



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO**

**RAUL MOURA AQUINO**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONSTITUCIONALISMO E DA SUA NOVA  
VERTENTE TRANSCONSTITUCIONAL**

**FORTALEZA**  
**2014**

# UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONSTITUCIONALISMO E DA SUA NOVA VERTENTE TRANSCONSTITUCIONAL

Monografia submetida à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito  
Constitucional

Orientador: Prof. Me. Michel  
Mascarenhas Silva

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- A657a      Aquino, Raul Moura.  
              Uma análise crítica do constitucionalismo e da sua nova vertente transconstitucional / Raul Moura Aquino. – 2014.  
              60 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.  
              Área de Concentração: Direito Constitucional.  
              Orientação: Prof. Me. Michel Mascarenhas Silva.
1. Direito constitucional - Brasil. 2. Direitos humanos - Brasil. 3. Depositário infiel. I. Silva, Michel Mascarenhas (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

---

CDD 342.81

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONSTITUCIONALISMO E DA SUA NOVA  
VERTENTE TRANSCONSTITUCIONAL

Monografia submetida à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como  
requisito parcial para a obtenção do grau  
de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito  
Constitucional.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Me. Michel Mascarenhas Silva (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Professor Francisco de Araújo Macedo Filho  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Professor Me. Felipe Lima Gomes  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais e a minha avó, sempre.  
Na eterna tentativa de retribuir-lhes todo  
amor, dedicação e esforço a mim  
destinados.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente e sempre, agradeço a Deus, razão de tudo, pelo dom da vida, pelas conquistas e, também, pelas derrotas, por guiar meu caminho e por estar presente em todos os momentos de minha caminhada.

Aos meus pais, que abaixo de Deus, são meus pilares e minhas maiores referências. Ensinaram-me lições de vida que hoje posso repassar aos meus pares e são a eles que devoto meu maior amor.

À minha avó, que faz muito mais do que o papel de avó e ocupa um lugar inominado no meu coração.

Aos meus irmãos, Artur, Melissa e Isabel com os quais eu compartilho o dia a dia e fazem parte do meu maior presente : minha família.

Às minhas tias Márcia, Mairlla e Beatriz que são exemplo de amizade e afeto para comigo.

Aos meus amigos. Aqueles de verdade sabem que foram citados implicitamente.

## RESUMO

A temática do constitucionalismo compõe um dos pilares do Direito Constitucional. A gênese desse fenômeno pode ser encontrada ainda na Antiguidade, nos sistemas organizacionais registrados no Estado Hebreu e Grego. Porém, deve-se dizer que a essência do constitucionalismo só veio surgir de fato com as Revoluções Liberais do século XVIII, especialmente na luta pela independência americana e na Revolução Francesa, amplamente influenciada pelo liberalismo. Com a evolução histórica, diversos outros ideais foram incorporados na doutrina constitucional, contribuindo para a construção de fases ideológicas, como o constitucionalismo social e fraternal. Tais fases foram pautadas na noção de direitos fundamentais de segunda e terceira geração respectivamente. Após a Segunda Guerra mundial, com a queda dos regimes totalitários, especialmente aqueles instalados na Alemanha e Itália, a Europa passou por um processo de redemocratização, instaurando-se uma nova perspectiva constitucional, que valorizava primordialmente os direitos fundamentais, com especial destaque para dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, surgiu o que hoje se denomina de neoconstitucionalismo, sustentado nas teorias do pós-positivismo e da Supremacia da Constituição, serviu de base para a elaboração da Constituição Brasileira de 1988. Ocorre que com a integração das sociedades globalizadas, as necessidades relacionadas ao constitucionalismo, que antes eram solucionadas no âmbito de cada ordem interna, passaram a exigir uma universalização no seu tratamento, contribuindo para o constante entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Constitucionalismo. Transconstitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Ordem jurídica.

## **ABSTRACT**

The theme of constitutionalism makes up one of the pillars of constitutional law. The genesis of this phenomenon can be found even in antiquity, organizational systems registered in the State Hebrew and Greek. However, it must be said that the essence of constitutionalism in fact came only arise with the Liberal Revolutions of the eighteenth century, especially in the struggle for American independence and the French Revolution, largely influenced by liberalism. With the historical evolution, various other ideals were embodied in constitutional doctrine, contributing to the construction of ideological phases, as the social and fraternal constitutionalism. These phases were guided by the notion of fundamental rights of second and third generation, respectively. After the Second World War, with the fall of totalitarian regimes, especially those located in Germany and Italy, Europe underwent a process of democratization, establishing himself a new constitutional perspective, which primarily valued fundamental rights, with special emphasis on dignity the human person. Thus emerged what is now called neoconstitutionalism, supported the theories of post-positivism and the Supremacy of the Constitution provides the basis for the elaboration of the Brazilian Constitution of 1988 that occurs with the integration of globalized societies, the needs related to constitutionalism, which before were resolved within each internal order, began to require universal in its treatment, contributing to the constant intertwining of several legal orders, around the same issues of a constitutional nature.

**Keywords:** Constitutional Law. Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Legal Order.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 O PAPEL DO CONSTITUCIONALISMO NO DIREITO .....</b>	<b>12</b>
2.1 Da conceituação do constitucionalismo .....	12
2.2 O constitucionalismo antigo .....	14
2.3 O constitucionalismo medieval.....	15
2.4 O constitucionalismo clássico ou liberal .....	17
2.4.1 O movimento constitucional americano .....	18
2.4.2 O movimento constitucional francês.....	21
2.5 O constitucionalismo social.....	23
2.6 O constitucionalismo fraternal.....	25
2.7 Da evolução das diferentes concepções de Constituição.....	26
<b>3 NEOCONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>28</b>
3.1 Marcos Históricos .....	28
3.2 Marco filosófico .....	32
3.2.1 O viés principiológico do pós-positivismo .....	32
3.3 Marcos Teóricos .....	35
3.3.1 A força normativa da Constituição .....	35
3.3.2 A expansão da jurisdição constitucional .....	37
3.3.3 A nova interpretação constitucional.....	38
3.4 O neoconstitucionalismo brasileiro .....	40
<b>4 TRANSCONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>43</b>
4.1 A universalização dos direitos humanos .....	44
4.2 O transconstitucionalismo como doutrina alternativa ao monismo e ao dualismo.....	46
4.3 O transconstitucionalismo no tratamento de problemas constitucionais .....	48
4.4 Transconstitucionalismo entre direito internacional e constitucional: uma análise do caso da prisão do depositário infiel.....	50
4.5 O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas .....	54
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>59</b>

## **1 INTRODUÇÃO**

O trabalho em epígrafe tem a finalidade fazer uma análise crítica acerca do constitucionalismo e sua nova vertente transconstitucional, explorada no Brasil por Marcelo Neves.

No capítulo inicial, far-se-á um estudo sobre o papel do constitucionalismo no Direito a partir de uma perspectiva histórica. Será analisada a conceituação do fenômeno constitucionalista, bem como suas principais fases, que foram divididas em: Antiga, ocorrida no Estado Hebraico e na Grécia Antiga; Medieval, tendo a Inglaterra como protagonista devido ao contexto da Revolução Gloriosa; Clássica, que se subdivide no movimento americano e francês, marcada pelo surgimento da primeira constituição escrita e influenciada pelos ideais liberais; Social, na qual predomina os direitos fundamentais de segunda geração, exigindo uma postura de caráter interventivo do Estado. Por fim, será feita uma abordagem sobre os direitos de terceira geração, bem como acerca das concepções de constituição.

No segundo capítulo, será estudado especificamente o neoconstitucionalismo. O capítulo foi dividido de acordo com a didática proposta por Luis Roberto Barroso, que é referência pela doutrina moderna, e estuda o neoconstitucionalismo a partir do seu marco histórico, pelo qual aborda o contexto evolutivo e as circunstâncias que levaram ao seu surgimento; o marco filosófico, atribuído à teoria do pós-positivismo e o marco teórico, dividido no reconhecimento de força normativa à Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

No terceiro capítulo será finalmente feita uma abordagem sobre o transconstitucionalismo de Marcelo Neves. Será feita uma análise geral sobre a conceituação do fenômeno. Em relação aos motivos do seu surgimento, dar-se-á crédito ao advento da globalização, que contribuiu para o surgimento de uma “sociedade mundial”, bem como para a universalização de temáticas como os Direitos Humanos. No contexto do Direito Internacional, será visto como o transconstitucionalismo se coloca como uma vertente alternativa às doutrinas monista e dualista, e, ainda, como ocorre o seu tratamento acerca de problemáticas

constitucionais, com uma análise específica do caso da prisão do depositário infiel. Por fim, será visto os outros tipos de ordens jurídicas, que de acordo com Marcelo Neves, também podem servir de suporte para o fenômeno transconstitucional.

## **2 O PAPEL DO CONSTITUCIONALISMO NO DIREITO**

A ideia de constitucionalismo está intrinsecamente ligada à tentativa de limitação do poder estatal, seja da maneira mais rudimentar, através de preceitos religiosos, como se fazia na sociedade hebraica no período da Antiguidade, seja de maneira mais elaborada, por meio da teoria de Separação de Poderes, na perspectiva fundamentada por Montesquieu, e da garantia de direitos fundamentais.

Observando as civilizações sob uma perspectiva histórica, percebe-se que o constante conflito entre opressão e liberdade serviu como elemento propulsor para as principais reviravoltas políticas e sociais. A gênese dos movimentos constitucionais foi embasada justamente nesse contexto. Se no Antigo Regime, os diplomas estatais legitimavam o poder irrestrito dos monarcas, com o advento do constitucionalismo, essa tendência foi nitidamente modificada.

Tendo em vista que a força do movimento constitucional foi capaz abalar o alicerce de todo um regime absolutista que imperava na Europa até o século XVIII, não seria precipitado imputá-lo um caráter polivalente de cunho jurídico, social, político e ideológico. Jurídico, por implantar nos Estados uma normatização relativa à organização e limitação dos poderes, especialmente após o surgimento das constituições escritas. Caráter social e político, pelo fato de ser um movimento oriundo da insurgência do povo, insatisfeito com o sistema de opressão estatal, tendo como exemplos emblemáticos a Revolução Francesa e Americana. Por fim, viés ideológico, atribuído à teoria liberalista, dominante na primeira fase do constitucionalismo, amplamente influenciada pelos ideais iluministas.<sup>1</sup>

### **2.1 Da conceituação do constitucionalismo**

O constitucionalismo é um movimento social, político e jurídico cujo objetivo primordial é proteger os direitos básicos dos indivíduos em face do poder estatal, organizando estruturas políticas e estabelecendo garantias mínimas, através de normas fundamentais, compiladas em um documento constitucional. Essa noção foi

---

<sup>1</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.65.

se desenvolvendo de forma paralela a ideia de Estado Democrático de Direito, e é um dos pilares dos regimes jurídicos contemporâneos.

De acordo com a definição de J.J Gomes Canotilho<sup>2</sup>, constitucionalismo é uma teoria que considera o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante de organização político-social de uma comunidade. O autor salienta que o constitucionalismo não é uno, sendo de rigor formal defini-lo a partir da soma dos diversos “movimentos constitucionais” existentes ao longo da história, variando de acordo com as peculiaridades de cada nação aderente (França, Inglaterra, Estados Unidos).

Ressalte-se que não obstante o constitucionalismo ter se desenvolvido em diferentes países e em épocas também distintas, pode-se observar a manutenção da sua ideia nuclear, qual seja, o estabelecimento de preceitos limitativos ao Poder Estatal, desconstruindo seu caráter soberano, associado à garantia de liberdades individuais aos cidadãos.

Por fim, Canotilho compara o constitucionalismo à teoria da democracia e do liberalismo, classificando-os como uma “teoria normativa da política”. Deve-se afirmar que o autor agiu com acerto ao fazer tal classificação, visto que através do constitucionalismo, a política e as relações de poder foram concretizadas em normas jurídicas de fundamental importância no contexto organizacional da maioria dos Estados, especialmente ocidentais.

É imperioso destacar a visão inovadora de André Ramos Tavares<sup>3</sup> ao apresentar um caráter plurívoco do vocábulo “constitucionalismo”. Além da acepção tradicional, de movimento político-social que pretende limitar o poder arbitrário, o autor traz mais três vertentes. A primeira refere-se ao movimento histórico de imposição de constituições escritas pelos Estados. Tal sentido é em si questionável, visto que ao enaltecer a forma instrumental (escrita), desvaloriza o fato de que um dos primórdios da teoria da constituição está justamente na Inglaterra, país referência no uso do modelo consuetudinário. A segunda acepção trata da evolução histórica constitucional de um determinado Estado, ou seja, a quantidade de vezes que o poder constituinte originário instaurou uma nova ordem estatal. Nesse contexto, a partir de uma perspectiva histórica, pode-se afirmar que o

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J GOMES. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.51.

<sup>3</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.1.

constitucionalismo brasileiro ensejou a formação de 8 Constituições até o presente momento (1824,1891,1934,1937,1946,1967,1969<sup>4</sup>,1988). A última vertente trazida pelo autor remete aos propósitos mais latentes e atuais da função e posição da constituição em cada Estado. Partindo desse pressuposto, tem-se que o constitucionalismo brasileiro apresenta como propósito dominante a construção de um Estado Democrático de Direito.

Em linhas gerais, o constitucionalismo surge em oposição à concentração exacerbada de poder nas mãos de um governante e à falta de liberdades dos cidadãos, que não encontravam legitimidade política na figura de suas autoridades. O aprimoramento desses ideais possibilitou a análise didática do constitucionalismo pela doutrina especializada, que realizou sua divisão em fases históricas.

## **2.2 O constitucionalismo antigo**

Em uma análise detalhada da doutrina constitucionalista, percebe-se uma divergência a respeito das primeiras experiências que tentaram impor restrições ao poder estatal dentro de uma organização política.

Autores renomados como Canotilho<sup>5</sup> tratam o constitucionalismo antigo como o conjunto de princípios alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e limitadores do seu poder, sedimentados em um período que iria apenas dos fins da Idade Média até o século XVIII. Paulo Bonavides<sup>6</sup>, por sua vez, afirma que os princípios constitucionalistas se impuseram nas sociedades apenas a partir da Revolução Francesa.

Sem embargo aos entendimentos expostos acima, é importante expor a visão trazida por Karl Loewenstein<sup>7</sup> acerca das tentativas embrionárias de limitação ao poder absoluto, originadas no Estado Hebreu na Antiguidade Clássica.

A sociedade hebraica era regida por regras de cunho essencialmente teocrático, e destinadas não apenas aos súditos, como também aos governantes, de modo que a atuação política dos monarcas devia obediência aos dogmas religiosos,

---

<sup>4</sup> Apesar de se tratar de uma Emenda Constitucional, EC n.1 de 17.10.1969, tal reforma é tida pela maioria da doutrina como uma nova Constituição.

<sup>5</sup> CANOTILHO, J.J GOMES. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.52

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17.ed. Malheiros, 2005.p.36.

<sup>7</sup> LOEWENSTEIN, Karl.Teoria de la Constitución, p.154. apud. LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquemático. 18.ed. Saraiva, 2014. p.67.

impedindo a formação de um governo arbitrário. Portanto, na visão do autor, a religião foi o primeiro instrumento utilizado para implantar ideais constitucionalistas dentro de uma organização estatal. Para os hebreus, as leis divinas exerciam o papel social de uma Constituição.

Ainda na Idade Antiga, por volta do século V a.C, pode-se observar uma experiência constitucional mais nítida nas Cidades-Estados gregas. De fato, é correto dizer que houve uma racionalização de poder na Grécia antiga, ficando estabelecido um modelo de representatividade entre governantes e governados a partir do sistema de democracia direta. Os cidadãos participavam de forma direta das decisões políticas. Tais características correspondem fielmente aos preceitos básicos do constitucionalismo, onde o Estado não exerce poder ilimitado e os detentores do poder são amplamente legitimados pelos cidadãos.

### **2.3 Constitucionalismo Medieval**

Sabe-se, de acordo com registros históricos do período medieval, que a Inglaterra vivia sob um regime de monarquia absolutista, em que os reis exerciam um governo ilimitado, vedando qualquer tipo de liberdade individual. Tal contexto político chegou ao seu primeiro limite no Século XIII, com a elaboração da Magna Carta em 1215 (também denominada de “Os Artigos dos Barões”). Esse documento foi resultado de um acordo entre o Rei João Sem-Terra e os barões ingleses, que, em troca de fidelidade, forçaram o monarca a reconhecer certas limitações ao Poder do Estado. Apesar de não ser uma Constituição, apresentando um caráter predominantemente contratual, a Magna Carta foi o primeiro documento escrito que vislumbrou traços essenciais do constitucionalismo. Surgiu a partir de uma tentativa do Rei de aumentar a carga tributária. Uma de suas inovações marcantes para o contexto da época foi a previsão de um direito individual em face do Estado que remonta ao devido processo legal, prevista no seu item 39<sup>8</sup>:

Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem e seus bens, nem declarados fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país.

---

<sup>8</sup> MAGNA CARTA, 1215, item 39, grifo nosso, apud. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.153.

Impende ressaltar que atualmente o dispositivo da Magna Carta transcrito acima, dentre outros, ainda vigora como preceito constitucional inglês.

Além do devido processo legal, a Magna Carta foi instrumento de forte influência na formação de outros direitos individuais em contraposição ao poder arbitrário, presentes inclusive na Constituição Brasileira de 1988, como a inafastabilidade da jurisdição “**Nós não venderemos, recusaremos, ou protelaremos o direito ou a justiça para quem quer que seja.**”<sup>9</sup> e a obrigatoriedade de um mandado para a invasão na vida privada dos cidadãos “Para o futuro nada será pago ou recebido como pagamento pela expedição de um mandado de inquirição sobre a vida ou os membros. Ele será concedido gratuitamente, e jamais será recusado.”<sup>10</sup>

Apesar das modernas previsões do documento, deve-se destacar que as suas garantias não abrangiam todos os cidadãos ingleses, restringindo-se aos que participaram do acordo, ou seja, os barões.

Seguindo uma ordem cronológica das conquistas perante o poder absoluto dos monarcas ingleses, surge em 1628 a Petição de Direitos (*Petition of Rights*), documento parlamentar dirigido ao Rei, que segundo José Afonso da Silva<sup>11</sup>, teve como objetivo precípua a observância dos direitos, já estabelecidos na Magna Carta, a todos os súditos ingleses. Alexandre de Moraes ressaltava uma previsão desse documento que serviu de base para o atual princípio da legalidade tributária<sup>12</sup>.

Com igual relevância, elaborou-se em 1679 o *Habeas Corpus Act*, o qual veio reforçar a garantia do Habeas Corpus que teve sua gênese na Magna Carta, pondo um fim nas prisões arbitrárias, ao propor que um cidadão detido teria a legalidade de sua prisão aferida por um tribunal competente. Tal ato foi de extrema relevância para a evolução do constitucionalismo inglês, pois efetivou um direito que estava sendo

---

<sup>9</sup> MAGNA CARTA, 1215, item 40, grifo nosso. Tradução a partir do Inglês, retirada da URL: <http://georgelins.com/>

<sup>10</sup> MAGNA CARTA, 1215, item 36. Tradução a partir do Inglês, retirada da URL: <http://georgelins.com/>

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.152.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.14. O professor destaca os primórdios da legalidade tributária presente na Petição de Direitos: “Prevê expressamente que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento.”



mitigado na prática, pelo fato dos monarcas não estarem dispostos a abrir mão de uma das suas principais ferramentas de imposição unilateral de vontade: a restrição ilegal da liberdade dos súditos.

Após uma década da redação do *Habeas Corpus Act*, a Inglaterra foi palco da Revolução Gloriosa (1688-1689), que culminou na redação parlamentar da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), classificado por José Afonso da Silva como o documento mais importante do constitucionalismo inglês<sup>13</sup>. O Rei Guilherme III, para assumir o trono da Inglaterra, foi obrigado a aceitar os ditames dessa Declaração, que além de garantir soberania do Parlamento, firmando a sua liderança de governo, fixou outra série de limitações à Monarquia, como a subordinação dos atos reais ao que está determinado em lei (corolário do princípio da legalidade) e inviolabilidade dos membros do Parlamento para o livre exercício de suas atribuições.<sup>14</sup>

Desse modo, além de assumir uma posição vanguardista no que tange aos mandamentos constitucionalistas ocidentais, a Inglaterra forneceu elementos fundamentais para a construção do Estado de Direito, ao estabelecer limites legais para a atuação governamental, garantias e direitos individuais aos cidadãos, e especialmente após a Revolução Gloriosa, ao efetivar a separação de poderes, fixando a supremacia do parlamento.

## **2.4 O constitucionalismo clássico ou liberal**

O constitucionalismo clássico, também chamado de liberal, surge no contexto das Revoluções Liberais ocorridas nos Estados Unidos e na Europa, especialmente na França, que puseram fim aos principais sistemas monárquicos vigentes, com exceção de países como Inglaterra e Portugal. Os ideais característicos dessa fase nasceram no final do Século XVIII e foram predominantes até o fim da Primeira Guerra Mundial.

Uma das inovações mais marcantes dessa fase, que a diferenciam do constitucionalismo antigo, foi a adoção do modelo de constituição escrita, consequência direta da necessidade de sistematizar em um diploma instrumental as liberdades individuais conquistadas, bem como os parâmetros de atuação dos governantes e a estrutura política do Estado, instituindo um regime de “*civil law*”.

---

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.153.

<sup>14</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.p.26

Atualmente, os doutrinadores atribuem um caráter negativo às constituições elaboradas nessa fase, justamente por determinarem uma atuação estatal abstencionista, consagrando a tese do “Estado mínimo”, ligado diretamente aos direitos fundamentais de “primeira geração”<sup>15</sup>.

Os principais pensadores do constitucionalismo liberal foram: John Locke<sup>16</sup>, contribuindo com a ideia de valorização da propriedade privada, e de que o poder político para ser legítimo deve ser fruto de acordo entre os governados; Thomas Jefferson, importante expoente do republicanismo americano e autor da Declaração de Independência dos EUA<sup>17</sup>; Montesquieu, filósofo que fundamentou a teoria da tripartição dos poderes, inicialmente sugerida por Aristóteles.

#### **2.4.1. O movimento constitucional americano**

O movimento constitucional norte-americano está intrinsecamente ligado à luta pela independência das 13 colônias no final de Século XVIII. Nesse contexto, elaborou-se no em 12.01.1776 a Declaração de Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), que sintetizava uma série de direitos fundamentais, como a liberdade de imprensa<sup>18</sup> e a livre consciência religiosa.<sup>19</sup>. Imperioso notar que tal declaração foi feita antes da independência dos EUA, que veio a ter sua primeira constituição como um país livre apenas em 17.9.1787.

O povo foi posto em primeiro lugar, como sendo o detentor do poder constituinte, vigorando uma democracia que Bruce Ackerman, ao ser citado por

---

<sup>15</sup> Classificação proposta por Karel Vasak em 1979 inspirada nos ideais da Revolução Francesa: Liberdade (1º geração),Igualdade (2º geração),Fraternidade (3º geração). No Brasil, o principal expoente dessa ideia foi o autor Paulo Bonavides.

<sup>16</sup> LOCKE, JOHN. Segundo Tratado sobre o governo. Clube do livro liberal. p.61: “Se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade..” (grifo nosso)

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.155.

<sup>18</sup> Declaração de Virgínia, item XII: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.”, tradução retirada da URL <http://direitoshumanos.usp.br/>

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.155.

Canotilho, chama de “dualista”<sup>20</sup>. O autor argumenta que nessa espécie de democracia existem dois tipos de decisões: aquelas raras – tomadas pelo povo que marcam um momento constitucional e fazem uso do poder constituinte originário; e aquelas frequentes – tomadas pelos governantes sobre temas menos relevantes que o anterior. Dessa maneira, a Constituição, resultado de uma decisão popular rara, seria instrumento de proteção do povo em detrimento do arbítrio do Poder estatal, mais especificamente, das decisões cotidianas dos governantes.

A constituição americana trouxe aspectos inovadores para a formação da teoria do constitucionalismo. Primeiramente, pode-se dizer que foi o primeiro documento constitucional escrito e formal da História, tendo em vista que até então existiam apenas alguns textos esparsos que estabeleciam certos direitos e limitações políticas, predominando o modelo consuetudinário, baseado nos costumes.

Merece destaque o fato de que além da inovação quanto à forma, os Estados Unidos também criaram o padrão rígido de alteração constitucional, o qual vigora até hoje e foi adotado por diversos países. Tal modelo impõe um processo especialmente rigoroso para a modificação da constituição quando comparado ao usado para a criação de outras normas. No Brasil, por exemplo, a Carta de 1988 prevê em seu artigo 60 uma série de requisitos especiais de cunho procedimental, material e circunstancial para que se possa elaborar uma emenda à Constituição.

Paralelamente à tais contribuições, o movimento americano implementou a ideia de supremacia da constituição, de modo que seu texto era considerado Lei Fundamental, a qual todas as outras espécies normativas deviam respeito, além de estabelecer os mais relevantes ditames da ordem política, social e jurídica do Estado americano. Canotilho refere-se à Constituição Americana como sendo a “Bíblia política do Estado”<sup>21</sup>.

Diante desse contexto, delegou-se ao Poder Judiciário a função de zelar pela supremacia constitucional americana, fator que o elevou a um patamar bastante valorizado perante os outros poderes, e originou uma das ferramentas mais

---

<sup>20</sup> ACKERMAN, BRUCE. *We the People* apud CANOTILHO, J.J GOMES. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.59.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J.J GOMES. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.59.

importantes na prática judiciária brasileira atual: o controle de constitucionalidade difuso.<sup>22</sup>

A maioria da doutrina aponta como referência no surgimento do controle de constitucionalidade difuso o caso ocorrido em 1803 denominado de “Marbury vs. Madison”, em que a Suprema Corte americana pela primeira vez negou a aplicação de uma lei a um caso concreto por considerá-la inconstitucional<sup>23</sup>. No contexto desse julgamento, o magistrado John Marshall assentou os parâmetros do controle de constitucionalidade difuso, possibilitando o seu exercício por juízes singulares e tribunais, e determinou que toda lei que confrontar a constituição deve ter sua incidência afastada, cabendo ao Judiciário a apreciação dessas questões.<sup>24</sup>

Importante anotar que a tendência norte-americana de valorizar o Poder Judiciário em detrimento do Legislativo, advém dos primórdios da independência, tendo em vista que as 13 Colônias foram arbitrariamente tributadas pelo Parlamento inglês, que atuava sem maiores limitações. Como consequência, após a independência conquistada em face da Inglaterra, restringiu-se a atividade do Legislativo americano, o qual devia obediência aos preceitos constitucionais que, por sua vez, eram zelados pelo Poder Judiciário.

No que tange as mudanças de cunho político, o constitucionalismo americano é referência na criação na forma de estado federalista, em que as antigas colônias americanas abdicaram de sua soberania em prol da União, conservando, porém, suas autonomias, o que daria ensejo às prerrogativas de auto-organização, autogoverno, e autoadministração. O sistema presidencialista de governo também foi inédito, conferindo-se ao Presidente da República americano, as atribuições de Chefe de Estado e Chefe de Governo.

De fato, são inegáveis as imensas contribuições que a Constituição Americana de 1787 trouxe para o constitucionalismo moderno, especialmente influenciadora do atual cenário político e jurídico brasileiro, fator comprovado através

---

<sup>22</sup> Nos Estados Unidos era chamado de “Judicial Review”.

<sup>23</sup> Marcelo Novelino ressalta que antes do caso “Marbury x Madison” já havia ocorrido dois julgamentos nos EUA em que foram exercidos a teoria do controle, com a diferença de que não houve afastamento de lei, e sim a ratificação de sua constitucionalidade.

<sup>24</sup> RIBEIRO, Renan Espíndola arrais. A ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CF/88. Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior. 2013. p.45.

da redação dos artigos constitucionais 25º, que prevê o modelo federalista de Estado; 76º, que estabelece o sistema presidencialista de governo e 97º, que permite o controle de constitucionalidade difuso.

#### **2.4.2. O movimento constitucional francês**

No fim do século XIII, a França passava por um dos seus momentos históricos mais relevantes, a Revolução Francesa de 1789. Tal movimento revolucionário foi impulsionado pelo Terceiro Estado (povo e burguesia ascendente)<sup>25</sup> culminando no rompimento do sistema absolutista francês e o fim da divisão da sociedade em estamentos. Com grande influência dos pensadores iluministas como John Locke, Barão de Montesquieu e Immanuel Kant, o Terceiro Estado chegou ao limite da exploração social, concretizada pela alta carga tributária imposta para sustentar a nobreza e o clero.

Naturalmente, como um movimento liderado pela burguesia, que vinha sendo excessivamente explorada pelo absolutismo dos monarcas, a Revolução Francesa foi direcionada à implantação do liberalismo político, limitações ao poder estatal e garantia de liberdades individuais. Na seara econômica houve uma grande influência do pensamento de Adam Smith<sup>26</sup>, que a partir da ideia de “mão invisível” do mercado, propunha que o Estado não deveria intervir na economia, por ela possuir capacidade de autorregulação. Tal teoria ficou conhecida como “laissez-faire, laissez-passer” (deixar fazer, deixar passar), amoldando-se perfeitamente às aspirações burguesas pós-revolução.<sup>27</sup>

No ano de 1789, foi aprovado o documento mais marcante do contexto da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que inspirada por ideais iluministas e pelo lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, retratava preceitos básicos do constitucionalismo, como a separação de poderes e a existência de direitos fundamentais, bem como universais, inerentes ao ser humano, ficando clara a influência direta da teoria do jus naturalismo na elaboração do documento. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi usada como

---

<sup>25</sup> A sociedade francesa da época era separada em estamentos, sendo o Primeiro Estado composto pela nobreza e o Segundo Estado pelo clero.

<sup>26</sup> SMITH, Adam. A riqueza das nações. Volume I, Nova Cultural, 1988, Coleção “Os Economistas”.

<sup>27</sup> MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2.ed. São Paulo: ATLAS, 2009.p.44.

preâmbulo da primeira constituição escrita e formal da França elaborada apenas em 1791.

Pode-se notar o teor essencialmente constitucionalista presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão através da leitura do seu artigo 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”<sup>28</sup>

O constitucionalismo francês contribuiu para a formação da teoria do poder constituinte criada por Emmanuel Joseph Sieyès em sua obra denominada de “O que é o Terceiro Estado”. Diferentemente do constitucionalismo americano, que colocava o povo como titular do poder constituinte, a teoria de Sieyès dava essa função à “Nação”. Canotilho dedica-se a diferenciar a visão de poder constituinte nos EUA e na França, esclarecendo que para os americanos o poder constituinte é apenas um “instrumento funcional” para a criação da Lei Maior e para o estabelecimento da dinâmica entre os poderes estatais e a sociedade, não possuindo nem autonomia, pois se encontra limitado à criação de regras garantidoras de direito e limitadoras de poder; já os franceses, seguindo a teoria de Sieyès, dão uma dimensão suprema, originária, ilimitada e incondicionada a esse poder, que de fato teria o condão de romper com uma ordem antiga e instaurar uma nova, plasmada em um documento constitucional. (“poder desconstituente e reconstituente”).<sup>29</sup>

No que tange as escolas interpretativas desse período constitucional, merece destaque a Escola da Exegese, surgindo a partir da elaboração do Código Napoleônico de 1804. Essa corrente propugnava que a atividade interpretativa judicial deveria ser meramente mecânica, ou seja, atenta apenas à literalidade textual. Dessa maneira, impunha-se uma limitação clara à atividade do Judiciário, que ficava submetido às produções do Legislativo. Ressalte-se que esse contexto era oposto ao que ocorria nos EUA, onde o Judiciário recebeu enorme valorização decorrente do movimento constitucional americano, com amplos poderes de interpretação, inclusive com a prerrogativa de afastar a incidência de uma norma considerada inconstitucional.

---

<sup>28</sup> Declaração de direitos do homem e do cidadão-1789. Tradução retirada da URL: <http://direitoshumanos.usp.br>

<sup>29</sup> CANOTILHO, J.J GOMES. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.70.

## 2.5 Constitucionalismo Social

No século XX, após o fim Primeira Guerra Mundial, o continente europeu foi cenário de uma grande crise financeira, acentuando, naturalmente, as desigualdades sociais entre as classes. Como consequência direta, o modelo de Estado Liberal implantado pelos movimentos constitucionais clássicos não atendia mais as necessidades advindas do pós-guerra, tendo em vista que diante de uma economia deficitária e de classes sociais devastadas pelos conflitos bélicos, fazia-se necessário algum tipo de intervenção estatal.

Além disso, no século anterior, a Europa passou pela Revolução Industrial, que trouxe prosperidade financeira aos grandes empresários, à custa do labor de uma imensa classe trabalhadora que não tinha o mínimo de direitos sociais garantidos e acabavam prejudicados pela política abstencionista do Estado, apregoada durante o advento do constitucionalismo liberal e benéfico especialmente para a burguesia dominante. Não obstante a “igualdade” estar entre um dos lemas da Revolução Francesa e ter sido prevista em diversos diplomas constitucionais liberais, o que se pode observar é que tal “igualdade” ficava restrita apenas ao plano formal, não havendo nenhum tipo de política estatal para sua concretização, de modo que as classes sociais tendiam a permanecer estanques, não se oportunizando ascensão por parte dos menos favorecidos.

Nesse panorama, gerou-se um anseio de grande parte da população por uma mudança no modelo de liberalismo político e econômico presente na Europa Ocidental naquela época, o que contribuiu para o surgimento de um novo viés do constitucionalismo, com suas bases voltadas para a garantia de direitos sociais, mais especificamente de políticas trabalhistas, educacionais e assistencialistas.

George Marmelstein chama esse novo modelo de Estado de “Estado do bem-estar social”, que ele define em sua obra como sendo<sup>30</sup>:

um novo modelo político, no qual o Estado, sem se afastar dos alicerces básicos do capitalismo (Economia de mercado, livre iniciativa e proteção da propriedade privada), compromete-se a promover maior igualdade social e garantir condições básicas para uma vida digna

---

<sup>30</sup> MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2.ed. São Paulo: ATLAS, 2009.p.49

De acordo com a doutrina<sup>31</sup>, o primeiro diploma a adotar a linha do constitucionalismo social foi a Constituição mexicana de 31 de janeiro de 1917, ainda vigente nos dias atuais, prevendo uma série de direitos previdenciários e trabalhistas, como o direito à greve, salário-mínimo, limitação da jornada de trabalho e do trabalho feminino e infantil, que no decorrer da Revolução Industrial acontecia sem maiores restrições.

No continente europeu, o documento vanguardista do constitucionalismo social foi a Constituição alemã de Weimar<sup>32</sup> de 1919, que, por sua vez, apresentou diversos direitos sociais inovadores, como a pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria em regime especial para os servidores públicos e em regime geral, proteção à maternidade, seguro-desemprego e a obrigatoriedade de um ensino público gratuito<sup>33</sup>. Apesar do caráter moderno e voltado a atender necessidades públicas, esse diploma constitucional teve vigência curta, chegando ao seu fim em virtude do regime nazista instaurado em 1933.

Nos Estados Unidos, os ideais sociais foram reconhecidos com um pouco de atraso em relação à Europa e ao México, sendo resultado da crise financeira de 1929 (A Grande Depressão), em que o Presidente Roosevelt firmou um programa de governo denominado de “*New Deal*” que previa uma política mais intervencionista do Estado, garantindo direitos sociais à classe trabalhadora, como seguro-desemprego e aposentadoria, justamente para manter seu poder de compra e reverter os efeitos da crise.<sup>34</sup>

Analisando a evolução histórica constitucional brasileira é possível observar que as primeiras inserções de direitos sociais foram feitas na Constituição de 1934, diretamente influenciada pela Constituição de Weimar. Nesse diploma, foi instituído, dentre outros direitos, o salário-mínimo e a criação da Justiça do Trabalho. Atualmente, o diploma constitucional brasileiro prevê um rol de direitos sociais presentes do artigo 6º ao 11º.

Nota-se, portanto, que o constitucionalismo liberal se confunde com os direitos fundamentais de segunda geração, que remete a teoria supracitada

---

<sup>31</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2.ed. São Paulo: ATLAS, 2009.p.44.

<sup>32</sup> Weimar é uma cidade alemã que foi o local de elaboração da Constituição de 1919

<sup>33</sup> PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri.A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. Artigo científico hospedado na URL : <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>

<sup>34</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2.ed. São Paulo : ATLAS, 2009.p.50



construída por Karel Vasak. Esses direitos de cunho social, econômico e cultural são chamados de positivos, justamente pelo fato de exigirem uma intervenção estatal no sentido de garantir sua efetividade, atenuando as desigualdades sociais.

## **2.6. Do constitucionalismo fraternal**

O constitucionalismo fraternal, também chamado de solidário, tem início quando os diplomas constitucionais começam a positivar os direitos fundamentais de terceira geração. Vale ressaltar, que essa dimensão adota um viés de proteção destinado não para as pessoas em sua individualidade, mas para uma coletividade social. A ligação com a fraternidade é oriunda do sentimento de solidariedade instaurado na civilização mundial após o fim da Segunda Guerra.

Os chamados direitos difusos ou coletivos compreendem áreas de tutela voltada para o meio-ambiente, o patrimônio comum da humanidade, a paz e a autodeterminação dos povos. O primeiro documento global que sinalizou a incorporação desses direitos foi a Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948.<sup>35</sup>

Pode-se dizer que o constituinte brasileiro de 1988 inseriu no diploma constitucional diversos valores da terceira geração. O meio-ambiente obteve uma tutela específica presente no artigo 225<sup>36</sup>, a solidariedade e o bem de todos foram postos como objetivos da República Federativa, e a autodeterminação dos povos, juntamente com a defesa da paz foram previstas como princípios regentes das relações internacionais.

Ressalte-se, por fim, que a implementação efetiva dos direitos de terceira geração ocorreu apenas nas últimas décadas do século XX, de forma paralela ao surgimento do fenômeno do neoconstitucionalista, que tem como preceito básico, a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, juntamente com a concretização dos seus direitos e valores. Impende destacar que o tema será abordado com a profundidade devida no capítulo seguinte.

---

<sup>35</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2.ed. São Paulo: ATLAS, 2009.p.44.

<sup>36</sup> Art. 225, Constituição Federal - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

## 2.7 Da evolução das diferentes concepções de Constituição

No estudo sobre a evolução do constitucionalismo, não seria possível deixar de analisar as diferentes concepções que foram sendo elaboradas acerca do seu principal produto: A Constituição.

Ao longo do tempo, estudiosos se dedicaram a encontrar o melhor fundamento para o termo “Constituição”, gerando diversas concepções diferentes sobre o tema. Não obstante o número de fundamentos constitucionais existentes, esse estudo será focado naqueles mais relevantes no âmbito doutrinário, quais sejam, o sociológico, político, jurídico e cultural.

Em um plano evolutivo histórico, a primeira concepção constitucional a surgir foi a sociológica, criada pelo autor Ferdinand Lassalle <sup>37</sup> em 1862 na sua obra “Que é uma Constituição?”. Nessa acepção, sustenta-se que há dois tipos de constituição: a escrita, que seria o diploma formal resultante da atividade do poder constituinte originário, e outra real, sendo a “soma dos fatores reais de poder”<sup>38</sup> inseridos em uma determinada sociedade. Tais fatores de poder não se referem aqueles previstos na constituição escrita, e sim aqueles realmente dominantes dentro do Estado, como a burguesia, os banqueiros, as forças armadas, a classe trabalhadora. O autor assevera que havendo um possível conflito entre esses dois tipos de constituição, a real sempre irá se sobrepor à escrita. Desse modo, segundo Lassalle, caso a constituição escrita não corresponda à realidade, representando a somatória dos poderes dominantes, ela será reduzida a uma “folha de papel”, sem nenhum valor efetivo.

Em 1928, surge a concepção política de constituição formulada por Carl Schmitt em sua obra “Teoria da Constituição”. Essa corrente difere “Constituição” de “leis constitucionais”. O autor entende que a primeira remonta àquelas normas que são produto de uma decisão política fundamental<sup>39</sup>, quais sejam, relativas à estruturação do Estado, aos direitos fundamentais e ao sistema de organização dos Poderes. Já as “leis constitucionais” seriam aquelas que não obstante estejam

---

<sup>37</sup> LASSALLE, Ferdinand. *¿Que es una constitución?*. pp.61 e 62. apud SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.38.

<sup>38</sup> LASSALLE, Ferdinand. *¿Que es una constitución?*, editora: ELALEPH.COM.1999.pp. 62. ebook hospedado na URL: [http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle\\_Ferdinand-Que\\_Es\\_Una\\_Constitucion.pdf](http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf)

<sup>39</sup> Diferente da acepção sociológica supra-analisada que definia constituição como a somatória dos fatores reais de poder.

inseridas no diploma constitucional, não tratam dessas matérias fundamentais supracitadas<sup>40</sup>. Pode-se observar que a concepção política originou a classificação feita pela doutrina atual acerca das normas constitucionais, dividindo-as em formais<sup>41</sup> e materiais<sup>42</sup>.

Em posição contemporânea a Carl Schmitt, Hans Kelsen apresenta uma concepção de Constituição fundada no direito, chamada de concepção jurídica. De acordo com essa corrente, o fundamento constitucional não deve receber influência nem da sociologia nem da política, sendo um conjunto de normas que pertence ao mundo do dever ser. Na visão de José Afonso da Silva<sup>43</sup>, a teoria kelseniana divide a Constituição em dois sentidos: o lógico-jurídico e jurídico positivo. Tais dimensões tomam forma quando se estabelece um escalonamento para um determinado ordenamento jurídico. De acordo com a “pirâmide de Kelsen”, constituição no plano jurídico positivo seria a Lei Maior positivada e fundamento de validade de todas as outras normas existentes. Já a Constituição no sentido lógico-jurídico, seria a norma hipotética fundamental, que a Lei Maior o seu fundamento de validade.

Por fim, há a concepção normativa de autoria de Konrad Hesse, elaborada no ano 1959 em nítida contraposição à concepção sociológica de Ferdinand Lassalle. Seus preceitos estabelecem que nem sempre a Constituição deve sucumbir perante a realidade, tendo em vista que ela possui força normativa capaz de condicionar os fatores reais de poder, ou seja, as normas constitucionais teriam o poder de modificar o que ocorre no plano real.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.38.

<sup>41</sup> O exemplo mais citado pela doutrina pátria a respeito de norma formalmente constitucional encontra-se no artigo 242,§2º, da Constituição de 1988, que dispõe o seguinte: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.”

<sup>42</sup> Já em relação às normas materialmente constitucionais, pode-se citar como exemplo o artigo 5º da CF/88 que prevê um rol de direitos individuais.

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.39,

<sup>44</sup> SOUSA, Josafá Jorge de. A Força Normativa da Constituição – Konrad Hesse. Artigo científico hospedado na URL: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=350>

### 3. NEOCONSTITUCIONALISMO

No decorrer do século XX surge uma nova perspectiva do Direito Constitucional, denominada de neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, alicerçando sua base para além dos conceitos tradicionais de limitação do poder estatal e garantia de direitos individuais.

Dentre seus principais preceitos, encontra-se a tendência nítida de valorização do texto constitucional, erigindo-o ao centro do ordenamento jurídico, com caráter de norma jurídica de atributo imperativo.

Nessa fase, a supremacia constitucional deixa de ser uma característica restrita ao constitucionalismo americano, espalhando-se pela Europa e mitigando a ideia de hegemonia parlamentar. Desse modo as produções do Legislativo, leis em sentido estrito, passaram a dever conformidade aos ditames constitucionais, sendo interpretadas também a seu fulcro. Ademais, é possível observar uma nítida constitucionalização de diversos ramos do direito, que começaram a ser abordados em textos constitucionais, inclusive de maneira específica, como nota-se na Carta Brasileira de 1988 que aborda aspectos detalhados relativos ao Direito Tributário e à Administração Pública, por exemplo.

Luis Roberto Barroso, no seu artigo denominado de “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito” traça os principais marcos dessa nova fase do Direito constitucional. A sistematização do autor é utilizada como referência pela doutrina moderna e estuda o neoconstitucionalismo a partir do seu marco histórico, onde aborda o contexto evolutivo e as circunstâncias que levaram ao seu surgimento; o marco filosófico, atribuído à teoria do pós-positivismo e o marco teórico, dividido no reconhecimento de força normativa à Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>.

### 3.1 Marcos Históricos

Importante frisar que no período antecedente à 2ª Guerra Mundial, a maioria dos países da Europa Ocidental, na contramão do que ocorria nos Estados Unidos, tinha sua base jurídica determinada pela atividade do Legislativo na produção de leis. A Constituição ficava em plano secundário, sendo vista apenas como um catálogo de diretrizes políticas, sem teor vinculante e com viés meramente sugestivo. Dirley da Cunha Junior<sup>46</sup> afirma que o neoconstitucionalismo trouxe a mudança de paradigma de “Estado Legislativo de Direito” para “Estado Constitucional de Direito”, proporcionando a subordinação da legalidade à Constituição.

Pode-se verificar, na história do constitucionalismo europeu, uma gradual mudança no domínio do Poder, antes imposto unilateralmente pelos reis absolutistas, evoluindo para uma ditadura formada pelas maiorias parlamentares. Se no decorrer do século XIX, limitou-se o poder dos monarcas, no século XX surgiu a necessidade de conter a atuação irrestrita do Legislativo.

No contexto da 2ª Guerra Mundial, pelo fato das barbáries nazifascistas terem tido amplo amparo legal nos países do eixo, percebeu-se a carência de um instrumento constitucional de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face das próprias leis de um determinado ordenamento jurídico. Com a queda dos regimes totalitários, especialmente aqueles instalados na Alemanha e Itália, a Europa passou por um processo de redemocratização, instaurando-se uma nova perspectiva constitucional, que sobrepuja os direitos fundamentais, com especial destaque para dignidade da pessoa humana.

Segundo Barroso<sup>47</sup>, o primeiro documento formal considerado gênese do neoconstitucionalismo foi a Constituição Alemã de 23 de maio de 1949, também chamada de Lei Fundamental de Bonn. Em uma análise perfunctória do Texto, já é possível perceber traços essenciais de um constitucionalismo contemporâneo, com a formulação de um Estado Constitucional de Direito, pelo qual há uma revalorização dos princípios, que deixam de ter apenas uma dimensão axiológica,

---

<sup>46</sup> JÚNIOR, Dirley Cunha. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. JusPodvm. 2010.p.39.

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>.

sendo elevados ao patamar de normas jurídicas com efeitos imperativos. Como consequência, no que tange a interpretação constitucional, tem-se a maior utilização da técnica ponderativa na resolução de um conflito entre determinados bens jurídicos. Os direitos fundamentais passaram a ser vinculantes perante o Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo sua proteção fortificada através da criação de um Tribunal Constitucional acessível aos cidadãos que tivessem suas garantias violadas<sup>48</sup>. Por fim, o constituinte deu destaque especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, posicionando-o no dispositivo de abertura do Texto<sup>49</sup>.

No caso do Brasil, o marco histórico do neoconstitucionalismo remonta à promulgação da Carta de 1988, que selou um período militar autoritário e instaurou uma nova ordem democrática. Em pleno vigor até hoje, a Constituição brasileira estabeleceu um amplo rol de direitos fundamentais, incluindo os de caráter individual e social, dotando-os de plena aplicabilidade, ora com eficácia vertical, ora com horizontal<sup>50</sup>. No diploma pátrio, a dignidade da pessoa humana foi elencada como fundamento da República Federativa do Brasil.

Barroso<sup>51</sup> assevera que com a Constituição de 1988, o direito constitucional abandonou seu caráter coadjuvante, passando a ser a base jurídica e política do Estado brasileiro e proporcionando o maior período de estabilidade institucional republicana até hoje vivida.

---

<sup>48</sup> MOREIRA, Vital. 50 Anos da Lei Fundamental Alemã. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 1, n. 2, junho 1999. Disponível em:

<[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_02/Conti\\_alema.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm)>.

<sup>49</sup> Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>

<sup>50</sup> Classificação trabalhada por vários doutrinadores em que eficácia vertical dos direitos é oposta perante o Estado, e a horizontal perante os particulares.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>.

### 3.2. Marco Filosófico

Para Luis Roberto Barroso, o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo. Impende ressaltar a existência de uma corrente doutrinária minoritária liderada por Antônio Maia<sup>52</sup>, que iguala neoconstitucionalismo e pós-positivismo. Sem embargos desse entendimento, Barroso define<sup>53</sup>:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

A discussão acerca da definição do pós-positivismo remete justamente a duas influentes teorias do direito que foram amplamente utilizadas no passado, em momentos distintos: o jusnaturalismo e o positivismo. Tal ligação ocorre justamente pelo fato de que o paradigma atual da ciência jurídica ocidental, tendo o pós-positivismo como referência, não é baseado em um modelo puro de aplicação (positivista ou naturalista), e sim no amálgama de ambas as correntes supracitadas.

A corrente filosófica do jusnaturalismo preconizava a ideia da existência de direitos naturais, inerentes à condição de ser humano e independente de qualquer norma jurídica proveniente da atividade estatal. Tal direito natural estaria atrelado a preceitos éticos e morais de caráter universal, e seria fundamento de validade de qualquer regra codificada. O jusnaturalismo apresenta duas fases marcantes: a primeira, de cunho teocrático, em que se acreditava que o direito natural seria proveniente das Leis de Deus, e segunda, que se embasava em preceitos ligados à razão. Apesar de estar associado a diversos períodos históricos<sup>54</sup>, foi nas revoluções liberais do final do século XVIII que o jusnaturalismo

---

<sup>52</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Revista Diálogo Jurídico. Salvador. N.º. 16 – maio / junho / julho / agosto de 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/transform\\_sistemas\\_jur%C3%ADdicos\\_acmai a2.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/transform_sistemas_jur%C3%ADdicos_acmai a2.pdf)>

<sup>53</sup> BARROSO, Luis Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2º.ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2009.p.27.

<sup>54</sup> Doutrinadores apontam que a gênese do jus naturalismo desenvolveu-se na Grécia Antiga com os ensinamentos de Platão, que pregava a existência de uma justiça inata, universal e necessária.: BARROSO, Luis Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2º.ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2009.p.20.

teve sua maior inserção histórica. Os ideais libertários e limitativos do poder estatal, amoldavam-se perfeitamente à tese de que o Estado devia respeito a um espaço mínimo de direitos inerentes aos cidadãos, divergindo da atuação arbitrária dos monarcas. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, marco da Revolução Francesa, faz referência expressa à existência de direitos naturais, citando-os “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” <sup>55</sup>.

Por volta do século XIX, porém, nasce uma nova ciência jurídica, chamada de “positivismo”, baseada na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que, em linhas gerais, pregava a redução do Direito à Lei. Com um viés extremamente objetivo, o positivismo isola o Direito de quaisquer valores morais, éticos, ou políticos reduzindo-o a um ordenamento jurídico codificado. De acordo com essa corrente, para que uma norma garanta direitos ou determine obrigações, ela deve ter sido formalmente inserida em um determinado diploma escrito emanado da atuação estatal. Não haveria norma justa ou injusta, haveria apenas norma codificada. Ressalte-se que no âmbito da interpretação, o positivismo limitava consideravelmente a atuação do Judiciário, que ficava adstrito a uma aplicação mecânica da lei.

A decadência da teoria positivista do Direito deu-se após a Segunda Guerra Mundial, especialmente com a instauração do Tribunal de Nuremberg<sup>56</sup>, onde os oficiais nazistas usaram como principal meio de defesa para justificar suas barbáries o argumento puramente positivista de que “estavam apenas cumprindo a lei”.

Desse modo, observou-se o retorno gradual de preceitos éticos e morais à teoria do direito, sem o abandono da valorização das normas positivadas. Tal fator culminaria no surgimento do pós-positivismo, resultado da superação do jus naturalismo e do positivismo puro, bem como da junção de seus principais elementos. No que tange a aplicação e interpretação do direito, o pós-positivismo

---

<sup>55</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Artigo 2º.1789. Apud BARROSO, Luis Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2º. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2009.p.21.

<sup>56</sup> Tribunal de exceção formado pelos países aliados, vencedores da Segunda Guerra, Estados Unidos, o Reino Unido e a União Soviética, para o julgamento dos crimes contra a humanidade cometidos pelos nazistas.



apregoa uma leitura moral das regras, sem que o intérprete fique preso a questões de ordem subjetiva e personalista. Para a harmonização dos valores heterogêneos do pós-positivismo, fez-se necessário uma releitura de uma ferramenta já existente em certos ordenamentos jurídicos, porém sem valor imperativo: os princípios.

### 3.2.1 O viés principiológico do pós-positivismo

De acordo com o entendimento de Paulo Bonavides, a juridicidade e a importância dos princípios foram mudando de acordo com a evolução das ciências do direito.<sup>57</sup>

Na fase mais antiga, a jus naturalista, o autor afirma que os princípios não tinham sequer normatividade, reduzindo-se a uma perspectiva completamente abstrata de axiomas jurídicos e ideais de justiça.

No segundo período, marcado pelo positivismo, os princípios começam a ser introduzidos nos diplomas codificados, mas apenas como fonte subsidiária, continuando sem grande relevância jurídica. Em nenhum momento os princípios foram equiparados a lei, servindo apenas para evitar um vácuo legal. Norberto Bobbio<sup>58</sup> preconiza que para o positivismo, os princípios assumiam o papel de meras pautas programáticas supra legais dotadas de carência normativa.

Com o desenvolvimento do pós-positivismo, a partir da superação histórica das duas teorias supracitadas, os princípios passam a ter uma relevância bastante considerável, alcançando o status de norma jurídica de caráter imperativo. As regras positivadas deixaram de ser a única ferramenta capaz de gerar direitos e obrigações dentro de um ordenamento jurídico. Paulo Bonavides destaca essa mudança de paradigma<sup>59</sup>:

É na idade do pós-positivismo que tanto **a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo**, sofrendo golpes profundos e críticas lacerantes, provenientes de uma reação intelectual implacável, **capitaneada, sobretudo por Dworkin**, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e **caracterizar o ângulo novo de normatividade definida e reconhecida aos princípios**

---

<sup>57</sup>BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17. Ed. Malheiros, 2005.p.259/268.

<sup>58</sup>BOBBIO, Norberto. Principi generali di Diritto, in Novissimo Digesto Italiano,v.13,Turim,1957 apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17.ed. Malheiros, 2005.p.263.

<sup>59</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17.ed. Malheiros, 2005.p.265. (grifo nosso)

Segundo J.J Gomes Canotilho<sup>60</sup>, com o advento do constitucionalismo contemporâneo, as constituições passaram a ser entendidas como um sistema aberto de regras e princípios. O bom funcionamento dos princípios na teoria do pós-positivismo é explicado justamente pelo seu caráter geral e abstrato, que proporciona certo dinamismo a um sistema fechado de regras. Tal fator concretiza de modo eficaz a almejada conexão entre jus naturalismo e positivismo jurídico, historicamente antagônico. Os princípios, tidos como normas jurídicas, renovam o Direito através dos seus postulados de justiça, buscando a aproximação entre as regras positivadas e a moral, sem recorrer aos preceitos puramente metafísicos típicos do jus naturalismo.

De acordo com Barroso<sup>61</sup>, analisar a diferença entre regras e princípios é fundamental para o entendimento da moderna dogmática constitucional e da superação do positivismo legalista. Inúmeros são os critérios distintivos usados pela doutrina, sendo a abstração e a generalidade os mais comuns.

O precursor dessa sistematização foi o jurista Ronald Dworkin<sup>62</sup>. No entendimento do autor, que é reproduzido pelos principais constitucionalistas<sup>63</sup>, as regras são postulados estáticos, onde prevalece a máxima do “tudo ou nada”. Em um determinado caso concreto, por exemplo, não pode haver a incidência de duas regras opostas, fazendo-se necessário o uso da subsunção<sup>64</sup>, qual seja o encaixe taxativo de uma norma legal a um fato. O próprio ordenamento jurídico elenca critérios para solucionar o conflito de leis, variando a partir da sua hierarquia, cronologia e especialidade. Não obstante a segurança jurídica oferecida pelo legalismo, Canotilho<sup>65</sup> pontua como desvantagem a carência de instrumentos

---

<sup>60</sup> CANOTILHO, J.J GOMES. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7 .ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1162

<sup>61</sup> BARROSO, Luis Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2º.ed. Renovar. Rio de janeiro. 2009.p.30.

<sup>62</sup> DWORIKIN, Ronald. Taking rights seriously, Havard University Press. 1978. apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17.ed. Malheiros, 2005.p.265

<sup>63</sup> O entendimento exposto é acompanhado pelos autores aqui já citados : Luis Roberto Barroso, Paulo Bonavides e J.J Gomes Canotilho.

<sup>64</sup> Técnica de aplicação normativa oposta à ponderação, que será tratada adiante.

<sup>65</sup> CANOTILHO, J.J GOMES. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7 .ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1162

complementares nesse tipo de sistema, necessários a uma sociedade heterogênea, em que ponderação de valores e interesses é fundamental para a ordem jurídica.

Os princípios, por sua vez, promovem um estado ideal de coisas, estabelecendo um padrão de conduta a partir de um alto grau de generalidade, aberto a diversos níveis de concretização. A abstração presente em suas cláusulas fornece ao intérprete ampla discricionariedade na busca do sentido e alcance da norma.

O aspecto mais peculiar desse tipo de norma jurídica é a possibilidade de coexistência entre preceitos opostos em um ordenamento jurídico, graças à técnica ponderativa de aplicação. Tal recurso é utilizado de maneira a estabelecer uma incidência relativa de cada princípio, reduzindo seus valores proporcionalmente e fazendo concessões recíprocas, à luz de um determinado caso concreto. Desse modo, o choque entre princípios constitucionais que tutelam bens jurídicos opostos virou marco da teoria pós-positivista. O retrato dessa característica mais trabalhado pelos doutrinadores é o clássico antagonismo existente entre o direito à privacidade e os direitos à liberdade de expressão, ambos tidos como fundamentais<sup>66</sup> e protegidos pela atual Carta brasileira.

Na ordem jurídica pátria, Barroso<sup>67</sup> aponta a preponderância de dois princípios com o advento da Constituição de 1988: o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana. Aquele vem sendo amplamente utilizado pelo Judiciário para controlar a discricionariedade da Administração Pública, bem como para balancear os critérios de ponderação principiológica, e esse assegura um espaço mínimo de integridade moral a todo indivíduo.

### **3.3 Marcos Teóricos**

Como marco teórico, Luis Roberto Barroso enumera três aspectos marcantes para a teoria do neoconstitucionalismo, quais seja o reconhecimento de

---

<sup>66</sup> Impende ressaltar a observação feita por Barroso de que os direitos fundamentais podem assumir forma de regra (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária) ou de princípio (liberdade, igualdade). BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>.

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2<sup>o</sup>.ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2009.p.36.

força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

### **3.3.1 A força normativa da Constituição**

A teoria da força normativa da constituição foi pensada por Konrad Hesse<sup>68</sup> e ganhou destaque com o advento do neoconstitucionalismo, estabelecendo uma nova perspectiva constitucional. Essa teoria vem sendo usada como instrumento garantidor da eficácia material da Carta Magna. De acordo com seus ditames, as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e autonomia, podendo criar direitos e obrigações, sem a necessidade de recorrer a diplomas infraconstitucionais, além de possuírem instrumentos de coação viabilizadores do cumprimento forçado de suas disposições. Apesar de parecer uma conclusão lógica para o contexto jurídico atual, especialmente no caso brasileiro, é interessante notar que até o final do século XX, muitas Constituições tinham caráter meramente simbólico, sem força vinculante, reduzindo-se a uma espécie de protocolo de diretrizes governamentais.

Atualmente, a teoria da força normativa é estudada na doutrina constitucionalista como sendo um princípio instrumental<sup>69</sup> de interpretação constitucional, situado no campo da hermenêutica jurídica. De acordo com Canotilho<sup>70</sup>, para garantir a força normativa da constituição na solução de conflitos, deve-se dar prevalência a interpretações que proporcionem o maior grau de eficácia a suas normas.

Um terceiro viés complementar dessa teoria, que marca o neoconstitucionalismo, está na concepção culturalista de Constituição, ao determinar que os diplomas constitucionais têm força normativa suficiente para alterar a realidade dos fatos, desde que haja uma “vontade de constituição”, ou seja, uma disposição geral da sociedade para agir conforme a Lei Maior, a partir da criação de

---

<sup>68</sup> HESSE, Konrad, Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha apud MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. Saraiva. 2008. p.118.

<sup>69</sup> Também denominado de metanormas ou postulado normativo.

<sup>70</sup> CANOTILHO, J.J GOMES. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7 .ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1162.

uma “ consciência constitucional”, não sendo a Carta Magna um mero documento subordinado aos fatores reais de poder, como apregoava Ferdinand Lassale<sup>71</sup>.

Vale ressaltar que a teoria da força normativa da constituição é bastante utilizada pela Suprema Corte brasileira, tanto em sede de controle difuso, como em controle concentrado, à exemplo, os casos das uniões homoafetivas.<sup>72</sup>

### 3.3.2 A expansão da jurisdição constitucional

O fenômeno teórico da expansão da jurisdição constitucional abordado por Barroso<sup>73</sup> está intrinsecamente ligado a ideia de Supremacia Constitucional, com gênese nos Estados Unidos e em contraposição a hegemonia parlamentar. Com essa mudança de perspectiva, o Judiciário passa a ter papel expressivo na proteção constitucional, materializado principalmente na figura das Supremas Cortes.

No Europa, os primeiros tribunais constitucionais nasceram na Alemanha e na Itália. No Brasil, o surgimento da Suprema Corte se deu em 1824<sup>74</sup>, ganhando relevância com o advento do controle de constitucionalidade abstrato introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela a Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Porém, apenas com a Constituição de 1988 que se operou a efetiva expansão da jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Tal fator é atribuído tanto a criação de novas ações constitucionais<sup>75</sup>, quanto a ampliação do rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, visto que além do Procurador

---

<sup>71</sup> LASSALLE, Ferdinand. *¿Que es una constitución?*. pp.61 e 62. apud SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.38.

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário 447.554. Minas Gerais.2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28477554%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>.

<sup>74</sup> Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>

<sup>75</sup> Atualmente existem no ordenamento jurídico brasileiro : a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 102,I,CF), a ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102,I,segunda parte,CF), arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102,§1º, CF) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103,§2º,CF)

Geral da República, essa prerrogativa se estendeu a outros órgãos, elencados no dispositivo 103 da Constituição Federal<sup>76</sup>.

Desse modo, com o evidente desenvolvimento das atribuições do STF, é natural a expansão da sua jurisdição no cenário jurídico brasileiro, à medida que aumenta cada vez mais o número de ações do controle difuso e abstrato, constituindo um marco essencial do neoconstitucionalismo, no qual as Cortes Supremas tutelam rigorosamente preceitos constitucionais. No caso brasileiro, o Supremo já sofreu severas críticas no que tange a sua atuação, acusada de desrespeitar a separação de poderes, exercendo um verdadeiro “ativismo judicial”.

### **3.3.3 A nova interpretação constitucional**

De acordo com o exposto acima, com o advento do neoconstitucionalismo, as normas constitucionais alcançaram um patamar jurídico, exigindo, dado a sua peculiaridade, critérios específicos de interpretação. O cunho principiológico das constituições, em que partir da técnica de ponderação, dois casos similares, poderiam ser decididos de maneira distinta, não era abrangido inteiramente pelo método clássico proposto por Saviny, quais sejam, o gramatical, histórico, sistemático e o teleológico

A doutrina constitucional se debruçou na produção de diversos princípios para auxiliar na atividade interpretativa da constituição. O caráter instrumental desses princípios advém justamente da sua utilização na compreensão dos princípios materiais.

Barroso<sup>77</sup> destaca, dentre outros, o princípio da supremacia da Constituição, da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da

---

<sup>76</sup>**Art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:** I - o Presidente da República;II - a Mesa do Senado Federal;III - a Mesa da Câmara dos Deputados;IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;VI- o Procurador-Geral da República;VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.(BRASIL,Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). (grifo nosso)

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>.

efetividade. Gilmar Mendes<sup>78</sup> acrescenta o princípio da concordância prática e correção funcional.

O princípio instrumental da Unidade dispõe que a Constituição deve ser interpretada como um sistema global, de modo a evitar conflitos ou contradições entre seus dispositivos, que devem ser compreendidos em conjunto com os demais. Esse postulado teve importância no firmamento da postura do STF, ao julgar a *ADI* 4.097, quando refutou a possibilidade de haver controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias, tendo em vista que um dos mandados do princípio da Unidade refere-se a inexistência de hierarquia entre essas normas. Nessa ocasião, o Supremo se pronunciou no sentido “(...). Vigora entre nós o princípio da 'unidade hierárquico-normativa' da Constituição. Ou seja, desde o prisma formal, todas as normas constitucionais residem no mesmo patamar hierárquico”<sup>79</sup>.

O princípio da concordância prática está intrinsecamente ligado com o princípio da Unidade, consistindo em um postulado instrutivo para o aplicador da Constituição, ao asseverar que havendo um conflito entre dois bens jurídicos constitucionalizados, deve-se proceder a uma redução proporcional de cada um deles à luz do caso concreto, harmonizando eventual concorrência. A ideia remete à técnica ponderativa, no sentido de evitar o sacrifício absoluto de um bem jurídico. Gilmar Mendes destaca que nem sempre será possível aplicar esse princípio na sua integralidade, tendo em vista que a depender do caso, poderá ter que haver a sucumbência de um dos bens jurídicos. O autor cita o exemplo que ocorre quando algum veículo informativo é obrigado a embargar determinada matéria, em nome da privacidade de certo indivíduo, ou seja, o princípio da inviolabilidade da vida privada se sobrepõe totalmente nessa situação ao princípio da liberdade de informação. Sem detrimento ao exemplo citado, Mendes destaca que a concordância prática é uma ferramenta hermenêutica de ampla utilização pela Suprema Corte.<sup>80</sup>

O postulado da correção funcional, também chamado de justeza, determina que os intérpretes da Constituição ao realizarem sua atividade não podem

---

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. Saraiva.2008.p.110-122.

<sup>79</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI* 4.097-AgR, Rel.Min.Cezar Peluso.j.08.10.2008, DJE de 07.11.2008. Disponível em : <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14771652/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4097-df-stf>>

<sup>80</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. Saraiva.2008.p.115.

chegar a conclusões que deturpem o sistema de repartição funcional de competências, consagrados pela tripartição de poderes. Esse princípio ganha relevância no contexto jurídico atual, em que o STF recebe severas críticas por não se ater a sua atividade típica de aplicação do direito.

O princípio da efetividade é tido pela doutrina como um subprincípio da força normativa da constituição e foi criada originalmente como tese direcionada a efetivação das normas programáticas, mas tem aplicação compatível com todos os preceitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais. Sua orientação hermenêutica, antecipada pela própria denominação do princípio, determina que o intérprete atue no sentido de conferir otimização às normas constitucionais, garantindo-lhes eficácia máxima e possibilitando a concretização no plano social.

Sem embargo da importância dos cânones hermenêuticos acima trabalhados, deve-se destacar que hodiernamente é o princípio da interpretação conforme a constituição que vem ganhando maior expressão no âmbito do controle de constitucionalidade feito pelo STF. Gilmar Mendes assevera que esse postulado não tem apenas natureza hermenêutica, sendo uma “diretriz de prudência política constitucional”<sup>81</sup>. Sua diretriz recomenda que diante de normas plurívocas, o intérprete deve escolher aquele sentido que mais se compatibiliza com a essência da Lei Maior, rechaçando ilações que possam causar vícios de constitucionalidade. Tem-se por objetivo, portanto, a preservação da validade das normas, conferindo estabilidade ao ordenamento jurídico.

Apesar de à primeira vista ser um postulado inteiramente benéfico, há de se fazer algumas ressalvas no que tange ao seu manejo adequado. O intérprete deve ser cauteloso para não impor à norma um sentido que ela não possui, unicamente com o fim de torná-la compatível com o sistema. Além disso, é importante frisar que esse princípio só será utilizado quando o legislador deixa margem para mais de uma interpretação, caso contrário, o aplicador pode incorrer no vício de usurpação da atividade legislativa. Atualmente, existem duas técnicas de interpretação conforme, quais sejam as decisões interpretativas em sentido estrito, que se subdividem em sentença interpretativa de rechaço e sentença interpretativa

---

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2. Ed. Saraiva. 2008.p.119.



de aceitação. A segunda vertente trata das decisões manipuladoras, que compreendem as sentenças aditivas e as sentenças substitutivas.<sup>82</sup>.

### **3.4 O neoconstitucionalismo brasileiro**

Como dito anteriormente, a teoria do neoconstitucionalismo só veio ser recepcionada no Brasil com o advento da Constituição de 1988. Daniel Sarmento<sup>83</sup> demonstra que anteriormente os diplomas constitucionais brasileiros não passavam de meras cartas de intenções. A título de exemplo, a Constituição de 1824, mesmo inspirada por ideais iluministas de liberdade, tinha vigência em um contexto social assolado pela escravidão; a de 1891, apesar de instituir o sufrágio universal, viu o Brasil ser palco das maiores fraudes eleitorais ocorridas durante a fase da República Velha; a de 1937 estabelecia um rigoroso processo legislativo, porém, não coincidentemente, durante a sua existência, o congresso permaneceu fechado e predominavam os decretos presidenciais. A última, de 1969, talvez a mais contraditória, consagrava direitos à liberdade, integridade física e à vida, porém imperou na época menos democrática do Brasil: a Ditadura Militar.

Os exemplos demonstrados acima não se prestam a comprovar que a Constituição atual é amplamente efetivada. Pelo contrário, existem inúmeros direitos que ainda não são concretizados e tem eficácia seletiva, porém a partir de 1988, em um parâmetro comparativo, pode-se observar esforço muito mais notável do Poder Público para garantir a Supremacia Constitucional em uma ordem democrática, bem como os direitos fundamentais mínimos de cada indivíduo.

Atualmente, a Constituição é, de maneira geral, respeitada como documento supremo, balizando a atividade dos três Poderes da República. No âmbito do Legislativo e Executivo, a Carta estabelece limites à discricionariedade e impõe deveres. Para o Judiciário, é parâmetro de interpretação das leis, além de servir como objeto de aplicação.

---

<sup>82</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. DIREITO PÚBLICO Nº 12 – Abr-Maio-Jun/2006 – DOUTRINA BRASILEIRA. Disponível em : <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/423/895>> Acesso em: 13 set. 2014.

<sup>83</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte, Fórum, janeiro, 2009

As principais inserções neoconstitucionalistas trazidas pela Carta de 88 remetem ao amplo rol de direitos fundamentais, à ampliação dos legitimados para provocar o Judiciário no plano do controle de constitucionalidade, possibilitando que diversas questões relevantes tanto no plano social como no político passem pela fiscalização do Supremo, amoldando-as aos preceitos constitucionais. Além disso, é inegável seu forte viés principiológico, fruto da influência pós-positivista, contendo princípios expressos e implícitos, vastamente utilizados pelo Poder Judiciário, merecendo destaque a “dignidade da pessoa humana” e a “razoabilidade”.

Trata-se de um diploma prolixo, analítico, que incorporou pretensões de diversos setores da sociedade<sup>84</sup> e tratou dos mais variados aspectos infraconstitucionais, como direito civil, administrativo, penal e tributário. Essa ampla tutela constitucional, contribuiu para a formação de um fenômeno chamado “ativismo judicial”, onde as decisões do Poder Judiciário influenciam significativamente na órbita do Executivo e do Legislativo. Atualmente a Suprema Corte enfrenta temas concernentes à implantação de políticas públicas, como o fornecimento de medicamentos pela Administração, além de fornecer soluções para questões ainda não tratadas pelo legislador, como o emblemático caso da greve dos servidores públicos<sup>85</sup>.

Importante ressaltar uma opinião exarada por Daniel Sarmiento<sup>86</sup> no que tange à adaptação do neoconstitucionalismo ao ordenamento jurídico brasileiro ao passo que se constrói o ativismo judicial. Para o autor, o neoconstitucionalismo ganha força na medida em que cai o prestígio do Poder Legislativo, protagonista de inúmeros escândalos de corrupção. Tal fato gera uma expectativa na população de que todos os problemas possam ser resolvidos pelo Judiciário, inclusive aqueles relacionados à inércia legislativa, levando a uma

---

<sup>84</sup> Na Constituição podem-se notar dispositivos que contemplam interesses por vezes antagônicos, como trabalhistas e empresariais ruralistas e ambientalistas.

<sup>85</sup> Mandados de Injunção (MI) 670, 708 e 712, julgados pelo STF, nos quais declarou a omissão legislativa no que tange ao direito de greve do setor público e decidiu que, enquanto não for elaborada tal regulamentação, valem as regras previstas para o setor privado.

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte, Fórum, janeiro, 2009

legitimação social das decisões usurpadoras proferidas em geral pelo STF, sob o manto de preceitos neoconstitucionais, como a supremacia da constituição, força normativa e o viés principiológico.

#### **4 TRANSCONSTITUCIONALISMO**

A partir do final do século XX, mais especificamente na década de 90, as relações internacionais passaram por grandes mudanças. Tal fator deve-se ao fenômeno da globalização, que proporcionou uma considerável integração social e econômica entre os países, a partir do aprimoramento dos meios de comunicação.

Naturalmente, o Direito Internacional foi amplamente afetado por tais transformações, definidas por Valério Mazzuoli<sup>87</sup> como tendências evolutivas. Em primeiro lugar, tem-se o processo de "institucionalização", pelo qual o direito das gentes<sup>88</sup> deixa de tutelar apenas as relações bilaterais entre os países, fazendo-se cada vez mais presente nas diretrizes dos organismos internacionais, como a ONU, o FMI e a OMC, institutos que facilitam a necessidade de cooperação internacional.

Em segundo, vem a "funcionalização", tendência que retrata uma ampliação temática da disciplina, a partir da influência crescente do Direito Internacional no âmbito do ordenamento interno de cada país, assumindo caráter regulamentar diante de assuntos universais, como saúde, meio ambiente e comércio.

Juntamente com processo evolutivo, a perspectiva de comunidade internacional sofreu uma ampliação subjetiva, tendo em vista que rol de sujeitos de Direito Internacional, que antes estavam restritos à figura dos Estados, passou a ser composto por outros atores, como indivíduos, empresas e organizações não governamentais. Esses sujeitos, à medida que o processo de globalização avança tornam-se cada vez menos limitados pelas fronteiras estatais.

---

<sup>87</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Constitucional Público. 7.ed. revista dos tribunais.2013,p.68.

<sup>88</sup> "Direito das gentes" é uma nomenclatura doutrinária usada para se referir ao Direito Internacional Público.

O fenômeno da globalização, porém, foi muito além das questões internacionais, proporcionando uma mudança de perspectiva também no plano do Direito Constitucional. Como anteriormente abordado, a gênese desse direito remete à necessidade de limitação do poder estatal, bem como da criação de garantias individuais mínimas.

Ocorre que com a integração das sociedades modernas, os anseios relacionados ao constitucionalismo, que antes eram supridos unilateralmente por cada país, passaram a exigir uma universalização no seu tratamento. Isso se deve ao fato de que gradativamente as mesmas problemáticas constitucionais foram se tornando comum a mais de um Estado e sendo analisadas por ordens jurídicas cada vez mais diversas e independentes.

Em linhas introdutórias, esse fenômeno é denominado de transconstitucionalismo e foi percebido no Brasil por Marcelo Neves.

Em poucas palavras, o transconstitucionalismo é o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto **estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais**, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. **Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas.** Por exemplo, o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica. Essas questões são discutidas ao mesmo tempo pela Organização Mundial do Comércio, pelo Mercosul e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao que eu chamei de transconstitucionalismo.<sup>89</sup> (grifo nosso)

#### 4.1 A universalização dos Direitos Humanos

É inegável a imensa tutela jurisdicional que os Direitos Humanos vêm adquirindo nas últimas décadas. Com o intuito de proteger a condição de pessoa humana, conferindo garantias mínimas existenciais aos indivíduos, esse viés teórico ganhou força a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.

Atualmente é tema consolidado nos ordenamentos jurídicos ocidentais, sendo passível de proteção na ordem interna, por meio do Direito Constitucional, e na ordem externa, de acordo com os preceitos Internacionais Públicos, materializados em diversos tratados e convenções.

---

<sup>89</sup> NEVES, Marcelo. Revista **Consultor Jurídico**, 12 de julho de 2009, 09:54p.01. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>

Importante ressaltar que para a maioria dos internacionalistas, a exemplo de Mazuoli<sup>90</sup>, existem diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais, no que tange aos diplomas em que estão estabelecidos.

Os direitos humanos seriam aqueles inscritos em documentos internacionais, ou seja, tutelados pelo Direito Internacional Público em uma sistemática de ordem jurídica de níveis múltiplos. Já os fundamentais seriam afetos à positivação constitucional, no plano interno de cada ordenamento estatal.

Aparentemente, o constituinte brasileiro adotou a distinção exposta acima, tendo em vista que a Constituição de 1988 usa "direitos fundamentais" quando se refere àqueles positivados em seu texto<sup>91</sup>, e "direitos humanos", quando remete aos documentos alienígenas que tratam da proteção humana.

Sem embaraço de tais definições técnicas, é pacífico no plano doutrinário que os direitos humanos, em caráter geral, são dotados de **imprescritibilidade**, não se exaurem com o decurso temporal; **universalidade** são inerentes a todos os seres humanos, sem distinção de caráter circunstancial; **irrenunciáveis**, não podendo ser objeto de disposição do seu titular; e por fim, **não podem sofrer retrocesso**, ou seja, a sua proteção só pode ser passível de aprimoramento, nunca de extinção.<sup>92</sup>

Como suscitado anteriormente, a partir do segundo pós-guerra, em virtude das barbáries ocorridas especialmente no Holocausto, o Direito Internacional incorporou uma importante ramificação, chamada de "Direito Internacional dos Direitos Humanos"<sup>93</sup>, nascida em virtude da preocupação global em construir uma sistematização universal voltada para a proteção da humanidade como um todo, independente de vínculos regionais. José Antonio Rivera Santivañez, constitucionalista boliviano, quando citado por Mazuoli, define essa divisão do Direito Internacional como:

A disciplina encarregada de estudar o conjunto de normas internacionais, convencionais, ou consuetudinárias, onde são estipulados o comportamento

---

<sup>90</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Constitucional Público. 5.ed. revista dos tribunais.2011.p.805.

<sup>91</sup> Constituição Brasileira de 1988, Título II.

<sup>92</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público Privado.6º.Ed.JusPodivm.2014.p.820

<sup>93</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Constitucional Público. 5.ed. Revista dos Tribunais.2011,p.813.

e os benefícios que as pessoas ou grupo de pessoas podem esperar ou exigir dos governos<sup>94</sup>

Diante desse contexto, o ser humano passou a ser sujeito de direito internacional, tendo sua proteção cada vez menos restrita aos limites territoriais. Como consequência, a intangibilidade das soberanias estatais começou a ceder espaço aos instrumentos internacionais de proteção da humanidade, dotados inclusive de poder sancionatório aos Estados violadores de garantias individuais mínimas.

No âmbito jurídico, de acordo com os ditames do Direito Internacional, em um possível conflito entre normas internas e externas acerca de direitos humanos, o princípio da norma mais favorável virou ferramenta de solução antinômica.<sup>95</sup>

Observa-se, portanto, uma crescente influência do Direito Internacional no ordenamento jurídico interno dos países, notadamente no Direito Constitucional.

No Brasil, por exemplo, o constituinte originário previu mecanismo que fornece efetividade aos direitos previstos na ordem externa, determinando que os tratados internacionais em que a República Federativa seja signatária podem prevê direitos coexistentes aos positivados no Texto<sup>96</sup>. Já o constituinte reformador, através da emenda 45/2004, inseriu a possibilidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos alcançarem o status de norma constitucional<sup>97</sup>.

#### **4.2. O transconstitucionalismo como doutrina alternativa ao monismo e ao dualismo**

---

<sup>94</sup> SANTIVANEZ, José Antonio Rivera. *Tribunal Constitucional y protección de los derechos humanos*. Sucre: Tribunal Constitucional, 2004, .14. apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Constitucional Público. 5.ed. Revista dos Tribunais. 2011, p.813.

<sup>95</sup> MOITA, Cristiano de Aguiar Portela. Relações entre direito internacional e direito interno: das teorias clássicas dualista e monista ao transconstitucionalismo. Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior. 2013. p.49.

<sup>96</sup> Constituição Brasileira de 1988. Artigo 5º § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>97</sup> Constituição Brasileira de 1988. Artigo 5º § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A problemática da aplicação das normas internacionais, provenientes de tratados e convenções, no ordenamento interno dos Estados sempre fomentou discussões no âmbito doutrinário, tanto do Direito Constitucional, como do Internacional. Há, nesse contexto, um debate clássico entre duas teorias que historicamente procuram solucionar essa questão: o monismo e o dualismo.

A teoria dualista, desenvolvida no começo do século XX, prega a autonomia entre direito interno e direito internacional, constituindo dois sistemas distintos. Não há ingerência de um sobre o outro. Para essa corrente, até as funções de cada direito são divergentes, cabendo ao direito interno regular a relação entre o Estado e a sociedade, e ao direito internacional estabelecer condutas devidas entre os países.

Considerando essa falta de conexão, é correto supor que não haveria antinomia entre do direito interno e direito externo. No dualismo, para que uma norma proveniente da ordem internacional tenha eficácia no âmbito nacional, deve-se obedecer, primeiramente, a um processo de incorporação ao ordenamento interno. Ou seja, a norma é transformada em nacional, como se tivesse sido criado pelo legislador pátrio. Portanto, se houver conflito, não será entre ordens jurídicas diferentes, e sim dentro do próprio ordenamento estatal.

Assim sendo, não caberia falar em aplicação direta de tratados ou convenções internacionais, de modo que os compromissos externos assumidos por cada Estado teriam caráter meramente sugestivo, aptos a incrementar somente as fontes do Direito Internacional, e nunca a normatividade interna.<sup>98</sup>

Em contraponto, a teoria monista, que tem Hans Kelsen como seu principal precursor, expõe o entendimento que existe apenas uma ordem jurídica, englobando as normas nacionais e internacionais. O sistema jurídico seria uno.

Nesse entendimento, portanto, o direito internacional teria aplicação automática no ordenamento interno de cada país, sem a necessidade de incorporação legislativa. Os tratados ou convenções continuam sendo internacionais, mas com aptidão para gerar direitos e obrigações internas. Não ocorre o processo de transformação em norma nacional, como acontece com o dualismo. Para Valério Mazuoli, a doutrina monista determina<sup>99</sup>:

---

<sup>98</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Constitucional Público. 5.ed. Revista dos Tribunais.2011,p.75.

<sup>99</sup> Ibid,p.82.

Não existem dois círculos contíguos que não se interceptam, mas ao contrário, dois círculos superpostos (concêntricos) em que o maior representa o Direito Internacional que abarca, por sua vez, o menor, representado pelo Direito Interno.

Prevalecendo a ideia de ordem jurídica una, nasce uma problemática acerca da hierarquia das normas internas e externas, visto que se elas fazem parte de um mesmo sistema e podem regular os mesmos assuntos, questiona-se quem iria prevalecer diante de uma possível antinomia.

Nesse ponto, a teoria monista se ramifica. O monismo nacionalista, na defesa da soberania estatal e sob o argumento de não haver um órgão supra-estatal que possa coagir o cumprimento das normas internacionais, prega a prevalência do direito nacional. Ademais, para os nacionalistas, apenas a Constituição, que é instrumento do direito interno, poderia autorizar a validade de tratados e convenções. Já o monismo internacionalista, como prevê a própria nomenclatura, determina a superioridade hierárquica de normas internacionais.

Ressalte-se, entretanto, que a adoção estanque de uma das teorias acima destacadas não se coaduna com o modelo de sociedade globalizada em vigor atualmente. A complexidade, tanto das relações interpessoais como interestatais, fazem com que as soluções categóricas apresentadas pelo monismo ou pelo dualismo acabem se tornando simplistas diante de uma abertura transconstitucional das sociedades. Em um cenário jurídico globalizado, não se concebe mais a possibilidade de acatar taxativamente apenas uma norma de ordem internacional ou nacional, nem mesmo de separar tais sistemas, como se devessem incidir sobre âmbitos distintos.

Nota-se, desse modo, que o ideal vem sendo a fomentação do diálogo entre ordens jurídicas, especialmente quando se trata de questões tipicamente constitucionais, como a eficácia dos direitos humanos e a limitação dos poderes estatais. A complexidade de tais temas foi tão afetada pelo advento da globalização, que o parecer proveniente de apenas uma ordem jurídica tornou-se insuficiente para se chegar a uma solução adequadamente universal.

#### **4.3 O Transconstitucionalismo no tratamento de problemas constitucionais**



Marcelo Neves<sup>100</sup> assevera que, inicialmente, para a melhor compreensão da doutrina transconstitucionalismo, faz-se mister um distanciamento da noção clássica do constitucionalismo tradicional, intrinsecamente ligado à noção de Estado.

No decorrer do século XIX e XX, a resposta para as problemáticas constitucionais caminhou para um sentido: a criação de Constituições. Dessa maneira, as questões eram resolvidas unilateralmente por cada ordem estatal, tendo como diretriz apenas o direito interno.

Entretanto, como suscitado anteriormente, a massiva integração das relações sociais no contexto de uma comunidade mundial globalizada ocasionou uma universalização das temáticas constitucionais<sup>101</sup> que antes ficavam restritas às fronteiras dos Estados.

Desse modo, a ideia de constitucionalismo teve que deixar seu viés provinciano e acompanhar a internacionalização de temas como direitos humanos e organização dos poderes. Neves<sup>102</sup> conclui que os problemas constitucionais passaram a surgir em torno de diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas.

Impende notar que o fato de um mesmo problema ser comum a diferentes sistemas normativos não é elemento novo e restrito ao transconstitucionalismo. O próprio Direito Internacional já possuía mecanismos básicos de comunicação jurídica interestatal, como a possibilidade de homologação nacional de um ato firmado à luz de uma ordem estrangeira.

Acontece, porém, que a necessidade de comunicação entre constituições e entre estas e convenções internacionais deixou de ser latente, fazendo-se cada vez mais presente na solução de certas questões, como meio-ambiente, direitos humanos e finanças internacionais. Pode-se atribuir tal fator ao seguinte motivo: de acordo com Marcelo Neves<sup>103</sup>, as cortes constitucionais, ao enfrentarem problemas transnacionais, proferem decisões baseadas no binário lícito/ilícito, ou seja, verificam se o pleito está ou de acordo com o direito ao qual se submetem. Porém os critérios de aferição de licitude variam conforme a origem de

---

<sup>100</sup> Neves, Marcelo. Transconstitucionalismo. WMF martinsfontes. 2ª. Ed São Paulo..2012.p.119

<sup>101</sup> Conferir o tópico 4.1 sobre a universalização dos Direitos Humanos

<sup>102</sup> Ibid,p.121.

<sup>103</sup> NEVES, op.cit. p.128.

cada ordenamento jurídico, tendentes à colisão quando contrapostos. Desse modo, dado a universalidade de certas questões em um contexto transnacional, torna-se comum a sua análise à luz de ordens distintas, sendo plenamente possível que as respectivas cortes jurídicas profiram decisões adversas diante de um mesmo caso concreto<sup>104</sup>, causando um inevitável conflito de jurisdição.<sup>105</sup>

A solução apresentada pelo autor para essa possível divergência de valores, seria a busca constante de uma conversação constitucional através de “pontes de transição”, ferramenta de entrelaçamento, que identificam pontos comuns entre ordens jurídicas independentes. Tal processo deve ser dotado de dinamismo e flexibilidade a depender do caso concreto em exame. Dessa maneira, cada ordem deve relativizar sua própria soberania, em prol de influências externas que podem ser benéficas para a construção de decisões dotadas de racionalidade transversal, distantes de malefícios típicos do provincianismo estatal.

A cada novo caso inesperado, as estruturas reflexivas das respectivas ordens precisam rearticular-se consistentemente para possibilitar uma solução complexamente adequada à sociedade, sem atuar minando, bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas antes contribuindo para estimulá-la a estar disposta ao intercâmbio em futuros “encontros” para enfrentamento de casos comuns<sup>106</sup>

Na Suprema Corte Brasileira, por exemplo, pode-se notar uma aceitação cada vez maior de entendimentos internacionais, como no julgamento na ADI nº 3.510/DF em que se permitiu o uso de células-tronco embrionárias para pesquisa e terapia. Na fundamentação dos votos vencedores, vários ministros utilizaram o direito estrangeiro para embasar seus argumentos.<sup>107</sup>

#### **4.4 Transconstitucionalismo entre direito internacional e constitucional: uma análise do caso da prisão do depositário infiel**

---

<sup>104</sup> Conferir caso *Caroline von Hannover versus Germany* de 24.06.2004. em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, TEDH, proferiu decisão contrária à Suprema Corte Alemã, protegendo a intimidade da autora em detrimento da liberdade de imprensa, no episódio da divulgação de fotos íntimas da princesa Caroline de Mônaco na mídia Alemã.

<sup>105</sup> MOITA, op.cit.,p39.

<sup>106</sup> NEVES, op.cit.,p129.

<sup>107</sup> Esse exemplo está inserido no amplo rol de casos transconstitucionais que Marcelo Neves aborda em sua obra citada acima .

A materialização do transconstitucionalismo, existente entre direito internacional e direito interno, dá-se justamente com o surgimento de Convenções ou Tratados internacionais que estabelecem normas de condutas para os Estados signatários, criando em seu próprio texto tribunais jurisdicionais. Pode-se dizer que os exemplos atuais de maior destaque a nível ocidental seriam a Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>108</sup>, que deu origem o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), instituidora da Corte Interamericana Direitos Humanos.

Ressalte-se, entretanto, que geralmente não há regras específicas voltadas para solucionar conflitos de competência entre esses tribunais e as cortes constitucionais de cada país. “Não cabe, a rigor, falar de redes verticais, o que implicaria admitir uma relação de hierarquia entre as ordens”<sup>109</sup>.

A relação entre a jurisdição de um tribunal externo e interno, quando se deparam com um mesmo caso concreto, deve ser precedida de bastante ponderação e razoabilidade. Por uma parte, as cortes internacionais precisam considerar aspectos peculiares de cada nacionalidade signatária, seja de índole cultural seja institucional, não podendo atuar com imposições unilaterais de vontade. Por outra, os tribunais internos não podem se basear apenas no ordenamento constitucional pátrio, sobre pena de construir um sistema normativo fechado, alheio à ordem jurídica globalizada, que, por sua vez, é cogente e inevitável no cenário mundial hodierno.

A constante tensão entre direito constitucional e direito internacional movimenta o âmbito doutrinário no que tange aos limites de cada ciência. Celso Mello é categórico no seu posicionamento a respeito zona de confluência entre esses dois direitos:

A Constituição é manifestação da soberania estatal e o DIP [direito internacional público] a sua negação ou, pelo menos, sua crescente limitação. A nosso ver não existe um D. Constitucional Internacional por falta de um objeto definido e método próprio. O que existe são normas constitucionais de alcance internacional que devem ser analisadas em cada caso procurando compatibilizar os dois ramos da Ciência Jurídica.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> Em que pese a importante função desempenhada no âmbito do transconstitucionalismo do século XXI, a Convenção entrou em vigor no ano de 1953.

<sup>109</sup> Ibid, p.132.

<sup>110</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Constitucional internacional - Introdução. 2º ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2000. p.36.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem sendo palco de interessantes embates entre o direito constitucional e o direito internacional. Um caso emblemático, que retrata fielmente uma hipótese de transconstitucionalismo envolveu justamente o direito constitucional brasileiro, no que tange a prisão civil do depositário infiel.

O conflito ocorreu pelo fato de que a Constituição brasileira previu em seu artigo 5º, inciso LXVII<sup>111</sup> que tanto a prisão do depositário infiel quanto a do alimentante inadimplente seriam exceções à vedação da prisão civil por dívida. Entretanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos, comumente chamada de Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, no seu dispositivo nº 7<sup>112</sup>, autorizou apenas a prisão alimentar, proibindo por tabela qualquer outro tipo. O embate chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do controle difuso nos RE 466.343/SP, RE 339.703/RS e HC 87.585/TO.<sup>113</sup>

O julgamento da questão não foi simples, girando em torno da hierarquia dos tratados de direitos humanos que não tivessem sido incorporados no Brasil obedecendo ao trâmite previsto no artigo 5º, §3º da CF<sup>114</sup>, tendo em vista que esse parágrafo só foi introduzido pela emenda 45 no ano de 2004, e o tratado foi ratificado, bem antes, em 1992. Vale ressaltar, de antemão, que o posicionamento anterior do Supremo era taxativo no sentido de igualar todos os tratados internacionais à legislação ordinária.

Duas linhas de entendimento foram então estabelecidas. A primeira foi liderada pelo ministro Celso de Mello, que defendia uma aplicação integral e ilimitada da CADH no direito brasileiro, e afirmava que tratados de direitos humanos teriam força **constitucional**. O lastro principal da argumentação era o artigo 5º parágrafo 2º da CF<sup>115</sup>. A segunda linha de raciocínio, vencedora do

---

<sup>111</sup> Art. 5º, LXVII - **não haverá prisão civil por dívida, salvo** a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do **depositário infiel** (grifo nosso)

<sup>112</sup> **Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita** os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de **inadimplemento de obrigação alimentar**. (grifo nosso)

<sup>113</sup> NEVES, op.cit., 145.

<sup>114</sup> Art. 5º § 3º, CF: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, **em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos** dos respectivos membros, serão **equivalentes às emendas constitucionais**. (grifo nosso)

<sup>115</sup> Art. 5º, § 2º, CF - **Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem** outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**.

julgamento e liderada por Gilmar Mendes, foi mais contida no que tange a hierarquia da Convenção. O ministro defendeu que os tratados de direitos humanos ratificados antes da emenda 45, que não se submeteram ao processo de aprovação das emendas constitucionais, teriam o caráter **supralegal**, ou seja, ficaria em uma posição intermediária entre a lei e a Constituição.

A Corte Suprema, em uma atuação nitidamente transconstitucional, com o intuito de compatibilizar a Constituição Brasileira com a Convenção Americana de Direitos humanos, fixou um sentido permissivo, e não impositivo para a interpretação do artigo. 5º, LXVII, CF. Ou seja, para o STF, o dispositivo constitucional apenas autoriza a prisão do depositário infiel, deixando a cargo da legislação estabelecer a sua obrigatoriedade.

Desse modo, como ficou determinado que a CADH tinha natureza superior à lei, ficou automaticamente vedado à qualquer legislação autorizar prisão civil, que não fosse a alimentar. Tal entendimento foi aplicado de imediato ao Código Civil de 2002, que apesar de ser posterior à CADH, teve a eficácia seu dispositivo 652<sup>116</sup> prejudicada, por prever a prisão do depositário.<sup>117</sup> O julgamento culminou na elaboração da súmula vinculante número 25, que sintetizou a questão da prisão civil no Brasil<sup>118</sup>.

Marcelo Neves, ao analisar a matéria, ressalta que caso a CADH não tivesse garantido seu caráter supralegal no ordenamento brasileiro, poderia ocorrer “um conflito insuperável entre o STF e a CIDH” <sup>119</sup>, pois como dito anteriormente, o Código Civil atual entrou em vigor 10 anos depois da ratificação da Convenção pelo Brasil, de modo que se aplicada a máxima do “*lex posterior derogat priori*”, o dispositivo 7 da CADH estaria revogado.

O posicionamento do STF analisado acima, sem dúvidas, estabeleceu bases para uma atuação jurídica transconstitucional no cenário

---

<sup>116</sup> Art. 652, CC/2002 : Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

<sup>117</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP.2008. Voto do Ministro Gilmar Mendes: “Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.”

<sup>118</sup> STF, Súmula Vinculante 25 : É **ilícita** a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. (grifo nosso)

<sup>119</sup> NEVES, op.cit. 146.

nacional. Pode-se observar que a Corte chegou a uma conclusão de caráter conciliatório entre a ordem jurídica interna e a externa, flexibilizando seu entendimento para atender uma perspectiva internacional acerca da compreensão de direitos humanos. Por tabela, comprovou que o transconstitucionalismo não ocorre sempre de uma maneira impositiva de uma ordem para outra, sendo possível o estabelecimento de uma “conversação constitucional” <sup>120</sup>.

#### **4.5 O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas**

Importante frisar que o transconstitucionalismo não está restrito apenas à relação entre o direito nacional e internacional. O fenômeno pode ocorrer de outras maneiras, envolvendo sistemas supranacionais e extraestatais, bem como explorando o encadeamento entre duas ordens jurídicas estatais. Veja-se.

Para Neves<sup>121</sup>, uma ordem jurídica de dimensão supranacional deve ser fundada em um tratado internacional que estabeleça uma organização com competência legislativa, administrativa e jurisdicional, tendo força vinculante direta perante os cidadãos e órgãos públicos dos Estados signatários. O autor ressalta que, atualmente, a única experiência supranacional existente no cenário internacional é a União Europeia (UE).

É incontestável a evolução transconstitucional alcançada pela UE. A convergência dos países integrantes alcançou um nível que serve de modelo para diversos outros blocos criados ao redor do mundo, não só no plano jurídico (viés transconstitucional), mas especialmente no campo da economia e do trânsito de pessoas e mercadorias.

O órgão que viabiliza o transconstitucionalismo supranacional da União Europeia, além das cortes constitucionais de cada país, é o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, TJCE. A complexidade da relação entre esses tribunais acerca de uma mesma problemática constitucional é tamanha que origina em um modelo analítico de quatro vertentes<sup>122</sup>, qual seja o TJCE deve pautar suas decisões atento às normas da comunidade europeia e à constituição do

---

<sup>120</sup> Expressão usada por Neves diversas vezes para demonstrar o modo de operação transconstitucional.

<sup>121</sup> Ibid,p.152.

<sup>122</sup> Ibid,p.154.

Estado-parte, e, do outro lado, a Corte Constitucional desse Estado deve obedecer também as normas da UE e da Constituição interna.

Deve-se salientar que como toda realidade sujeita ao transconstitucionalismo, onde um mesmo problema interessa a duas ou mais ordens jurídica, a UE também enfrenta dificuldades em harmonizar choques oriundos dos diferentes entendimentos constitucionais de cada país-membro, especialmente quando se trata de direitos humanos, disciplina dotada de excepcional abstração. Tal fato exige que a atuação jurídica do TJCE deva ser na medida do possível, adaptável às peculiaridades de cada ordem nacional.

Além do viés supranacional, Neves<sup>123</sup> pontua que é possível perceber o transconstitucionalismo sem a interferência de um Tribunal Internacional, ou seja, apenas através do “diálogo constitucional” entre Cortes Supremas de diferentes nacionalidades. Nessa modalidade, um entendimento jurisprudencial alienígena é importado para o âmbito de um respectivo Tribunal nacional. Deve-se dizer que tal fato não é propriamente uma novidade inerente ao mundo globalizado, tendo em vista que concepções jurídicas sempre migraram entre países através do trabalho da doutrina e da jurisprudência.

Entretanto, a questão não se resume a influência da linha de pensamento de uma ordem jurídica sobre outra. Nessa variante transconstitucional, a jurisprudência estrangeira não é usada apenas como argumento fortificador, constituindo juízo de valor acessório para a decisão<sup>124</sup>. Pelo contrário, serve de fundamento jurídico principal, com caráter vinculante que sustenta a sentença, ou seja, a tese jurídica adotada pelo Tribunal<sup>125</sup>.

Marcelo Neves<sup>126</sup> destaca que apesar de outros países estarem nitidamente mais abertos ao diálogo constitucional com outras ordens jurídicas, como a África do Sul e a Suíça<sup>127</sup>, o Brasil vem desenvolvendo essa técnica, através da Suprema Corte que gradativamente, inclui julgamentos estrangeiros na *ratio decidenti* de suas decisões.

---

<sup>123</sup> Ibid, p.166

<sup>124</sup> Parte da decisão que a doutrina processualista chama de *obiter dicta*

<sup>125</sup> Parte da decisão que a doutrina processualista chama de *ratio decidenti*

<sup>126</sup> NEVES, op.cit., p.179.

<sup>127</sup> BAUDENBACHER, Carl. *Judicial globalization: new developments or old winner in new bottles?*. *Texas International Law Journal. Austin*, v. 38, p.505-526, 2003. apud NEVES, op.cit., p.173 .Nesta obra, o autor traz um dado jurídico importante sobre Suíça, constatando que 10% dos julgamentos do país fazem referência ao direito estrangeiro

Além das modalidades citadas acima, pode-se dizer que o transconstitucionalismo envolvendo ordens extraestatais apresenta um caráter *sui generis*. Essa vertente se diferencia das demais por envolver sistemas arcaicos, sem estrutura jurídica propriamente dita. Tem-se, nesse caso, comunidades nativas, indígenas, paralelas ao Estado, e que não se enquadram nos ditames típicos do constitucionalismo. A estruturação do poder nessas comunidades, e sua visão acerca dos direitos humanos diferem substancialmente dos preceitos ocidentais globalizados. Dessa maneira, surge um paradoxo nesse modelo transconstitucional, tendo em vista que haverá diálogo envolvendo uma ordem que não se adéqua ao próprio conceito de constitucionalismo.

Na visão de Marcelo Neves<sup>128</sup>, quando se trata de ordens extraestatais, inevitavelmente, haverá um “transconstitucionalismo unilateral”, com uma tendência de sobreposição de uma ordem jurídica constitucional nos moldes tradicionais. Porém, esse unilateralismo deve ser feito baseado na tolerância e na flexibilidade, tendo em vista que outorgar certas normas de comportamentos a uma comunidade nativa, desrespeitando sua base cultural, vai de encontro aos preceitos da própria doutrina dos Direitos Humanos, pilar do constitucionalismo.

Por razões históricas, a América do Sul é palco das maiores experiências transconstitucionais desse modelo. Os países latinos procuram tutelar os direitos das comunidades nativas através das suas Constituições, à exemplo do Brasil<sup>129</sup>, Colômbia e Bolívia. Porém, deve-se destacar, no caso do Brasil, que o diálogo entre a ordem constitucional e as ordens extraestatais dos indígenas nacionais, está longe do plano ideal, dirigindo-se basicamente à questões de demarcação de terra, e deixando de lado o aspecto da autonomia institucional dessas comunidades.<sup>130</sup> Em consequência, surgem divergências graves, de aspecto cultural e jurídico, que contrapõem certos costumes indígenas ao sistema jurisdicional brasileiro.

A liberdade sexual dos menores indígenas, a poligamia e o sacrifício de recém-nascidos com problemas congênitos são temas que provocam uma discussão transconstitucional com essas ordens extraestatais, ou seja,

---

<sup>128</sup> NEVES, op.cit, p.217.

<sup>129</sup> Artigo, 231, CF/88 : São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

<sup>130</sup> NEVES, op.cit.p.218.



estabelecem duas visões distintas sobre a mesma problemática, com a diferença de que apenas uma delas é pautada em uma ordem tipicamente constitucional. Tal fato não desmerece o valor dessas ordens paralelas. Uma perspectiva cultural distinta não deve ser classificada como inferior ou atrasada. De fato, intervenções da força estatal podem se fazer necessárias a depender da extremidade do caso, por exemplo, quando a autonomia cultural indígena se choca com o direito à vida. Entretanto, a inevitável imposição de uma ordem sobre a outra deve ser precedida de uma cautela antropológica e jurídica, para que o mais forte não recaia em práticas abusivas, sob o manto da proteção dos direitos humanos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É interessante notar como a doutrina do constitucionalismo acompanhou a evolução histórica ocidental, evoluindo e adaptando-se às necessidades que foram nascendo com a construção dos Estados Democráticos de Direitos. Nesse contexto, sobreviveu a períodos históricos críticos, como duas guerras mundiais e ditaduras latino-americanas, sendo a teoria que atualmente embasa a estrutura jurídica e política da maioria dos países ocidentais.

Como anteriormente exposto, o constitucionalismo surge com o intuito de limitar o poder das monarquias absolutistas, bem como garantir direitos individuais. Essas duas finalidades foram dominantes durante o final do século XVIII, quando surgiu a primeira constituição escrita e dotada de supremacia, perdurando até o começo do século XX.

Ocorre que com o fim da Segunda Guerra Mundial, o direito sofre uma guinada, adquirindo uma nova perspectiva jurídica, amplamente influenciada pelos ditames do pós-positivismo. O direito constitucional passou a ser o centro da estrutura estatal, estabelecendo tanto diretrizes de caráter jurídico, como político. As leis perderam espaço para a Constituição, que se tornou suprema e inviolável. Tal renovação foi tamanha, que a doutrina especializada sentiu a necessidade de acrescentar o prefixo “neo” ao fenômeno do constitucionalismo.

Com o advento da globalização, uma nova vertente constitucional, chamada de transconstitucionalismo, mostra-se necessária para o suprimento dos

anseios de uma sociedade mundial altamente integrada nos aspectos sociais e econômicos. Vale ressaltar que não se trata de um fenômeno substitutivo ou oposto ao neoconstitucionalismo, pelo contrário, são duas vertentes constitucionais complementares.

Problemáticas que antes ficavam restritas às fronteiras de cada Estado, especialmente relacionada a direitos individuais e limitação de poder estatal, começaram a se tornar de interesses de diversos atores internacionais, e são postas sob a ótica de ordens jurídicas distintas. Tendo em vista que não existe atualmente uma Constituição universal que possa estabelecer diretrizes para a solução de certas temáticas de importância internacional, impõe-se, desde então, um “diálogo” transconstitucional entre as ordens jurídicas com o escopo de fornecer às decisões judiciais um caráter cada vez mais conforme ao sistema globalizado vigente na atualidade.

Deve ser ressaltado que não faz parte do método transconstitucional transformar uma única ordem jurídica em *ultima ratio*. Pelo contrário, rejeita-se o provincianismo estatal, e valoriza-se o entrelaçamento constitucional entre os diversos sistemas jurídicos.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, BRUCE. *We the People* apud CANOTILHO, J.J GOMES. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.59.

BAUDENBACHER, Carl. *Judicial globalization: new developments or old winner in new bottles?*. *Texas International Law Journal. Austin*, v. 38, p.505-526, 2003. apud NEVES, op.cit.,p.173 .Nesta obra,o autor traz um dado jurídico importante sobre Suíça, constatando que 10% dos julgamentos do país fazem referência ao direito estrangeiro

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>.

BOBBIO, Norberto. Principi generali di Diritto, in *Novissimo Digesto Italiano*,v.13,Turim,1957 apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17.ed. Malheiros, 2005.p.263.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17.ed. Malheiros, 2005.p.36.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 4 ed.São Paulo: Saraiva, 2009.p.65.

CANOTILHO, J.J GOMES. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.51.

COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. DIREITO PÚBLICO Nº 12 – Abr-Maio-Jun/2006 – DOUTRINA BRASILEIRA. Disponível em : <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/423/895>> Acesso em: 13 set. 2014.

JÚNIOR, Dirley Cunha. Curso de Direito Constitucional. 4º. Ed. JusPodvm. 2010.p.39.

LOCKE, JOHN. Segundo Tratado sobre o governo. Clube do livro liberal.

LOEWENSTEIN, Karl.Teoria de la Constitución, p.154. apud. LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado. 18.ed. Saraiva, 2014. p.67.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador. N º. 16 – maio / junho / julho / agosto de 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/transform\\_sistemas\\_jur%C3%ADdicos\\_acmai\\_a2.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/transform_sistemas_jur%C3%ADdicos_acmai_a2.pdf)>

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2.ed. São Paulo: ATLAS, 2009.p.44.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Constitucional Público. 7.ed. revista dos tribunais.2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Constitucional internacional - Introdução.2º ed. Renovar.Rio de Janeiro.2000.p.36.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. Saraiva.2008.p.110-122.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.p.26.

MOREIRA, Vital. 50 Anos da Lei Fundamental Alemã.Revista Jurídica Virtual.Brasília, vol. 1, n. 2, junho 1999. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_02/Conti\\_alema.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm)>.

MOITA, Cristiano de Aguiar Portela. Relações entre direito internacional e direito interno: das teorias clássicas dualista e monista ao transconstitucionalismo. Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior. 2013.p.49.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. 2.ed. WMFmartinsfontes.2012.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri.A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. Artigo científico hospedado na URL: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>>

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público Privado.6º.Ed.JusPodivm.2014.

SANTIVÁÑEZ, José Antonio Rivera. *Tribunal Constitucional y protección de los derechos humanos*.Sucre: Tribunal Constitucional,2004,.14. apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Constitucional Público. 5.ed. Revista dos Tribunais.2011,p.813.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte, Fórum, janeiro, 2009

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.153.

SMITH, Adam. A riqueza das nações. Volume I, Nova Cultural, 1988, Coleção “Os Economistas”.

SOUSA, Josafá Jorge de. A Força Normativa da Constituição – Konrad Hesse. Artigo científico hospedado na URL: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=350>>

RIBEIRO, Renan Espíndola arrais. A ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CF/88. Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior. 2013. p.45.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.1.