

# A CONSTITUIÇÃO DO PLANO POLÍTICO AO NORMATIVO: BASE TEÓRICA PARA A CONSTRUÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO<sup>1</sup>

Maurício Sullivan Balhe Guedes<sup>2</sup>

## 1. CONCEITOS INTRODUTÓRIOS



presente estudo versa acerca da construção histórica da constituição e do constitucionalismo e busca ser capaz de oferecer uma base teórica mínima para o desenvolvimento deste último. Trata-se de investigação científica que não tem por escopo a adoção ou criação de uma teoria neoconstitucionalista, e sim um desenvolvimento teórico mínimo com elementos que possam compô-la. Base teórica para construção é, pois, diferente de construir. O leitor deve estar consciente de que encontrará pressupostos básicos que levam a traços iniciais da teoria do neoconstitucionalismo, porém, não há adoção ou exposição exaustiva desta ou daquela construção teórica neoconstitucional.

O neoconstitucionalismo enquanto doutrina possui marcos histórico, filosófico e teórico (ver tópico cinco), o que resulta em diversas maneiras possíveis da temática ser abordada e então ser construída uma teoria. O que este escrito pretende é

---

<sup>1</sup> O presente escrito apresenta, em seu conteúdo, proposições e conclusões que foram previamente discutidas com o Prof. Msc. Paulo Maurício Sales Cardoso, da Universidade da Amazônia – UNAMA, que as considerou, refutou ou concordou, sempre com grande presteza, disposição intelectual, merecedor, então, dessa nota de agradecimento.

<sup>2</sup> Acadêmico do curso de Direito, bolsista de Iniciação Científica, e membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Direito Constitucional – GEPDC da Universidade da Amazônia – UNAMA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5089917157711746>. E-mail: [mauricio.sullivan@outlook.com](mailto:mauricio.sullivan@outlook.com).

alcançar elementos mínimos que todo desenvolvimento teórico neoconstitucional deve apresentar para lograr êxito metodológico, independente da abordagem científica utilizada.

A investigação preocupa-se, então, em expor de modo crítico a construção histórica do constitucionalismo e da constituição, a partir do marco temporal do Estado liberal, cuidando das experiências europeia e norte-americana, o que cumpre com o objetivo de demonstrar os elementos mínimos que compõem o constitucionalismo contemporâneo e que resultam em novas maneiras de pensar a constituição e o direito constitucional. A mais notória destas é a passagem da constituição do plano meramente político programático para o plano jurídico, enquanto documento normativo. O estudo foi desenvolvido com a combinação entre os métodos dedutivo e indutivo, isto é, há momentos em que concepções gerais são individualizadas, e outros em que entendimentos particulares são generalizados. A abordagem metodológica é histórico-analítica – o que se evidencia principalmente nos tópicos três, quatro e cinco – e estritamente dogmática no tópico seis. O trabalho parte de breve definição dos termos constitucionalismo e constituição, e então adentra a exposição das experiências constitucionais europeia e norte-americana, para, então, atingir uma intercessão teórica decorrente de acontecimentos históricos (Segunda Grande Guerra) que culminam no advento do neoconstitucionalismo.

A investigação, entretanto, não estaria completa caso não fornecesse uma base teórica mínima e universal para o desenvolvimento da teoria neoconstitucional. No tópico seis defende-se como sendo indispensável o estudo da dignidade da pessoa humana, uma vez que parece ser – a necessária proteção a tal instituto jurídico – um consenso ético mundial, constituindo-se num fundamento norteador da teoria constitucional contemporânea, e que obrigatoriamente deve ser desenvolvida como uma característica presente na construção da teoria neoconstitucionalista.

## 2. BREVES DEFINIÇÕES DE CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO

O constitucionalismo, na doutrina de Canotilho, é o “movimento político, social e cultural que, sobretudo, a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político”. Assim sendo, sugere, “ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político”<sup>3</sup>. Em síntese, o constitucionalismo designa “limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*)”<sup>4</sup>, de modo que pode ser enfrentado enquanto movimento político-social e doutrina jurídico-filosófica, os quais não necessariamente se excluem.

Com idiosincrasia contemporânea, é possível afirmar que possui, ao menos, três elementos constitutivos: (1) *medo de perpetuação de situação opressora* aos (2) *direitos fundamentais*, que, quando constitucionalmente protegidos, devem gerar uma (3) *vontade de constituição* (*Wille zur Verfassung*)<sup>5</sup>.

O constitucionalismo pode ser conceituado como um movimento social que pode ou não gerar consequências jurídicas (criação de um documento constitucional), e que surge a partir da (1) conscientização e mobilização popular contra os arbítrios daquele(s) que detêm o poder do estado, a fim de evi-

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 52. Em sentido contrário, ver por todos na doutrina brasileira: DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45-148; e na doutrina estrangeira, por todos: LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 154-155.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 111, grifos no original.

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19-20.

tar a perpetuação de uma situação extremamente danosa aos direitos fundamentais, ou de instituí-los no ordenamento jurídico do estado. (2) Possui, assim, também no seu cerne, a luta popular pela proteção e garantia dos direitos fundamentais em um texto constitucional. Este, ao alcançar o êxito, (3) deve ser protegido pelos instrumentos processuais constitucionalmente definidos e pela própria sociedade em exercício crítico de democracia<sup>6</sup>, com participação ativa e organizada na vida política<sup>7</sup>, pois a ordem constitucional “não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”<sup>8</sup>.

Assim sendo, constitucionalismo e constituição possuem conceitos próximos mas que não se confundem<sup>9</sup>. Para Dallari, “do ponto de vista jurídico a Constituição é um conjunto de

---

<sup>6</sup> “A democracia crítica quer tirar o povo da pacifidade e também da mera reatividade. Quer fazer dele uma força ativa, capaz de iniciativa e, portanto, de projetos políticos elaborados por si mesmo. Em resumo: quer um povo que seja sujeito da política, não objeto ou instrumento” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143).

<sup>7</sup> “Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania” (HABERLE, Peter. *Hemerêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 37).

<sup>8</sup> “Essa vontade de constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável. Que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana” (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19-20).

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110.

normas básicas de organização da sociedade e de comportamento social, estabelecidas pelo povo e impostas à obediência de todos”<sup>10</sup>. De fato, a Constituição é um conjunto de normas (regras e princípios) jurídicas que podem resultar na estruturação da sociedade e do comportamento social, porém não necessariamente é estabelecida pelo povo ou por representantes deste, caso das constituições outorgadas, as quais são impostas pelo detentor do poder político e, ainda assim, vinculam a todos os cidadãos quanto ao seu cumprimento<sup>11</sup>.

Na doutrina de Jorge Miranda, a Constituição é um conjunto de normas fundamentais que dizem respeito à estrutura, organização e atividade do Estado, as quais podem ser “escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples e complexas”, que são encontradas em “qualquer época e lugar” como “expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre governantes e governados”<sup>12</sup>. A conceituação é problemática nos seguintes pontos: além de expressar somente preocupação em apontar a estrutura, a organização e o funcionamento da máquina estatal, o autor português deixa de lado a proteção a direitos fundamentais e a instituição de deveres do cidadão para com o Estado e a sociedade.

A Constituição contemporânea deve ser entendida como um documento de natureza formal (escrito)<sup>13</sup> emitido pelo detentor do poder político (normalmente o povo por meio de seus representantes devidamente constituídos) que vincula a todas

---

<sup>10</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 104.

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 157.

<sup>13</sup> É comum a afirmativa de que o Reino Unido possui experiência constitucional de natureza consuetudinária, ou seja, uma Constituição formada e materializada pela vivência em sociedade. Entretanto, mesmo aquela cultura constitucional centenária indica estar caminhando para a composição de um texto escrito substancialmente constitucional, especialmente após o *constitucional reform act* de 2005.

as pessoas que estejam dentro de um determinado território dotado de soberania e que apresenta, em sua matéria, direitos, deveres, e garantias fundamentais, ao mesmo tempo em que estrutura e organiza o funcionamento do Estado, distribui competências de atuação e estabelece meios processuais adequados para a proteção e materialização de seus enunciados normativos. Deste modo, a *constituição normativa* é aquela capaz de produzir efeitos no plano fático-social e possui natureza *político-jurídica*.

No plano político, a Constituição estabelece metas públicas a serem perseguidas e construídas pelo Estado, o qual deve estabelecer programas de governo a fim de satisfazer o conteúdo do dispositivo constitucional. Tratam-se de diretrizes básicas constitucionalmente definidas a serem implementadas e regulamentadas pelo poder político da máquina estatal. No plano jurídico, vincula o poder público ao cumprimento das metas estabelecidas, onde a inobservância destas pode ensejar a responsabilização do ente estatal competente para satisfazer o dispositivo constitucional, além de dispor de mecanismos de proteção aos seus enunciados (em especial a *jurisdição constitucional*)<sup>14</sup>.

Entretanto, a constituição normativa é uma consequência hodierna de longo período de maturação prática e teórica após diversos modelos institucionais de *constituição política* não

---

<sup>14</sup> Acerca da “identidade” da constituição normativa, afirma Garrorena Morales: “En primero lugar, en el plano de los contenidos, donde se hace evidente, de una parte, la tendencia a introducir cada vez más en los textos constitucionales enunciados de principio (justicia, dignidad, pluralismo...), lo que ha llevado a definir al constitucionalismo de nuestros días como un constitucionalismo principialista (...). Y, en segundo lugar, en el plano de la eficacia, en el cual los textos constitucionales han pasado a adoptar medidas para hacer que la constitución sea por fin una norma directamente aplicable sin tener que diferir tal eficacia a su desarrollo por normas posteriores. De ahí que, dada la trascendencia de este avance, solamos hablar de Constitución normativa para referirnos a esta nueva forma de entender a la Constitución” (MORALES, Ángel Garrorena. *Derecho constitucional: teoría de la constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 71).

terem produzido os resultados esperados. Constituição política é aquela que tão somente produz consequências desta natureza, que depende do comprometimento do legislador para com o respeito aos seus dispositivos, principalmente no que se refere à edição de leis ordinárias para o sustento dos efeitos do texto. Refere-se àquelas constituições que não vinculam o poder político ao *fazer*, mas tão somente indicam caminhos quanto ao que deve ser feito.

A construção da constituição e do constitucionalismo contemporâneos são objeto do estudo deste trabalho, pois resultam em um mínimo teórico que deve ser compartilhado na estruturação do que se convencionou chamar, na doutrina, de neoconstitucionalismo. O modelo proposto passa obrigatoriamente por um estudo, ainda que breve, das principais experiências no direito estrangeiro acerca da constituição e do constitucionalismo, onde possuem especial relevância as experiências francesa, alemã, italiana, portuguesa, espanhola, e norte-americana. Adota-se como marco temporal o advento do estado liberal, que leva consigo o surgimento das primeiras constituições escritas.

### 3. A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL EUROPEIA

#### 3.1. FRANÇA

A teoria constitucional francesa é uma das mais ricas e influentes mundo afora, porém é inicialmente marcada pela não concretização dos preceitos constitucionais. A Constituição era um documento utilizado para declarar e prometer, porém não vincular o Estado ou os cidadãos ao *fazer*.

Refere-se, notoriamente, ao período revolucionário francês (1789 – 1799), que, em torno de dez anos de instabilidade política, produziu quatro constituições<sup>15</sup> desprovidas de meca-

---

<sup>15</sup> São elas: (1) Constituição de 1791; (2) Constituição da 1ª República de 1793; (3)

nismos que fossem capazes de satisfazer a materialização de seus enunciados, pois “o sistema que exsurgiu do ambiente revolucionário francês do século XVIII obedecia à lógica estrita da maioria parlamentar como vontade geral”<sup>16</sup>. O *legalismo francês*<sup>17</sup> levou a “una ‘serie di costituzioni redatte, adottate, sospese, applicate e violate’: non a caso è stato detto che ai francesi si deve la teoria del potere costituente e agli americani la pratica”<sup>18</sup>.

A supremacia parlamentar era entendida como elemento capaz de negar aos enunciados constitucionais a rigidez necessária para a garantia de normatividade, resultando em uma Constituição vitimada pelas circunstâncias políticas<sup>19</sup>. Não o

---

Constituição de l’an III de 1795; (4) Constituição de l’an VIII de 1799.

<sup>16</sup> PAIVA, Paulo. A jurisdição constitucional francesa após a reforma constitucional de 2008. *Observatório de jurisdição constitucional*. Brasília, Ano 03, 2009/2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/376/259>>. Acesso em 04.08.2013.

<sup>17</sup> Por “legalismo francês” deve ser compreendido o período burguês-liberal que reduzia o Direito à lei, e a lei à manifestação política do parlamento, onde a interpretação jurídica de um determinado dispositivo legal, quando controversa ou duvidosa, deveria ser submetida ao órgão legislativo competente para que a manifestação deste quanto a interpretação “correta” a ser atribuída ao instituto jurídico, ou seja, referese à figura do *referè legislatif*, o qual levou Montesquieu à célebre afirmação de que o juiz seria “a boca da lei” (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os Pensadores), p. 93).

<sup>18</sup> “Uma ‘série de constituições são redigidas, adotadas, suspensas, aplicadas e violadas’: não por acaso se diz que aos franceses se deve a teoria do poder constituinte e aos americanos a sua prática” (DI GIOVINE, Alfonso. Le tecniche del costituzionalismo del ’900 per limitare la tirannide della maggioranza. *Associazione italiana dei costituzionalisti: materiali*. Disponível em: <[http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/tecniche\\_constituzionalismo/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/tecniche_constituzionalismo/index.html)>. Acesso em: 04.08.2013, tradução livre).

<sup>19</sup> “A supremacia do parlamento não se concilia com a ideia de supremacia da Constituição, o que decerto concorre para explicar o desinteresse dos revolucionários na Europa por instrumentos destinados a resguardar a incolumidade da ordem constitucional. Não havia meio institucional de defesa da Constituição apto para controlar o respeito efetivo dos princípios disposta na carta (...). Essa concepção de supremacia incontestável do Parlamento debilita o valor efetivo da Constituição, que não se encontra, nesse contexto, protegida contra o legislativo” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São



bastante, o “ideário iluminista” contido nas constituições do período revolucionário francês não revelou intenção de cumprimento na classe política dominante.

No Estado de Direito (liberal) a classe dominante (burguesia) “formulou os princípios filosóficos de sua revolta social” e então “nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social”<sup>20</sup>. De tal feita que,

no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe<sup>21</sup>.

Ausente a rigidez<sup>22</sup> e a normatividade dos enunciados constitucionais, o conflito de interesses políticos na época era perpassado ao plano constitucional. Quando uma determinada classe obtinha considerável parcela do poder político-representativo do Estado, esta editava uma nova constituição de caráter meramente político, contendo suas ideologias, o que valida a afirmação de que as constituições francesas editadas no período da Grande Revolução eram reféns das ideologias das majorias políticas eventualmente constituídas.

A Constituição francesa de 24 de junho de 1793 (Jacobina), por exemplo, apresenta no art. 28 o seguinte enunciado: “Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses

---

Paulo: Saraiva, 2011, p. 53).

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 42.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 42.

<sup>22</sup> Sobre a rigidez constitucional, afirma Paulo Bonavides: “Rígidas, as que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias. Demandam um processo de reforma mais complicado e solene” (*Curso de direito constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 83).

lois les générations futures”<sup>23</sup>. Trata-se de dispositivo que demonstra que a qualquer momento histórico – priorizando-se os laços políticos – a Constituição poderia ser substituída por uma nova.

A ideia de supremacia do parlamento – e da “vontade institucional” do legislador – não é conciliável com a supremacia constitucional. Ausente mecanismos de defesa da ordem constitucional frente ao possível arbítrio por parte do parlamento, entregava-se sua proteção unicamente ao povo, tal como dispõe o art. 8 da Constituição francesa de 1791: “L'Assemblée nationale constituante en remet le dépôt à la fidélité du Corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français”<sup>24</sup>.

Tal concepção de constituição flexível<sup>25</sup> e não normativa acabou por influenciar diversos ordenamentos jurídicos europeus, cujos textos constitucionais apresentavam características semelhantes àquelas presentes no modelo francês, em especial a ausência de realização concreta dos enunciados, também oriunda de uma compreensão meramente formal e política da Constituição.

### 3.2. ALEMANHA

O mesmo é constatado na Alemanha já nos idos de 1933, quando Adolf Hitler foi nomeado chanceler e pôs fim à vida democrática daquele país em plena vigência da Constituição de

---

<sup>23</sup> “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras” (tradução livre).

<sup>24</sup> “A Assembléia Nacional Constituinte confia o depósito à fidelidade do Corpo legislativo, do rei e dos juizes, à vigilância dos pais de família, às esposas e às mães, à afeição dos jovens cidadãos, à coragem de todos os franceses” (tradução livre).

<sup>25</sup> Constituição flexível é aquela que “não exige, para sua alteração, qualquer processo mais solene, tendo-se em vista o critério da lei ordinária” (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 35).

Weimar (1919). Esta era entendida como um texto de natureza formal que dispunha acerca do que o Estado (ente-político) poderia ou não fazer, não havendo, porém, relação vinculante<sup>26</sup>, o que na prática resultou na não observância por parte do poder público dos direitos sociais nela contidos, transformando-se em exemplo de texto constitucional ineficaz.

Não o bastante, em março de 1933 foi publicada a Lei de Permissão (*Ermächtigungsgesetz*), a qual “permitia a edição de leis diretamente pelo governo imperial – na prática, pelo Chanceler Adolf Hitler – ainda quando divergissem do texto constitucional”<sup>27</sup>, tal como previa o art. 2º: “Die von der Reichsregierung beschlossenen Reichsgesetze können von der Reichsverfassung abweichen, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben. Die Rechte des Reichspräsidenten bleiben unberührt”<sup>28</sup>. Dessa forma, o cenário alemão estava pronto para o domínio político da doutrina nazista.

### 3.3. ITÁLIA

Por sua vez, na Itália, a Carta do Trabalho (*carta del lavoro*) de 1927, institucionalizadora do Estado Fascista (art. 1º:

---

<sup>26</sup> “O problema principal dos direitos fundamentais de Weimar era o de sua força de validade. Na literatura bramia há um litígio sobre isto, se e em qual proporção as normas de direitos fundamentais, do título de direitos fundamentais, eram meras proposições programáticas sem força vinculativa jurídica” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 98). Para um estudo histórico-sistemático do direito constitucional alemão, ver por todos: STERN, Klaus. *El Derecho del estado de la republica federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57.

<sup>28</sup> “As leis imperiais aprovadas pelo governo do Reich podem divergir da constituição imperial, desde que não tenham por matéria a instituição do parlamento e do conselho imperiais. Os direitos do Presidente do Império permanecem inalterados” (tradução livre).

“La nazione italiana è un organismo avente fini, vita e mezzi d’azione superiori, per potenza e durata, o quelli degli individui, divisi o aggruppati, che lo compongono. E’ una unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato Fascista”<sup>29</sup>), foi desenvolvida e publicada por Benito Mussolini, com o total apoio do Rei Victor Emmanuel III. Na prática, este foi o primeiro da sequência de atos legislativos que foram editados tendo por finalidade a concentração do poder na figura do *II Duce*<sup>30</sup>.

### 3.4. PORTUGAL E ESPANHA

As influências do legalismo francês, em curiosa mistura com o Estado social da República de Weimar, e até certo ponto com o fascismo italiano, desaguariam na Constituição portuguesa de 1933<sup>31</sup>, que “representou a quase obnubilação do Estado constitucional, substituído por um constitucionalismo de base corporativa e autoritária”<sup>32</sup>.

Na Espanha, a Constituição de 1931 não foi capaz de produzir os efeitos jurídicos transformadores da realidade social que dela se esperava, recebendo as seguintes considerações por parte de Miguel de Unamuno: “(...) Constitución urdida – o tramada – no por choque y entrecruce de doctrinas diversas, sino de intereses de partidos, o mejor de clientelas políticas,

---

<sup>29</sup> “A Nação é um organismo que tem fins, vida e meios de ação superiores, em potencial e duração, aos indivíduos divididos ou agrupados que a compõem. É uma unidade moral, política e econômica, que se realiza integralmente dentro do Estado Fascista” (tradução livre).

<sup>30</sup> Ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2011.

<sup>31</sup> Para uma visão crítica acerca do assunto, ver: CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, crise e cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; MIRANDA, Jorge. *Constituição e cidadania*. Coimbra: Coimbra editora: 2003.

<sup>32</sup> BOTELHO, Catarina Santo. A história faz a constituição ou a constituição faz a história? Reflexões sobre a história constitucional portuguesa. *Revista do instituto do direito brasileiro*. Lisboa, ano 02, nº 01, 2013, p. 229-247.

sometidas a una disciplina que nada tiene de discipulado”<sup>33</sup>.

O texto constitucional espanhol de 1931 ocasionou grande instabilidade política, devido à ausente organização adequada do sistema de democracia que buscava reger, contribuindo, assim, para a Guerra Civil na Espanha (1936-1939), culminando no golpe militar e na instauração do regime de governo totalitário de caráter fascista, encabeçado pela figura do General Francisco Franco<sup>34</sup>.

O cenário político do continente Europeu, na época, apresentava grandes potências bélicas e econômicas com sistemas de governo totalitários, os quais regiam o Estado por meio de decretos-lei capazes de contradizer o texto constitucional, ou seja, não prestavam continência aos enunciados da Constituição, quadro que se mostrou perfeito para o desenvolvimento da Segunda Grande Guerra (1939-1945) sem limites jurídicos, senão aqueles que eram impostos pela figura do governante.

Os resultados da Segunda Guerra Mundial são amplamente conhecidos, a grave crise econômica e a redefinição da ordem política mundial são apenas alguns deles. No que concerne a este trabalho, apontam-se, em rol exemplificativo, as seguintes consequências *jurídicas*: (1) criação de mecanismos na ordem internacional para a proteção aos direitos humanos; (2) aproximação da ciência jurídica com outras categorias do conhecimento humano, em especial com a filosofia; (3) expan-

---

<sup>33</sup> “(...) constituição urdida – ou tramada – não pelo choque e entrelaçamento de doutrinas diversas, mas sim pelos interesses dos partidos, ou melhor, de suas clientelas políticas, sujeitos a uma disciplina que nada tem de discipulado” (UNAMUNO, Miguel de. Unamuno y la constitución. *La voz de cuenca*. Ano X, num. 482, Cuenca, 27 de out. de 1931. Disponível em: <[http://biblioteca2.uclm.es/biblioteca/CECLM/ARTREVISTAS/cuenca/voz\\_cuenca/pdf/N482.pdf](http://biblioteca2.uclm.es/biblioteca/CECLM/ARTREVISTAS/cuenca/voz_cuenca/pdf/N482.pdf)>. Acesso em 04.08.2013, tradução livre).

<sup>34</sup> Para uma análise didática da Constituição e do constitucionalismo espanhol, ver CAPELLA, Juan-Ramón (org.). *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 2003.

são da *jurisdição constitucional*<sup>35</sup>.

#### 4. *THE LIVING CONSTITUTION*<sup>36</sup>: A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Em sentido contrário à experiência europeia de instabilidade política e constitucional, os Estados Unidos da América apresentam histórica estabilidade do seu texto constitucional – em vigência desde 1787 –, além de máxima efetividade normativa de seus enunciados, inseridos em um sistema que atribui (1) rigidez – ou seja, processo solene de modificações (adição ou supressão) do conteúdo da Constituição – e (2) supremacia à Carta Magna, que por sua vez tem seus preceitos materializados na vivência social diária (*living constitution*) a partir do funcionamento da (3) jurisdição constitucional.

Trata-se de ordenamento jurídico que desde os primeiros

---

<sup>35</sup> “Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para a atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou parâmetro para sua validade. Neste último caso, estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25). Para uma perspectiva jurídico-material acerca de jurisdição constitucional, consultar GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. *Conversas sobre jurisdição constitucional*. São Paulo: PerSe, 2013; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Para uma perspectiva procedimental, ver BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011; PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretção e remodelagem do sistema no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>36</sup> Por “constituição viva” fica clara a forma na qual a experiência constitucional-normativa norte-americana será abordada no tópico: a constituição é um corpo vivo, o qual, para garantia de permanência da sua produção de efeitos concretos, necessita estar em conformidade com a realidade social.

passos de sua história cívica apresenta respeito para com a normatividade constitucional, extraíndo-a do plano das juras e aplicando seus efeitos consequentes em demandas judiciais concretas, tal como depreende-se do famoso caso *Marbury v. Madison*<sup>37</sup>. Tal afirmativa pode ser extraída dos ensinamentos do *Justice John Marshall Harlan*:

It's not every law of the Congress of the United States or statute of the Congress of the United States that is the supreme law of the land. Now and then the Congress of the United States passes a statute which the courts say is not law, which the courts say transcends the power which Congress has, and therefore that which purports to be an act of Congress is not a law. Nothing can be a law in this country which is in violation of the Constitution of the United States.

(...)

In this country there's no supreme power except in the Constitution of the United States. That instrument is the written power of attorney from the People of the United States to every branch of the government, and it is the law for all. The president can no more violate that Constitution than I can; the Congress of the United States can no more violate the Constitution than I can, and an act of Congress passed by the unanimous vote of both houses and sustained by the President is not worth the paper upon which it is written if it is in violation of the Constitution of the United States<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> *Case 5 U.S. 137* (1803).

<sup>38</sup> “Não é qualquer lei ou estatuto editado pelo Congresso dos Estados Unidos da América que pode ser chamado de lei suprema do país. De vez em quando o Congresso dos Estados Unidos da América aprova estatuto que as cortes não reconhecem como lei, sustentando que a edição daquele ato transcende o Poder que o Congresso tem, e, portanto, o ato proposto pelo Congresso não pode ser considerado lei. Neste país, nada pode ser considerado lei quando se mostra em violação à Constituição dos Estados Unidos. (...) Neste país não existe poder supremo senão aquele da Constituição dos Estados Unidos. Esse instrumento é a procuração escrita do povo dos Estados Unidos para todos os ramos do governo, e é a Lei para todos. O presidente não pode violar a Constituição mais do que eu posso; o Congresso dos Estados Unidos não pode violar a Constituição mais do que eu posso, e uma lei aprovada no Congresso por unanimidade de votos em ambas as casas e sustentada pelo Presidente não vale o papel no qual está escrita caso esteja ocorrendo em violação à Constituição dos Estados Unidos” (HARLAN, Justice John Marshall. *Lectures on constitutional law: 1897-1898*. p. 47-49. Disponível em: < <http://www.gwlr.org/wp->

Em análise crítica, percebe-se que o sistema constitucional norte-americano é centrado na seguinte questão: como dar máxima efetividade às normas constitucionais? Ao longo da história isto resultou em uma série de mecanismos de proteção à Constituição, os quais foram extraídos hermeneuticamente de seu texto originário (*judicial review*) ou integrados formalmente por meio de emendas (*bill of rights: ninth amendment*), ou, sem embargo, construídos judicialmente (*constitutional canons*).

Sendo assim, está-se diante de uma Constituição *normativa*, cujo sentido foi delimitado – no objeto de estudo do presente trabalho – enquanto documento capaz de, em seus preceitos normativos, vincular o Estado e a sociedade ao ponto de ver seus enunciados materializados no plano fático. O texto constitucional é normativo quando tem mecanismos próprios de proteção aos seus enunciados e, ainda, quando é capaz de se adaptar à realidade social a qual pretende reger, “destarte permitindo que a interpretação constitucional possa sofrer mutações face à dinâmica da realidade e cultura constitucionais”<sup>39</sup>.

Desde cedo no direito norte-americano, os efeitos gerados a partir de uma interpretação da Carta Magna capaz de lhe garantir guarda suprema do ordenamento jurídico frente ao Estado (sociedade politicamente organizada) colocou a *Supreme Court* em papel de destaque da *vida constitucional*, pois ela, enquanto casa responsável pela guarda dos preceitos constitucionais, foi capaz de realizar modificações profundas – em especial relativas aos direitos individuais (*civil rights and civil liberties*)<sup>40</sup> – na sociedade norte-americana, sem com isso ter se

---

content/uploads/2013/07/Harlan\_SME2.pdf>. Acesso em: 06.08.2013, tradução e adaptação livre).

<sup>39</sup> BOTELHO, Catarina Santo. A história faz a constituição ou a constituição faz a história? Reflexões sobre a história constitucional portuguesa. *Revista do instituto do direito brasileiro*. Lisboa, ano 02, nº 01, 2013, p. 229-247.

<sup>40</sup> As palavras *civil rights e civil liberties* devem ser lidas conjuntamente enquanto faces da mesma moeda. Ao que é interessante a este trabalho, cabe resguardar que se emprega “direitos individuais” enquanto sinônimo desta, uma vez que *civil rights* se



alterado a letra da Constituição. O que leva Bruce Ackerman a concluir que: “it is judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living constitution”<sup>41</sup>.

Tão forte se faz presente na sociedade norte-americana a supremacia constitucional, que foi possível ser desenvolvido sistema de *superprecedentes* (*constitutional canons*), ou seja, casos paradigmáticos que em sua parte dispositiva vinculam a todos, tal como se fossem formalmente integrados à Constituição por meio de um processo solene. Neste sentido:

The Supreme Court has an institutional obligation to recognize that superprecedents crystallize fixed points in our constitutional tradition, and should not be overruled or ignored in the course of doctrinal development. In this, of course, superprecedents resemble formal amendments, which play a similar sharpening role in the operational canon<sup>42</sup>.

Os superprecedentes seriam casos que envolvam o exercício de direitos fundamentais ou que estejam intimamente interligados com matérias tipicamente constitucionais. Cuidase de afirmar que o papel do poder judiciário e, em especial, da

---

refere a direitos de igualdade, especialmente ao tratamento igualitário, e *civil liberties* a uma categoria de direitos vinculados à liberdade (expressão, comunicação, religião, informação, etc.). Ou seja, são expressões que quando lidas em conjunto apresentam escopo jurídico que protege direitos que na doutrina brasileira costumemente são designados como direitos individuais.

<sup>41</sup> “É a revolução judicial, não a emenda formal, que funciona como um dos grandes caminhos para mudanças paradigmáticas marcadas pela constituição viva” (ACKERMAN, Bruce. The holmes lectures: the living constitution. *Faculty scholarship series*. Paper 116. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=fss_papers)>. Acesso em: 06.08.2013, tradução livre).

<sup>42</sup> “A Suprema Corte tem uma obrigação institucional em reconhecer que superprecedentes cristalizam pontos fixados em nossa tradição constitucional, e que não devem ser anulados ou ignorados no curso do desenvolvimento doutrinário. Assim, é claro, superprecedentes se assemelham a emendas formais, que desempenham papel de lapidação similar no cânone operacional” (ACKERMAN, Bruce. The holmes lectures: the living constitution. *Faculty scholarship series*. Paper 116. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=fss_papers)>. Acesso em: 06.08.2013, tradução e adaptação livre).

Suprema Corte é de não apenas afastar os efeitos jurídicos quando houver inconstitucionalidade de atos normativos, mas também de gerar estabilidade jurisprudencial suficiente a dotar o exercício de certos direitos de efetividade plena na vivência em sociedade.

Assim, o entendimento reiterado da Corte Suprema não somente possuiria força vinculante, como constituiria uma espécie de cânone de natureza constitucional. A Constituição necessariamente deveria ser lida com os casos componentes do cânone em anexo (*superprecedentes*), como parte integrante do seu texto.

Entretanto, é necessário reconhecer que apesar de a rigidez e a supremacia constitucional terem sido reconhecidas e respeitadas pelo sistema jurídico norte-americano desde os seus primórdios cívicos, isso por si só não garantiu, por exemplo, materialização de direitos fundamentais. Tanto é assim que, apesar de se prestar reverência à supremacia constitucional – dentre outros elementos que mais tarde seriam apontados como característicos do neoconstitucionalismo –, há decisões sombrias (sob o ponto de vista dos direitos humanos) na história jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. Apenas como exemplos: (1) *Dred scott v. Sandford*<sup>43</sup>, no qual a corte suprema assentou que os negros eram considerados propriedade, e de tal forma, não poderiam postular em juízo por sua liberdade; (2) *Plessy v. Ferguson*<sup>44</sup>, no qual a Suprema Corte declarou como constitucional lei do estado de Louisiana que vedava a viagem conjunta de negros e brancos no mesmo vagão de trem; (3) *Korematsu v. United States*<sup>45</sup>, no qual a corte considerou constitucional a detenção de descendentes japoneses que estivessem em solo americano (ainda que cidadãos norte-americanos) em campos de concentração militares.

---

<sup>43</sup> Case 60 U.S. 393 (1857).

<sup>44</sup> Case 163 U.S. 537 (1896).

<sup>45</sup> Case 323 U.S. 214 (1944).

Isto leva à conclusão que as transformações relativas aos direitos individuais só se fizeram passíveis de constatação no plano jurídico norte-americano a partir da influência humanista europeia construída no pós-Segunda Guerra<sup>46</sup>, tal como é possível observar nos seguintes exemplos: (1) em *Brown v. Board of Education*<sup>47</sup>, a Corte Warren anulou os precedentes relativos à segregação racial e reformou a tese “iguais, mas separados”, declarando a inconstitucionalidade de um bloco de leis estaduais que determinavam a segregação racial em escolas públicas<sup>48</sup>; (2) já em *Gideon v. Wainwright*<sup>49</sup>, a suprema corte assentou que todos os cidadãos norte-americanos possuíam o direito de se fazerem acompanhados por advogado em ações penais; (3) de leitura correlata, *Miranda v. Arizona*<sup>50</sup> assentou que todos os cidadãos norte-americanos deveriam ser informados acerca do direito de ter um advogado presente a partir da detenção, além do direito de não responder a qualquer indagação que pudesse ser incriminatória<sup>51</sup>; (4) *Roe v. Wade*<sup>52</sup> é precedente emblemático do movimento feminista norte-americano, pois se refere a reconhecimento do direito da prática do aborto sem que isso seja caracterizado como fato típico passível de perseguição penal, ao menos até o momento em que o feto se torne viável para a vida extrauterina, tendo por fundamentação cen-

---

<sup>46</sup> Admite-se que a conclusão exposta é controversa e bastante particular, podendo o leitor, após análise crítica, aceitá-la ou não.

<sup>47</sup> Case 347 U.S. 483 (1954).

<sup>48</sup> Caso que para Roger Raupp Rios inaugurou a doutrina do “direito da antidiscriminação”. Ver RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27.

<sup>49</sup> Case 372 U.S. 335 (1963).

<sup>50</sup> Case 384 U.S. 436 (1966).

<sup>51</sup> Acerca da construção histórica do direito de defesa na Suprema Corte de Justiça norte-americana, ver GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. De forma a material: a construção jurisprudencial do direito de defesa na suprema corte de justiça americana. In: ALVES, Léo da Silva (coord.). *Excelência jurídica*. Brasília: Editora Rede, 2012, vol. I, p. 95-113.

<sup>52</sup> Case 410 U.S. 113 (1973).

tral o direito à privacidade da mulher<sup>53</sup>.

## 5. UMA INTERCESSÃO: O ADVENTO DO *NEOCONSTITUCIONALISMO*

Na França do século XVIII, as constituições eram editadas e descartadas em um ciclo vicioso, controlado pela vontade do detentor do poder político, sob a máxima de que gerações anteriores não poderiam vincular gerações do presente-futuro. Mais do que instabilidade política e ausência de segurança jurídica, tratava-se de grave obstáculo para produção de efeitos das normas constitucionais, que se mostravam inaptas à garantia dos direitos constitucionalmente prometidos, que formalmente deveriam funcionar em defesa dos cidadãos frente ao Estado, mas que na prática eram ignorados pelas maiorias parlamentares.

Na Europa, durante a primeira metade do século XX, diversas potências romperam com o sistema democrático e estavam vivendo regimes totalitários, avessos à proteção de direitos fundamentais.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial e suas consequências catastróficas, a comunidade internacional se apercebeu de instrumentos (*tratados*) capazes de garantir uma lista de direitos que fossem compartilhados mundo afora, por todos os cidadãos dos Estados signatários, concedendo-se ênfase singular à *dignidade da pessoa humana* (*Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948))<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Ver GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. Jurisdição constitucional em casos controversos: a proteção dos direitos e garantias humanas fundamentais na suprema corte de justiça americana à luz do sistema jurídico brasileiro. In: GUEDES, Maurício Sullivan Balhe (org.). *Direito e sociedade: temáticas controvertidas*. Vol. I. São Paulo: PerSe, 2012, p. 72-218. Todos os casos citados podem ser consultados no sítio eletrônico da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos da América: <<http://www.supremecourt.gov>>. Acesso em 26.12.2013.

<sup>54</sup> “É nesse cenário que ocorre a transição do positivismo Kelseniano para o pós-positivismo. A aplicação fria da lei não se mostrou apta a ordenar a sociedade com

“Com efeito, o período que sucedeu às duas Grandes Guerras tornou claro que de nada valia o texto constitucional proclamar direitos e liberdades, se estes não fossem garantidos e efetivados na prática”<sup>55</sup>. A percepção de necessidade de que alguns direitos básicos à humanidade fossem resguardados na ordem internacional não se mostra incompatível com a obrigatoriedade de que tais direitos sejam incorporados à ordem jurídica interna de todos os países signatários, criando-se, inclusive, *mecanismos* de efetivação de tais direitos.

Nesse diapasão, urge a superação do *status quo* que em grande medida não reconhece na Constituição um texto normativo pleno, e sim, tão somente, uma Carta de intenções políticas (*experiência europeia*). Aqui, há de se ressaltar, que não há apenas rompimento de ordem jurídica, mas também uma série de construções no plano jurídico-filosófico a fim de aproximar o Direito da ética e de proteger e maximizar a força normativa da Constituição<sup>56</sup>, o que leva Luís Roberto Barroso a concluir

---

justiça, uma vez que o regime nazista e outros regimes de exceção se firmaram sob o império das leis. A sociedade percebeu que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, ‘o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos’. Uma das características no neoconstitucionalismo é estruturar-se sobre a perspectiva filosófica do pós-positivismo” (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vale do Itajaí, vol. 15, n. 02, p. 285-305).

<sup>55</sup> BOTELHO, Catarina Santo. A história faz a constituição ou a constituição faz a história? Reflexões sobre a história constitucional portuguesa. *Revista do instituto do direito brasileiro*. Lisboa, ano 02, n° 01, 2013, p. 229-247.

<sup>56</sup> Neste sentido: “Três marcos históricos foram determinantes para essa mudança filosófica: os massacres genocidas patrocinados com fundamento legal (e que levam à crítica das concepções de direito); o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e que é o nascimento de uma nova ordem mundial alicerçada nos direitos fundamentais; o Julgamento de Nuremberg e a instrução sobre os crimes contra a humanidade” (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vale do Itajaí, vol. 15, n. 02, p. 285-305).

que:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos poderes e o Estado Democrático de Direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça<sup>57</sup>.

O termo *neoconstitucionalismo* atende a significativas mudanças teóricas e práticas no Direito, em especial – tal como identificado por Barroso – a partir de três marcos: histórico<sup>58</sup>, filosófico<sup>59</sup> e teórico<sup>60</sup>. Trata-se de expressão que designa mu-

---

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 121.

<sup>58</sup> “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas” (BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 190).

<sup>59</sup> “O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamentos que oferecem paradigmas opostos para o direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo” (BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 192).

<sup>60</sup> “Três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional” (BARROSO, Luís Roberto.

dança ideológica jurídica<sup>61</sup>, com consequências ao modo no qual a Constituição e o ordenamento jurídico em geral é interpretado e aplicado, e que possui como exemplos de características: (1) rigidez constitucional, (2) garantia jurisdicional da constituição (mecanismos processuais de defesa do seu texto), (3) força vinculante da constituição, (4) aplicação direta de suas normas<sup>62</sup>. Neste sentido, aponta Barroso que o neoconstitucionalismo apresenta caracteristicamente “o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional”<sup>63</sup>.

Cabe ressaltar – na esteira do pensamento de Möller – que o neoconstitucionalismo não refuta, contradiz ou se opõe

---

*O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 193).

<sup>61</sup> “A limitação do poder sempre constituiu o fundamento principal do constitucionalismo moderno. Desde sua criação, a noção de constituição como fundamento do estado teve por finalidade servir de instrumento de garantia da liberdade, através da construção de uma forma de organização do poder que fosse anterior à figura do soberano (...). Sobre esse ponto, é de extrema importância o aspecto ideológico do neoconstitucionalismo, que propõe uma alteração do comportamento dos operadores jurídicos como uma resposta do direito aos abusos decorrentes do formalismo liberal” (MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 23).

<sup>62</sup> MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30-42.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 234. Defende Barroso que “as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver e sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, o da interpretação conforme a constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade” (BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 196-197).

nos seus pressupostos teóricos (mínimos) ao constitucionalismo moderno. Bem da verdade, ambos partem de concepções jurídicas convergentes, mas que devido a mudança da visão ideológica do jurista – ocasionada pelo neoconstitucionalismo – possuem resultados práticos divergentes<sup>64</sup>. Antes, uma Constituição programática, a mercê das composições políticas para a produção de efeitos práticos. Agora, uma Carta suprema, que não somente programa mas que vai além do dirigismo: vincula a atividade política e a sociedade ao estrito cumprimento de suas disposições.

O neconstitucionalismo agrega em seu mínimo teórico conceitos desenvolvidos em partes diferentes do globo. Da experiência constitucional norte-americana, a supremacia e a rigidez constitucional; da experiência europeia do pós Segunda Guerra, por sua vez, a necessária proteção aos direitos fundamentais, os quais norteiam as constituições contemporâneas, que possuem a dignidade da pessoa humana no seu núcleo mínimo de composição.

## 6. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O EPICENTRO MÍNIMO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A dignidade da pessoa humana tem relevante participação no constitucionalismo contemporâneo ao menos desde o momento em que foi transportada ao epicentro do ordenamento constitucional, enquanto fundamento da ordem republicana<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> “O constitucionalismo contemporâneo, nesse aspecto, não constitui um movimento de rompimento radical com o constitucionalismo moderno do Estado liberal. Parece apresentar-se muito mais como um avanço na doutrina constitucional liberal do que propriamente uma oposição. Talvez a grande oposição que possa existir entre o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo moderno é exatamente em relação à prática constitucional, e não a seus fundamentos teóricos” (MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 23).

<sup>65</sup> Tal como entendido pelo constituinte originário de 1988, ao caracterizar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira (CF/88,



Dos temas mais complexos que podem ser encarados sob o ponto de vista acadêmico, em especial devido ao alto grau de abstração conceitual<sup>66</sup>, dignidade da pessoa humana é passível de enfrentamento enquanto: (1) valor, no sentido de “conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa”; (2) meta política, pois “principalmente no período após a Segunda Guerra Mundial, a ideia de dignidade humana foi incorporada ao discurso político das potências que venceram o conflito e se tornou (...) um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais”, o que se evidencia, especialmente, com a adoção, no plano transnacional, da Declaração Internacional dos Direitos Humanos, a qual no artigo I expõe: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)”; e (3) conceito jurídico<sup>67</sup>.

Com razão em parte, aponta Barroso que, “após a Segunda Grande Guerra, a dignidade tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições”<sup>68</sup>. De fato, a dignidade da pessoa humana aparece consagrada em diversas declarações e convenções internacionais de direitos. Por exemplo, Declaração Universal dos Direitos Humanos (art.

---

art. 1, III).

<sup>66</sup> Tanto é assim, que “temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para um vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73).

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 61-62.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 272-273.

1)<sup>69</sup>, Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas (art. 15, 1)<sup>70</sup>, Declaração sobre Educação e Formação em Direitos Humanos (art. 5º, 1)<sup>71</sup>, Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (art. 1)<sup>72</sup>, Convenção Internacional de Proteção das Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (art. 19, 2)<sup>73</sup>, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (art. 28, 2)<sup>74</sup>, Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (preâmbulo)<sup>75</sup>, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (preâmbulo)<sup>76</sup>, dentre outras<sup>77</sup>.

---

<sup>69</sup> “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

<sup>70</sup> “Indigenous peoples have the right to the dignity and diversity of their cultures, traditions, histories and aspirations which shall be appropriately reflected in education and public information”.

<sup>71</sup> “Human rights education and training, whether provided by public or private actors, should be based on the principles of equality, particularly between girls and boys and between women and men, human dignity, inclusion and non-discrimination”.

<sup>72</sup> “The purpose of the present Convention is to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity”.

<sup>73</sup> “The purpose of the present Convention is to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity”.

<sup>74</sup> “Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção”.

<sup>75</sup> “Considerando que, de acordo com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Reconhecendo que esses direitos emanam da dignidade inerente à pessoa humana”.

<sup>76</sup> “Considerando que a Declaração das Nações Unidas sobre eliminação de todas as formas Discriminação Racial, de 20 de novembro de 1963, (Resolução n. 1.904 (XVIII) da Assembléia Geral ), afirma solenemente a necessidade de eliminar rapidamente a discriminação racial através do mundo em todas as suas formas e manifestações e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana (...)”.

<sup>77</sup> Todos os documentos citados podem ser conferidos no sítio eletrônico seguinte: < <http://www.un.org>>. Acesso em 26.12.2013.

Porém, a utilização do termo dignidade da pessoa humana não aparece consagrada somente em textos constitucionais ocidentais. Ao contrário, são diversas as Constituições que, mundo afora, expressam a preocupação em preservar o entendimento do que esteja socialmente caracterizado como dignidade, elevando tal conceito ao patamar jurídico-constitucional. São exemplos disso as Constituições do Afeganistão (art. 24)<sup>78</sup>, China (art. 38)<sup>79</sup>, Azerbaijão (art. 13, III)<sup>80</sup>, Iraque (art. 37, 1º, a)<sup>81</sup>, Irã (art. 2º, 6)<sup>82</sup>, Bahrein (art. 18)<sup>83</sup>, Cazaquistão (art. 45)<sup>84</sup>, Paquistão (art. 14)<sup>85</sup>, Kuwait (art. 29)<sup>86</sup>, Tailândia (*section* 4)<sup>87</sup>, Arménia (art. 13)<sup>88</sup>, Turquia (art.17)<sup>89</sup>, Suécia (art.

---

<sup>78</sup> “Liberty is the natural right of human beings. This right has no limits unless affecting others freedoms as well as the public interest, which shall be regulated by law. Liberty and human dignity are inviolable. The state shall respect and protect liberty as well as human dignity”.

<sup>79</sup> “The personal dignity of citizens of the People’s Republic of China is inviolable. Insult, libel, false charge or frame-up directed against citizens by any means is prohibited”.

<sup>80</sup> “The property cannot be used against human rights and civil liberties, against interests of the society and State, against human dignity”.

<sup>81</sup> “The liberty and dignity of man shall be protected”.

<sup>82</sup> “The exalted dignity and value of man, and his freedom coupled with responsibility before God”.

<sup>83</sup> “People are equal in human dignity, and citizens are equal before the law in public rights and duties. There shall be no discrimination among them on the basis of sex, origin, language, religion or creed”.

<sup>84</sup> “A person’s dignity shall be inviolable”.

<sup>85</sup> “Inviolability of dignity of man”.

<sup>86</sup> “The people are peers in human dignity and have, in the eyes of the Law, equal public rights and obligations. There shall be made no differentiation among them because of race, origin, language or religion”.

<sup>87</sup> “The human dignity, right, liberty and equality of the people shall be protected”.

<sup>88</sup> “A human being, his/her dignity, fundamental rights and freedoms are an inalienable and ultimate value”.

<sup>89</sup> “Everyone has the right to life and the right to protect and develop his material and spiritual entity. The physical integrity of the individual cannot be violated except under medical necessity and in cases prescribed by law; and cannot be subjected to scientific or medical experiments without his consent. No one can be subjected to torture or ill-treatment; no one can be subjected to penalties or treatment incompatible with human dignity. The cases such as the execution of death penalties under court sentences, the act of killing in self-defense, the occurrences of death as a result

2º)<sup>90</sup>, Finlândia (art.1º)<sup>91</sup>, suíça (art. 7º)<sup>92</sup>, Montenegro (art. 25)<sup>93</sup>, Polônia (art. 30)<sup>94</sup>, Romênia (art. 1º, 3)<sup>95</sup>, Rússia (art. 7º)<sup>96</sup>, Sérvia (art. 19)<sup>97-98</sup>, Japão (art. 24)<sup>99</sup>, Holanda (art. 11)<sup>100</sup>,

---

of the use of a weapon permitted by law as necessary measure during apprehension, the execution of warrants of arrest, the prevention of the escape of lawfully arrested or convicted persons, the quelling of riot or insurrection, or carrying out the orders of authorized bodies during martial law or state of emergency, are outside of the scope of the provision of paragraph 1”.

<sup>90</sup> “Public power shall be exercised with respect for the equal worth of all and the liberty and dignity of the individual. The personal, economic and cultural welfare of the individual shall be fundamental aims of public activity. In particular, the public institutions shall secure the right to employment, housing and education, and shall promote social care and social security, as well as favourable conditions for good health”.

<sup>91</sup> “The constitution of Finland is established in this constitutional act. The constitution shall guarantee the inviolability of human dignity and the freedom and rights of the individual and promote justice in society”.

<sup>92</sup> “Human dignity shall be respected and protected”.

<sup>93</sup> “There shall be no limitations imposed on the rights to: life, legal remedy and legal aid; dignity and respect of a person; fair and public trial and the principle of legality; presumption of innocence; defense; compensation of damage for illegal or ungrounded deprivation of liberty and ungrounded conviction; freedom of thought, conscience and religion; entry into marriage”.

<sup>94</sup> “The inherent and inalienable dignity of the person shall constitute a source of freedoms and rights of persons and citizens. It shall be inviolable. The respect and protection thereof shall be the obligation of public authorities”.

<sup>95</sup> “Romania is a democratic and social state, governed by the rule of law, in which human dignity, the citizen's rights and freedoms, the free development of human personality, justice and political pluralism represent supreme values, in the spirit of the democratic traditions of the Romanian people and the ideals of the Revolution of December 1989, and shall be guaranteed”.

<sup>96</sup> “Human dignity shall be protected by the State. Nothing may serve as a basis for its derogation”.

<sup>97</sup> Em formação parecida: NETO, João Costa. Dignidade humana: evolução histórico-filosófica do conceito e sua interpretação à luz da jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. *Observatório de Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 5, vol. 2, ago./dez. 2012.

<sup>98</sup> “Guarantees for inalienable human and minority rights in the Constitution have the purpose of preserving human dignity and exercising full freedom and equality of each individual in a just, open, and democratic society based on the principle of the rule of law”.

<sup>99</sup> “With regard to choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family, laws shall be enacted from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes”.

África do Sul (art. 10)<sup>101</sup>, dentre outras<sup>102</sup>, o que leva a afirmação de que o consenso ético acerca da necessidade de proteção jurídica à dignidade da pessoa humana não é um fenômeno restrito ao ocidente, sendo verificado nas manifestações de diversos poderes constituintes originários por todo o globo terrestre. Portanto, a dignidade da pessoa humana passa, obrigatoriamente, por um estudo transnacional, ainda que breve.

De tal maneira, não é passível de contestação que a dignidade da pessoa humana é reconhecida, para além das fronteiras ideológicas e filosóficas do mundo ocidental, como carente de proteção jurídica, ao ponto de ser elevada ao patamar constitucional. O que pode ser questionado é a força normativa dos textos constitucionais que, em tais países não-ocidentais supracitados, garantem a dignidade como um direito a ser guardado e exercitado pelos seus nacionais ou pessoas humanas que em seus territórios estejam, levando-se em consideração o entendimento local quanto ao conteúdo de proteção de tal direito.

A amplitude de culturas, sociedades e ordenamentos jurídicos – tão diversos entre si – que adotam a dignidade da pessoa humana enquanto um direito a ser preservado, ao ponto de conferir-lhe *status* constitucional, leva até a conclusão de que uma teoria neoconstitucionalista deve possuir, em sua estrutura mínima, especial atenção a tal preceito jurídico. A proteção à dignidade da pessoa humana é o fundamento ético mínimo de validade compartilhado por quase todos os ordenamentos jurídicos constitucionalmente organizados no pós-Segunda Guerra e, por isso mesmo, integra o núcleo do constitucionalismo contemporâneo<sup>103</sup> e compõe a estrutura lógica do atual constitui-

---

<sup>100</sup> “Everyone shall have the right to inviolability of his person, without prejudice to restrictions laid down by or pursuant to Act of Parliament”.

<sup>101</sup> “Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected”.

<sup>102</sup> Todos os textos constitucionais citados podem ser conferidos no sítio eletrônico a seguir: < <https://www.constituteproject.org>>. Acesso em 26.12.2013.

<sup>103</sup> Cumpre ressaltar que, apesar do amplo consenso acerca da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, não é correta a afirmativa de que esta se consti-

onalismo brasileiro, inaugurado com a Constituição de 1988, assunto, este, para outro momento<sup>104</sup>.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou oferecer uma base teórica mínima para o desenvolvimento de qualquer teoria que se pretenda neoconstitucionalista. De modo que, após a construção do escrito, pôde ser alcançado o seguinte resultado: o neoconstitucionalismo é o resultado de longa maturação histórica, teórica e ideológica. Do ponto de vista histórico, representa a construção da constituição enquanto documento político-normativo, após série de experiências produzidas mundo afora. Em viés teórico, é a doutrina dos direitos fundamentais constitucionalmente tratada, que centraliza a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da ordem republicana e resulta na construção de um novo modelo de hermenêutica constitucional. É a ideologia de máxima efetividade das normas constitucionais, que aproximou o direito da ética e da filosofia e que operou drástica mudança na visão de mundo dos juristas quanto ao papel da constituição, em especial sua passagem do plano meramente político ao político-normativo.

---

tua em um *superprincípio* da ordem constitucional, pois, quando atuar enquanto princípio, cumpre ao intérprete tratá-la tal como os demais constantes da Constituição, ou seja, com caráter relativo, histórico, concorrente, etc., e por fim, passível de ponderação. Em sentido contrário, Flávia Piovesam sustenta a “absoluta preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro, enquanto princípio fundamental a prevalecer a todos os demais”, e, mais do que propor a hierarquização entre princípios, a autora, posteriormente, sustenta a tutela constitucional desse “valor absoluto, na forma de princípio fundamental”, e, não satisfeita, afirma que a dignidade da pessoa humana simboliza “um verdadeiro superprincípio constitucional” (PIOVESAM, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 474-501).

<sup>104</sup> Para uma abordagem a partir das instituições democráticas do constitucionalismo brasileiro, ver SILVA, José Afonso da. *Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

