

Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo em linhas gerais

Manfredo Schwaner Gontijo¹

Resumo: O presente trabalho apresenta o processo de evolução histórica do Constitucionalismo desde a Idade Antiga até a Idade Contemporânea, dando destaque à caracterização do movimento denominado Neoconstitucionalismo, o qual foi resultado da transformação ocorrida no modelo constitucional que se iniciou na Europa ocidental após a 2ª Guerra Mundial e no Brasil, após a promulgação da Constituição da República em 05 de outubro de 1988.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Constitucional. Constituição.

Abstract: The present work aims to show the whole historic evolution about the Constitutionalism since the ancient age until the contemporary age, with emphasis in to describe the movement called Neoconstitutionalism, which was the result of the transformation occurred in the Constitutionalism model, in Europe, after the second world war and, in Brazil, after the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, on the 5th October 1988.

Key words: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Constitutional. Constitution.

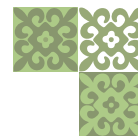
1 Introdução

O objetivo precípua deste estudo é apresentar o processo de transformação do modelo constitucional que ocorreu na Europa ocidental após a 2ª Guerra Mundial e no Brasil, após a promulgação da Constituição da República em 05 de outubro de 1988, durante o período chamado de Neoconstitucionalismo, com ênfase para a força normativa da Constituição.

Para isso, foi necessária uma abordagem histórica, de forma sintética, da evolução do Constitucionalismo desde a Antiguidade, passando pela Idade Média, pela Idade Moderna, pela Idade Contemporânea até as perspectivas de sua manifestação futura.

Examinou-se, ainda, as peculiaridades dos princípios e das regras constitucionais bem como a mencionada força normativa das Cartas Constitucionais, a qual restou demonstrada efetivamente, por intermédio de julgados recentes de Cortes brasileiras e portuguesas, com destaque para a aplicação dos princípios constitucionais nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

¹ Bacharel em Administração de Empresas. Bacharel em Direito. Pós-graduado em Administração de Marketing. Servidor Público Efetivo do TRT 3ª Região



2 Constitucionalismo

2.1 Conceito de Constitucionalismo

Pode-se dizer, inicialmente, que a denominação Constitucionalismo foi criada em tempo recente, no entanto, vários conceitos sobre esta expressão foram formulados, em razão da diversidade geográfica, temporal e cultural, o que gera uma indefinição da precisão do termo no meio acadêmico.

André Ramos Tavares assinala que o termo Constitucionalismo pode ter as seguintes acepções: limitação do poder arbitrário; imposição de que haja Cartas Constitucionais escritas; indicação dos propósitos mais latentes e atuais da função e posição das Constituições nas mais diversas sociedades e referência a uma evolução histórico Constitucional de um determinado Estado.

O renomado constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho apregoa que o Constitucionalismo é

a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Para ele, o Constitucionalismo é uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

O professor Kildare Gonçalves Carvalho assinala que o Constitucionalismo “consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do Direito e não do mero poder.”

Walber de Moura Agra afirma que “o Constitucionalismo significa que as condutas sociais devem ser determinadas por normas, e o ápice da escala normativa reside nas normas constitucionais.”

O conceito mais aceito e difundido é aquele que se refere ao Constitucionalismo moderno, visto como um movimento político, social e jurídico que culminou na organização do Estado, por intermédio da previsão de direitos e garantias fundamentais, em uma Constituição, tendo por finalidade a limitação do poder estatal arbitrário e absolutista que reinava no final do século XVIII, de forma irrestrita pelos monarcas.

Pode-se extrair dos conceitos mencionados que o Constitucionalismo está associado necessariamente a três idéias básicas: garantia dos direitos, governo limitado e separação dos poderes estatais, a qual terá como suporte o sistema de freios e contrapesos.

Este movimento é político pelo fato de sua articulação ter objetivado o interesse comum da população, alterando a forma de se governar. É social, por ter tido o apoio das massas sociais, principalmente da classe burguesa que ansiava pela derrocada do absolutismo, dos privilégios concedidos à nobreza e ao clero, a fim de ter seus direitos individuais de livremente comerciar e de dispor de seu patrimônio garantidos, sem a interferên-

cia estatal e é jurídico, pois resultou na criação de uma Constituição, uma lei suprema que viria a reduzir o alcance do poder estatal vigente.

A incongruência que se encontra na conceituação supra é a de que o termo Constitucionalismo está necessariamente associado ao documento da Constituição, porém há que se observar que dentre os três Estados em que esse movimento constitucional teve bastante proeminência, quais sejam Reino Unido, França e Estados Unidos, no primeiro não houve tal documento e sim diversas declarações, atos e leis elaboradas ao longo dos anos que formam uma Constituição, as quais ainda estão vigentes, configurando-se, desta forma, uma situação peculiar, a qual será analisada em linhas próximas.

Por outro lado, com um olhar voltado para os casos concretos, houve situações mais recentes em que existiam as Constituições escritas, com a positivação dos princípios inerentes ao Constitucionalismo, porém seus dispositivos, os quais incluíam direitos e garantias fundamentais, não eram cumpridos, em razão da existência de regimes autoritários que ditavam seus próprios direcionamentos, alheios às imposições e limites normativos existentes, a exemplo do ocorrido nas diversas ditaduras implantadas na América Latina, na segunda metade do século XX.

Apesar de a conceituação e caracterização do termo Constitucionalismo, da forma como se sabe atualmente, se referir ao movimento moderno que se iniciou no século XVIII, nos tópicos seguintes será feita uma descrição da forma como ele se manifestou desde os tempos antigos.

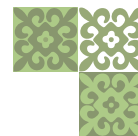
2.2 Evolução Histórica do Constitucionalismo

2.2.1 Considerações Gerais

As discussões doutrinárias acerca do tema Constitucionalismo, de sua definição e a própria teoria constitucional desenvolveram e se desenvolvem já no período contemporâneo, não obstante para que se possa entender tal fenômeno, o seu desenvolvimento bem como a conjuntura político-constitucional atual, faz-se necessário analisar as diversas experiências jurídicas ocorridas no passado, as quais podem ser consideradas como movimentos constitucionalistas, desde que guardadas as devidas proporções dos pontos de vista político, econômico, social e religioso.

Aspecto interessante a ser observado neste capítulo é como ocorreu a evolução das declarações dos direitos fundamentais desde as manifestações religiosas do Estado teocrático Hebreu até a sua previsão nas Constituições contemporâneas.

Antes de adentrarmos nos diversos modelos de Constitucionalismo, cabe fazer a seguinte distinção das fases históricas, as quais servirão de referências para se verificar as peculiaridades de sua evolução: Idade Antiga (de 4.000 a.C até o século V, ano 476 d.C, em que houve a queda do império romano do ocidente, em decorrência da invasão dos bárbaros); Idade Média (476 a 1453, ano este em que ocorreu o fim do império romano



do oriente, com a queda de Constantinopla); Idade Moderna (1453 a 1789, ano em que foi instaurada a Revolução Francesa); Idade Contemporânea (1789 até os dias atuais).

2.2.2 Constitucionalismo na Idade Antiga

2.2.2.1 Estado Hebreu

A primeira experiência jurídico constitucional de limite de poder político de que se tem notícia surge na Antiguidade Clássica, no Estado Hebreu.

Este Estado, cuja primeira referência se tem por volta do ano 1.200 a.C, era teocrático e sua organização tinha como fontes do direito as leis não escritas, os costumes e a religião. Os chefes familiares e os líderes dos clãs eram que definiam as leis que a sociedade deveria seguir, os quais representavam o poder divino na terra. Os profetas eram quem limitavam o poder das autoridades, por meio da fiscalização e punição, quando elas extrapolavam o Direito religioso, o qual era baseado na Bíblia e que era passado de geração para geração. Predominava a chamada “Lei do Senhor”.

Marcelo Novelino destaca que as principais características destes povos eram

I) existência de leis não escritas ao lado dos costumes (opinio juris et necessitatis), principal fonte dos direitos; II) forte influência da religião, com a crença de que os líderes eram representantes dos deuses na terra; III) predomínio dos meios de constrangimento para assegurar o respeito aos padrões de conduta da comunidade (ordálias) e manter a coesão do grupo; e, IV) tendência de julgar os litígios de acordo com as soluções dadas a conflitos semelhantes (verdadeiros precedentes judiciais).

Karl Loewenstein foi o primeiro responsável pela identificação deste antigo Constitucionalismo oriental.

2.2.2.2 Cidades-Estado Gregas

Após a análise do Estado Hebreu, passa-se ao estudo do Constitucionalismo grego, que surgiu antes do de Roma, e tinha como pontos centrais a pacificação social e política, e ali iniciou uma forma de racionalização do poder.

As cidades-estados gregas foram palco das primeiras manifestações reais de uma Democracia Constitucional, o que se observou no período compreendido entre os séculos V a III a. C. A Democracia era direta e os cargos públicos da época eram acessíveis a todos os cidadãos, por meio de sorteio e por tempo limitado. Karl Loewenstein assinala que esta Democracia “era o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos.”

Luis Roberto Barroso afirma que em Atenas se praticaram idéias e institutos que se conservam até hoje “como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação

entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válida para todos. “

Marcelo Novelino apresenta as seguintes características deste Constitucionalismo:

I) a inexistência de Constituições escritas; II) prevalência da supremacia do parlamento; III) a possibilidade de modificação das proclamações constitucionais por atos legislativos ordinários; e IV) a irresponsabilidade governamental dos detentores de poder.

Observa-se, neste contexto, que a limitação do poder ocorria por intermédio da participação direta das pessoas nas decisões sobre assuntos de interesse comum, ainda que o número de cidadãos perante a população total fosse bastante inexpressivo. Inocorria neste modelo decisões impostas de forma arbitrária sem a concordância dos cidadãos.

Ressalta-se, por fim, a contribuição que a filosofia política de Aristóteles e Platão deram para este modelo, tais como: o ser humano como centro da sociedade política, a valorização da legalidade com garantia dos governados, a separação de poderes e a utilização do bem comum para a definição das formas puras de governo.

2.2.2.3 República Romana

A experiência ocorrida na República Romana (séculos V a II a.C), posterior à grega, pode ser considerada como similar a esta, porém com alguns aperfeiçoamentos. Nesta Democracia, primava-se o direito da Liberdade como um objetivo estatal e não simplesmente como direito individual.

O arbítrio era limitado por meio de normas, emitidas pelos imperadores romanos, as quais possuíam força de lei e garantiam os direitos individuais das pessoas.

Alex Muniz Barreto afirma que “as normas de regência estabeleciam formas de controle recíproco dos poderes dos órgãos políticos na elaboração das leis.”

Juliano Taveira Bernardes informa que

havia controles intra - órgãos, com a estrutura colegiada das magistraturas superiores, a estipulação de mandato anual para os cargos e a proibição de reeleição imediata. Além disso, acoplavam-se eficientes controles interórgãos, tal qual a participação do Senado na nomeação dos funcionários públicos e a avançada previsão de governo para tempos de crises, mediante a institucionalização da ditadura constitucional com determinados fins e por períodos limitados.

Manoel Jorge e Silva Neto cita passagem de José Afonso da Silva, a qual versa sobre formas de limitação do poder, expondo que

alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em



Roma, a Lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o Interdicto in Homine Libero Exhibendo, remoto antecedente do Habeas Corpus moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade.

Pode-se dizer que este Constitucionalismo encerra-se com o fim do período republicano e início do período imperial romano.

2.2.3 Constitucionalismo na Idade Média

Apesar da existência de instituições sociais tais como o Feudalismo e as castas sociais, serem, aparentemente, contraditórias com a existência de um Constitucionalismo, no sentido de limitação de poder, na Idade Média, após alguns séculos de regimes absolutistas, surgiram normas garantidoras de direitos individuais bem como uma função judiciária bastante atuante e independente.

Valorizava-se sobremaneira o direito natural, sendo tolhida, pelos juízes, toda e qualquer forma arbitrária de cerceamento destes direitos.

Podem ser destacados os seguintes escritos garantidores de direitos individuais: os pactos e os forais.

Os pactos pressupunham um acordo de vontades entre governantes e governados e os forais permitiam a participação dos governados na Administração Local.

O mais relevante pacto deste período foi a Magna Charta Libertatum, de 15 de junho de 1215, tornada definitiva em 1225, outorgada pelo Rei João, mais conhecido como João Sem Terra, na Inglaterra. Ela marcou o ressurgimento do Constitucionalismo, reconhecendo diversos direitos limitadores do poder estatal, dentre eles citam-se o habeas corpus, a limitação ao direito de tributar, o direito de petição, a instituição do júri, o devido processo legal, o princípio do livre acesso à justiça, a liberdade de religião, a aplicação proporcional das penas, direito de propriedade, entre outras.

Além do pacto mencionado, pode-se destacar também o Estatuto ou Nova Constituição de Merton, de 1236, o documento firmado por Afonso IX, em 1188, a Bula de Ouro da Hungria, de 1222, o Privilégio General, outorgado por Pedro III em 1283 e os Privilégios da União Aragonesa, de 1286.

Uadi Lammêgo Bulos apresenta as seguintes características deste Constitucionalismo: necessidade de afirmar a igualdade dos cidadãos perante o Estado, excluindo todo o poder arbitrário; primado da função judiciária; concepção jusnaturalista de constituição, lastreada no pensamento de que as leis preexistem aos próprios homens; existência de documentos garantidores de liberdades públicas e florescimento da idéia de que a autoridade dos governantes se fundava num contrato com os súditos.

2.2.4 Constitucionalismo na Idade Moderna

Observa-se neste período, entre outros acontecimentos, a continuidade do chamado Constitucionalismo Inglês, o qual consagra o Princípio Rule of Law (governo das leis), com o surgimento da Petition of Right, de 1628, do Habeas Corpus Act, de 1679, da Bill of Right, de 1689 e da Act of Settlement, de 1701, marcando, desta forma, uma transição lenta e paulatina das fontes de poder das mãos do monarca para os textos que podem ser comparados aos constitucionais, os quais estabeleciam uma série de direitos individuais.

A perda de poder do monarca ocorreu em razão da instauração de um governo misto, composto pelo monarca, pela Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns, no qual cada membro deste trio governava com preponderância de prerrogativas em determinada época. A Câmara dos Comuns, que representava o povo, adquiriu muita força e este modelo de divisão acabou por inspirar a teoria de Montesquieu. O Constitucionalismo Inglês marca o início da cultura de elaboração de declarações de direitos, limitando o poder, dando garantias aos governados e preparando as condições para a implantação de um Estado de Direito.

Acerca dos documentos elencados, pode-se dizer que a Petition of Rights foi uma petição dirigida pelo parlamento inglês ao monarca solicitando que os direitos dos súditos fossem reconhecidos. O Habeas Corpus Act representou um marco na busca da liberdade individual, evitando que ocorressem prisões determinadas de forma arbitrária. A Bill of Rights foi um documento importantíssimo, que decorreu da Revolução Inglesa (Glorious Revolution), que durou do ano de 1688 a 1689. Ela elenca uma declaração de direitos e afirma a supremacia do parlamento. Surge neste momento uma Monarquia Constitucional, com a abdicação do rei absolutista Jaime II e a nomeação de Guilherme III e Maria II, os quais governariam se submetendo aos limites impostos por esta Declaração. A principal influência nesta fase foi John Locke. O Act of Settlement (Ato de Estabelecimento) tinha como principais objetivos reafirmar a necessidade de os governantes se submeterem as leis, garantir a independência dos órgãos jurisdicionais e prever a possibilidade de responsabilização dos agentes políticos.

Com todo este arcabouço de normas, as quais possuem fortes fundamentos e foram fruto de um amadurecimento histórico do povo inglês, pode-se dizer que houve um Estado Constitucional na Monarquia Inglesa do século XVII, uma vez que o conteúdo delas se aproximava muito das normas materiais presentes em uma Constituição contemporânea.

Menciona-se, ainda, que um dos fatores que mais contribuíram para a concretização da limitação de poder e garantia de direitos no Constitucionalismo Inglês foi a independência que possuíam os juízes, bem como, paralelamente à declaração de direitos, a possibilidade de julgar de acordo com os precedentes judiciais e com os princípios, características do sistema common law.

Cita-se, por fim, a seguinte passagem de Manoel Jorge e Silva Neto:

É natural que a mudança no sistema de governo inglês tenha provocado o aparecimento de normas protetivas dos direitos fundamentais, notadamente porque, em seguida, o exercício da chefia de governo se transferira para o líder do Parlamento, que, por sua vez, carecia de apoio político dos seus pares eleitos pelos cidadãos ingleses.



No âmbito do constitucionalismo norte-americano manifestado neste período, podem ser citados os contratos de colonização, a Charter of New England, de 1620, a Charter of Massachusetts Bay, de 1629, a Charter of Maryland, de 1632, as Fundamental Orders of Connecticut, de 1639, a Massachusetts Body of Liberties, de 1641, a Charter of Connecticut, de 1662, a Charter of Rhode Island, de 1663, a Charter of Carolina, de 1663, a New York Charter of Liberties, de 1683, a Pennsylvania Charter of Privileges, de 1701, a Charter of Georgia, de 1732 e a Declaration of Rights do Estado da Virgínia, de 1776.

Dentre os documentos acima mencionados, destacam-se os contratos de colonização que eram acordos, firmado por mútuo consenso entre os colonizadores da América do Norte, pautado pelo Princípio da Igualdade, os quais estabeleciam as regras que iriam reger a vida daqueles peregrinos ingleses.

2.2.5 Constitucionalismo na Idade Contemporânea (Pós-Moderna)

É também chamado de Constitucionalismo clássico, moderno ou liberal e se desenvolve no final do século XVIII.

Foi caracterizado pelo surgimento de Constituições modernas, escritas, rígidas, dotadas de supremacia constitucional, com destaque para as Constituições norte-americanas, de 14 de setembro de 1787, e a francesa, de 3 de setembro de 1791, as quais consagraram-se como diplomas que traziam em seu bojo o ideário de liberdade, a ausência de interferência estatal e os direitos individuais, influências típicas do iluminismo e que, por sua vez, acabaram por influenciar a maioria das Cartas Constitucionais ocidentais, dentre elas, as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

Uadi Lammêgo Bulos afirma que estas primeiras Constituições eram chamadas à época de happy constitution (constituição feliz), pois traziam promessas de igualdade, de liberdade e de bem-aventurança. Pode-se dizer que elas promoveram uma estabilidade ao sistema político e jurídico da época, na medida que os seus principais valores e princípios passaram a ser positivados e garantidos.

José Joaquim Gomes Canotilho define a Constituição Moderna com as seguintes características

(1) ordenação jurídico-política plasmado num documento escrito; (2) declaração, nesta carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

André Ramos Tavares assevera que a Constituição moderna possui um conteúdo que traduzia, por certo, os termos do antigo contrato social de Rousseau, que nesse momento, deixava a condição de ficção de teoria política para tornar-se o diploma jurídico de maior relevância dentro dos ordenamentos estatais.

Este movimento constitucionalista, que também era jurídico, político e cultural, tinha como uma de suas finalidades limitar o poder estatal, uma vez que este poder passa a ser traçado nas Constituições, rompendo com o regime absolutista até então vigente, passando o povo a ser o titular das decisões. Esta limitação somente foi possível com a separação de poderes e com a declaração de direitos. Surgem, nesta época, os chamados direitos de 1ª dimensão.

Os principais pensadores e filósofos desta época foram John Locke, Jean Jacques Rousseau e Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, os quais promoveram uma inspiração determinante para o desencadear das Revoluções norte americana, de 1776, e francesa, de 1789, contribuindo para o desenvolvimento de um racionalismo que se contrapunha à imposição da fé e dos dogmas religiosos, impostos pelo domínio de séculos da Igreja.

Kildare Gonçalves Carvalho caracteriza este Constitucionalismo de fins dos século XVIII “pela ocorrência da ideia de separação de poderes, garantia dos direitos dos cidadãos, crença na democracia representativa, demarcação entre a sociedade civil e o Estado, e ausência do Estado no domínio econômico (Estado absenteísta).

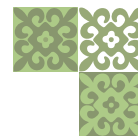
Vale ressaltar, por fim, que esta fase sofreu muitas influências, pertinentes a períodos distintos, dentre as quais podem ser mencionadas o direito natural, a racionalidade iluminista, a filosofia mecanicista do século XVI, o direito consuetudinário, a limitação e o controle de poder iniciado na idade média, os valores cristãos, entre outros.

2.2.5.1 Constitucionalismo Norte-Americano

O processo constitucional norte-americano foi concebido da seguinte forma: as treze colônias romperam com o governo central inglês, declarando sua independência, por meio da publicação da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (Virginia Bill of Rights), de 12 de junho de 1776, considerada a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno, e da Constituição da Virgínia (Constitution of Virgínia), em 29 de junho de 1776. Após, os Articles of Confederation and Perpetual Union, de 1777, foram ratificados, documento que representava a união dos treze estados independentes, num Estado Federal, os Estados Unidos da América. Posteriormente, estes artigos foram substituídos pela Constituição Norte-Americana, aprovada pela Convenção da Filadélfia, em 17 de setembro de 1787.

Esta Constituição sofreu influências de Rousseau, Locke, Montesquieu, entre outros, e tinha como preocupação central a adoção de um governo democrático e a limitação de poderes, diferentemente do ocorrido na Inglaterra, na qual a centralidade dos documentos se concentravam na supremacia do parlamento e na proteção do indivíduo contra o rei.

Marcelo Novelino cita como principais características deste constitucionalismo as seguintes: criação da primeira constituição escrita e dotada de rigidez; idéia de supremacia da Constituição, distinção entre poder constituinte e poderes constituídos; instituição do controle judicial de constitucionalidade; forma federativa de Estado; sistema presidencialista; forma republicana de governo; regime político democrático; rígida separação e o



equilíbrio entre os poderes estatais; fortalecimento do Poder Judiciário e a declaração de direitos da pessoa humana.

Dentre as características supra referidas, a que mais se destacou foi a supremacia da Carta Constitucional sobre as normas infralegais, prevista no artigo VI, nº 2, da Constituição norte-americana. Acrescenta-se, ainda, que este destaque foi consolidado após a famosa disputa judicial, ocorrida em 1803, entre Marshall e Madison.

Curiosamente, as declarações de direitos não estavam previstas no texto original da Carta norte-americana, integrando-a, apenas, com a incorporação de suas dez primeiras emendas, as quais teve seus enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison. A razão disto era que nos Estados Federados já haviam tais declarações e grande parte deles receavam perder prerrogativas ou obter algum ônus com o cumprimento da previsão de tais direitos na Constituição. Por outro lado, aqueles poucos Estados que não aderiram ao pacto inicialmente impuseram como condição para sua adesão ao federalismo norte-americano a existência de tais declarações na Carta da Federação, o que contribuiu para que estas dez primeiras emendas fossem elaboradas.

2.2.5.2 Constitucionalismo Francês

O Constitucionalismo francês, influenciado pelos Constitucionalismos inglês e norte-americano, inaugura-se com a promulgação da Constituição da França, em 3 de setembro de 1791, elaborada por uma Assembléia Nacional Constituinte, criada dois anos antes, em 27 de agosto de 1789. Esta Constituição, que contém em seu preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi a primeira Carta escrita da França e, a partir dela, várias Constituições foram surgindo pela Europa e pelo mundo, salvo o caso da Inglaterra, que já possuía seu conjunto de Atos, Leis e Declarações, e a dos Estados Teocráticos, os quais adotavam princípios estritamente religiosos.

André Ramos Tavares relata a curiosidade de ter havido influências recíprocas entre os Estados americanos e a França neste período, pois a doutrina francesa, com enfoque na de Montesquieu influenciou a Constituição norte-americana que, por sua vez, influenciou e serviu de modelo para a Constituição Francesa, havendo, portanto uma espécie de retroalimentação.

Com relação à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, José Afonso da Silva afirma, consoante Jacques Robert, que a declaração francesa possui três características fundamentais, quais sejam

- a) intelectualismo, porque a afirmação de direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano unicamente das idéias; é que, para os homens de 1789, a declaração de direitos era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal;
- b) mundialismo, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar valor universal;
- c) individualismo, porque

só as liberdades dos indivíduos, não menciona a liberdade de associação nem a liberdade de reunião; preocupa-se com defender o indivíduo contra o Estado.

O primeiro autor assevera, ainda, que a denominação da declaração em comento faz uma distinção entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. Aqueles referem-se aos direitos de caráter pré-social, tais como a liberdade, a propriedade e a segurança. Os últimos são os provenientes do pertencimento do homem a uma sociedade política, a exemplo dos direitos de acesso aos cargos públicos, direito de votar, de ser votado, de participar de deliberações públicas, entre outros.

Esclarece-se que a Revolução Francesa de 1789 foi o movimento reacionário à organização política do Estado feudal vigente, a qual possibilitou o Constitucionalismo na França, trazendo consigo os seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Marcelo Novelino ressalta a forte influência da dicção do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão a esta reestruturação jurídico-política, qual seja “toda sociedade na qual não é assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não possui Constituição.”

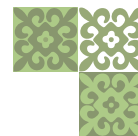
Informa-se, por fim, que o movimento constitucionalista francês enfrentou muitas dificuldades para se consolidar como um sistema de afirmação de direitos e garantias individuais e de limitação de poderes, dentre as quais releva-se a forte oposição das classes que eram privilegiadas no sistema anterior (ancien régime) e que pretendiam manter suas vantagens políticas e sociais, haja vista que de 1791 a 1802 houve a promulgação de cinco Constituições na França.

2.2.5.3 Constitucionalismo Social

Este movimento constitucional surgiu após a 1ª Guerra Mundial (1914-1918) em decorrência das muitas mazelas geradas pelo Liberalismo Econômico, consagrado no Constitucionalismo Moderno.

O absenteísmo estatal nas relações políticas, sociais e econômicas estabelecidas na sociedade, o qual era fundado no princípio do *laissez faire laissez passer* que le monde va de lui-même, ocasionou problemas de ordem estrutural como a concentração de renda, a exploração da mão de obra, a desigualdade social, o desemprego, a miséria das massas proletárias, a falência de muitas empresas, eclodindo movimentos sociais, entre os quais pode-se mencionar a Revolução Mexicana de 1910 e a Revolução Russa de 1917, tendo como consequência uma inexorável intervenção estatal principalmente no campo das relações trabalhistas, das previdenciárias e das econômicas, surgindo, neste momento, os direitos fundamentais de segunda dimensão, fazendo com que as Constituições deste período passassem a ser analíticas, ao prever um espectro maior de direitos, garantias e competências.

As principais Cartas Constitucionais desta época são a Constituição Mexicana, de 1917, a Constituição alemã de Weimar, de 1919, a Constituição austríaca, de 1920 e a Constituição Brasileira de 1934.



Manoel Jorge e Silva Neto afirma que o Constitucionalismo Social teve os seguintes fundamentos:

fundamento sociológico – funda-se nos movimentos sociais contestadores da estrutura vigente, cujo exemplo mais marcante é a Revolução Socialista Soviética; fundamento político – é o resultado da decisão adotada pelas forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte; fundamento jurídico – radica-se na necessidade de introduzir na Constituição os elementos sociais, como forma de expressar mais marcadamente o compromisso do Estado com a questão social, bem assim para impedir, inviabilizar ou dificultar a sua retirada por conveniência do legislador ordinário.

3 Neoconstitucionalismo

3.1 Caracterização

O Neoconstitucionalismo, fundado na filosofia neopositivista (pós-positivista) foi um movimento de transformação do Estado e do Direito, em especial da Constituição, que surge, na Europa, na segunda metade do século XX, tendo como um dos principais marcos o julgamento ocorrido na cidade de Nüremberg, Alemanha, no período compreendido entre 1945 e 1949.

Tal julgamento exemplificou, de forma clara, os paradoxos do positivismo clássico, na medida em que as mesmas leis que possibilitaram aos juízes que condenassem nazistas por atrocidades cometidas contra seres humanos também possibilitaram que os réus se defendessem das acusações que lhe foram perpetradas. Não obstante, o Tribunal, ao decidir, inovou, desconsiderando os postulados da escola exegetica, na qual a lei se confundia com o Direito, e proferiu sua decisão levando em consideração valores essenciais da sociedade, criando, desta forma, um positivismo moderado. Daí em diante e não se podendo mais admitir violações de direito legalizadas, passa a haver, gradativamente, uma interrelação entre o direito e a moral, na sua forma de interpretação e aplicação.

No entanto, para que se viabilizasse uma leitura moral do Direito, com a inclusão dos valores na sua interpretação e aplicação, foi necessário se elaborar um redesenho dos ordenamentos jurídicos vigentes à época, objetivando alocar a Constituição no ponto central e mais importante do ordenamento, estabelecer como essência e fim deste sistema político-jurídico o homem, por meio do resguardo jurídico de sua dignidade e de seus direitos fundamentais, o que mostra sua vocação axiológica, e a inclusão, nos documentos normativos, de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, de forma a possibilitar um “espaço” maior de interpretação e raciocínio jurídico do intérprete e aplicador do Direito, criando-se uma nova dogmática de hermenêutica constitucional.

As Constituições européias, neste contexto, do ponto de vista material, deixam de ser meros documentos retóricos e de inspiração política e passam a ter força normativa, aplicação de seus preceitos (especialmente dos direitos fundamentais) aos casos concretos, servindo necessariamente de referência e orientação à produção, à interpretação e à

aplicação das normas infraconstitucionais, em razão de sua característica de centralidade do sistema. Pedro Lenza informa que

a lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados.” No aspecto formal, ela assume a posição suprema do ordenamento jurídico, irradiando toda a sua força sobre ele.

Walber de Moura Agra informa que

o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características, podem ser mencionadas: a)positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b)onipresença dos princípios e das regras; c)inovações hermenêuticas; d)densificação da força normativa do Estado; e)desenvolvimento da justiça distributiva.

Acrescenta ainda que o modelo normativo neste Constitucionalismo é o axiológico e “o caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.”

Vale destacar que é nesta fase que surgem os direitos chamados de 3ª dimensão, chamados difusos, quais sejam, o direito à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, entre outros. Eles são incluídos nas Cartas Constitucionais elaboradas após o fim da 2ª Guerra Mundial.

Alex Muniz Barreto citando Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco informa que o Neoconstitucionalismo tem as seguintes características “a) mais Constituição do que leis; b)mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e)mais concretização do que interpretação.”

Pode-se dizer que o Neoconstitucionalismo marca uma transição de um Estado Legislativo de Direito, influenciados pela doutrina inglesa de supremacia do Parlamento e da francesa com enfoque na lei, como expressão do povo, para um Estado Constitucional de Direito, influenciado pela supremacia da Constituição do modelo americano, tendo como referências européias a Constituição da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978) e na América do Sul, a Constituição Brasileira de 1988.

Subseqüentemente à elaboração das Cartas Constitucionais foi necessária a criação de Tribunais Constitucionais, os quais teriam a função de guardiões das normas previstas nas referidas Cartas. Estes Tribunais surgiram em diversos países, destacando-se os seguintes: Alemanha (1951), Itália (1956), Chipre (1960), Turquia (1961), Grécia (1975),



Espanha (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), Polônia (1986), Argélia (1989), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992), Eslovênia (1993), África dos Sul (1996) e Moçambique (2003).

No Brasil, o movimento neoconstitucionalista chegou tardiamente, algumas décadas após o seu início na Europa, e teve como marco a promulgação da Constituição da República de 1988, que segundo o professor Kildare, sofreu fortes influências do jurista português Gomes Canotilho e do jusfilósofo socialista espanhol Elias Diaz.

Esta Constituição conseguiu promover uma eficiente transição entre o Estado autoritário existente à época da ditadura militar e o Estado Democrático de Direito. Já nos seus primeiros artigos consagra os fundamentos e os objetivos da República, a separação dos poderes estatais, o princípios aplicáveis nos âmbitos internos e externos do Estado, os direitos e garantias fundamentais e afirma o Supremo Tribunal Federal como o Órgão de jurisdição constitucional, o que revela, com clareza, a sua aptidão à corrente neoconstitucionalista.

Como críticas mais comentadas ao Neoconstitucionalismo podem ser citadas as seguintes: totalitarismo constitucional; inclusão de matérias supérfluas e em demasia na Constituição, como normas de índole financeira, cultural, educacional e esportiva, ocasionando sua banalização; existências de normas contraditórias no texto constitucional, o que gera a perda de sua autoridade e unidade; falta de efetividade das normas programáticas.

Uadi Lammêgo Bulos assevera

o certo é que, na contemporaneidade, a ampliação do conteúdo das constituições acabou desvalorizando-as. Elas não mais gozam daquele respeito de outrora. Foram banalizadas. Aliás, o marco inicial desse desprestígio deu-se com o término da Primeira Guerra Mundial, quando os constituintes, não se contentando em organizar o poder político, inseriram, na seara constitucional, normas econômicas e constitucionais.”

3.2 Princípios e Regras Constitucionais

Faz-se necessário, primeiramente, estabelecer a conceituação e a distinção entre princípios e regras constitucionais, pois, no Neoconstitucionalismo, para se atender ao clamor pela concretização dos direitos fundamentais, os princípios se elevaram à categoria de normas, pois passaram a prescrever um “dever ser” e conseqüentemente, adquiriram força normativa. Segundo Robert Alexy, “Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes.” Doutrinariamente, pode-se dizer que norma é gênero da qual são espécies princípios e regras.

Princípio, palavra derivada do latim principium, significa ponto de partida e o seu conjunto revela os valores que dão origem ao ordenamento jurídico. Eles são os seus pilares, a sua fundamentação e irradiam por todo o conjunto de normas. Os princípios orientam os legisladores no trabalho de elaboração da lei, orientam os intérpretes em sua função hermenêutica e os aplicadores da norma na concretização fática do direito. Além destas funções tradicionais, são eles, ainda, a própria norma a ser aplicada ao caso concreto.

Paulo Bonavides informa que “a idéia de princípio, segundo Luis-Diez Picazo, deriva da linguagem da geometria, onde designa verdades primeiras”. Acrescenta, ainda, a definição de Crisafulli, de 1952, qual seja

princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Curioso mencionar que os Princípios Gerais de Direito eram, na doutrina positivista, a última fonte a ser consultada, haja vista a previsão contida no artigo 4º, da antiga Lei de Introdução ao Código Civil – LICC. No entanto, esta situação se transformou, na medida em que estes princípios sagraram-se normas aptas a serem imediatamente aplicadas.

Regras podem ser conceituadas como enunciados normativos que prescrevem fatos e condutas intersubjetivas, a serem aplicadas diretamente pelo operador do direito. Elas são, em sua essência, reflexos dos princípios e valores cultivados pela sociedade.

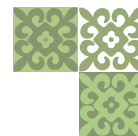
Com relação à diferenciação entre princípios e regras, Alexy menciona os critérios da generalidade, da determinabilidade dos casos de aplicação, da forma de seu surgimento, do caráter explícito de seu conteúdo axiológico e das razões de sua origem.

Kildare Gonçalves Carvalho, citando Canotilho, apresenta os seguintes critérios distintivos:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; as regras possuem um abstração relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

O mesmo autor apresenta as distinções segundo Dworkin:

- 1 – os princípios não exigem um comportamento específico, isto é, estabelecem ou pontos de partida ou metas genéricas; as regras, ao contrário, são específicas ou em pautas;
- 2 – os princípios não são aplicáveis à maneira de um ‘tudo ou nada’ (all or nothing), pois enunciam uma ou algumas razões para decidir em determinado sentido, sem obrigar uma decisão particular; já as regras enunciam pautas dicotômicas, isto é, estabelecem condições que tornam necessária sua aplicação e consequências que se seguem necessariamente;
- 3 – os princípios tem um peso ou importância relativa (dimension of weight), ao passo que as regras tem uma impossibilidade mais restrita; assim, os princí-



pios comportam avaliação, sem que a substituição de um por outro de maior peso signifique a exclusão do primeiro.; já as regras, embora admitam exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente; 4 – o conceito de validade cabe bem para as regras (que ou são válidas ou não o são), mas não para os princípios, que, por serem submetidos à avaliação de importância, mais bem se encaixam no conceito de legitimidade.

Pode-se afirmar, de maneira geral, que na aplicação de princípios utiliza-se como método a ponderação, lembrando que eles podem ser aplicados em graus diferentes dependendo da situação jurídica em análise, e na aplicação de regras utiliza-se a tradicional subsunção.

3.3 Força Normativa da Constituição

Força normativa da Constituição significa a aptidão e o poder que as normas constitucionais (princípios e regras) têm para produzirem os seus efeitos. Elas não são somente expressão de um ser, mas também de um dever ser.

Konrad Hesse vincula esta força normativa ao pressuposto de eficácia da Constituição. Segundo este autor, tal eficácia se concretizará se as normas da Constituição forem elaboradas em consonância com a história, com os anseios, com os aspectos políticos, econômicos, sociais, culturais e com as tendências dominantes da sociedade, se houver uma vontade das pessoas em cumprir os seus comandos (vontade de Constituição) e, principalmente, se ela incorporar o estado espiritual de seu tempo (geistige Situation). Acrescenta-se, ainda, a este rol a capacidade da Constituição de se adaptar a novas situações, o que será possível por intermédio do manejo de princípios constitucionais, os quais evitam o seu engessamento da Carta. Como última condição de eficácia, assevera o autor que a Constituição não deve ter como pilar uma estrutura unilateral, devendo prever parte da estrutura contrária, ou seja, aos direitos fundamentais deve se contrapor os deveres, à divisão de poderes deve se contrapor uma dose de concentração de poder, entre outras situações.

A normatividade da Constituição pressupõe, como toda regra dotada do atributo da imperatividade, que a sua inobservância enseja a aplicação de medidas de coação. Não obstante, afirma Luis Roberto Barroso que “o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do status quo”.

Neste capítulo, serão demonstrados, por intermédio de julgados recentes das Cortes Judiciais Brasileiras e Portuguesas, a aplicação, nos casos concretos, da força normativa da Constituição Portuguesa na segunda metade do século XX e da Constituição da República Brasileira após a sua promulgação em 1988.

Contrariando à teoria de Ferdinand Lassale segundo a qual a Constituição jurídica (ou normativa) não passava de um pedaço de papel que nada mais era do que a expressão das forças reais de poder (Constituição real), sem qualquer força normativa, estes exemplos terão o condão de mostrar a materialização da crescente conquista da

eficácia social das Constituições, atributo bastante conclamado pelos doutrinadores do neoconstitucionalismo.

Aspecto que vale ressaltar é o atual movimento de judicialização das relações políticas e sociais, iniciado após 1988, na qual o Poder Judiciário tem um papel fundamental na concretização dos valores previstos na Constituição, por intermédio de seus julgamentos, demonstrando assim a força de suas normas.

Lembra-se, ainda, da gradativa força normativa que as normas programáticas vêm adquirindo ao longo dos anos, por meio da aplicação dos princípios na solução das lides, alcançando, desta forma, os objetivos intrínsecos dos programas almejados.

Seguem, abaixo, transcrições de alguns acórdãos pesquisados, com trechos reveladores da aplicação concreta da norma constitucional:

14/05/2013

HABEAS CORPUS 108.527 PARÁ

RELATOR :MIN. GILMAR MENDES

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“Com relação ao pedido de alvará de soltura, tendo em vista o excesso de prazo na duração da prisão preventiva, o STF tem deferido a ordem somente em hipóteses excepcionais, nas quais a mora processual:

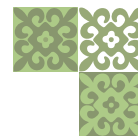
a) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela atuação

da acusação (cf.: HC 85.400/PE, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 11.3.2005); b) resulte da inércia do próprio aparato judicial em atendimento ao princípio da razoável duração do processo, nos termos do art. 5º, LXXVIII (cf.: HC 85.237/DF, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime, DJ 29.4.2005; HC 85.068/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ 3.6.2005; HC 87.164/RJ de minha relatoria, 2ª Turma, unânime, DJ 29.9.2006; HC 86.850/PA, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 6.11.2006; e HC 86.346/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 2.2.2007); ou, c) seja incompatível com o princípio da razoabilidade (cf.: HC 84.931/CE, rel. Min. Cezar Peluso, 1ª 8 Turma, unânime, DJ 16.12.2005), ou, quando o excesso de prazo seja gritante (cf.: HC 81.149/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, unânime, DJ 5.4.2002; RHC 83.177/PI, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, unânime, DJ 19.3.2004; HC 84.095/GO, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 16.12.2005; e HC 87.913/PI, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, DJ 7.12.2006).”

18/04/2013

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.985 MATO GROSSO

RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - São situações das mais diversas. O fato é que, por princípio de segurança jurídica, nós entendemos que é inconstitucional, mas que autorizamos a sua aplicação por um período.”

12/11/2013

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 17.735 MATO GROSSO

RELATOR :MIN. LAURITA VAZ

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“É cabível a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo que impôs sanção disciplinar de demissão ao servidor, porquanto os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo. Nesses casos, o controle não se limita aos aspectos legais e formais do procedimento. Deve o Poder Judiciário examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e da individualização da sanção. Precedentes do STJ.”

26/05/2010

MANDADO DE SEGURANÇA 14.405 DISTRITO FEDERAL

RELATOR :MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“O exercício do poder administrativo disciplinar corporifica sempre atividade materialmente jurisdicional, por isso que no seu desempenho é mister que a Administração proceda como um autêntico Julgador, inclusive assimilando a força normativa dos princípios constitucionais, sem o que a exegese jurídica se torna pobre e desprovida dos seus fins: justiça e equidade. Littera enim occidit, spiritus autem vivificat (Apóstolo Paulo, Cor. II, 3;6).”

17/12/2013

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1377850 PARANÁ

RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZZE

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“Não é possível considerar irrisório o valor de dez mil reais utilizado como parâmetro para o arquivamento de execuções fiscais com a finalidade de aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho. Isso porque é em razão dos princípios constitucionais relacionados à Administração Pública, entre eles o da eficiência, expressamente previsto no artigo 37 da Constituição Federal, que se delimita os valores que devem ser cobrados por meio de execução fiscal. Assim, equivocada a relação criada entre o valor previsto para se

dispensar a execução fiscal e a insignificância penal. Imperativo, invocar-se, ainda, no ponto, a independência que existe entre as esferas penal, administrativa, cível e tributária, o que apenas corrobora a ausência de liame entre o valor utilizado no artigo 20 da Lei 10.522/2002 e o patamar que deve ser utilizado para preencher a tipicidade material do delito de descaminho.”

04/12/2012

HABEAS CORPUS 90.484 SÃO PAULO

RELATOR :MIN. O G FERNANDES

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“A modificação da jurisprudência, que há muito vem flexibilizando, e até mesmo ampliando, as hipóteses de cabimento do habeas corpus, representa o revigoramento do recurso ordinário cuja fonte se encontra na própria Carta Política e, por isso mesmo, anda em pleno compasso com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, verdadeiros pilares no processo de interpretação e concretização do texto constitucional.”

05/05/2010

RECURSO DE REVISTA 161200-55.2004.5.15.0059

RELATORa :MIN. KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

“RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO. EFEITOS. 1 - Há direito à garantia provisória no emprego, na hipótese de contrato de experiência, ante o acidente de trabalho, nos termos do art. 118 da Lei nº 8.213/91. 2 - A força normativa da Constituição Federal, que atribui especial destaque às normas de saúde e segurança do trabalhador (art. 7º, XXII e XXVIII), impõe a interpretação sistemática da legislação infraconstitucional que trata da matéria, de maneira a reconhecer a compatibilidade entre o contrato por prazo determinado e a garantia provisória no emprego. 3 - O art. 118 da Lei nº 8.213/91 é aplicável no caso de contrato a termo, porquanto o afastamento relacionado ao acidente de trabalho integra a essência sóciojurídica da relação laboral.”

08/08/2013

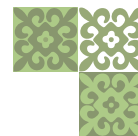
14/02/2013

REEXAME NECESSÁRIO 10312120004113001

RELATOR :DES. BITENCOURT MARCONDES

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

“1. A Constituição Federal elege o direito à educação como garantia fundamental da criança e do adolescente, determinando ao Ad-



ministrador, como mandamento constitucional vinculativo, a facilitação, promoção e ampliação do seu acesso. Assim, sob o prisma do acesso irrestrito à educação, não se extrai do texto constitucional limitação mínima e máxima de idade ou imposição de fase de ensino por faixa etária. 2. Diante do princípio da força normativa da Constituição e da sua superioridade no sistema, o direito fundamental à educação não pode ser cerceado com base em restrição meramente etária, estipulada por ato normativo infraconstitucional.”

07/01/2014

PROCESSO Nº 913/2012

RELATOR : CONSELHEIRO CARLOS FERNANDES CADILHA

3ª SECÇÃO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

“O ponto ideal de conciliação deve ser encontrado, no caso, em aplicação dos princípios imperantes em matéria de restrição dos direitos fundamentais (artigo 18.º da CRP), pela ponderação da necessidade, adequação e proporcionalidade da solução que, no contexto do processo penal e das diversas garantias de defesa que ele oferece, veda ao arguido, em relação a determinados atos judiciais, a possibilidade de recurso. E, vista em contexto a norma que prevê a irrecorribilidade da decisão de conflito, que justificadamente se pretende imediata, atenta a natureza prévia e incidental da questão que é dela objeto - sem particular grau de complexidade e com graves efeitos bloqueadores na dinâmica do processado -, nela não se descortina, pelas razões antes aduzidas, quaisquer indicadores de desnecessidade ou excesso que a tornem suscetível de censura constitucional.”

09/01/2014

PROCESSO Nº 564/2012

RELATOR : CONSELHEIRO FERNANDO VENTURA VIANA

2ª SECÇÃO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

Importa recordar que, como parâmetro de controlo jurisdicional da atividade legislativa, o princípio da proporcionalidade rege-se por critérios de evidência e que, quando não se denota ultrapassagem da justa medida, como aqui acontece, prevalece a liberdade de conformação do legislador democrático. Como se afirma no Acórdão n.º 632/2008: “o poder legislativo se distingue do poder administrativo precisamente pela liberdade que tem para, no quadro da Constituição, eleger as finalidades que hão de orientar as suas escolhas: disto mesmo aliás se fala, quando se fala em liberdade de conformação do legislador. Daqui decorre que o juízo de invalidade de uma certa medida legislativa, com fundamento em inobservância de qualquer um dos testes que compõem a proporcionalidade,

lidade, se há de estribar sempre – como se disse no acórdão n.º 187/2001 – em manifesto incumprimento, por parte do legislador, dos deveres que sobre ele impendem por força do princípio constitucional da proibição do excesso”.

3.4 Hermenêutica Constitucional

Com o surgimento do Neoconstitucionalismo, uma nova forma de se interpretar a Constituição desenvolve-se a partir da segunda metade do século XX, em decorrência da força normativa adquirida pelas normas constitucionais, pela supremacia da Carta Constitucional em relação ao ordenamento jurídico e pela positivação dos princípios no corpo da Constituição.

A força normativa dos princípios e regras constitucionais, a qual está vinculada ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung de Norm*), impõe uma interpretação que tem como incumbência promover a concretização fática dos preceitos insculpidos na Carta Constitucional, o que traz um rol de desafios aos intérpretes e aplicadores do direito, na medida em que surge a necessidade de se manipular na seara dos casos concretos conceitos e enunciados abstratos, tais como os princípios e as cláusulas gerais.

A supremacia da Constituição em relação ao ordenamento jurídico pressupõe que todo o conjunto de normas infraconstitucionais deve ser constituído, interpretado e aplicado de acordo com o que dispõe as normas constitucionais.

A previsão dos princípios constitucionais, a partir deste novo modelo constitucional, marca uma grande alteração na hermenêutica constitucional, ao elevá-los à condição de norma. Como os princípios tem uma densidade menor do que as regras e um grau de abstração e plasticidade maior, o intérprete e aplicador do direito tem a possibilidade de se valer da discricionariedade e de uma abrangência maior de interpretação e complementação do direito, frente às situações concretas sobre as quais recairá a sua aplicação.

Sobre o assunto, Marcelo Novelino afirma que

um dos grandes desafios do Neoconstitucionalismo consiste no desenvolvimento de parâmetros racionais, objetivos, operacionalizáveis para que a ponderação não conduza a um decisionismo ou a um subjetivismo exacerbado. Ao mesmo tempo, a complexidade desses parâmetros não pode ser elevada a ponto de inviabilizar sua utilização na prática jurídica cotidiana.

Ocorrência inerente à interpretação e aplicação da Constituição e à interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição são os conflitos entre regras, os quais serão dirimidos pelos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade. Nos conflitos entre princípios, será utilizada a ponderação e a proporcionalidade e quando houver uma antinomia entre princípios e regras, aplicar-se á, primeiramente, a regra por ser mais específica, mais amoldada ao caso concreto e por ser expressão dos



princípios. No entanto, cada caso concreto deverá ser analisado em sua particularidade, podendo haver situações em que os princípios afastarão a aplicação de regras tidas como injustas numa determinada situação jurídica.

Luis Roberto Barroso afirma que no método da ponderação o intérprete “(i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.”

O mesmo autor alerta para o cuidado que se deve ter com relação à argumentação, à razão prática e ao controle da racionalidade das decisões proferidas. Segundo Barroso,

as decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador”. E, ainda, informa que “para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Ressalta-se que, na interpretação em análise, além dos aspectos já mencionados, deve-se se levar em consideração, na operação do direito, a presunção de constitucionalidade dos princípios e regras constitucionais, da unidade, da razoabilidade e da efetividade.

Informa-se, por fim, que os modelos tradicionais de interpretação, tais como o gramatical, o lógico, o histórico, o sistemático e o teleológico continuam válidos na interpretação constitucional.

4 Constitucionalismo do Futuro

Também chamado pela maioria dos doutrinadores de Constitucionalismo do por vir, ele deverá se manifestar inexoravelmente como um aperfeiçoamento dos movimentos constitucionais anteriores, corrigindo suas mazelas e se pautando por princípios e valores que resguardem a dignidade do indivíduo, a dignidade da sociedade e que, ao mesmo tempo, promovam um desenvolvimento econômico global sustentável.

Pedro Lenza apresenta os seguintes valores, delineados pelo Jurista José Roberto Dromi, que comporão este novo Constitucionalismo:

Verdade: a Constituição não pode mais gerar falsas expectativas; o constituinte só poderá “prometer” o que for viável cumprir, devendo ser transparente e ético;
Solidariedade: trata-se de nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social;
Consenso: a Constituição do futuro deverá ser fruto de consenso democrático;
Continuidade: ao se reformar a Constituição, a ruptura não pode deixar de levar em conta os avanços já conquistados;

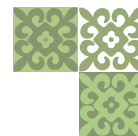
Participação: refere-se à efetiva participação dos “corpos intermediários da sociedade”, consagrando-se a noção de democracia participativa e de Estado de Direito Democrático;

Integração: trata-se da previsão de órgãos supranacionais para a implementação de uma integração espiritual, moral, ética e institucional entre os povos;
Universalização: refere-se à consagração dos direitos fundamentais internacionais nas Constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização.

Aspecto fundamental a ser observado é o movimento de globalização política, econômica, social e cultural dos países, com a formação dos grandes blocos e das grandes comunidades internacionais, as quais caminham, ainda que a passos lentos, a uma integração total, a qual inclui a livre movimentação de pessoas, a adoção de uma mesma moeda, a facilitação do comércio internacional e também a criação de legislações unificadas. Exemplo emblemático é o da Comunidade Europeia, que reúne parte das características mencionadas e que já possui uma só Constituição regendo a aliança dos países integrantes.

Pensando a nível nacional, este futuro Constitucionalismo deverá considerar, enfaticamente, as interrelações entre o crescimento econômico e a exploração do meio ambiente, de forma que a interferência do homem não prejudique o equilíbrio dos ecossistemas. A fraternidade, herança da Revolução Francesa, deverá ter contornos mais explícitos e ser mais valorizada. A participação democrática deverá ser de forma deliberativa, alcançando fóruns descentralizados, dando oportunidade de manifestação a todos os interessados. Modificações de ordem previdenciária deverão ser adotadas, considerando-se a expectativa de sobrevida da população brasileira. Os animais serão objeto de efetiva proteção, na medida em que se observa uma crescente intolerância social ao seu desrespeito. Há prognósticos de uma tutela jurídica que abranja cada vez mais as classes consideradas como minorias, com o intuito de promover a sua inclusão e a sua igualdade social, reparando, desta forma, os erros que as sociedades cometeram no passado e, por fim, os movimentos sociais reivindicatórios de direitos ganham espaço, dia após dia, o que trará repercussões constitucionais.

O Constitucionalismo do futuro deverá responder a estas demandas e adotar em seus preceitos valores universais, que representem este sentimento de unidade que cresce entre os povos, mundialmente.



5 Considerações finais

O presente estudo demonstrou a importância da Constituição para a sociedade. Ao se observar a evolução do Constitucionalismo, ficou evidenciada, em todos os modelos constitucionais, a sua característica de limitação do poder, com a finalidade de extinguir a arbitrariedade, por intermédio de normas que garantam direitos fundamentais, que estipulem a separação dos poderes, que tracem os objetivos do Estado e que estabeleçam os valores da sociedade.

No entanto, para que a Constituição faça valer os preceitos que nela estão contidos, ou melhor, para que ela demonstre a sua força normativa, faz-se necessário que a sociedade se conscientize de sua relevância jurídica, política, econômica, social e cultural. Esta conscientização é o que Konrad Hesse chama de “vontade de constituição”.

Ressalta-se que a Constituição, para alcançar seus objetivos, deve, ainda, ser forte, característica verificável com a sua incolumidade e com o respeito às suas normas nos momentos de crises vivenciados pelo Estado, a exemplo de situações em que as instituições democráticas, a soberania e o seu território ficam ameaçados pela instabilidade social. Ela deve, ainda, ser capaz de inspirar e mobilizar a sociedade em prol de um objetivo comum.

Por fim, conclui-se que a Constituição é um elemento perene e indissociável do Estado, pois nela estão as expressões dos princípios, dos valores, das aspirações e dos objetivos sociais. Ela cria um vínculo jurídico entre as pessoas a ela submetidas, estabelece um rumo a ser seguido e assegura harmonia, liberdade e independência social.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais - Tradução de Virgílio Afonso da Silva**. 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARRETO, Alex Muniz. **Direito constitucional positivo**. Leme, São Paulo: Edijur, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo - Os Conceitos Fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Ne Constitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo - Parte I** - Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 20/03/2013.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Do estado liberal ao estado social**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BULO, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la antigüedad a nuestros días**. 3 ed. Madri: De La Editora Trotta, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Trad. Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.