorrência da nomeação de William Marbury como Juiz de Paz do Distrito de Columbia pelo então presidente John Adams, no seu penúltimo dia de mandato.

A posse do Juiz de Paz foi negada pelo novo Secretário de Governo James Madison, o qual fora indicado na ocasião pelo então presidente Thomas Jefferson. Assim, uma vez vulnerado o pretense direito subjetivo de nomeação, Marbury impetrou perante a Suprema Corte instrumento denominado de *writ of mandamus*, baseado no §13 do *Judiciary Act* de 1789, o qual determinava que seria competência da corte processar e julgar ações contra autoridades federais.

¹⁸¹ A divisão doutrinária que envolve a legitimidade do controle de constitucionalidade considera, de um lado, o aspecto substancial, em que os direitos fundamentais constituem o propósito mais importante para o exercício da jurisdição constitucional e de outro, o aspecto procedimentalista, que sustenta a necessidade de intervenção do Poder Judiciário única e exclusivamente para lapidar o processo político e democrático. Hans Kelsen assinala que a jurisdição constitucional teria o papel fundamental de trazer coerência na organização do ordenamento jurídico com um todo e afirma que é “*certamente no Estado federativo que a jurisdição constitucional adquire a mais considerável importância. Não é excessivo afirmar que a idéia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional*” (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. p. 182)

¹⁸² Um clássico exemplo é o texto do Federalismo n.º 10, em que James Madison (1787) assinala que uma das formas mais efetivas de se assegurar proteção para as minorias consistiria em introduzir uma clara divisão da estrutura institucional (Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário nos âmbitos federal e estadual), dissipando consequentemente o poder estatal e não através de decisões judiciais da Suprema Corte norte-americana que garantiria a proteção dos direitos fundamentais.

E foi assim que o *Chief* John Marshall¹⁸³, além de reconhecer categoricamente o direito líquido e certo do impetrante, declarou que o §13 do *Judiciary Act* de 1789, texto normativo que fixava a competência originária da Suprema Corte norte-americana para julgar aquela questão não encontrava fundamento na Constituição. Inexistia, na realidade, competência originária da Suprema Corte para julgar a controvérsia. O *Chief Justice* John Marshall, por consequência, declarou a inconstitucionalidade daquela regra de competência, originando o fenômeno jurídico que se passou a denominar controle de constitucionalidade.

No direito norte-americano, este fenômeno pode ser denominado de *judicial review*, que no início tinha a clara concepção de que a Constituição definia as funções estatais dos órgãos de Poder.

Podemos mencionar ainda o caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856), em que a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade de outra lei, após o caso inaugural *Marbury v. Madison*. Todavia, ao invés de adotar uma postura progressista, decidiu-se em 1856, ou seja, 50 anos mais tarde, que a União não teria competência legal para abolir a escravidão no Estado de Missouri.

Ainda se manteve, neste caso, a ideologia retrógrada de que os escravos constituíram parte integrante do patrimônio do Estado e que este teria a competência legislativa exclusiva para decidir de que forma liberar ou não o escravo. A postura adotada, obviamente, gerou revolta social, eclodindo a denominada Guerra da Secessão americana¹⁸⁴. Foi exatamente nesta guerra (1861-1865) que alguns estados escravistas do sul declararam secessão e formaram os Estados Confederados da América, tudo a fim de demonstrar o surgimento contra os absurdos da escravidão.

Num outro caso que podemos citar neste momento, também não dotado de razoabilidade, decidido no ano de 1896 (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537), a Suprema Corte norte-americana manteve a possibilidade de separação racial em estabelecimentos públicos,

¹⁸³ Através de análise da decisão prolatada pela Suprema Corte norte-americana, verifica-se que o Chief Justice John Marshall retratou que “[It] is decidedly the opinion of the court, that when a commission has been signed by the president, the appointment is made; and that the commission is complete, when the Seal of the United States has been affixed to it by the [secretary of state]. [To] withhold [Marbury’s] commission, therefore, is an act deemed by the court not warranted by Law, but violative of a vested legal right”. (SULLIVAN, Kathleen; GUNTHER, Gerald. Constitutional Law. 6. ed. New York: Foundation Press, 2007. p. 2).

¹⁸⁴ A ideia de que a decisão tomada em *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856), ao invés de evidenciar que a Suprema Corte norte-americana decidiu definitivamente as questões envolvendo a escravidão no Estado do Missouri e que este foi o ponto primordial para o surgimento da Guerra da Secessão americana foi bem demonstrada por Erwin Chemerinsky, destacando que “Although the Supreme Court undoubtedly thought that it was resolving the controversy over the slavery in *Dred Scott v. Sandford*, the decision has exactly the opposite effect. The ruling became de focal point in the debate over the slavery and, by striking down the Missouri Compromise, the decision helped to precipitate the Civil War”. (CHEMERINSKY, Erwin. Constitutional Law: principles and policies. 3a ed. New York: Aspen Publishers, 2006. p. 693)

sob o argumento de que se houvesse instalações semelhantes para todos, inexistiria violação a 14^a emenda constitucional norte-americana¹⁸⁵, a qual assegurava direitos iguais para todos os cidadãos.

O argumento inserido no decorrer da decisão judicial decorreu, sobretudo, de que competiria aos respectivos Estados definirem sobre a melhor forma de implementação de instrumentos de segregação racial e que a mera separação entre raças não poderia ser considerada de *per si* como argumento de potencial inferioridade de raças.

A visão até então adotada pela Suprema Corte norte-americana foi apenas superada no ano de 1937, oportunidade em que o então Presidente Franklin Delano Roosevelt tentou editar nova legislação que pretendia alterar a composição do Tribunal. Apenas neste ponto, forçou-se aos juízes adotarem uma postura decisionista baseada com os preceitos introduzidos pela política social do *New Deal*¹⁸⁶.

No julgamento do caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, foi a primeira oportunidade em que a Suprema Corte norte-americana foi ao encontro dos direitos sociais e considerou plenamente constitucional texto normativo editado pelo Estado de Washington que estabeleceu salário mínimo para as mulheres.

Apesar de este caso demonstrar um singelo progresso no pensamento jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, foi no caso *Brown v. Board of Education* que ocorreu a explosão do decisionismo norte-americano, o que ocorreu no ano de 1954.

Tal como dito anteriormente, o *Chief Justice* Earl Warren considerou que a política de segregação racial realizado nos estabelecimentos de ensino público dos Estados do Kansas, Carolina do Norte, Delaware e Virgínia negavam vigência integral ao texto da Constituição, oportunidade em que determinou expressamente a unificação de todos os estudantes nas respectivas salas de aula, sem qualquer diferenciação por raças. O caso realmente é considerado paradigma atual para demonstrar uma visão progressista da jurisdição constitucional.

¹⁸⁵ Conforme trecho extraído da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Plessy v. Ferguson*, vejamos as considerações sobre a 14^a emenda, “*By the fourteenth amendment, all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are made citizens of the United States and of the state wherein they reside; and the states are forbidden from making or enforcing any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States, or shall deprive any person of life, liberty, or property without due process of law, or deny to any person within their jurisdiction the equal protection of the laws.*”

¹⁸⁶ No ano de 1937, o Presidente Franklin Donald Roosevelt objetivou expandir o número de juízes da Suprema Corte norte-americana, conforme os magistrados integrantes atingissem a idade de 70 anos. O projeto foi denominado de *Judicial Procedure Reform Bill* e tinha a clara intenção de forçar os juízes a mudar a postura decisionista consoante os princípios da nova política social do *New Deal* introduzida naquele momento. Acerca deste ponto, são as ponderações de Marian Mackenna (MACKENNA, Marian. *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War: The Court-packing Crisis of 1937*. New York: Fordham University Press, 2002.)

A decisão da Suprema Corte foi considerada inovadora, especialmente em virtude do panorama vivenciado pelos Estados Unidos nos anos de 1950, incorporado de forte segregação racial. Ainda que as decisões judiciais daquela alta corte apresentassem forte tendência de uma intervenção mais efetiva do Poder Judiciário para afastar situações de violação aos direitos fundamentais, foi a edição do *Civil Right Act* no ano de 1964 que extinguiu os sistemas estaduais de segregação racial.

O então presidente John F. Kennedy, na data de 11.06.1963 solicitou aos cidadãos o direito de “*dar a todos os americanos o direito de serem servidos em todas as instalações abertas ao público, como hotéis, restaurantes, teatros, lojas e estabelecimentos similares*”, e “*reforçar a proteção ao direito de voto*”.

A afirmativa de que a decisão judicial constituiu um novo paradigma ocorre especialmente porque inexistia até a década de 1950 um potencial apelo da população invocando por transformações sociais ou uma modificação efetiva do processo político que denotassem alguma mudança específica neste ponto.

Neste período, os Estados Unidos já haviam passado pela crise econômica vivenciada no ano de 1929, sem contar os impactos políticos, econômicos e sociais das duas Guerras Mundiais. Houve na década de 1950 uma suave estabilização institucional.

Até esse momento, apenas o Poder Executivo havia introduzido algumas tentativas para extinção definitiva da segregação racial no território americano. Vejamos que Abraham Lincoln foi o líder da Reconstrução Americana durante a expressiva crise interna do país durante a Guerra da Secessão americana, preservando a União e abolindo a escravidão. Além disto, fortaleceu governo nacional e modernizou a economia (1865-1877).

Vejamos também que Franklin D. Roosevelt instituiu o *New Deal*, considerado uma série de programas implementados nos Estados Unidos entre os anos de 1933 e 1937, objetivando introduzir aspectos para recuperar e reformar a economia, após o período da Grande Depressão.

Ao admitir, na época, que o *Chief Justice* Earl Warren foi protagonista do ideal de introduzir mudanças políticas no aspecto da segregação racial através de uma decisão judicial, tal fato poderia ser considerado um problema. Aguardava-se do Poder Judiciário um papel imparcial na solução de litígios¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Ao apontar a distinção entre um juízo político e judicial, importante analisarmos as considerações de Maria Lúcia Oliveira, isto é, “*O ponto mais relevante [...] é que a imparcialidade do julgamento político é distinta da do judicial. Isso porque a presunção da generalidade e da imparcialidade é essencial para a legitimidade das práticas políticas em sociedades igualitárias. O poder judicial tem sua imparcialidade na independência em relação ao julgamento dos atores, enquanto o julgamento político depende e tem que buscar refletir o*

A implementação de políticas sociais, por outro lado, foi efetivada pela Suprema Corte americana sem que houvesse efetivamente apoio popular neste ponto ou ainda um movimento partidário que sustentasse esta concretização. A medida poderia não ser dotada de legitimidade popular, já que iniciada através de um juiz.

Um aspecto que devemos analisar, não menos importante que os demais, consistia que as decisões judiciais prolatadas pela Suprema Corte norte-americana procuravam manter a exata dimensão do texto constitucional, uma vez que o papel do Tribunal era exatamente o de ser o guardião constitucional.

Havia a intenção de preservar os compromissos constitucionais assumidos quando da edição da Constituição. Ao analisarmos a redação exata da 14^a emenda constitucional norte-americana¹⁸⁸, o texto estava atrelado unicamente a abolição da escravidão e não a implementação de políticas para extinguir a segregação racial.

Exatamente por este motivo, podemos afirmar que a decisão prolatada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Brown v. Board of Education* foi considerada um avanço expressivo e um superprecedente¹⁸⁹, superando a visão de que o papel do Tribunal consistiria apenas de mero guardião do texto constitucional e dos compromissos assumidos pelo legislador constituinte desde 1787.

A decisão foi prolatada sem apelo popular ou movimentação político-partidária dos Poderes Legislativo ou Executivo, impondo novos valores para os cidadãos norte-americanos.

A interpretação constitucional foi realizada não unicamente sobre o aspecto gramatical ou histórico da 14^a emenda norte-americana, mas como retrata Ronald Dworkin¹⁹⁰, foi efetivamente realizada uma *leitura moral da constituição*. Os juízes atribuíram um novo

juízo dos cidadãos. A relação do juiz com a política deve ser indireta, não dependendo do julgamento soberano, desde que tal julgamento não tenha ainda se traduzido em direito, em leis. O juiz usa esquema 'como se', com vistas a aceder a uma interpretação verdadeira de algo que já aconteceu, e por isso, o raciocínio judicial deve ser livre de desejos, projetos ou promessas, que são próprios do julgamento político.” (QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, pág. 41).

¹⁸⁸ Vejamos a redação da Seção 1 da 14^a emenda constitucional norte-americana, “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”.

¹⁸⁹ Nos Estados Unidos da América, o termo superprecedente é utilizado para identificar determinados casos, em que a decisão jurisprudencial é tão importante que alguns autores o equiparam ao nível de texto constitucional e suas respectivas emendas. Neste sentido, Bruce Ackerman (ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution*. 2006 Oliver Wendell Holmes Lecture. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 07, p. 1737-1812, maio de 2007, p. 1750-1751).

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 1-38.

paradigma de interpretação ao princípio da igualdade, chave primordial para afirmar a necessidade de extinção da segregação racial no âmbito de estabelecimentos de ensino público.

A partir daí outras decisões de cunho essencialmente progressista foram adotadas pela Suprema Corte norte-americana, dentre eles, *Lawrence v. Texas*, em que se considerou inconstitucional a lei do Estado do Texas que punia criminalmente relações sexuais praticadas entre pessoas do mesmo sexo ou ainda *Roe v. Wade*, em que o Tribunal considerou válida a prática do aborto pelas mulheres em prevalência ao princípio da privacidade.

É deste contexto, especialmente das decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana, que a teoria neoconstitucionalista busca fundamentos para justificar que o Poder Judiciário deve atuar para introduzir mudanças efetivas na sociedade, independentemente de apoio popular ou de movimentação político-partidária no parlamento (processo majoritário).

Isto ocorre por intermédio de uma nova modalidade de interpretação progressista dos princípios constitucionais, os quais são dotados de expressivo nível de abstração, possibilitando assim adotar posturas que implementem transformações sociais relevantes.

4.4 As teorias neoconstitucionalistas desenvolvidas no Brasil

A teoria neoconstitucionalista é fundamentada em alguns pilares importantes, dentre eles que, através do exercício da jurisdição constitucional pelos Tribunais, existe a possibilidade de introduzir mudanças efetivas e concretas na sociedade, a partir de uma nova técnica de interpretação e análise abstrata dos princípios constitucionais, ainda que não exista qualquer movimentação político-partidária para tanto ou apoio popular (processos majoritários).

É superada a visão tradicional de que o papel da Suprema Corte consiste apenas em ser o guardião da Constituição, mas sim de que há necessidade de atuação efetiva para realizar uma leitura moral da Constituição, por intermédio de uma atitude progressista. Com isso, assegura-se uma maior proteção aos direitos fundamentais.

O fenômeno neoconstitucionalista concentra sua análise em uma atuação prospectiva dos Tribunais na solução dos casos concretos e na interferência social. Prioriza-se a interpretação axiológica do texto constitucional, através da utilização das denominadas normas-princípios e da técnica da ponderação, em detrimento da tradicional técnica de subsunção.

A partir desta teoria surge o que a doutrina denominou de constitucionalização do direito, compreendido não apenas como análise das normas infraconstitucionais a partir do texto da Constituição, mas também de considerar todos os casos concretos como casos constitucionais, ainda que não dotados de complexidade. Os casos decididos pela Suprema Corte americana constituíram paradigma para surgimento do movimento neoconstitucionalista.

Eduardo Ribeiro Moreira, na obra “*Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição*” (2009), introduz a noção de que foram superados os paradigmas do constitucionalismo tradicional, sendo que os institutos envolvendo o controle de constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais devem ser vistos sob outra vertente. Inaugura-se a ideia de vedação ao retrocesso, ou seja, o nível de proteção constitucional acerca dos direitos fundamentais não deve regredir.

O juiz, ao decidir determinado caso concreto e analisar se há ou não inconstitucionalidade de algum texto normativo, deve analisar se a situação protetiva diminuirá com a decisão a ser proferida (*efeito cliquet*¹⁹¹). A proteção dos direitos fundamentais, cuja tarefa antes era exercida preponderantemente pelo Poder Legislativo, agora é exercida pelo Poder Judiciário.

Ainda seguindo na obra de Eduardo Ribeiro Moreira¹⁹², o autor acaba por especificar alguns elementos importantes que permitem visualizar as especificidades que envolvem a teoria neoconstitucionalista. O primeiro deles é a denominada *sobreinterpretação* da Constituição, seguido do exercício da ponderação dos direitos fundamentais, a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas e a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

No que tange ao termo específico *sobreinterpretação*, explica o autor que o termo está relacionado não somente com a própria função judicante do magistrado, de que toda interpretação deve ser constitucional, mas também de que o órgão jurisdicional pode afastar os efeitos de uma determinada regra jurídica, a depender da interpretação constitucional principiológica adotada, ocorrendo o que se denomina de derrotabilidade da norma, mesmo

¹⁹¹ Canotilho introduz a figura do “efeito cliquet” no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Isto significa dizer que é evitada de inconstitucionalidade qualquer medida tendente a revogar ou diminuir o nível de proteção dos direitos fundamentais e sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2002, p. 336).

¹⁹² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição*. São Paulo: Ed. Método, 2009. p. 88-89.

que não contenha qualquer indício de eventual inconstitucionalidade. Neste sentido, explica que:

A regra sofrerá efeito excepcional e não incidirá, casuisticamente, pela sua derrotabilidade factual – após a interferência do caso concreto, mas nunca abstrata. A composição do sistema constitucional e a do modelo de princípios e regras ficam mais aperfeiçoadas, permitindo que estas sofram a derrotabilidade no plano pragmático. Não se trata ponderar regras – efeito exclusivo dos princípios –, mas de aceitar, via o terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição, a sua derrotabilidade.¹⁹³

O fenômeno da derrotabilidade permite que o órgão julgador, através de um juízo de proporcionalidade, afaste os efeitos de determinada regra jurídica, válida, vigente e eficaz, derrotando-a. Tal concepção nos remete a duas conclusões, a primeira envolvendo a possibilidade de ponderação dos direitos fundamentais em determinados casos, bem como que os princípios, por possuírem um grau de abstração maior, são dotados de maior importância do que as regras.

Ainda em relação a este último ponto, os princípios, por apresentarem um maior nível de abstração em relação as regras jurídicas permitem a ampliação da atividade criativa do juiz. Na visão clássica do autor, considerando que os princípios podem ser contraditórios em determinadas situações, há necessidade de utilização das regras de ponderação para solução do caso concreto.

Ao considerar ser possível a ponderação na hipótese de choque entre princípios envolvendo políticas públicas, o autor não segue a mesma linha de pensamento deduzida por Ronald Dworkin¹⁹⁴. O exercício da técnica da ponderação, nesta situação, admite a análise do mérito legislativo propriamente dito¹⁹⁵.

¹⁹³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. São Paulo: Ed. Método, 2009. p. 94-95.

¹⁹⁴ O posicionamento defendido por Ronald Dworkin aponta para o exercício da atividade jurisdicional de forma legítima e ilegítima. No momento em que os juízes exercem a atividade jurisdicional baseada em princípios, estão exercendo de forma legítima. Todavia, no momento em que julgam casos concretos invocando fundamentos políticos, especialmente no âmbito específico das políticas públicas, afirma que exercem a atividade jurisdicional de forma ilegítima. Neste sentido, são os comentários de Stephen Guest (GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Stanford: Stanford University Press, 1991. p. 60-64).

¹⁹⁵ Nesta linha de pensamento, Eduardo Ribeiro Moreira destaca que “*A proporcionalidade é parâmetro para o juiz adentrar em um mérito da razão da lei, para resolver o confronto entre princípios. O juiz, na verdade, pela proporcionalidade, decide aquilo que o legislador não ponderou, não criou regra que considerasse os interesses postos em jogo*”. (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. São Paulo: Ed. Método, 2009, p. 106).

No decorrer da obra, Eduardo Ribeiro Moreira¹⁹⁶ aponta para uma nova visão acerca do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, isto é, de que estes devem ser observados não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também nas relações indivíduo-indivíduo, entre particulares.

O Supremo Tribunal Federal aplicou a *teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*, o que fez quando do julgamento do RE 201819/RJ, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, julgado em 11.10.2005, entendendo pela aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas, no caso, entre associação e associado, o qual fora excluído da agremiação, sem que fossem assegurados os direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Além disto, o autor tece algumas críticas em relação à Lei Federal 10.406/02 (Código Civil), diploma legislativo este que teria poucas cláusulas gerais abertas, situação que ensinaria maior dificuldade em relação à proteção dos direitos fundamentais. Também sustenta a necessidade de aplicação direta dos princípios constitucionais no âmbito das relações privadas.

O fenômeno da derrotabilidade ganha relevo novamente neste contexto, uma vez que é admissível ao juiz derrotar uma regra jurídica válida e eficaz, em favor dos princípios constitucionais.

Ao explicitar a possibilidade de controle das políticas públicas, Eduardo Ribeiro Moreira¹⁹⁷ afirma que a sobreinterpretação constitucional é refletida em todo ato legislativo estatal, o qual advém efetivamente de um dispositivo constitucional, originando o que se denominou de constitucionalização do direito.

No que tange às políticas públicas, há uma peculiaridade específica, pois conforme o autor, estas poderiam ser ponderadas com outras políticas públicas, bem como em relação aos direitos fundamentais. E neste ponto, o juiz pode adentrar no mérito das escolhas públicas e determinar que a política seja implementada pelo Poder Executivo, como forma de se compatibilizar com o anseio constitucional¹⁹⁸.

¹⁹⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. São Paulo: Ed. Método, 2009. p. 111-127.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 129-147.

¹⁹⁸ Eduardo Ribeiro Moreira, ao sustentar que o Poder Judiciário deve interferir nas políticas públicas para se adequarem aos princípios constitucionais sustenta que “*O critério de pretensão de correção age, concretamente, exigindo-se do administrador que adapte as opções públicas à vontade constitucional, traduzida por princípios e objetivos que são formados pelo direito e presentes na Constituição. A conclusão a que se chega, ao adotar essa percepção, é de que tanto as omissões como as ações do poder público, na execução das políticas públicas, são controláveis pelo Poder Judiciário.*” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. São Paulo: Ed. Método, 2009, p. 137).

Diferente dos fundamentos filosóficos defendidos por Eduardo Ribeiro Moreira, o autor Luís Roberto Barroso apresentou no ano de 2007, artigo intitulado “*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*”, estudado amplamente pelos adeptos da teoria neoconstitucionalista.

O artigo se inicia sustentando três importantes marcos que denotam as modificações visualizadas no direito constitucional nos últimos tempos. O primeiro deles consiste no marco histórico, atrelado ao constitucionalismo do pós-guerra, especialmente através das experiências vivenciadas na 2ª Guerra Mundial, nos territórios alemão e italiano.

Num momento subsequente, destaca o marco filosófico, em que o pós-positivismo ganha relevo, através da convergência entre o direito e a ética, inaugurando uma nova forma de interpretação da ciência do Direito. E, por fim, o marco teórico, consubstanciado na ampliação e efetividade da jurisdição constitucional e no que denominou de constitucionalização do direito, através do surgimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Vejamos as considerações do autor:¹⁹⁹

Em suma: o Neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida identifica um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação do direito e da ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional que resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do direito.

Ao assinalar que a força da Constituição é normativa, Barroso afirma que as disposições do texto possuem uma natureza vinculante, são dotadas de aplicabilidade direta e imediata e dotadas de caráter imperativo.

No que tange a ampliação do exercício da jurisdição constitucional, este fenômeno pode ser observado após a década de 1950, por intermédio da implementação do mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade alemão, realizado perante a Tribunal Constitucional, a qual exerce papel de guardião da Constituição e possui o poder de declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei em tese.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Iures, 2007. p. 216.

Ao prosseguir no artigo e explicar o que consistiria a nova dogmática constitucional, destaca o autor que as modalidades tradicionais para o exercício da interpretação da ciência do Direito já não eram mais suficientes para atribuir a concretização que o texto constitucional necessita.

A mera interpretação do texto normativo já não consegue mais resolver o problema envolvido no caso concreto e o juiz precisa se tornar protagonista, juntamente com o legislador para realizar as respectivas valorações das cláusulas abertas e dar ao caso concreto a melhor solução.

E o juiz se torna protagonista, pois o ordenamento jurídico prevê em seus corpos legislativos diversas cláusulas abertas, princípios gerais de direito, originando fenômenos como a ponderação, colisão de normas constitucionais, dentre outros.

Uma vez que há maior grau de abstração de tais preceitos, fácil depreender a possibilidade de frequentes colisões entre normas inseridas no texto constitucional. Aí que se torna necessário utilizar o instrumento da ponderação²⁰⁰ para resolver situações delicadas, envolvendo o choque entre direitos fundamentais de similar e equivalente importância. O papel do juiz, nessa situação, consiste em fundamentar precisamente o pronunciamento judicial a ser prolatado no caso concreto, já que se amplia o grau de subjetivismo do magistrado.

Essa preocupação, inclusive, é expressada no artigo 489, §1º do Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105/15)²⁰¹, em que se prevêem diversas hipóteses em que a decisão do juiz não se considera fundamentada.

O texto constitucional, na visão de Luís Roberto Barroso²⁰², teria não apenas a função de conduzir as condutas praticadas no seio da sociedade, mas também de fixar uma barreira de proteção na autonomia privada e no domínio estatal.

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Iures, 2007. p. 214-215.

²⁰¹ Artigo 489, §1º, Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105/15) - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 227 et seq.

Daí a ideia da constitucionalização do direito, a qual traz em sua essência que toda a ordem jurídica infraconstitucional deve ser analisada sob a ótica da constituição. O texto constitucional exerce uma função direta na interpretação da ciência do Direito.

Importante ainda salientar que Luís Roberto Barroso apresenta uma importante característica verificada recentemente no Brasil, versando sobre a judicialização das controvérsias sociais, com a evidente ascensão de atuação do Poder Judiciário. Os magistrados, atualmente, não mais exercem a função de simplesmente solucionar os casos concretos, com a mera aplicação do texto legal, através do exercício da técnica de subsunção.

A atuação agora, muito mais do que dotada de um aspecto legalista, possui um caráter político. Neste sentido, são importantes as ponderações de Ingo Wolfgang Sarlet.²⁰³

Com efeito, não é demais lembrar que a Constituição de 1988, na esteira da evolução constitucional pátria desde a Proclamação da República e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos. Igualmente – de acordo com expressa dicção do artigo 5º, § 2º, da nossa Carta Magna – foi chancelada a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados.

É comum se verificar os tribunais como verdadeiro palco na discussão de questões sociais e políticas, especialmente nas controvérsias relacionadas às políticas públicas e direitos fundamentais. Na visão de Luís Roberto Barroso, o Poder Judiciário tem à sua disposição melhores condições para decidir tais questões²⁰⁴.

Neste ponto, importante não esquecer as ponderações de Mauro Cappelletti²⁰⁵ abordando acerca da necessidade de um Poder Judiciário contemporâneo, diverso das concepções tradicionais:

a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os Tribunais (...) não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 102-103.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Iures, 2007. p. 244.

²⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999. p. 47.

tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, torna-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

A corrente filosófica proposta por Luís Roberto Barroso, portanto, sustenta que o neoconstitucionalismo traz a ideia de supremacia ao texto constitucional, o qual não apenas exerce a função de orientar o ordenamento jurídico infraconstitucional, mas principalmente as condutas vivenciadas em sociedade. Todas as pessoas e entes devem verificar se, na aplicação do texto normativo, há adequação para com os valores constitucionalmente protegidos.

Na hipótese de eventual colisão entre os princípios gerais, dotados de amplo grau de abstração, há de se utilizar a técnica da ponderação, primada pelos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade.

5 CRÍTICAS ÀS VERTENTES DO PENSAMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA

Interessante posição a respeito do tema foi apresentada por Daniel Sarmento²⁰⁶. Sustenta o autor que, sob uma ótica, a teoria neoconstitucionalista surge como importante método de interpretação do direito constitucional. Todavia, em outra vertente, aponta relevantes preocupações, não apenas com relação ao maior grau de subjetivismo do magistrado para decidir os casos concretos, mas também na priorização dos princípios gerais de direito em detrimento das regras ou ainda da prevalência da técnica de ponderação, em prejuízo da subsunção.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, sobreveio uma premente necessidade de nova interpretação do direito constitucional. Isto porque, ainda que as anteriores constituições assegurassem previsão expressa de garantias fundamentais, a sua real proteção somente seria possível por intermédio de atuações concretas do Poder Executivo, situação que, em muitas situações, não ocorriam.

O regime de ditadura militar influenciava os atos realizados pelo Poder Executivo e, inclusive, na liberdade de decidir do Supremo Tribunal Federal, guardião da constituição.

Iniciada esta nova fase, o entendimento doutrinário passou a sustentar que o texto constitucional possui real força normativa, tendo como principal efeito a natureza de irradiar seus valores para todos os demais ramos do direito infraconstitucional.

É nesse momento que surge o fenômeno da constitucionalização do direito, incorporada pelo Supremo Tribunal Federal, circunstância esta que permite a aplicação e observância das normas constitucionais tanto para solucionar conflitos relevantes como também de pequenos casos.

Na visão de Daniel Sarmento, os princípios gerais de direito, bem como as normas programáticas e os direitos fundamentais constituem o ponto chave para concretizar a interpretação das normas infraconstitucionais.

Alguns ramos do direito, antigamente visualizados unicamente como fontes do direito privado, são vistos agora também sob a ótica do direito constitucional, o que possibilitou um real e concreto progresso do direito como um todo.

Podemos visualizar esse aspecto com o julgamento realizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal no ano de 2005 (RE 201.819/RJ), em que foi Ministro Relator

²⁰⁶ Daniel Sarmento publicou dois artigos, o primeiro intitulado *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda* e o segundo *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade*, em que demonstra as preocupações com a utilização desenfreada da teoria neoconstitucionalista.

Gilmar Mendes. Neste caso, a discussão envolvia a exclusão de um associado (Sr. Arthur Rodrigues Villarinho) da associação União Brasileira de Compositores, sem que lhe fosse concedida oportunidade de apresentar defesa ou exercer as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O Ministro Gilmar Mendes reconheceu que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Atualmente, no âmbito das associações, a exclusão do associado somente é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure o direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

A previsão se encontra na redação do artigo 57 do Código Civil, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Federal 11.127/2005²⁰⁷. Essa decisão demonstra que o Supremo Tribunal Federal acolheu a interpretação de que o texto constitucional possui real força normativa e que os princípios e garantias constitucionais devem ser observadas tanto nas relações públicas, como também nas relações privadas, ou seja, verdadeiro efeito irradiante dos direitos fundamentais.

Ainda que reconheça o caráter humanista presente no neoconstitucionalismo, em que o Poder Judiciário passa a atuar de maneira progressista para assegurar efetivamente a proteção dos direitos fundamentais, Daniel Sarmento²⁰⁸ salienta que uma interpretação desenfreada desta teoria pode acarretar aspectos prejudiciais no regime democrático.

A partir do momento em que os princípios constitucionais, dotados de amplo grau de abstração, invadem a esfera de outros ramos do direito, a interpretação destes pode ser utilizada de forma benéfica ou prejudicial. É por esta razão que o autor propõe um método específico que estabelece uma barreira para o exercício da jurisdição constitucional.

²⁰⁷ Artigo 57, Código Civil – A exclusão de associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

²⁰⁸ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009. p. 140-141.

O primeiro ponto sustentado pelo autor consiste na necessidade de se atribuir maior transparência em relação a atuação do Poder Judiciário e que as decisões não sejam dotadas de um caráter subjetivista, decorrentes de *caprichos e predileções*²⁰⁹ dos magistrados.

Além disto, defende a necessidade de uma ampliação na atuação do *amicus curiae* e da maior realização de audiências públicas pelos órgãos do Poder Judiciário, o que foi concretizado com a edição da Lei 13.105/15, notadamente no artigo 138²¹⁰. Defende, ao mesmo tempo, que os magistrados precisam buscar uma posição de respeito e moderação diante das posturas adotadas pelos demais poderes.

A fim de que o mero subjetivismo não prevaleça, a decisão do magistrado deve ser dotada de racionalidade prática e argumentação jurídica. Parte o juiz da premissa de que as partes são iguais e livres e, assim, o processo será decidido com base nas provas e elementos mais substanciais produzidos no decorrer da lide.

O importante aqui é que a decisão judicial seja prolatada não apenas como forma de solucionar o conflito de interesses envolvido no caso concreto, mas também como forma de demonstrar para a sociedade em geral, os fundamentos de fato e de direito utilizados pelo julgador para equalizar a situação inserida no conflito.

O autor ainda posiciona que as regras não merecem ser esquecidas em detrimento dos princípios e cláusulas gerais. Esse parece consistir no principal receio da teoria neoconstitucionalista e sua prejudicial aplicabilidade. Isto porque, as regras, que já prevêm as situações de aplicação e potenciais sanções jurídicas, só podem ser afastadas de forma manifestamente justificada e fundamentada pelo julgador. Apenas desta forma o ordenamento jurídico será eficiente e dotado de plena segurança jurídica para a sociedade em geral.

Ao criticar a forma do pensamento neoconstitucionalista, Jorge Octávio Lavocat Galvão²¹¹ afirma que:

Essa concepção jurídica, entretanto, não se mostra moralmente atrativa. Em primeiro lugar, por desrespeitar os acordos intersubjetivamente firmados pela sociedade personificada por meio de decisões judiciais que carecem de legitimidade democrática. Como se verá nos capítulos seguintes, há uma moralidade intrínseca na dimensão de adequação consubstanciada no ideal político do Estado de Direito que é

²⁰⁹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009. p. 138-139.

²¹⁰ Artigo 138, Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105/15) - O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

²¹¹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Editora Saraiva. 2014. p 115.

enfraquecido com esse uso instrumental da jurisdição constitucional. Em segundo lugar, por transformar o Poder Judiciário em potencial violador de direitos, ao invés de guardião destes. Explica-se: ao adotar uma política pública de redistribuição de renda pela via judicial, está-se admitindo a relativização dos direitos de alguns membros da sociedade em favor de outros. A ponderação de valores, técnica interpretativa venerada pelos neoconstitucionalistas, revela bem as inconsistências do Neoconstitucionalismo.

No momento em que se delega aos julgadores a incumbência de concretizar mudanças na sociedade, em verdadeira substituição das funções legitimamente inseridas no texto constitucional, nos parece que os neoconstitucionalistas aceitam a possibilidade de um maior decisionismo praticado no âmbito do Poder Judiciário.

5.1 O fenômeno da ponderação na teoria neoconstitucionalista

Aos autores que introduziram o neoconstitucionalismo, é usual apresentarem como elemento característico a técnica da ponderação como mecanismo de interpretação a ser utilizado pelos operadores do direito, a fim de se trazer maior efetividade na aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nesta linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso²¹² destaca que “*a existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, (...) leva à necessidade de ponderação*”. E complementa, salientado que na ponderação, o intérprete “*(i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional*”.

Na visão de Antônio Cavalcanti Maia²¹³, os juízes precisam se tornar filósofos para decidirem os denominados casos difíceis, o que é possível através da conjugação de racionalidade teleológica e utilização do método lógico-dedutivo na aplicação das normas.

No exercício do juízo de ponderação, é importante assinalar que servirão de critérios de interpretação os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade²¹⁴. Conforme

²¹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Iures, 2007. p. 215.

²¹³ MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. p. 221.

²¹⁴ Na linha do que sustenta Humberto Ávila, a proporcionalidade, a razoabilidade e a ponderação consistem em postulados normativos, os quais não são coincidentes. Conforme se verá a seguir e segundo a concepção que será adotada nesta dissertação, o instituto da proporcionalidade será tratado como um princípio, uma vez que no pensamento neoconstitucional, devido a amplitude concedida às normas constitucionais, as situações conflitantes passam a ser solucionadas através da ponderação, de modo que a proporcionalidade e a razoabilidade são

o entender de Virgílio Afonso da Silva²¹⁵, a proporcionalidade possui uma estrutura definida, composta de três preceitos distintos, ou seja, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A razoabilidade está relacionada com a compatibilidade entre meios e fins.

Assinala o autor que “*a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais*”²¹⁶.

José Roberto Pimenta Oliveira²¹⁷ retrata que o elemento da adequação há de se mostrar razoável e justificável, através de um juízo de valorização *ex ante* da medida. Comprova-se abstratamente a possibilidade de se atingir a finalidade pretendida com o advento do ato estatal. No primeiro momento, para análise do prognóstico da adequação, não se mostraria imprescindível realizar concretamente o ato, mas surge a necessidade de que, numa primeira análise, a medida seja factível de concretizar a finalidade almejada.

O fenômeno da ponderação, na visão do constitucionalismo, revela-se como importante instrumento aceito pela doutrina e pela jurisprudência, o qual permite um acentuado nível de liberdade ao operador, a fim de interpretar o ordenamento normativo disponível, de acordo com os valores e preceitos previstos na constituição.

Permite-se uma releitura pelo intérprete, a fim de melhor adequar o contexto normativo à vontade constitucional. No momento em que a teoria neoconstitucionalista defende que a constituição é integrada essencialmente por princípios, aceita implicitamente que, para um específico caso concreto, poderão ser adotadas algumas soluções concorrentes de igual razoabilidade.

A teoria neoconstitucionalista objetiva trazer um maior foco na solução prática do caso concreto, com a efetivação da pretendida justiça substantiva. O anseio jurídico do neoconstitucionalismo é compreendido pela vontade prática de se solucionar o caso concreto e utilizar do fenômeno da ponderação para alcançar a justiça social através de uma decisão do Poder Judiciário.

invocados como o próprio parâmetro de controle. (Ávila, Humberto. Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008)

²¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais. n.º. 798, p. 23-50, 2002. p. 45.

²¹⁶ Ibidem, p. 43.

²¹⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 51.

Ana Paula de Barcellos²¹⁸, aprofundando o tema referente a ponderação e os fundamentos invocados pela doutrina norte-americana do *balancing*, retrata que esta consiste na “*técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*”.

No mesmo sentido, com relação a amplitude do instituto da ponderação, Paulo Gonet Branco²¹⁹ afirma que “*quanto mais abertura a textura normativa do ramo jurídico considerado, maior haverá o espaço para o confronto de teses igualmente razoáveis*”.

O entendimento doutrinário neoconstitucionalista, tal como já demonstrado no decorrer da presente dissertação, sustenta que o caso *Brown v. Board of Education*, julgado pela Suprema Corte norte-americana foi o precursor da ideologia incorporada no neoconstitucionalismo.

Todavia, nos parece que neste caso inexistiu o exercício da técnica da ponderação, mas sim novo exercício de interpretação acerca da décima quarta emenda constitucional, a qual concretizou o princípio da igualdade entre todos os indivíduos, o que encerrou a segregação racial no interior dos estabelecimentos públicos de ensino norte-americanos.

Nesta linha de pensamento, Ronald Dworkin²²⁰ afirma que quando os valores estão precisamente definidos, inexistente a possibilidade de choque ou colisão. Afirma o autor que o operador deve concentrar seus esforços em definir precisamente o que é e qual o âmbito de extensão daquele determinado valor.

A partir do momento em que for realizado este trabalho, o suposto conflito de valores consiste em pura ilusão²²¹. Na visão do autor, uma vez que inexistente possibilidade de regime de concorrência dos princípios com outros valores e que há sempre uma única solução para o conflito de interesses, até mesmo para os casos difíceis, somente haveria um único princípio a ser aplicado ao caso concreto.

Nesta mesma linha de pensamento, Willis Santiago Guerra Filho²²² invoca o que intitula de *sopesamento* (*Abwägung*), devendo se eleger o princípio mais adequado na hipótese de eventual colisão entre eles:

²¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

²¹⁹ BRANCO, Paulo. Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. Do Values Conflict? A Hedhog's Approach. *Arizona Law Review*, vol. 43, n.º. 2, p. 251-259, 2001. p. 259.

²²¹ *Ibidem*, p. 260.

²²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 129.

enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resulta apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro.

A fim de melhor ilustrar essa discussão, no momento em que o Supremo Tribunal Federal decidiu na ADI 4815/DF (Rel. Min. Cármen Lúcia) que é inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente à publicação de obras biográficas literárias ou audiovisuais, nos parece que o princípio da liberdade de expressão foi aplicado em um nível total de intensidade, retirando, por consequência, a eficácia normativa do princípio da intimidade.

De igual modo ocorre no momento em que duas regras jurídicas são dotadas de aplicabilidade, ou seja, uma irá prevalecer em prejuízo da outra remanescente, sem que tal mecanismo determine a exclusão de quaisquer delas junto ao ordenamento jurídico. O mecanismo da ponderação, portanto, característica intrínseca dos adeptos da teoria neoconstitucionalista, constitui uma verdadeira opção do intérprete.

Voltando sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como critérios de interpretação no exercício do juízo de ponderação, importante analisarmos as duas escolas clássicas que introduziram o tema.

A primeira escola desenvolveu o estudo da proporcionalidade e surgiu na Alemanha no século XVIII, objetivando primordialmente trazer proteção ao indivíduo, em decorrência das abusividades cometidas pelo Estado. Ao explicitarem precisamente esta questão, Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²²³ assinalam que:

Originário do direito administrativo prussiano, o princípio da proporcionalidade, na sua forma inicial e até hoje reconhecida (embora reconstruída ao longo do tempo), guarda íntima vinculação com a ideia de controle dos atos do Poder Público, buscando precisamente coibir excessos de intervenção na esfera dos direitos dos cidadãos.

Diante desta situação, podemos constatar que o Estado, caso tivesse interesse em intervir nas relações construídas pelos cidadãos, sobretudo na seara particular, deveria escolher o método menos oneroso.

Surgido no campo do direito administrativo, o princípio da proporcionalidade foi aplicado em diversas oportunidades, especialmente nos tribunais administrativos germânicos

²²³ SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 212.

durante o século XIX, oportunidade em que estes declaravam a nulidade de políticas públicas realizadas pelo governo. É possível identificar, neste contexto, que antes mesmo de eclodirem as duas Guerras Mundiais, o princípio da proporcionalidade já era observado como forma de limitar o poder estatal em benefício dos cidadãos, evitando a ocorrência de abusos.

Foi com o surgimento da Lei Fundamental Alemã, logo após o encerramento da 2ª Guerra Mundial, precisamente no ano de 1949, que a Alemanha inovou na época e introduziu na carta constitucional rol de direitos fundamentais, com a respectiva criação da Corte Constitucional alemã.

Assim, os cidadãos detinham um órgão permanente, dotado de função jurisdicional, para o fim de assegurar qualquer violação aos direitos previstos diretamente no texto constitucional. E uma vez que o princípio da proporcionalidade já era observado no campo dos tribunais administrativos, elevou-se a garantia ao nível constitucional.

Ainda seguindo nesta seara, Virgílio Afonso da Silva²²⁴ ensina que no âmbito dos tribunais administrativos, o órgão detinha a competência para verificar se a política governamental era adequada e se o fim pretendido pelo Estado não poderia ser atingido de outro modo (compatibilização entre os meios e os fins).

A Corte Constitucional alemã foi além e introduziu no caso *Apothekenurteil*, no ano de 1958, a tese da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste no balanceamento entre o nível de restrição ao direito fundamental e o interesse que colide com este.

Nesta linha de raciocínio, Willis Santiago Guerra Filho²²⁵, ao afirmar que a aplicação do princípio da proporcionalidade especificamente no campo do direito constitucional se deveu em grande parte em razão da atuação do Tribunal Constitucional Alemão;

a transposição do princípio da proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional, de onde pode vir a ser identificado nos mais diversos setores do direito, se deve em grande parte ao posicionamento assumido em relação a isso pelo Tribunal Constitucional, na Alemanha Ocidental do segundo pós-guerra, daí irradiando-se para diversos outros países, de grande tradição jurídica.

Ainda que determinada política pública tenha sido legitimamente introduzida na sociedade, com a observância de todos os requisitos formais previstos na época, caso esta viole direitos fundamentais assegurados ao cidadão em tal nível que supere ao interesse envolvido na situação, a Corte Constitucional alemã poderia declarar a inconstitucionalidade

²²⁴ SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais. n°. 798, p. 23-50, 2002. p. 34-41.

²²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da Ciência Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 134.

da norma. Com o surgimento da tese da proporcionalidade em sentido estrito, inaugurou-se um novo método interpretativo²²⁶.

Em vista destas considerações, podemos afirmar que o princípio da proporcionalidade no território alemão surgiu no campo dos tribunais administrativos, como forma de limitar o poder estatal em benefício dos cidadãos, já que a carta constitucional não detinha o rol específico de direitos fundamentais.

Os tribunais administrativos analisavam os meios e os fins utilizados pelo Estado para introduzirem determinadas políticas. Finalmente, após o julgamento do caso *Apothekenurteil*, introduziu-se a figura da proporcionalidade em sentido estrito como verdadeiro método formal de ponderação entre interesses opostos.

Fazendo um paralelo do princípio da proporcionalidade, o processo constitucional e a tutela dos direitos fundamentais Willis Santiago Guerra Filho²²⁷ destaca que:

o processo constitucional, portanto, será aquela forma processual própria para a tutela de direitos fundamentais, sendo este o seu objeto, seja imediato, quando for a ordem jurídica subjetiva aquela ameaçada ou violada, seja mediato, quando a necessidade de proteção seja a ordem jurídica constitucional objetiva, cuja violação ameaça igualmente o núcleo essencial desta mesma ordem, em sendo aquela de um Estado Democrático de Direito, por resultante dos direitos e garantias fundamentais por ela consagrados.

A segunda escola desenvolveu o estudo da razoabilidade (*balancing*) nos Estados Unidos da América. O instituto surgiu em um contexto diverso, pois como vimos acima, a finalidade da proporcionalidade no território alemão consistia em limitar o poder do Estado frente ao cidadão, já que o texto constitucional não era dotado de rol de direitos fundamentais.

No território americano, no entanto, o *balancing* foi desenvolvido como forma de limitar o alcance dos preceitos constitucionais que asseguravam direitos aos cidadãos, em visão claramente cética quanto ao exercício da jurisdição constitucional.

O desenvolvimento da ideologia norte-americana do *balancing* ocorreu com o realismo jurídico (Era Lochner), em que a Suprema Corte houve por bem em declarar a inconstitucionalidade de leis validamente editadas pelo parlamento, as quais detinham conotação social, em benefício da coletividade, tais como, fixação de jornadas máximas de trabalho aos cidadãos ou ainda salários mínimos para algumas categorias profissionais.

²²⁶ COHEN-ELYIA, Moshe; PORAT, Iddo. *American balancing and German proportionality: The historical origins*. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 2, p. 263-286, abril de 2010.

²²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 30.

Foi neste contexto que a utilização da técnica da ponderação foi utilizada pelos juízes da Suprema Corte norte-americana para decidirem os respectivos casos concretos.

A título de ilustração, importante invocar mais um precedente norte-americano. No caso *Dennis v. United States* (1951), alguns integrantes do Partido Comunista norte-americano foram julgados e condenados pela prática do crime de conspiração, previsto regularmente no *Smith Act*, pois expressaram ideais marxistas como ideal político.

Ainda que a defesa tivesse argumentado que os discursos políticos seriam protegidos pela liberdade de expressão, conforme prevê a Primeira Emenda norte-americana, a Suprema Corte manteve a condenação dos réus.

O fundamento da decisão consistiu na ponderação realizada pelos juízes, sopesando a garantia da liberdade de expressão e a integridade da segurança nacional, oportunidade em que julgou favorável ao segundo preceito. Na sociedade americana, em que a liberdade de expressão constitui cânone da sociedade, o caso *Dennis v. United States* foi considerado um exemplo não ideal quanto ao exercício da interpretação constitucional.

Diante destas considerações e das ideologias aplicadas na proporcionalidade alemã e no *balancing* norte-americano, nos parece mais adequado afirmar que a teoria neoconstitucionalista possui equivalências com a posição norte-americana.

A ponderação defendida pela teoria neoconstitucionalista brasileira incide em um ordenamento jurídico que já constitucionalizou expressamente os direitos fundamentais. O fenômeno da proporcionalidade surgiu, inicialmente, para proteger direitos em um sistema jurídico que não os assegurava expressamente, como na Alemanha.

O neoconstitucionalismo, ao reduzir direitos a valores e interesses, permite que o grau de liberdade de decisão dos juízes se eleve, em prejuízo aos textos legislativos plenamente vigentes. Esta situação permite uma situação de delicada discricionariedade. Os direitos fundamentais passam a ter uma natureza de fluidez e contingência.

Assim, de se questionar se o mecanismo da ponderação consistiria em uma postura natural a ser banalizada, concretizado subjetivamente na mente do operador, ainda que não deixe expresso claramente na decisão.

A teoria neoconstitucionalista utiliza o mecanismo da ponderação como simples método hermenêutico. Situação manifestamente distinta consiste em uma decisão judicial legitimamente proferida, a qual objetiva atribuir apenas uma e única resposta correta ao caso, baseada no princípio que expressa a ordem de prioridade dos valores já estabelecidos por intermédio dos compromissos institucionais validamente definidos e reconhecidos na sociedade.

Daí que surgem algumas críticas em relação a escola neoconstitucionalista. Defendem os críticos que o decisionismo que a teoria neoconstitucionalista chancela admite que os magistrados, no exercício da ponderação, utilizem de quaisquer argumentos para avaliar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos do poder público. Tal circunstância romperia o liame existente entre a função judicial e a legislativa, aumentando, por consequência, o papel do Poder Judiciário na vida política da sociedade. Permitiria que os tribunais alterassem os compromissos institucionais validamente concretizados pelo parlamento, sem que fosse estabelecida uma ordem de prioridade entre os valores.

Ao reduzir os preceitos constitucionais a valores que possuem igual medida de peso, estes poderiam ser sopesados livremente pelo intérprete.

Nas duas vertentes apresentadas no neoconstitucionalismo (constitucionalização do direito e máxima efetividade das normas constitucionais), todas as situações jurídicas se transformariam em controvérsias constitucionais e admitiriam a ponderação entre todas as justificações inseridas no texto constitucional.

O conceito de autoridade do Direito tornar-se-ia líquido. As normas jurídicas e os precedentes dos tribunais poderiam estar em constante enfrentamento.

O texto constitucional é repleto de normas que exteriorizam valores. Ao permitir a utilização da ponderação como regra para solucionar eventual conflito de interesses, os postulados da razoabilidade e proporcionalidade constituiriam o parâmetro central para o exercício do controle de constitucionalidade.

Nesta perspectiva, partindo da premissa de que todo caso concreto é constitucional e que sempre existem valores em discussão, os postulados da razoabilidade e proporcionalidade seriam as figuras centrais para a solução dos conflitos na visão defendida pela teoria neoconstitucionalista.

O Poder Judiciário, portanto, dentro da perspectiva neoconstitucional, realiza verdadeiro julgamento acerca das escolhas concretizadas pelo legislador, exercendo um juízo de razoabilidade e proporcionalidade dos atos emanados do parlamento.

A título de ilustração, podemos citar o julgamento realizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (ADI n. 4467), em que estava em discussão dispositivos legais inseridos na Lei Federal n. 9.504/97, que exigiam a apresentação de título eleitoral e documento de identidade para que fosse possível exercer o direito de voto nas eleições.

Na análise dos votos, permite-se identificar que a aludida exigência foi afastada, com fundamento no princípio da razoabilidade, o qual não se encontra descrito no texto da Constituição Federal de 1988.

Nesta linha de discussão, nos parece possível afirmar que as regras podem ser ponderadas, não apenas com base em seus motivos subjacentes, mas também em relação aos valores inseridos no texto constitucional. Ao negar vigência a referidos valores, é possível derrotar as regras, conforme expressão trazida por Eduardo Ribeiro Moreira²²⁸, envolvendo o instituto da derrotabilidade. Este posicionamento, inclusive, parece ter sido adotado quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 630.147 pelo Supremo Tribunal Federal, em que o artigo 16 da Constituição Federal de 1988 foi afastado, a fim de que as regras inseridas na Lei Complementar n. 135/2010²²⁹ não fossem observadas para as Eleições 2010.

Não podemos nos esquecer ainda que, em determinadas situações, as regras deixarão de ser aplicadas, não em virtude de serem incompatíveis com o texto constitucional, tal como ocorre com o fenômeno da derrotabilidade acima explanado, mas porque a regra é incoerente com o objeto próprio da norma.

Diante de todas as colocações até aqui descritas, podemos apontar alguns elementos de tensão existentes entre o fenômeno da ponderação e a teoria neoconstitucionalista.

Numa primeira perspectiva, identifica-se que a proporcionalidade constitui o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade, em havendo choque entre valores constitucionais, colocando o Poder Judiciário na situação de órgão ativo na transformação da sociedade.

A própria utilização da proporcionalidade como argumento jurídico exterioriza uma linha de pensamento adequada a teoria neoconstitucionalista.

Além disto, ainda que o ordenamento jurídico seja repleto de normas jurídicas dotadas de complexidade, muitas vezes contraditórias entre si, o intérprete buscará sempre a resposta ideal e única para solucionar o conflito de interesses. Tal postura mantém com os órgãos políticos a escolha das situações a serem regulamentadas por lei dentro de uma determinada comunidade.

O presente tópico, portanto, objetivou explicar como se concretiza a técnica da ponderação dentro da vertente neoconstitucionalista e as críticas que foram desenvolvidas, as quais apresentam preocupações em se admitir que os princípios da razoabilidade e

²²⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. São Paulo: Ed. Método, 2009. p. 88-91.

²²⁹ A Lei Complementar n. 135/2010, também conhecida como Lei da Ficha Limpa, alterou dispositivos inseridos na Lei Complementar n. 64/1990, a qual estabelece, conforme o §5º do artigo 14 da Constituição Federal, hipóteses de inelegibilidade e prazos de cessação que objetivam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

proporcionalidade sejam utilizados como critérios para se afastar com frequência regras aprovadas legitimamente pelo Poder Legislativo.

6 A DIVERGÊNCIA DE OPINIÕES E O ESTADO DE DIREITO

Ainda que a presente dissertação objetive apresentar a construção científica do pensamento constitucional no Brasil e o advento das teorias neoconstitucionalistas, ao analisarmos as críticas que foram desenvolvidas a esta escola de pensamento, identificamos algumas preocupações desenvolvidas por alguns autores.

Jorge Octávio Lavocat Galvão²³⁰ alerta sobre os riscos em se deixar ao arbítrio exclusivo do magistrado o poder de decidir os casos concretos, baseados unicamente em princípios, afastando-se as regras validamente editadas pelo Poder Legislativo.

O critério subjetivo, aponta tal crítica doutrinária, é perigoso, especialmente em uma sociedade em que a divergência de opiniões dos indivíduos é frequente, o que abrange também a parcela dos magistrados.

Neste ponto específico, envolvendo a divergência de opiniões em relação a temas diversos, concentramos nossa atenção nas lições apresentadas por Jeremy Waldron²³¹. É comum nas sociedades contemporâneas existir divergência de entendimentos sobre os mais variados tipos de assuntos.

A título de ilustração recente, foi objeto de intensos debates a redução ou não da maioria penal de 18 para 16 anos, através da aprovação de Proposta de Emenda Constitucional (PEC 171/1993) pela Câmara dos Deputados, a qual ainda não se concluiu.

Outra questão polêmica consiste na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em data de 20 de agosto de 2015, em que o ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral reconhecida, votou pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que define como crime a porte de drogas para uso pessoal, já acompanhado por alguns ministros da Suprema Corte.

Referidos órgãos políticos, caso adotem a postura de reduzir a maioria penal ou descriminalizar o porte pessoal de drogas para consumo próprio desagradará certa parte

²³⁰ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Editora Saraiva. 2014. p. 98.

²³¹ Jeremy Waldron expõe com precisão o nível de desacordo existente na sociedade americana, cujas características são similares às existentes em qualquer outra sociedade, notadamente quando afirma: “*We disagree about what we owe each other in the way of tolerance, forbearance, respect, co-operation, and mutual aid. Liberals disagree with conservatives; socialists disagree with market economists; the party of freedom disagrees with the party of community and both disagree with the party of equality; feminists disagree with those who want the government to stand up for ‘family values’; last-ditch defenders of the welfare state disagree with triumphant opponents of taxation; and pragmatics and utilitarians disagree with those who think the task of law is to vindicate the claims of order, retribution, and desert*”. (WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford University Press, 1999, p. 1)

dos cidadãos. Tal como nos ensina John Rawls²³², inexistente a figura da denominada *doutrina abrangente*, a qual possa uniformizar o entendimento de determinados assuntos sobre todas as pessoas que vivem em uma comunidade.

Sempre existirá o desacordo entre os indivíduos. Ainda assim, dentro do âmbito de uma sociedade coletiva, deverão ser adotadas certas decisões ou atos políticos que, mesmo que gerem discordância por parte de alguns indivíduos, deverão ser observadas pelos membros da população.

Na hipótese de existir um dissenso generalizado, circunstância que Jeremy Waldron²³³ denomina de *circunstâncias de política*, há de se estabelecer um procedimento decisório por intermédio do qual a sociedade e os indivíduos não se sentirão desrespeitados caso as opiniões pessoais não prevaleçam em detrimento das demais. Tal como assinala Jeremy Waldron:²³⁴

a discordância não teria importância se as pessoas não preferissem uma decisão comum, e a necessidade de uma decisão comum não daria origem à política como a conhecemos se não houvesse pelo menos o potencial para a discordância quanto à qual deve ser a decisão comum. Nessa exposição, imaginar eliminada a persistência da discordância é como desejar eliminada a escassez em qualquer exposição da justiça distributiva.

Nesta linha de raciocínio, Jeremy Waldron destaca que somente na hipótese de tratamento digno conferido aos cidadãos, será possível incorporar na sociedade um sentimento de legitimidade na tomada de decisões coletivas, ainda que exista posicionamento em sentido contrário a respeito da situação.

O tratamento digno aqui mencionado está relacionado à possibilidade que o indivíduo possui de pensar sobre os reflexos morais de suas decisões a partir do panorama do outro, distinguindo o certo do errado, superando os anseios estritamente pessoais para atingir um sentido coletivo, moralmente aceitável na sociedade.

Somente no momento em que todos os indivíduos de determinada comunidade reconhecem serem dignos de respeito, inaugura-se a ideia de respeito mútuo e a legitimidade de decisões tomadas coletivamente.

Jorge Octávio Lavocat Galvão²³⁵ discorda da postura em se adotar como ideia geral que a edição de leis pelo Congresso Nacional não deteria o grau mínimo de proteção aos

²³² RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 19.

²³³ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 102.

²³⁴ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 187.

²³⁵ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. Editora Saraiva. 2014, p. 116.

direitos fundamentais ou ainda que objetivaria única e exclusivamente proteger os interesses da maioria em detrimento de uma minoria.

Algumas leis permanecem em discussão por longos anos perante o Congresso Nacional, a fim de trazer maturidade sobre os temas envolvidos ou acerca dos reais impactos na sociedade. Exemplo disto foi a edição da Lei Federal n. 10.406/02, conhecido como Novo Código Civil, em que o projeto de lei tramitou perante as casas legislativas por mais de 27 anos²³⁶.

Nesta linha de pensamento, não se verifica que a intenção do Congresso Nacional resida apenas em editar leis ou atos normativos dotados de clara e unívoca inconstitucionalidade. Parece sim que a adoção dos mecanismos de controle estava relacionada em dizer qual a concepção de direitos é a mais adequada, inclusive como o método de interpretação conforme a Constituição (art. 28, par. único, Lei Federal n. 9.868/99²³⁷). Todavia, não se poderia adotar como premissa geral que a maioria das leis e atos normativos editados pelo Poder Público deteria natureza inconstitucional.

Nesta linha de raciocínio, importante trazer as considerações de Jeremy Waldron²³⁸ sobre o tema, especialmente quando reflete se o exercício do controle de constitucionalidade nas democracias atuais realmente poderia produzir resultados mais satisfatórios do que o processo político majoritário, notadamente no que concerne a tutela dos direitos fundamentais. Conclui o autor que as respostas não seriam tão fáceis ou automáticas de serem ditas, pois se tivéssemos uma afirmativa categórica neste sentido, esta certamente seria adotada por ampla parte dos modelos políticos contemporâneos.

Não podemos nos esquecer que em regimes democráticos contemporâneos, as assembleias parlamentares se relevam como palco legítimo para a adoção de resultados e perspectivas coletivas.

Também não podemos perder de vista que é no âmbito do Poder Legislativo que os debates prévios para a edição de uma norma são adotados pelos parlamentares, os quais podem durar expressivos anos, como visualizamos no decorrer da presente dissertação em relação a edição de alguns atos normativos.

²³⁶ A memória legislativa e os trâmites para edição do Código Civil são visualizados mediante acesso ao site eletrônico do Senado Federal do Brasil (<http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/>) - 21.12.2015 às 08:17.

²³⁷ Artigo 28, par. único, Lei Federal n. 9.868/99 - A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

²³⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 287-291.

O sistema bicameral, composto de dois órgãos legislativos para a discussão e votação dos projetos de lei (Senado Federal e Câmara dos Deputados) faz com os textos legislativos sejam, no mínimo, anuídos em duas oportunidades distintas antes de serem enviados para a sanção presidencial. Isto ocorre devido a existência de opiniões divergentes sobre os diversos temas propostos, o que apenas favorece a adoção de decisões coletivas. E esta decisão é colocada expressamente em um texto legislativo, cujas palavras foram escolhidas precisamente pelos legisladores para guiar a conduta da sociedade.

Em havendo divergência de opiniões sobre temas diversos, como ocorre presentemente na maioria dos países do mundo, a lei, como resultado de um processo democrático, se apresenta como meio termo para a condução das posturas em sociedade.

A sensação de inconformismo dos indivíduos ocorre quando o conteúdo do texto legislativo é contrário aos seus interesses pessoais e tal sentimento ocorre, pois é perceptível que sobre aquele tema específico não existe consenso geral e que ainda assim a norma deverá ser observada por todos, sem distinção.

Jeremy Waldron²³⁹, ainda que sustente tais conclusões, faz um contraponto específico, notadamente ao criticar o modelo estrutural político da Nova Zelândia, retratando que a existência de um parlamento responsável pela escolha das posturas políticas mais adequadas para se viver em sociedade não exclui a necessidade de existir um Tribunal Constitucional, já que a presença deste órgão, em tese, faz com que os parlamentares reflitam mais expressivamente sobre os textos legislativos, bem como dos impactos da norma no meio social.

Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira²⁴⁰, “*a justiça da aplicação das leis é tão importante quanto a justiça referente a sua produção*”.

Assim, diante destas colocações, além da mera existência de acordos políticos adotados em parlamento legítimo, isto não basta para que o Estado de Direito seja compreendido em sua plenitude.

A justiça deve ocorrer não unicamente no momento de produção e discussão dos textos legislativos pelo parlamento, mas sim em sua efetivação pelo Estado, isto é, assegurar mecanismos efetivos que tragam aplicabilidade ao sentido e alcance da norma, sem que esta seja apenas um punhado de palavras redigidas pelo legislador.

²³⁹ WALDRON, Jeremy. Parliamentary Recklessness: Why we need to legislate more carefully. Auckland: Maxim Institute: 2008.

²⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009. p. 204.

Fazendo um paralelo com o neoconstitucionalismo, não podemos perder de vista a importância envolvendo o processo legislativo de produção das leis e atos normativos pelo Congresso Nacional, especialmente em uma sociedade em que é frequente a divergência de opiniões sobre os mais variados assuntos.

As críticas desenvolvidas sobre a escola neoconstitucionalista demonstram preocupação acerca da maior utilização de princípios em detrimento das regras jurídicas para a solução dos casos concretos, bem como em cancelar o critério subjetivo do julgador no exercício da atividade jurisdicional.

6.1 O choque dos ideais neoconstitucionalistas com o Estado de Direito

No momento em que se edita uma norma jurídica no âmbito de uma sociedade democrática e plural, através de um procedimento legítimo emanado do poder competente, firma-se um cenário de compromisso recíproco entre os indivíduos e o Estado.

O reflexo de tal postura reside no fato de que o Estado não pode modificar unilateralmente esse compromisso mútuo sem a observância de um determinado processo político prévio já estabelecido legalmente e os indivíduos devem respeitar as normas jurídicas editadas, ainda que pessoalmente discordem acerca de seus termos.

A concepção de Estado de Direito já foi assinalada desde o ano de 1780, precisamente na Declaração de Direitos de Massachussets (EUA)²⁴¹, oportunidade em que se afirmou expressamente a necessidade da existência de um governo de leis e não dos homens.

O anseio em se estabelecer um cenário de Estado de Direito em âmbito mundial, inclusive, constitui atualmente um dos programas especiais da Organização das Nações Unidas, (ONU)²⁴² tanto em nível internacional, quanto em nível nacional, a fim de se almejar maior segurança jurídica e institucional frente aos Estados.

A concepção de Estado de Direito, conforme lições de José Joaquim Gomes Canotilho²⁴³ busca base em precedentes históricos, podendo encontrar concepções na França (*Etat légal*), intitulada de ordem jurídica hierárquica, bem como na Alemanha (*Rechtsstaat*), no Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa ou ainda no Inglaterra (*Rule of*

²⁴¹ Artigo 30, Declaração de Massachussets (EUA): “*In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men*”.

²⁴² A finalidade do programa especial de promoção ao respeito ao Estado de Direito da Organização das Nações Unidas está acessível em <https://www.un.org/ruleoflaw/>. Acesso em 04/08/2016 às 16:05.

²⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 93-97

Law), expressando a proeminência de costumes e leis, todos eles com o objetivo de consolidar um cenário de juridicidade estatal.

Na mesma linha de raciocínio, Luigi Ferrajoli²⁴⁴ retrata que este cenário denota o aparecimento do intitulado Estado Legislativo de Direito, o qual possui o condão de ocasionar o “*monopólio estatal da produção jurídica*” e, por consequência, do “*princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido*”.

Dentro de um cenário de Estado de Direito, caso os indivíduos agissem de forma individual, segundo as suas próprias convicções, inexistiria possibilidade de harmonização dos comportamentos devido a pluralidade de opiniões existente.

Numa outra vertente, caso algum indivíduo pudesse fazer prevalecer unilateralmente suas convicções em detrimento dos demais, sem observar os processos políticos majoritários legítimos, inexistiria democracia.

O Estado de Direito se apresenta como um modelo político atrativo, pois garante um cenário coletivo harmônico, ainda que os indivíduos discordem pessoalmente das normas que eventualmente sejam opostas aos seus interesses ou convicções. Um aspecto favorável a este modelo consiste no fato de que os indivíduos considerar-se-ão respeitados ao observarem as normas jurídicas como forma de solução das situações cotidianas, ainda que o resultado não lhe seja totalmente favorável.

Assim como em outros conceitos políticos abstratos, o Estado de Direito não possui uma concepção unívoca, possibilitando alternativas compreensões, dependendo do anseio pretendido pelo autor.

De fato, existem compreensões materiais e formais. No entanto, para fins desta dissertação, utilizaremos o conceito de Estado de Direito desenvolvido por Jeremy Waldron, o qual sustenta que a observância do direito como método de resolução de conflitos já carrega consigo uma compreensão moral intrínseca.

A fim de que possamos melhor compreender a acepção de Estado de Direito desenvolvida por Jeremy Waldron²⁴⁵, importante assinalar as seguintes considerações:

Compreendido dessa maneira, o estado de direito não é simplesmente o princípio de que os funcionários e os cidadãos devem aplicar e obedecer a lei mesmo quando ela vai contra os seus interesses. É o princípio de que um funcionário ou cidadão deve fazer isso mesmo quando a lei – na sua opinião confiante – for injusta, moralmente incorreta, ou mal orientada como questão de política. Pois a decretação da medida em questão é indício da existência de uma opinião quanto à sua justiça, sua

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 15-17.

²⁴⁵ WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 44-45.

moralidade ou sua conveniência, que é diferente da deles; alguém deve ter sido a favor da lei ou achado que era uma boa ideia. Em outras palavras, a existência da lei, juntamente com a opinião do indivíduo, é indício de discordância moral na comunidade quanto à questão subjacente. O funcionário deixar de implementar a lei porque ela é injusta ou o cidadão fazer outra coisa que não aquilo que a lei exige porque isso seria mais justo equivale a abandonar a própria ideia de lei – a própria ideia de comunidade que toma posição em uma questão da qual os seus membros discordam. É um retorno à situação em que cada pessoa simplesmente age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece correto.

Assim, além das críticas já apontadas no decorrer da presente dissertação, também pode ser individualizada aquela que sustenta que as concepções introduzidas pelas teorias neoconstitucionalistas conflitam com as premissas inseridas em um cenário de Estado de Direito, conforme argumentos defendidos por Jeremy Waldron.

Em uma concepção positivista, é possível identificar um maior anseio na observância dos textos normativos como verdadeiros roteiros de comportamento, prevalecendo elementos sistemáticos e normativos, bem como a natureza pública e geral das normas jurídicas.

As teorias neconstitucionalistas, por outro lado, concentram seus argumentos na efetividade da criação do Direito por intermédio das cortes jurisdicionais, dando mais valores aos princípios e normas do que propriamente nos compromissos políticos assumidos, expressando a vontade majoritária da sociedade.

No Estado de Direito, denota-se uma clara intenção dos órgãos e autoridades públicas em assegurar tratamento digno e respeitoso aos cidadãos, não somente por intermédio de observância das leis, mas também do aspecto moral intrínseco a ela, fruto da vontade majoritária da sociedade.

Através de análise dos ideais introduzidos pelas teorias neoconstitucionalistas, verifica-se uma situação similar entre elas, qual seja, de que a principal maneira de proteção dos direitos fundamentais adviria do conteúdo das decisões prolatada pelos tribunais. Prioriza-se os valores, em detrimento das leis. Priorizam-se os princípios em prejuízo das leis. Cada vez mais se tem defendido que as posturas mais legalistas são dotadas de menor criatividade e pobreza hermenêutica.

No decorrer da presente dissertação, no entanto, restou evidenciado que a correlação existente entre a garantia da dignidade humana e o ordenamento normativo deixa de ser uma questão simples, tal como sustentam alguns autores neoconstitucionalistas, passando por diversas questões fáticas e teóricas.

Como defende Jeremy Waldron²⁴⁶, existe moralidade intrínseca no conteúdo das leis, bem como no procedimento de elaboração das normas, na observância ou não de tais preceitos como roteiros de comportamento, na existência de um procedimento público e legítimo para solucionar possíveis conflitos de interesses, na possibilidade de expor argumentos e provas para convencer o Estado-Juiz, órgão imparcial, imprescindível no Estado de Direito.

No momento em que se exterioriza a hermenêutica jurídica, tais elementos são plenamente considerados pelo órgão jurisdicional. Determinada sociedade terá elevado seu nível para atingir o Estado de Direito tão logo reconheça e busque reconhecer os pactos institucionais assumidos politicamente, reflexo da vontade majoritária, trazendo o que ficou conhecido como *dignidade da legislação*, na concepção utilizada por Jeremy Waldron.

A título de ilustração, esse mecanismo de proteção dos direitos fundamentais ocorreu recentemente com o reconhecimento do denominado Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em relação a situação do sistema penitenciário brasileiro (ADPF 347). No texto do acórdão, o Supremo Tribunal Federal afirmou que respeita o princípio da separação de poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

Entretanto, afastou a regra constitucionalmente prevista, a fim de que, por intermédio de atuação conjunta entre as instituições públicas, pudesse equalizar a situação de gravidade presente no sistema carcerário brasileiro.

Nota-se que o ordenamento jurídico interno já detém mecanismos próprios e específicos previstos na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais que, em tese, possibilitam aos indivíduos buscar uma tutela efetiva do Estado, a fim de garantir os direitos fundamentais mínimos.

O grande problema ocorreu neste caso quando se constatou um quadro de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que incide diretamente em uma coletividade de pessoas. O Supremo Tribunal Federal, ao aprofundar as investigações identificou que não se trata de mera violação a direito fundamental de um indivíduo específico.

O panorama é de vulneração sistemática, grave e persistente de direitos humanos, razão pela qual a atuação da Corte Constitucional apenas para solucionar o determinado caso específico implicaria em verdadeira omissão institucional, inaceitável em um Estado de

²⁴⁶ WALDRON, Jeremy. Can there be a Democratic Jurisprudence? Emory Law Journal, vol. 58, p. 679, 2008-2009.

Direito e em relação aos fundamentos e objetivos indicados expressamente na Constituição Federal (arts. 1º e 3º, CF/1988).

A violação grave, sistemática e contínua dos direitos fundamentais decorreu de uma omissão persistente e reiterada das autoridades públicas responsáveis pelo cumprimento e implementação das políticas públicas. O que se identificou é a inexistência manifesta de coordenação entre as medidas executivas, legislativas, financeiras e orçamentárias, exteriorizando uma verdadeira inconsistência estrutural nos órgãos e autoridades públicas, a qual acarreta não só a manutenção de violação aos direitos fundamentais, bem como a continuidade e agravamento de tal panorama.

O *Estado de Coisas Inconstitucional*, considerado grau máximo de violação aos direitos fundamentais decorreu da real inércia de atuação não somente de um órgão ou autoridade específica, mas também do Estado em seu sentido global-institucional. A inércia, no entanto, é insuficiente para caracterizar tal fenômeno. O que se identifica na realidade é que além da omissão manifesta, os órgãos ou autoridades públicas deixaram de adotar posturas, mecanismos e instrumentos para reverter o panorama de sistêmica violação de direitos humanos.

Na figura do *Estado de Coisas Inconstitucional*, a solução do quadro sistêmico decorreu da necessidade de intervenção imediata, não apenas em um determinado órgão ou autoridade específica, mas sim de uma intervenção estruturada e colaborativa destes. Para equalizar o panorama de violações, é necessária a implementação de novas políticas e medidas, através de um plano coordenado entre as autoridades, a revisão da alocação de recursos, bem como uma nova configuração institucional.

A atuação da Corte Constitucional, longe de estar no campo ordinário, foi além e interveio nas escolhas do orçamento, bem como na elaboração, concretização e análise das políticas públicas. Neste ponto, importante mencionar que o Poder Judiciário, obviamente, não atuará nas funções do executivo ou legislativo, mas desenhará a paisagem a ser adotada para a concretização das medidas, através de pronunciamentos flexíveis²⁴⁷, monitorando continuamente a atuação dos órgãos e autoridades públicas.

No campo dos remédios flexíveis, os pronunciamentos jurisdicionais proferidos pelas cortes, ainda que estas reconheçam evidentemente o quadro de inconstitucionalidade

²⁴⁷ ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. *Doucet-Boudreau*, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? *Ottawa Law Review* Vol. 41 (2), 2009, p. 171-206: para os autores, são preferíveis “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória” a “ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitadas”.

institucional e sistêmica, deixam em aberto ao executivo e ao legislativo a melhor forma de como tais posturas se concretizarão no plano dos fatos.

Após desenhar e apresentar publicamente para a sociedade como se concretizará a equalização do problema, a Corte Constitucional monitora a implementação das medidas, possibilitando o melhor cumprimento da determinação judicial.

Atuando desta forma, afastam-se os argumentos de que o Poder Judiciário estaria atuando como elaborador de políticas públicas. Ainda que existem argumentos acerca de potencial violação ao princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição Federal, fato é que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional ocorreu em situação extremamente pontual e específica.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal originou uma série de críticas pela comunidade jurídica, dentre elas, podemos destacar a de Celso Fernandes Campilongo²⁴⁸:

Também são paradoxais os conceitos que fundamentam o ECI. Em princípio, eles justificam a intervenção do STF quando a ordem jurídica é confrontada com “litígios estruturais”, exigindo providências para os problemas decorrentes da inércia do Estado. Litígios e remédios sempre têm soluções alternativas. De onde deriva a legitimidade de um tribunal para optar por uma solução e descartar outras? Sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais. Proferidas as decisões com base nesse conceito, quem as executará? O guarda da esquina? O vereador do bairro? Se a fonte jurídica da autoridade – a Constituição – é ameaçada pelo ECI, o que dizer da autoridade daqueles que podem aplicar o conceito? Quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder?

No cenário democrático, em que existe frequente divergência de opinião em relação a assuntos diversos, sejam eles políticos, institucionais ou morais, a crítica defende que o caminho de observância da legislação vigente em um ordenamento seja o mais adequado, especialmente em relação as posturas adotadas pelo Poder Judiciário.

Daí que surge a premissa de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou a intervenção do Poder Judiciário no campo das políticas públicas configura medida a ser adotada de forma muito cuidadosa.

Isto porque, tal mecanismo configura, em tese, vulneração a ideia de dignidade da legislação, introduzida por Jeremy Waldron, bem como uma mudança de paisagem para com

²⁴⁸ As críticas de Celso Fernandes Campilongo frente a postura do Supremo Tribunal Federal podem ser visualizadas em <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acessado em 04/08/2016 às 17:06.

a sociedade, a qual observava efetivamente seu conteúdo, em respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das normas.

O que se verifica nas teorias neoconstitucionalistas é o anseio em transformar a sociedade através da interpretação constitucional. Realça esta escola a necessidade do exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, circunstância que entra em conflito com a ideia de Estado de Direito, bem como da presunção de constitucionalidade das normas.

Deixa em segundo plano a ideia de que os cidadãos devem confiar no processo democrático de elaboração das leis expressamente previsto no texto constitucional.

Ao se adotar como premissa básica a necessidade do controle de constitucionalidade, os indivíduos não confiam nos mecanismos vigentes para se assumir democraticamente os compromissos sociais. Nos parece que as teorias neoconstitucionalistas já partem da premissa de que o Poder Legislativo atua apenas na defesa de ambições individuais e que existe um aspecto moral externo da legislação que o Poder Judiciário pode controlar aleatoriamente. Neste ponto específico, Luis M. Cruz²⁴⁹ pontua que

o perigo não provém da Constituição nem dos juízes constitucionais, mas daqueles (que sejam juízes legisladores) dispostos a não limitar o alcance das valorações ao aludido segmento de moralidade; é dizer, daqueles dispostos a não respeitar aqueles valores sobre os que descansam nossas Constituições, nem a dar razão [racional] de suas decisões.

Jeremy Waldron destaca os benefícios existentes em se permitir aos interessados o exercício pleno das garantias individuais de acesso ao Judiciário, bem como das garantias do contraditório e da ampla defesa dentro do âmbito do processo individual.

Tais circunstâncias restam afetadas a partir do momento em que o Poder Judiciário decide com certa frequência situações de grande repercussão, modificando de forma institucional os compromissos assumidos democraticamente na sociedade.

Esta afirmação decorre do âmbito restrito de acesso das pessoas neste nível de jurisdição e da possibilidade concreta de influir em tais julgamentos.

A título de exemplo, ainda que o artigo 138 do Código de Processo Civil (Lei Federal nº. 13.105/15) permita a participação de qualquer pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada com representatividade adequada no âmbito da participação dos

²⁴⁹CRUZ, Luis M. *Estúdios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Editorial Porrúa. 2006. p. 56, tradução nossa.

processos, figura conhecida como *amicus curiae*, certo é que poucos possuem acesso e elementos disponíveis para influenciar nesses julgamentos.

O que se pretende debater é a utilização de argumentos de política no momento da prolação de tais decisões. Isto porque, conforme os compromissos democraticamente assumidos em sociedade, o local correto para se discutir questões de políticas públicas é o Poder Legislativo. As políticas públicas não estariam à plena disposição do Poder Judiciário.

As teorias neoconstitucionalistas confrontam e questionam de forma persistente a constitucionalidade das leis e atos normativos e advogam por uma interpretação constitucional transformadora e totalizante. Atuando desta maneira, a legalidade que assegura e amplia a dignidade humana ficaria relegada a segundo plano.

Nesta linha de pensamento, Jorge Octávio Lavocat Galvão²⁵⁰ retrata que não se está querendo afastar a importância do Poder Judiciário, o qual deve assegurar a efetividade da lei e da Constituição. O que não se poderia esquecer, no entanto, é que a República Federativa do Brasil constitui em país democrático e que existem figuras como as eleições, o parlamento, o orçamento, a política, as quais não devem ser sopesadas em detrimento de decisões judiciais, tal como defenderia a teoria neoconstitucionalista.

Outro ponto que as teorias neoconstitucionalistas parecem entrar em evidente tensão é com o aspecto público e geral das normas jurídicas em geral, o que se passará a expor no próximo tópico.

6.2. As tensões existentes entre as teorias neoconstitucionalistas e a finalidade das normas jurídicas

Uma das principais funções das normas jurídicas consiste em refletir preceitos públicos, dotados de clareza, publicidade e prospectividade.

Através da edição de normas com tais características, é possível que os cidadãos reflitam exatamente sobre as possíveis formas de comportamento, conduzindo suas vidas de maneira autônoma, mediante a utilização de tais guias normativos.

A partir do momento em que as leis e atos normativos são dotados de características secretas, com o texto incompreensível, em que os seus respectivos destinatários são surpresos com a sua publicação e execução, os princípios basilares do Estado de Direito são desconsiderados.

²⁵⁰ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Editora Saraiva. 2014. p. 85.

No cenário de Estado de Direito, as leis e atos normativos devem ser públicos, conhecidos por todos de forma prévia e que assinalem posturas passíveis de exequibilidade, permitindo que a sociedade de forma geral planeje seu comportamento. A autonomia da vida privada e social somente serão asseguradas através de leis públicas, que tragam situações previsíveis, possibilitando assim vivenciar uma paisagem de segurança jurídica.

A partir do momento que as teorias neoconstitucionalistas advogam por uma interpretação constitucional transformadora e totalizante, questionando intensamente sobre quais normas jurídicas devem ser observadas, defende a doutrina crítica que tal circunstância acarreta uma implacável ausência de credibilidade na vocação que a ciência do Direito possui em guiar condutas e comportamentos. O Estado de Direito entraria em choque inevitável.

A fim de entendermos melhor tal circunstância, ou seja, de como o Direito é importante para guiar a vida das pessoas, importante analisarmos algumas singelas considerações de Joseph Raz²⁵¹ a respeito da ideia de autoridade.

O referido filósofo defende o argumento de que as pessoas dotadas de racionalidade detêm a capacidade de refletir sobre o que é certo e o errado, bem como daquilo que é justo ou injusto. É neste momento em que as pessoas são dotadas de respeito, pois tem a possibilidade de raciocinar sobre o ponto de vista moral.

No decorrer da vida, os indivíduos agem sempre em regime de concorrência em relação a determinados valores, ou seja, valores morais, valores individuais, valores religiosos, valores supersticiosos, dentre outros.

Na visão de Joseph Raz²⁵², são os denominados valores de primeira ordem. No momento em que age, o indivíduo sopesa acerca dos inúmeros valores de primeira ordem vigentes e que estão à sua disposição e escolhe aquele que serve de motivação para o seu ato. Isto servirá como fundamento para a escolha adotada naquele determinado momento.

Nas sociedades atuais, ainda que dentro da seara dos valores de primeira ordem, os membros da coletividade divergem frequentemente sobre diversos assuntos, dos mais básicos aos mais complexos. Mesmo que todos tenham a intenção de atuar com honestidade e transparência, inexistirá consenso ou unanimidade de entendimentos. Haverá sempre desacordo entre os membros de determinada coletividade.

Os valores de primeira ordem mencionados anteriormente não são suficientes para concretizar uma unidade de entendimentos entre as pessoas. Pelo contrário, cada um agindo segundo seus próprios valores de primeira ordem, prevalecerá o desentendimento.

²⁵¹ RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 183-189.

²⁵² RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 39-45.

Daí que a ciência do Direito se origina. Este é o instrumento que concretiza a estrutura da sociedade, a fim de atingir o bem comum almejado por todos. Como corolário lógico desses desentendimentos, as normas jurídicas surgem para impor um determinado padrão de comportamento, ainda que nem todas as pessoas concordem com esses preceitos.

Daí que Joseph Raz assinala que a ideia de autoridade constitui peça fundamental para entendermos o fenômeno introduzido pela ciência do Direito.

A ideia de autoridade introduzida por Joseph Raz²⁵³ assenta-se, basicamente, em três premissas. A primeira delas consiste na tese de preferência, ou seja, a ação realizada por uma determinada autoridade não deve se originar de valores de primeira ordem. A segunda é a tese de subordinação, pela qual, a ação da autoridade deve basear-se em um argumento de autoridade, o qual deve ser observado pelos sujeitos dessas relações.

A terceira e última é a tese da justificativa moral, isto é, aquela em que a autoridade demonstra a relação de subordinação e que a escolha de uma ação prevalece sobre os valores de primeira ordem, dotados de individualidade.

Nesta linha de raciocínio, uma diretriz de um assistente social ou de um conselheiro tutelar, a título de exemplo, a fim de que determinada relação com a criança ou adolescente tome um rumo específico, detém uma parcela de autoridade, em razão dos conhecimentos específicos daquelas profissões.

Tal circunstância pode levar os pais a mudarem o comportamento durante o exercício do poder familiar, deixando de agir por suas próprias razões ou conforme os valores de primeira ordem que entendessem mais adequados naquele determinado momento.

Importante deixar claro que as diretrizes emanadas de uma autoridade constituem razões de segunda ordem, as quais detêm um grau de prevalência sobre as razões de primeira ordem adotadas pelos indivíduos.

No exemplo mencionado acima, ainda que os pais pretendam adotar postura diversa, observam as orientações e os comandos emanados do conselho tutelar ou do assistente social, deixando em segundo plano as razões pessoais ou de primeira ordem que pareciam ser a melhor conduta naquele determinado momento.

A autoridade jurídica segue a mesma sistemática, pois não importa a forma como são enunciadas as normas jurídicas, isto é, através de leis, atos normativos ou princípios, pois prevalecem sobre as razões de primeira ordem ou intrínseca aos indivíduos. Num outro exemplo, ainda que o cidadão entenda que o exercício de sua cidadania possa se realizar de

²⁵³ RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. *The Monist*, vol. 68, n.º 3, 1985. p. 299.

outras maneiras, deve exercer o voto no dia da eleição, ainda que não tenha escolhido nenhum candidato no pleito eleitoral.

A fim de que exerça a autoridade sobre outrem, Joseph Raz assinala ser imprescindível demonstrar que, ao fim e ao cabo, o indivíduo terá um cenário mais privilegiado caso siga as diretrizes advindas da autoridade do que simplesmente se basear em suas próprias convicções.

No aspecto do Direito, existem basicamente três razões fundamentais que levam a concluir que a observância das normas jurídicas reflete um resultado mais satisfatório para a pessoa. Os dois primeiros são os valores de autonomia e cooperação. O terceiro valor está atrelado à eficiência.

Isto porque, a partir do momento em que o parlamento prevê que a conduta seja tratada de uma determinada maneira no texto legal, a pessoa não precisa mais ponderar acerca daquele determinado assunto quando a situação ocorrer no plano dos fatos.

Tal como no exemplo mencionado acima, assim que se iniciar o pleito eleitoral, o cidadão não precisa refletir sobre a melhor forma de exercer a sua cidadania, pois a Constituição Federal já prevê que o voto é obrigatório, direto, secreto, universal e periódico (art. 60, §4º, inciso II da Constituição Federal).

Outro caso ilustrativo consiste na elaboração do orçamento pelo Poder Público. Ainda que os cidadãos de maneira geral venham a entender que a aplicação das verbas públicas seja melhor adotada em outras esferas, o parlamento, em cada exercício financeiro, elabora a lei orçamentária anual, a qual deve conter a previsão de todas as receitas e despesas.

Nesta linha de pensamento, Joseph Raz²⁵⁴ assinala que a existência de um ordenamento jurídico constitui uma opção moral da sociedade, a qual se reflete em três vertentes distintas.

No primeiro plano, verifica-se que a existência de um ordenamento jurídico válido e eficaz afasta das pessoas a possibilidade de definir qual postura seria a mais adequada a ser adotada, afastando os motivos morais e íntimos na formação do juízo.

A título de exemplo, a partir do momento em que o artigo 10, §3º da Lei Federal n.º 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação) veda a imposição de quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público, esta norma retira dos agentes a opção de rejeitar o acesso a informação baseada unicamente em argumentos de ordem pessoal.

²⁵⁴ RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 188.

Já no segundo plano, a partir do momento em que determinada circunstância fática ou jurídica é moldada dentro de uma determinada legislação pública, é possível mensurar de maneira equânime a postura de seus integrantes, trazendo mais justiça em relação ao trato do Estado para os indivíduos que respeitam as leis em detrimento daqueles que não as respeitam. No terceiro plano, é através do Direito que a efetividade dos anseios morais da sociedade torna-se mais simples de ser atingida, pois uniformiza a postura de diversos agentes, sejam eles públicos ou privados.

A autoridade das normas jurídicas somente é possível de ser atingida caso estas sejam utilizadas a título de razões de segunda ordem, as quais impõe o afastamento das razões de primeira ordem, circunstância que somente é possível caso estejam presentes duas situações paralelas. A autoridade das normas jurídicas deve ser aceita pela sociedade independentemente da anuência dos indivíduos ou do conteúdo das diretivas, pois do contrário, não teriam a força de afastar as razões de primeira ordem.

Além disto, as normas jurídicas devem ser dotadas de publicidade plena, com amplo conhecimento dos agentes e subordinados, pois do contrário, as normas também não teriam a força de afastar as razões de primeira ordem.

Jorge Octávio Lavocat Galvão²⁵⁵ defende que as teorias neoconstitucionalistas auxiliaram e cooperaram para que estas duas situações acima explicitadas viessem a ocorrer. No primeiro cenário, ao advogar acerca da validade das normas jurídicas, contribuiriam para a falência na habilidade de guiar os agentes públicos e privados.

O neoconstitucionalismo defenderia, em sua essência, que a Constituição Federal é composta de diversos princípios que se dispersam sobre todo o ordenamento jurídico, tornando toda a aplicação das normas uma verdadeira situação constitucional.

Uma vez que os princípios possuem alto nível de abstração, seu conteúdo é indeterminado, tornando necessário o exercício da ponderação para se decidir qual norma incidirá no caso concreto. Esta postura traria a possibilidade de transformação dos compromissos constitucionais politicamente firmados na sociedade, baseado nas razões individuais do intérprete.

Ao adotar tal situação como premissa basilar, as teorias neoconstitucionalistas inverteriam a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, obstando seu auto-emprego pelos indivíduos.

²⁵⁵ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Editora Saraiva. 2014, p. 103.

No segundo cenário, as teorias neoconstitucionalistas possibilitariam que as razões de primeira ordem fossem novamente debatidas no momento de incidência e aplicação das normas. O fenômeno da constitucionalização do direito, figura citada pelos neoconstitucionalistas, resultaria sempre em processo de ponderação entre premissas de política e premissas jurídicas, permitindo concluir assim que as normas jurídicas não teriam mais a força de autoridade para excluir as razões de primeira ordem, de caráter individual dos cidadãos e agentes.

Na visão das teorias neoconstitucionalistas, seria o intérprete que elegeria as normas jurídicas válidas que resultassem do exercício do juízo de ponderação entre argumentos de política e de Direito. Todavia, é esta ciência que deve assinalar previamente as normas jurídicas válidas, independentemente do juízo de ponderação realizado pelo intérprete.

A partir do momento em que o Direito não atinge a sua finalidade de afastar as razões de primeira ordem dos cidadãos e respectivos agentes, verificar-se-ia uma perda de finalidade do Direito ou melhor, de sua autêntica autoridade. Ao perder eficiência, permitiria que os agentes públicos, independentemente do conteúdo das normas jurídicas, manipulassem a postura dos cidadãos.

A título de ilustração, ainda que Daniel Sarmento²⁵⁶ manifeste preocupação com o fenômeno da “*carnevalização constitucional*” ou com a utilização demasiada dos princípios constitucionais para a solução dos casos concretos, Jorge Octávio Lavocat Galvão²⁵⁷ alerta sobre a prevalência das razões de primeira ordem para a solução dos casos concretos.

As teorias neoconstitucionalistas, ao preconizarem a possibilidade de convivência dos indivíduos por intermédio de razões de ordem moral²⁵⁸ desprezariam a divergência frequente de opiniões e valores dentro de uma determinada sociedade.

Ao adotar esta premissa como preceito da teoria neoconstitucionalista, permitiria que as razões de primeira ordem, dotadas de caráter individual prevalecessem sobre as razões de segunda ordem, as quais teriam o condão de introduzir padrões de conduta e guia perante a sociedade. A função do Direito reside exatamente na possibilidade de conduzir de maneira uniforme e legítima as posturas dos indivíduos.

Após estas indicações, Jorge Octávio Lavocat Galvão²⁵⁹ ainda prossegue afirmando que as teorias neoconstitucionalistas trazem como reflexo a possível falência das

²⁵⁶ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

²⁵⁷ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Editora Saraiva. 2014. p. 118.

²⁵⁸ MOREIRA, 2008, p. 90-91

normas jurídicas em afastar os motivos pessoais do intérprete no momento de sua aplicação. Também possibilitam a discussão frequente do mérito das leis e dos atos normativos.

Ao afirmar que a interpretação constitucional é transformadora e totalizante, tal mecanismo conduziria a questionamentos envolvendo a constitucionalidade das normas, quando na realidade tal postura deveria representar exceção. Tal postura geraria verdadeira desorientação para a sociedade em geral, afrontando a dignidade dos indivíduos que estão submetidos ao ordenamento normativo.

Questão tormentosa também consistiria na possibilidade de mudança da orientação jurisprudencial validamente assumida dentro de um Estado de Direito, sem que se origine rompimento dos pactos institucionais firmados no meio social.

Pensando nesta problemática, Ronald Dworkin²⁶⁰, retrata que a interpretação jurídica deve ser encarada sob duas vertentes, isto, a *dimensão da adequação* e a *dimensão da justificação*. Na vertente da *dimensão da adequação*, a tendência envolve a prevalência dos pactos institucionais firmados na sociedade. Na vertente da *dimensão de justificação*, os pactos institucionais podem ser modificados, a fim de se trazer o maior anseio de se atingir a justiça.

No campo da *dimensão de adequação* existe uma moralidade intrínseca, advinda do próprio Estado de Direito.

Desta forma, no momento em que for necessária a modificação de um entendimento jurídico, o intérprete terá de sopesar se os benefícios introduzidos pela decisão são iguais ou superiores aos vigentes, adotando sempre como parâmetro a dignidade humana. A mudança jurisprudencial constitui medida cautelosa, a qual deve levar em conta diversos valores e não unicamente o mérito tratado no decorrer da decisão judicial. A decisão possui natureza preponderantemente moral.

Esta preocupação também foi enfrentada por Joseph Raz²⁶¹, o qual retrata claramente sua preferência por uma situação de estabilidade, em detrimento de uma situação de instabilidade. A Constituição possui a principal finalidade de atribuir estabilidade em relação à atuação dos governantes e agentes públicos.

Joseph Raz sustenta que mudanças expressivas de entendimentos jurisprudenciais em larga escala podem trazer consequências incomensuráveis. O autor não descarta que

²⁵⁹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Editora Saraiva. 2014. p. 142.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Justice in Robes. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 171.

²⁶¹ RAZ, Joseph. Between Authority and Interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 350-370.

mudanças não sejam necessárias, em havendo situações de mudanças de governo ou mudanças na sociedade em que é governada, a fim de sanar deficiências, mas esta não merece ser a regra.

Nesta linha de pensamento, Joseph Raz ainda sustenta que pertence aos juízes a escolha moral de se eleger uma interpretação inovadora ou conservadora no momento da prolação de uma decisão judicial.

Assim, partindo da premissa de que a legislação consiste no mecanismo necessário para se introduzir modificações no ordenamento jurídico, a interpretação inovadora se faz necessária para concretizar tais modificações sociais.

Quanto maior a legitimidade de uma prática constitucional, menor será a necessidade de se eleger uma interpretação inovadora. Quanto menor for a legitimidade da prática constitucional ou quanto mais expressivos forem os problemas na estrutura institucional, maior será a necessidade de uma atuação jurisdicional reformadora.

No entender de Joseph Raz, a prática constitucional abrange os pactos institucionais formalizados na sociedade, abrangendo não somente o texto da Constituição, mas também os precedentes jurisprudenciais e os princípios em geral. Todo este contexto normativo possui a força de atuar como razões de segunda ordem.

Assim, uma interpretação poderá ser considerada inovadora quando enunciar novos comportamentos a serem observados pelos indivíduos no decorrer da vida cotidiana. Assinala ainda Joseph Raz²⁶² que manter uma postura constitucional traz estabilidade e alguns benefícios para a sociedade como um todo, mas isto não representa dizer que não se pode concretizar determinadas mudanças, a fim de se adequar ao contexto econômico, político e social.

Ao convivermos em sociedade, é comum a discordância de opiniões envolvendo as mais diversas temáticas, sejam elas inseridas no campo moral, circunstancial, religioso, dentre outras. Daí se origina a importância da ciência do Direito em deliberar as razões de segunda ordem através de um processo político de caráter democrático, onde se busque atingir o senso comum na tomada de decisões.

Apenas nas hipóteses em que as leis deixem de trazer coerência ao sistema, incorporando eventual caráter opressivo e hostil, é que nos parece que a interferência jurisdicional se mostre necessária, através do exercício do controle de constitucionalidade, a fim de equalizar potencial descuido do parlamento.

²⁶² RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 367-370.

Deve-se afastar a ideia de que a declaração de inconstitucionalidade seja tratada como regra em um ordenamento jurídico, mas sim como verdadeira exceção, devendo ser enfrentada com especial sensatez pelos integrantes do Poder Legislativo.

O impasse existente entre a estabilidade do ordenamento jurídico e a superação de tal estabilidade há de ser enfrentado pelo Poder Judiciário através de uma ponderação ampla, a fim de avaliar se a potencial declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo trará maior dignidade e respeito para os cidadãos do que eventual observância da legalidade estrita, bem como do regime democrático.

A incidência da norma perante o ordenamento jurídico impactará tão fortemente a independência dos indivíduos que os mecanismos de proteção assegurados pelo Estado não serão suficientes para a reversão plena deste cenário, devendo o Poder Judiciário restabelecer a situação de equilíbrio em relação aos direitos e garantias fundamentais.

É nesta perspectiva que devemos analisar algumas considerações existentes entre os argumentos defendidos pelas teorias neoconstitucionalistas e o Estado de Direito. No âmbito do Estado de Direito, eventuais modificações no campo legislativo são visualizadas e inseridas com certa medida de cautela, ao passo que no neoconstitucionalismo, o objetivo é atingir uma emancipação social através do Direito.

Ao seguir esta linha de raciocínio, o texto constitucional é visualizado não simplesmente como uma norma que limita a atividade judicial, mas sim como uma convocação para que se exerça uma nova modalidade interpretação que possa remodelar os pactos constitucionais democraticamente assumidos.

Um detalhe importante reside no fato de que as teorias neoconstitucionalistas são favoráveis a utilização das técnicas de ponderação no campo de análise das decisões judiciais, bem como a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Se adotarmos tais premissas como regra, é possível que exista uma possível manipulação dos contornos constitucionais de acordo a simpatia dos magistrados. Nesta perspectiva, argumentações relacionadas ao campo da política também entram em cena na prolação dos pronunciamentos judiciais, circunstância que aumenta a discricionariedade dos juízes, em contraposição ao que é defendido dentro de um cenário de Estado de Direito.

A questão se torna ainda mais controversa em razão do instituto da constitucionalização do direito, a qual considera qualquer litígio concreto ou situação jurídica em um caso constitucional.

Nesta linha de pensamento, como defende Elival da Silva Ramos²⁶³, ao invés das decisões judiciais concretizarem a Constituição, na realidade, constroem uma nova, de acordo pura e simplesmente com as predileções axiológicas dos magistrados.

Na visão defendida pelas teorias neoconstitucionalistas, sustenta-se a plausibilidade de qualquer modalidade de interpretação judicial. Há, de fato, uma substituição entre a fundamentação jurídica, baseada na lei, pela fundamentação individual do juiz, a qual revisa o mérito da lei ou ato normativo, a fim de se adotar uma interpretação inovadora.

²⁶³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 285.

CONCLUSÕES

No decorrer da presente dissertação, tivemos a oportunidade de analisar a construção científica do pensamento constitucional no Brasil. Modelos foram adotados conforme o respectivo período histórico. Alguns textos constitucionais foram outorgados por monarcas ou presidentes, a fim de que pudessem exercer o poder de forma ampla, prevalecendo-se em detrimento dos demais.

Outros textos foram promulgados de acordo com a vontade da Assembleia Nacional Constituinte. Foi assim que o poder constituinte se exerceu em diversos períodos históricos no Brasil, tendo por desfecho o modelo normativo adotado no ano de 1988, o qual possui destaque em relação às demais cartas constitucionais brasileiras.

Isto porque, sob a vigência da constituição de 1988, alguns autores passaram a defender uma nova teoria, a qual se intitulou neoconstitucionalismo, a qual possibilitaria conferir ao texto constitucional uma nova modalidade de interpretação. Esta circunstância teria decorrido em virtude de algumas transformações ocorridas dentro do campo do direito constitucional e do Estado.

No final do século XX, começou-se a dar maior ênfase aos direitos e garantias fundamentais, bem como introduzir a ideia de maior reaproximação do direito com a ética e a moral. Além disto, tal como se visualizou no decorrer da presente dissertação, algumas técnicas de interpretação constitucional foram desenvolvidas, dentre elas, a força normativa da Constituição e a ampliação da jurisdição constitucional. Toda situação jurídica passou a ser visualizada sob o enfoque constitucional.

Identificamos no decorrer da presente dissertação que a teoria neoconstitucionalista fundamenta-se em alguns pilares, dentre eles que existe, através do exercício da jurisdição constitucional pelos Tribunais, a possibilidade de introduzir mudanças efetivas e concretas na sociedade, a partir de uma nova técnica de interpretação e análise abstrata dos princípios constitucionais, ainda que inexista qualquer movimentação político-partidária para tanto ou apoio popular (processos majoritários).

Na ótica neoconstitucionalista, torna-se superada a visão tradicional de que o papel da Corte Constitucional consiste apenas em ser o guardião da Constituição, mas sim de que há necessidade de atuação efetiva da Suprema Corte para realizar uma leitura moral da Constituição, por intermédio de uma atitude progressista. Assegura-se, com isso, uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais.

No decorrer da presente dissertação, tivemos a oportunidade de extrair que o fenômeno neoconstitucionalista concentra sua análise em uma atuação prospectiva dos Tribunais na solução dos casos concretos e na interferência social. Prioriza-se a interpretação axiológica do texto constitucional, através da utilização das denominadas normas-princípios e das técnicas da ponderação, em detrimento da tradicional técnica de subsunção da norma ao caso concreto.

Uma das principais concepções neoconstitucionais é a de que o sistema seja representado preponderantemente por uma lógica principiológica. Aplicando-se essa proposta, a conjugação dos princípios possibilitaria alcançar um maior ideal de justiça. Entretanto, ainda que haja preponderância dos princípios, certo é que não se deve afastar a aplicação e a importância das regras no contexto de organização do sistema, devendo haver uma consubstancialidade entre regras e princípios.

O neoconstitucionalismo traz a ideia de que na hipótese de eventual colisão entre os princípios gerais, dotados de amplo grau de abstração, há de se utilizar a técnica da ponderação, primada pelos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade.

Após o advento das teorias neoconstitucionalistas, no entanto, tivemos a oportunidade de analisar algumas críticas em relação a tais posicionamentos.

Esta outra vertente não aceita a banalização das regras jurídicas em detrimento dos princípios ou a potencial e insistente declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, em desconsideração aos compromissos institucionais formalizados em sociedade. Defende-se que eventual nova interpretação jurisdicional, a qual acarrete uma alteração em pactos firmados em normas jurídicas, demande a análise global de todos os demais elementos inseridos nos demais compromissos políticos vigentes. Tal postura deveria ser adotada como verdadeira exceção.

A crítica neoconstitucionalista discorda do fato de se relegar a legalidade a um patamar secundário, prevalecendo-se única e exclusivamente o núcleo dos princípios e a substância dos pronunciamentos judiciais. Dissente também da possibilidade do Poder Judiciário introduzir expressivas mudanças sociais, sem que seja necessária qualquer contribuição do Poder Legislativo ou o exercício da política majoritária.

A teoria neoconstitucionalista, na visão dos críticos, teria construído uma visão constitucional totalizante, travestindo toda situação jurídica em verdadeira situação constitucional, ampliando evidentemente a jurisdição constitucional, o que não configuraria a postura mais adequada. A atuação no âmbito desta sistemática faria com que o

neoconstitucionalismo se distanciasse do Estado de Direito, fomentando sobremaneira a discricionariedade do Poder Judiciário na solução dos litígios.

O aumento do nível de discricionariedade decorreria, sobretudo, em virtude não somente da possibilidade de utilização de argumentos de política quando do momento da tomada da decisão judicial, mas principalmente pela utilização do critério da ponderação como mecanismo de interpretação constitucional.

Inexistiria, assim, qualquer segurança jurídica aos destinatários, pois além de inexistir ordem prioritária de valores, muitas vezes o próprio parâmetro de constitucionalidade reside em princípios como os da razoabilidade e proporcionalidade, tudo a depender do caso concreto em respectivo julgamento.

Até mesmo autores considerados neoconstitucionalistas, tais como Daniel Sarmiento²⁶⁴ e Paulo Ricardo Schier²⁶⁵ já advertiram sobre os potenciais efeitos em se admitir que os princípios constitucionais sejam utilizados de maneira discricionária pelos juízes, decidindo os casos concretos com base em razões de primeira ordem. Discorreram também sobre os prejuízos em se analisar todo e qualquer caso sob a ótica de eventual violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, praticamente banalizando o instituto de tamanha importância.

A vertente que inaugura críticas ao neoconstitucionalismo teve a cautela de analisar que é comum no âmbito das sociedades contemporâneas a divergência de opiniões sobre diversos assuntos presentes em nosso cotidiano. Até mesmo nos assuntos de menor relevo, é difícil que todos os indivíduos tenham o mesmo ponto de vista acerca de determinada controvérsia. A partir do momento em que se concede ao Poder Judiciário prolatar suas decisões tendo como parâmetro os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, as razões de primeira ordem prevalecem em detrimento das razões de segunda ordem, contribuindo para a falência da dignidade da legislação.

Não podemos nos esquecer que em regimes democráticos contemporâneos, as assembleias parlamentares se relevam como palco legítimo para a adoção de resultados e perspectivas coletivas. Também não podemos perder de vista que é no âmbito do Poder Legislativo que os debates prévios para a edição de uma norma são adotados pelos

²⁶⁴ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007. p. 144.

²⁶⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. Revista Brasileira e Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, p. 1090120, jul. /set. 2005. p. 11.

parlamentares, os quais podem durar expressivos anos, como visualizamos no decorrer da presente dissertação em relação a edição de alguns atos normativos.

Por tais circunstâncias, podemos verificar verdadeira tensão existente entre as concepções defendidas pelos neoconstitucionalistas e os elementos de Estado de Direito, sobretudo a autoridade da legislação e os pactos institucionais democraticamente assumidos em sociedade. As teorias neoconstitucionalistas trouxeram um novo olhar acerca do direito constitucional como um todo, no entanto, denotaram expressivas críticas por parte de segmentos do mundo acadêmico, em virtude da expressiva possibilidade de afastamento da lei, em prevalência ampla dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. 2006 Oliver Wendell Holmes Lecture. **Harvard Law Review**, v. 120, nº 07, p. 1737-1812, maio de 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Tradução. Zilda Silva. São Paulo: Landy, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2012.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma Compatibilização. In: **XIV Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Fortaleza nos dias 3, 4, 5 de julho de 2005, publicado nos Anais do Congresso. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf> - Acesso em 08/02/2016.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINEBOJM, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, **Revista de Direito Público**, n. 57-58, jan./jun., 1991.

_____. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BARBOSA, Silvana Mota. **A sphinge monárquica: o poder moderador e a política imperial**. Tese de Doutorado. Unicamp. 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Iures, 2007.

_____. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** In: BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. **Revista de Direito do Estado**, v. 10, 2008. p. 25-66.

_____. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iures, 2009.

_____. 'Here, There, and Everywhere': Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. **Boston College International and Comparative Law Review**, vol. 35, n.º. 2, p. 331-193, 2012.

BARROSO, Luís; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. **Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2000.

BASTOS, Celso. MARTINS, Ives. **Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988).** São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** 3. ed. São Paulo: Celso Bastos editora. 2002.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria Constitucional. In: SOUZA NETO et. al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iures, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. História do Direito Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: ícone, 1995.

_____. **O positivismo jurídico contemporâneo: lições de filosofia de direito.** Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. A interpretação da Constituição. in MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.) **Hermenêutica Constitucional – Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo et ANDRADE, Antônio Paes de. **História Constitucional do Brasil.** Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal: 1989.

BRANCO, Paulo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930.** Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil e dá outras providências (sic.) Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.html>. Acesso em: 11 mar. 2016. às 18:46 h.

BRYCE, James. **Studies in History and Jurisprudence.** Nova York: Oxford University Press, 1901, v. I, pág. 167.

CADEMARTORI, Luiz Henrique; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional.** São Paulo: Atlas, 2010.

CAETANO, Marcelo, **Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMARGO, Margarida e TAVARES, Rodrigo. **As várias faces do neoconstitucionalismo.** in QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). **Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo et CAMPANHOLE, Adriano [Cop.]. **Constituições do Brasil.** 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

CAMPOS, Carlos Alexandre. **Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal.** In: FELLET, André; DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos.** Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

_____. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, n. 98.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

_____. Nuevos tiempos para el Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escoridos**. Madrid: Ed. Trotta, 2007.

_____. Neoconstitucionalismo: Elementos para uma Definição. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. **20 Anos de Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; JARAMILLO, Leonardo Garcia. **El Canon Neoconstitucional**. Madrid, Trotta, 2010.

CARDOSO, Sidney Amaral. Positivismo jurídico: o círculo de Viena e a ciência do direito em Kelsen. **Revista da Esmese**, Sergipe, n. 3, 2002. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22428/positivismo_juridico_circulo_viena.pdf>. Acesso em: 03/08/2016 às 16:12.

CAVALVANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal Brasileira: comentários**. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguet e Cia. Editores, 1924.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: principles and policies**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Interpretação Constitucional**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

COHEN-ELYIA, Moshe; PORAT, Iddo. **American balancing and German proportionality: The historical origins**. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 2, p. 263-286, abril de 2010.

COMANDUCCI, Paolo, **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. in CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva – discurso sobre o Espírito Positivo-Discurso Preliminar sobre o Conjunto do Positivismo – Catecismo Positivista**. Trad. José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. 2. ed. Abril Cultural, 1983.

_____. **O Catecismo Pozitivista ou Exposição Sumária da Religião Universal em Treze Conferencias Sistemáticas Entre uma Mulher e um Sacerdote da Humanidade**. Tradução de Miguel Lemos. Lisboa; Lucas, 1934.

COPPOLA, Marcelo. **Propostas de iniciativa popular aceleram a coleta de assinaturas**. Folha de São Paulo, São Paulo, 21.06.1987.

COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed.. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

CRUZ, Luis M. **Estudios sobre el neoconstitucionalismo**. México: Editorial Porrúa, 2006.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Alvaro Luiz Travassos de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

DIDIER JR. Fredie; NALINI, José Roberto; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio. **Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou Reconstrução do Positivismo Jurídico?** São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iures, 2009.

DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Landi, 2006.

DUARTE NETO, José. **A iniciativa popular na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: RT, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. Do Values Conflict? A Hedhog's Approach. **Arizona Law Review**, vol. 43, n.º 2, p. 251-259, 2001.

_____. **Levando os Direitos à Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 9ª ed. São Paulo: Edusp, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo. Saraiva, 2003.

_____. **Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Olavo. **O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal**. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V.; LENZA, Pedro. (Coords.). **Constituição Federal. 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas**. São Paulo: Método, 2003.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos**. Madrid: Trotta, 2009.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2.

FURTADO, Celso. **Political Obstacles to the Economic Development of Brazil**. Apud. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O Cálculo do Conflito: estabilidade e crise na política brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG/Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

FUX, Luiz (coord.). **Jurisdição Constitucional: Democracia e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GRAHAM, Maria. **Escorço biográfico de D. Pedro I. Cadernos da Biblioteca Nacional.** Rio de Janeiro, 2010.

GUASTINI, Riccardo. **La Constitucionalización del ordenamiento jurídico.** In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo** (s). Madri: Editora Trotta, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma constitucional e sua eficácia (diante do neoconstitucionalismo e de uma teoria fundamental do direito). In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org). **Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

_____. **Teoria da Ciência Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Teoria Processual da Constituição.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Stanford: Stanford University Press, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade.** Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Henry; SACKS, Albert. **The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law.** Westbury: Foundation Press, Inc., 1994.

HART, Hebert L. A. **The Concept of Law.** 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Ensino do direito: dos primórdios à expansão pelo setor privado.** Florianópolis: Fundação Boiteux, ano 3, n. 3, 2005.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional.** 6a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo. Dialética. 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LESSA, Renato. **A invenção Republicana.** Rio de Janeiro: Topbooks, 1988.

MACKENNA, Marian. **Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War: The Court-packing Crisis of 1937.** New York: Fordham University Press, 2002.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição.** São Paulo: Método, 2008.

_____. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINEBOJM,

Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009.

_____. **O Direito Constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo** (Prefácio). In Moraes, Guilherme Pena de. Readequação constitucional do Estado Moderno. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia. Dos Pré-Socráticos a Wittenstein**. 9. ed. Rio de Janeiro, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, v. 1. Teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Wilson. **História da Inteligência Brasileira**. v. 7. São Paulo: Cultrix, 1978.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. Atualização de Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 1991.

MONTEIRO, Tobias. **História do Império: a elaboração da Independência. Tomo 2**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Ed. Método, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Estado, Economia e Neoconstitucionalismo – Notas sobre o Caso Brasileiro. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

NASCIMENTO. Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. “Direito como Integridade” e “Ativismo Judicial”: Algumas Considerações a partir de uma Decisão do Supremo Tribunal Federal. In: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33059-41582-1-PB.pdf>. Acessado em 01 de fevereiro de 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Vantuil. “**A longa noite da agonia**”. In: Revista de História da Biblioteca Nacional. Rio de Janeiro. Ano 7, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. *Doxa*, n.º. 21, vol. II, p. 339-353, 1998.

PROENÇA, Maria Cândida. **A independência do Brasil: relações externas portuguesas. 1808-1825**. Lisboa: Livros Horizontes, 1987.

QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. *The Monist*, vol. 68, n.º. 3, p. 295-324, 1985.

_____. **Between Authority and Interpretation**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **Right-based moralities**, in Jeremy Waldron (ed.) *Theories of rights*, Oxford-New York: Oxford University Press, 1984.

_____. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia em São Paulo**, 2. ed. rev. atual. São Paulo: Grijalbo, 1976.

_____. **Filosofia do Direito**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, José Honório. **A Assembléia Constituinte de 1823**. Petrópolis: Vozes, 1974.

ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. Doucet-Boudreau, **Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? Ottawa Law Review** Vol. 41 (2), 2009.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 11. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre o Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones. In: **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.

_____. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade**. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma Visão Panorâmica do Caso Brasileiro**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira e Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, p. 1090120, jul./set. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais. n.º. 798, p. 23-50, 2002.

SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Millôr Fernandes. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SULLIVAN, Kathleen; GUNTHER, Gerald. **Constitutional Law**. 6. ed. New York: Foundation Press, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRIBE, Laurence H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. **Yale Law Journal**, vol. 89, n.º. 6, p. 1063-1080, maio de 1980.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo (150 anos de Ensino Jurídico no Brasil)**. São Paulo: Perspectiva, 1977.

VIANNA, Luiz Werneck. **O perfil do magistrado brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB/Iuperj, 1995.

VIEIRA, Benedicta Maria Duque. **A crise do Antigo Regime e as Cortes Constitucionais de 1821-1822**. Lisboa; João Sá da Costa, 1992.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

_____. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **The Concept and the Rule of Law**. *Georgia Law Review*, vol. 43, n.º 1, p. 1-61, 2008.

_____. **Parliamentary Recklessness: Why we need to legislate more carefully**. Auckland: Maxim Institute: 2008.

_____. Do Judge Reason Morally? In: HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

_____. Can there be a Democratic Jurisprudence? *Emory Law Journal*, vol. 58, p. 675-712, 2008-2009.

_____. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Jures, 2010.

_____. How Law Protects Dignity. **New York University School of Law – Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, dec. de 2011. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1973341. Acessado em 01 de fevereiro de 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. 7a ed. Madrid: Trotta, 2007.