# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

**CLARISSA TASSINARI**

**FERNANDO DE BRITO ALVES**

**JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO**

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Clarissa Tassinari; Fernando de Brito Alves; José Claudio Monteiro de Brito Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-686-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

---

## Apresentação

Ao recebermos o convite para coordenarmos o Grupo de Trabalho "Constituição e Democracia I", já era possível prever a "conversação multitemática" que poderia compor este momento oportunizado pelo CONPEDI Porto Alegre/RS. Os 30 anos da Constituição brasileira e o processo eleitoral recente, acontecimentos do ano de 2018 relacionados ao título deste GT, poderiam justificar a efervescência da crítica político-constitucional e o grande interesse por debates afins em um eixo temático que, dado o volume de submissões, teve de ser fracionado em dois ("Constituição e Democracia I e II"). Em um contexto como este, diante da abrangência do tema proposto para este GT, ganha destaque a diversidade de enfoques nas pesquisas acadêmicas.

Não por acaso a discussão sobre Direito e Democracia desdobrou-se em abordagens, sob diferentes perspectivas teóricas, sobre Estado, constitucionalismo e jurisdição. Controle social, participação popular, sistema eleitoral e desafios para a democracia representativa deram contornos para discussão envolvendo o projeto democrático brasileiro. Judicialização da política, ativismo judicial, acesso à justiça, coletivização de demandas, efetividade e temporalidade do processo, precedentes e efeito vinculante e diálogos institucionais foram os principais assuntos que alinharam as reflexões apresentadas neste GT junto ao tema jurisdição.

Além disso, autoritarismo, papel do Estado e de suas instituições, crise do Estado na era da globalização, fontes normativas não estatais, dinâmica entre os três Poderes, matrizes de fundamentação do agir estatal (como o utilitarismo, por exemplo) e a livre nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal feita pela Presidência foram elementos que traduziram, na forma de pensamento crítico, as preocupações que giram em torno da conformação do Estado (brasileiro). Por fim, o cenário do constitucionalismo e de suas reformulações teóricas, como as questões do novo constitucionalismo latino-americano e da importância dos princípios constitucionais, também fizeram parte dos diálogos propostos.

Como se pode perceber através da breve síntese formulada acima, com os principais temas dos artigos apresentados no dia 15 de novembro de 2018, o que o leitor poderá "desbravar"

na sequência é uma série de caminhos para refletir sobre um tema comum – crises, transformações e alternativas para o constitucionalismo brasileiro e para sua fundamentação teórica. Eis o desafio, lançado para todos nós, que ousamos pensar o Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA / CESUPA

Profa. Dra. Clarissa Tassinari – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# (DES) NECESSIDADE DE SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES VINCULANTES: O CASO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143 641

# (DES) NEED FOR BRAZILIAN PRECEDENTS BINDING SYSTEM: THE CASE OF HABEAS CORPUS COLLECTIVE 143 641

**Nayara Sthéfany Gonzaga SIlva**
**Ana Carolina Fontes Figueiredo Mendes**

**Resumo**

Trata-se de fenômeno relativamente recente, que foi fruto da complexidade pós-modernidade, a qual se individualiza pelo respeito às diferenças, pela pluralidade dos modos de vida. Por meio da constitucionalização do direito e do crescimento da importância do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, dada a sua intensa atuação. O que por assim dizer a ubiquidade condiciona a aplicação das normas infralegais. Em seguida, concentramos o foco no neoconstitucionalismo, com as implicações acima e como reflexo desse fenômeno analisa-se o julgamento do Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, do Supremo Tribunal Federal, na sequência, referimo-nos à (des) necessidade de um sistema brasileiro de precedentes.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo, Habeas corpus coletivo

**Abstract/Resumen/Résumé**

This is relatively recent phenomenon, which was the result of complexity Postmodernity, which individualizes the respect to differences, the plurality of ways of life. Through the constitutionalisation of the right and of the growing importance of the role played by the judiciary, given your intense performance. What so to speak the ubiquity makes the infralegais rules. Then, focus neoconstitucionalismo focus, with the implications above and as a reflection of this phenomenon is analyzed the trial of Habeas Corpus 143,641 collective /SP, of the Supreme Court, as a result, we refer to (give) need for a Brazilian system of precedent.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutionalism, Neoconstitucionalismo, Previous, Hbaeas corpus

## INTRODUÇÃO

Predominava mesmo após a constituição de 1988, um sistema jurídico positivista, onde cada ramo do Direito ditava seus princípios próprios, que não dialogavam com os mandamentos constitucionais e quando assim compatibilizaram-se apenas de forma meramente ilustrativa. Com o passar do tempo surge à necessidade, como fruto de uma nova perspectiva do Direito influenciado pela pós-modernidade e a indigência de reconhecimento da complexidade de suas relações e conflitos. O fenômeno verificado a nível mundial a partir dos anos setenta buscou o reconhecimento da força normativa da constituição impulsionando uma nova interpretação constitucional. Qualificado pela aceitação à diversidade e pela abnegação à rigidez de formas como decorrência da rapidez dos acontecimentos globais, os quais, em virtude da comunicação entre culturas diferentes cada vez mais intensas, acabam sendo problemas locais. Após a segunda guerra mundial, impulsionado de enorme carga axiológica com conceitos abertos, passando o judiciário com o papel de interprete da constituição. Passa-se então, a pesquisa a respeito do constitucionalismo antigo e moderno e a experiência constitucionalista brasileira. Posteriormente, a análise e estudo no neoconstitucionalismo, e como fruto desse novo sistema, será estudado o Habeas Corpus Coletivo 143641.

Desse modo, objetiva-se analisar, à luz dos princípios constitucionais e da Constituição Federal e legislação infraconstitucional, averiguar a necessidade do sistema brasileiro de precedentes vinculante. a concretização do princípio do melhor interesse da criança Para tanto, será analisada na perspectiva do juspositivismo crítico. O Estatuto da Primeira Infância inovou o ordenamento jurídico brasileiro quando alterou o artigo 318 Código de Processo Penal, trazendo uma nova modalidade de medida cautelar, em que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar no caso em que o agente for: gestante; mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do menor de idade. Esta redação foi dada em virtude da proteção integral da criança respaldada pela Lei nº 13.257 de 2016.

O presente artigo tem como método de pesquisa exploratória a qual objetiva apresentar um maior aprofundamento acerca do tema do sistema brasileiro de precedentes vinculantes. Será utilizado o tipo de pesquisa documental, pois proporciona maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito e assim poder construir hipóteses para aprimoramento das ideias. Tendo em vista que será utilizado levantamento bibliográfico, doutrinário o jurisprudencial, com analise de exemplos que estimulam a compreensão.

Nesse sentido tem-se como hipótese o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao disposto no Estatuto da Primeira Infância na aparente colisão do princípio do melhor interesse da criança e o direito de punir do Estado e qual a necessidade ou desnecessidade do Brasil adotar sistema de precedentes vinculante. ?

Diante da urgência da proteção dos direitos e garantias fundamentais, torna-se cogente a existência de ferramentas que constrangessem os Estados a respeitarem tais direitos. E por meio das Constituições Escritas, apresentando em seus textos declarações de direitos acompanhados do respectivo modo de garantia. Com o neoconstitucionalismo, o foco principal passou a ser a eficácia da Constituição, a concretização dos direitos fundamentais anteriormente positivados, das prestações materiais prometidas à sociedade, buscando tornar o texto constitucional menos retórico e mais efetivo. É o que será proposto a seguir.

Nesse contexto, faz-se imperativa a existência de procedimentos para o acolhimento de interesses públicos, privados e coletivos, interesses estes que, por sua complexidade e singularidade, não podem se satisfazer com os meros contornos abstratos da lei. Fala-se, pois, em legitimação pelo procedimento, entendendo-se a , condições padrões e equânimes , ou seja como fórmula processual como sendo a mais democrática para a solução de problemas, cada vez mais complexos sendo campo próprio para o exercício da democracia, mediante a existência de conflitos aparentes de normas ou colisão de fundamentos, possibilitada pelo respeito ao princípio do contraditório.

## 1. CONSTITUCIONALISMO ANTIGO E MODERNO E A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONALISTA BRASILEIRA

O constitucionalismo caracteriza-se por ser um movimento político filosófico jurídico, que quer estabelecer limites jurídicos ao bom exercício do poder político, evitando que a utilização do poder político se degenere.

Os limites são a definição de falta em direitos e garantias fundamentais do ser humano que devem ser observados plenamente ao estado, além disso, também se limita o poder político quando se estabelece a separação dos poderes, das funções estatais: judicante, legiferante e função administrativa, entregando essas funções a poderes distintos para que cada poder frei a ação abusiva do outro, por meio do sistema de freios e contrapesos. Além disso, é possível estabelecer a forma de aquisição, exercício e perda do poder político para que se dê de forma legitima. Assevera Francisco Rezek que:

> O problema inerente a esses direitos de terceira geração é como pondera Pierre Dupuy (1582-1651) jurista e bibliográfo francês, o de identificar seus credores e devedores. Com efeito, quase todos os direitos individuais de ordem civil, política, econômica, social e cultural são operacionalmente reclamáveis, por parte do indivíduo, à administração e aos demais poderes constituídos em seu Estado patriarcal, ou em seu Estado de residência ou trânsito. As coisas se tornam menos simples quando se cuida de saber de quem exigiremos que garanta nosso direito ao desenvolvimento, à paz ou ao meio ambiente.

A origem do constitucionalismo está na idade média na Inglaterra, precisamente na Magna Carta Inglesa de 1215 do rei João sem terra é tida como a fonte originaria do devido processo legal. Biill of write, o constitucionalismo tem sido marcado pela limitação do poder, opondo-se ao governo arbitrário. Uma nova era histórico-constitucional surge no alvorecer do século XXI, com a esperança de que ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraternal e de solidariedade. Dada às lições de Dromi[1]·, jurista especializado em Direito Administrativo, que o futuro do constitucionalismo deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização, alcançando um ponto de equilíbrio as concepções extraídas do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo.

Por conseguinte a proteção dos direitos individuais, na onda do neoconstitucionalismo os encontra como valores como fraternidade ou solidariedade e os direitos que afetam toda a coletividade, e a existência humana por assim dizer.

Em meio ao modelo de estado legal ou meramente positivista para um estado legal constitucional de valores. A constituição é o diploma normativo de maior superioridade normativa, são feitas não apenas para vigorar no papel, mas nascem para ser efetivas. Além disso, o neoconstitucionalismo encampa uma carga axiológica. Esses valores se pautam pela proteção da dignidade da pessoa humana, e proteção dos direitos fundamentais que visam dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O novo modelo de constitucionalismo ou constitucionalismo pós-guerra consiste por ser o modo como se pensa e se pratica o direito na atualidade. Essa teoria propõe um assentimento a essa realidade e talvez certo aprofundamento dela, as grandes mudanças de

---

[1] José Roberto Dromi Casas. **El derecho Público de Finales de Siglo**: una perspectiva iberoamericana. Madri, Fundacion BBV, 1997.p. 65.

paradigmas preparam o mundo e o direito contemporâneo, a primeira grande transformação foi à superação do formalismo político, inicia-se no século XX nesse primeiro momento: a norma jurídica traz em si uma expressão da razão, esta era a primeira ideia que tradicionalmente se prendia ao universo do papel do juiz como interprete do sentido dessa norma, ou seja, era um papel lógico dedutivo levando-se me consideração que a Lei traz em si uma expressão, uma ideia de justiça. O constitucionalismo como fruto do positivismo identificava um papel lógico dedutivo, o juiz aplicava o modelo formalista, com função técnica de conhecimento.

Ao longo do século XX esse modelo não subsistiu, a norma é a expressão da vontade da maioria, e não desempenhará apenas papel de técnico, de modo que o juiz em múltiplas situações e, sobretudo nas expressões constitucionais, pois a Lei nem sempre é justa, mas representa a vontade dominante. Em outro momento o juiz desempenha um papel criativo, como consequência da complexidade cultural das relações e seus conflitos assim assevera ROCHA (2007, p. 34):

> O aumento das populações, mesmo nos grupos sociais primitivos, foi impondo, gradativamente, a necessidade de que esses conflitos interindividuais, naturais da convivência social, passassem a ser regulados ou resolvidos por meio de atividade estranha aos próprios esforços pessoais dos litigantes. No momento, porém, em que surgem as necessidades de julgamentos externos às vontades das partes, vencidas as etapas da autotutela e da autocomposição, vê-se o simultâneo aparecimento de estruturas formais de poder, implicando, como é natural, a organização de mecanismos também formais para pô-las em funcionamento e, ao mesmo tempo, de estilos peculiares de conduta, inclusive de linguagem, para realizar o acesso.

Nesse sentido, é inegável que o Brasil vivencia a época pós-moderna. Contudo, devido a suas extensões continentais, fato é que há muitas disparidades regionais, evidenciando-se traços da modernidade e, às vezes, até da pré-modernidade. Devido a esses contraries, é apropriado supor-se que as leis nacionais careçam de interpretação diferenciada, levando-se em consideração as particularidades do local em que é aplicada. Por todos os contextos expostos, vemos que o alcance marcante da pós-modernidade no direito transportou de diástase necessário à eclosão do fenômeno do neoconstitucionalismo, que passaremos a estudar agora.

## 2. DO COSNTITUCIONALIMO

O padrão jurídico, que já passara, hodiernamente, da lei para o juiz, dilata-se agora para o caso concreto, para a mais perfeita solução, singular ao caso a ser resolvido. O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três etapas distintas: a pré-modernidade, ou mais conhecido como a preponderância dos pensamentos de Estado liberal, a modernidade ou mais entendido por Estado social e a pós-modernidade ou Estado neoliberal. A verificação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter alcançado ser liberal nem moderno. Nesse sentido assevera, Barroso: "Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto – mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa" (BARROSO, 2008, p. 304-306).

Reconhece-se que em muitas situações a norma por si só não resolve o caso em questão, então o juiz deve buscar a solução para os problemas, essas resoluções não estão pré-prontas na norma. Nesse aspecto, o judiciário será um coparticipante na criação da Lei, a norma por si só não resolve, o direito não basta por si próprio, ou seja, ele precisará buscar a solução em outro lugar, seja na filosofia, moral, ou estabelecendo os limites da legitimidade democrática da sua atuação. Com base em valores relevantes, buscando subsídio na psicologia, economia, medicina, por exemplo. Portanto, a ideia de pós-positivismo é que o direito é importante e não cabe em si próprio, precisa recorrer aos elementos externo. Assim, por esse movimento de reaproximação entre o direito e a moral: com direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana traz mudanças para resolução dos problemas.

A passagem da constituição para o centro do sistema jurídico, no pós-segunda guerra, e no Brasil em 1988, foi construído sob as bases do direito privado, ao logo do século XIX, Savigny[2] era privatista, no entanto no século XX vai surgindo um direito administrativo mais intenso, bem como o fenômeno da publicização passa a construir-se como um processo da constitucionalização do direito e progressivamente o direito vai se publicizando mais intensamente, passa-se a ter o direito constitucional como o centro do direito. Rompe-se a tradição de que o direito privado era o centro, e as normas constitucionais irradiam-se a ponto da constituição para o centro jurídico. Hoje interpretação os direito à Luz da Constituição. (SARMENTO, 2009. p. 633-655)

[2] WINDSCHEID, Bernhard. Diritto delle pandette. Note e riferimenti al diritto civile italiano iniziate dai professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante; coadiuvato dall'Avv. Fulvio Maroi. Nuova ristampa stereotipa. Torino : Torinese, 1926; SAVIGNY, Friedrich Karl von. Metodologia jurídica Friedrich Karl (sic) von Savigny . Traduccion J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994; p.8.

A Infiltração da constituição para normas dos mais diferentes ramos do direito, alterando o sentido a de irradiação, é conhecida como o fenômeno da constitucionalização do direito civil, penal, administrativo dentre outros. Ocorre por consequência a eficácia privada, dos direitos fundamentais: exemplo autonomia da vontade relativizada em detrimento a direitos fundamentais de uma coletividade.

Toda interpretação jurídica é direta ou indiretamente constitucional, porque ao aplicar qualquer norma jurídica o juiz aplica a Constituição, por que faz à vista dos princípios e fundamentos da constituição. Ou seja, há uma operação de controle incidental daquela norma, portanto a constituição em alguma medida está sempre sendo empregada.

## 3. NEOCONSTITUCIONALISMO

A respeito dessa nova interpretação constitucional e os casos difíceis, existe um modelo de interpretação constitucional tradicional: reconhecimento de sua força normativa, consequentemente, elementos tradicionais: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. As regras constitucionais devem ser sempre cumpridas, não havendo espaço para possíveis conflitos entre elas, em atenção ao princípio da unidade. Isto se justiça pelo fato de que os princípios são "normas com alto grau de abstração e baixa densidade semântico-normativa" (ROTHENBURG, 2003, p. 18).

Pelo princípio da primazia da Constituição, não se admite que normas nascidas do Poder Constituinte Originário sejam regras ou princípios, possam ser declaradas inconstitucionais, com fundamento nas regras de competência legislativa (artigos 22, 24, 25 e 30), regras sobre processo legislativo (artigos 59 a 69), entre outras.[3] Explicando melhor, não é possível se admitir em nosso sistema a existência de normas originariamente constitucionais, serem declaradas inconstitucionais, sob os ensinamento a respeito da interpretação e aplicação da Constituição de Luís Roberto Barroso (2008, p. 196-218). Ao contrário das regras, as quais apresentam justamente atributos opostos, correspondendo, nos dizeres de Ronald Dworkin (2002, p. 32), à lógica do tudo ou nada.[4] Princípios, por sua vez,

[3] Nas palavras de Robert Alexy (2008, p. 90-91): "Princípios são [...] mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível"

[4] Há muita literatura acerca de princípios e regras. Obviamente, não pretendemos, neste trabalho, tratar desse tema riquíssimo à exaustão. Porém, a maioria dos estudos parte da análise desses dois renomados juristas: o alemão Robert Alexy e o norte-americano Ronald Dworkin, cujas teorias se complementam. Para uma análise

devem ser satisfeitos na maior medida possível.[5] Um papel fixo para norma: fornecer solução apara os problemas jurídicos, é papel do interprete e enquadrar o caso a norma, aos fatos esse raciocínio silogístico.

As normas principiológica compõem-se em elementos essenciais para a compreensão do próprio sistema, além de servirem de elemento axiológico, ou seja, valorativo a várias outras normas. Em virtude de sua abertura, essas normas não têm meios de preverem, um rol exaustivo, a todas as situações fáticas que podem por elas ser reguladas. Além disso, carecem da formulação e de regras que lhes concretizem ou, alternativamente, aceitem a concretização por variadas maneiras. Por assim dizer, os princípios são premissas maiores, autojustificáveis como alicerce na solução de casos, como ocorre com os juízos de subsunção. Ao contrário, eles devem se refrear-se ao juízo de ponderação, justificando-se por meio dos argumentos utilizados para a sua aplicação.

## 4. ALGUNS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA NEOCONSTITUCIONAL, EM RAZÃO DAS ESPECIFICIDADES CONSTITUCIONAIS.

No positivismo clássico, não se admitia a existência de lacunas no direito. Eduardo Cambi (2009, p. 80) destaca:

> Para o positivismo jurídico, o direito objetivo é completo, sem lacunas, sem antinomias, sem ambiguidades e coerente. A completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas) da [...] segurança jurídica e na crença na centralidade da produção legislativa como forma de manifestação do direito. Acreditava-se na rígida separação entre as funções estatais, não cabendo aos juízes ir além da mera declaração do texto da lei.

Essa nova interpretação trata da aplicação dos seguintes princípios o da Supremacia da Constituição Federal, o da Interpretação Conforme a Constituição Federal, o da Unidade, Razoabilidade ou Proporcionalidade e o princípio da Efetividade como reflexo da vida que foi ficando progressivamente mais complexa.

---

sucinta e bastante didática, consulte o capítulo "Introdução à teoria dos princípios constitucionais" (DANTAS, 2009, p. 3-14)

[5] Pelo princípio, não se admite que normas nascidas do Poder Constituinte Originário, sejam regras ou princípios, sejam declaradas inconstitucionais. Em outras palavras, não se admite em nosso sistema a existência de normas originariamente constitucionais, inconstitucionais, não se aceitando a tese de Otto Bachoff, em sentido contrário. Vide Interpretação e aplicação da Constituição, de Luís Roberto Barroso (2008, p. 196-218).

Aristóteles, ao formular a teoria do justo meio, evidenciou que a moderação, o equilíbrio e a distância dos excessos representaria o ideal do justo. Justo humano que, para se aproximar do ideal de justiça, precisa ser temperado pela equidade" (NALINI, 2008, p. 42).

Por conseguinte nas lições de Santo Agostinho, mencionado por José Renato Nalini (2008, p. 44):

> A justiça pertence a todas as partes da alma, posto que ela é a ordem e equidade da alma, mediante a qual estas três virtudes, a primeira a prudência, a segunda a fortaleza e a terceira a temperança, se unem em perfeita harmonia e em toda esta união e ordem consiste a justiça.

A ponderação, procedimento, sobretudo, interpretativo, consiste, assim, em colocar entre os princípios em conflito uma hierarquia axiológica flexível[6] (GUASTINI, 2008, p. 88). Dize-se axiológica, porque existe uma inclusão de valor observada pelo juiz, perante a qual irá eleger a norma-princípio que melhor regula a situação posta.

Ademais, dizemos flexível porque a hierarquia estabelecida vale apenas para aquele caso ou casos semelhantes. Nada impede que o princípio não eleito possa ser o escolhido em detrimento do eleito em caso posterior, ponderadas as situações do caso. A despeito de serem calháveis na doutrina e na prática jurídica brasileira pelo menos três maneiras diferentes de entender o tema (BARCELLOS, 2005, p. 25-28). Uma delas é conhecida como a forma de aplicação dos princípios.

A segunda forma é a que a concebe, sem mais apreensões teóricas, como forma torrente de solução de conflitos normativos, não fundamentalmente entre princípios, mas também em relação a normas. O fenômeno favoreceu-se também como decorrência do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Qualquer instância da justiça, por meio do controle incidental de constitucionalidade, pode suscitar o controle constitucional, bem como com artigo 103 da constituição federal, por ação direta por via direta, fornece legitimidade abrangente, como por exemplo, as entidades de confederação sindicais, entidades de classe de ambitos nacionais. A vida hoje no Brasil passa pela jurisdição em algum nível.

Assim, o ativismo judicial é um fenômeno, ou uma disposição do judiciário para expandir a constituição para situações que não foram previstas constitucionalmente, não havia norma especifica e o Supremo Tribunal Federal passou a prover, a exemplo da união

[6] Apesar de serem identificáveis na doutrina e na prática jurídica brasileira pelo menos três maneiras diferentes de compreender o tema. (BARCELLOS, 2005, p. 25-28).

homoafetiva, no caso do aborto do feto anencéfalo, da fidelidade partidária e do Habeas Corpus Coletivo 143.641. Nesse sentido, no decorrer desse artigo será estudada essa decisão, com fulcro no artigo 227 da Constituição federal, na ponderação do *Jus puniendi* estatal em colisão com o princípio do melhor interesse da criança sob o fundamento na Lei 13.257 de 2016. Sobre esse efeito de irradiação dos preceitos constitucionais, assevera SILVA[7]:

> Com *constitucionalização do direito* quer-se aqui fazer menção à irradiação dos efeitos das normas constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais foram concebidos como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre o Estado e os particulares. Essa visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico.

Diante deste cenário constitucional dos direitos fundamentais, faz-se necessário afirmar que no âmbito dos direitos da criança e do adolescente o Estado tem o dever de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância. Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257 de 2016) Estatuto da Criança e Adolescente bem como o artigo 318 Código de Processo Penal, e artigo 1º do Código de Processo Penal.

Todo princípio estabelece uma concretização, extraindo-se de sua aplicação uma regra, intervenção esta altamente discricionária, quer seja pela intervenção interpretativa realizada pelo julgador, quer seja pela corrente evocação a valores morais e políticos, própria dos princípios (GUASTINI, 2008, p. 79-80). Nesse aspecto é necessário uma analise particular, de cada caso, quanto à ponderação entre p

Princípios basilares do Estado democrático de direito, tendo em vista que regra geral deve ser a ponderação e a relevância da supremacia do interesse público e da ordem social de fato.

Em apertada síntese, a ausência de tradição genuinamente democrática nas amarrações do que se ajustou se reconhecer por liberalismo burguês fez com que inexistisse a evolução das instituições. Por esses motivos pode-se dizer que a própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a própria onda é a governabilidade, ou seja, é a constitucionalização de todos os ramos e matérias. No direito privado, o código civil perde seus status de centralidade,

---

[7] SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito.** Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.18.

ultrapassado pelos múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais empresariais rememora-se a *lex mercatoria*.

Afirma-se, por assim dizer que a segurança jurídica, e suas considerações essenciais, como o direito adquirido, sofre o espantosamente a velocidade, do imediatismo e das explanações pragmáticas, acondicionadas pela advertência da aversão econômica. As expressões abstratas da lei e a circunspeção judicial já não trazem todas as respostas, dado o seu alto grau de abstração e alterações de julgamentos sobre casos idênticos.

## 5. O CASO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 13. 641

Em 20 de fevereiro de 2018, O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, por maioria de votos, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou das mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, ainda, em outras situações excepcionalíssimas, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada.

A Suprema Corte, fundamentado no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, reconheceu ser cabível o remédio constitucional para o pleito coletivo ali versado. Com efeito, além de não haver impedimentos legais ao seu manejo por via coletiva, tem por pano de fundo a escandalosa e lamentosa situação vivenciada pelas mães e gestantes brasileiras encarceradas nas instalações prisionais de todo o país.

Oportuno se faz trazer a baila o processo legislativo que resultou na promulgação da Lei 13.257 de 2016 mais reconhecida como Marco Legal da Primeira Infância, a qual acrescentou os referidos incisos IV e V ao artigo 318 do CPP. Isto posto, a própria justificação do projeto de lei afirmava expressamente o objetivo de, em primeiro lugar, fundar maior sintonia entre a legislação e o significado do período da existência humana que vai do início da gestação até o sexto ano de vida. Nesse cenário, o que procuravam os legisladores era, sobre tudo, replicar à importância dos primeiros anos na formação humana, na constituição do sujeito e na construção das estruturas afetivas, sociais e cognitivas que dão sustentação a toda a vida posterior da pessoa e fazem uma infância mais saudável e ditosa. Partindo-se dessa análise, é manifesto que o que se quis tutelar foi, fundamentalmente, a vida dos nascituros e das crianças já concebidas. Privar o convívio desses indivíduos com as respectivas mães nessa importante fase de crescimento, ou, ainda, introduzi-los junto às

genitoras no problemático sistema carcerário brasileiro, pode ser muito prejudicial à sua formação.

Veja-se, ademais, que o artigo 229 da Carta Maior é ainda mais direto ao atribuir especificamente aos pais, e não à família em geral, o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Merece destaque, ainda, o fato de que a proteção à maternidade e à infância é expressamente prevista no artigo 6º da Constituição Federal enquanto direito social dos brasileiros.

Conforme as lições e ensinamentos de Zygmunt Bauman (2007, p. 32):

> [...] parecemos não estar mais no controle, seja individual, separada ou coletivamente, e, para piorar ainda mais as coisas, faltamos às ferramentas que possibilitariam alçar a política a um nível em que o poder já se estabeleceu, capacitando-nos assim a recuperar e reaver o controle sobre as forças que dão forma à condição que compartilhamos, enquanto estabelecem o âmbito de nossas possibilidades e os limites à nossa liberdade de escolha: um controle que agora escapou ou foi arrancado de nossas mãos. O demônio do medo não será exorcizado até encontrarmos, ou, mais precisamente, construirmos, tais ferramentas.

É notória a importância do julgamento desse habeas corpus coletivo pelo do Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista que, a decisão nele pronunciada abrolha impacto não apenas na situação de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, mas também na situação das próprias crianças. Resta-nos saber se essa decisão está sendo aplicada a contento.

## 5.CONCLUSÃO

O constitucionalismo versa sobre a divisão das funções do poder, há uma nova configuração do exercício dos poderes, com a preponderante atuação do poder judicial. A organização do Estado para o exercício desse poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e concebe o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não apenas o poder pelo poder. O novo constitucionalismo, notadamente, o neoconstitucionalismo latino-americano tem como decorrência um movimento social, jurídico e político voltado ao exercício da aplicação das normas e princípios constitucionais. Nota-se um positivismo com o império das leis, o pós positivismo como sendo uma onda constitucionalizante da irradiação dos preceitos constitucionais e neoconstitucionalismo trazendo uma nova razão de justiça com princípios próprios de interpretação das normas constitucionais frente aos conflitos complexos

da relação social. , da legitimidade, da participação popular e do próprio conceito de Estado. O Estado do novo constitucionalismo latino-americano é o Estado multinacioanl, que adota a pluralidade social e jurídica, reverenciando e assegurando a aplicação os direitos de todas as camadas sociais, bem mesmo que seja apenas uma tentativa, é o que se tem de aplicado nos tempos modernos.

Ao examinar o Constitucionalismo e o neoconstitucionalismo no âmbito da democracia política, conclui que hoje trata-se por ser o modo concreto de como se aplica e realiza o sistema democrático representativo, de uma nação livre, independente e soberana, mesmo que relativizada e enfraquecida diante do descrédito da política solucionada por um judiciário ativo , inovador e interdisciplinar.

Dada à necessidade de resolver essa questão da fluidez do sistema neoconstittucional e, por conseguinte o problema da insegurança jurídica de decisões divergentes sobre a mesma matéria, o sistema pretende solucionar por meio dos chamados precedente. Nesse sentido assim sobre os precedentes, deve atentar que de certo modo, todas as decisões judiciais produzem efeitos vinculantes. E em um caso especifico, vejo com bons olhos a decisão do Supremo Tribunal Federal, que, de forma ampla e simbólica, atribuiu maior efetividade à tutela de direitos tão fundamentais das mães e gestantes brasileiras, bem como concedeu maior concretude às garantias constitucionalmente asseguradas a seus filhos. Resta aferir se de fato, esse importante precedente, o Habeas Corpus Coletivo 13 641, está sendo aplicados nos tribunais de primeiro grau.

## 6.REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Gisele Cittadino. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ATTIÈ JR., Alfredo. A reconstrução do direito: existência, liberdade, diversidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito

Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 7547>. Acesso em: 05 set. 2009.

_____. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 160-161 e 235-248

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

BAUMAN, Ziygmunt. Tempos líquidos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUENO, José Antonio Pimenta. Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coords.). 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Maria Inês M. S. Alves da. O direito do trabalho na sociedade da informação: a dignidade da pessoa humana. Revista do Advogado, São Paulo, n. 104, 2009.

DANTAS, Daniel. Introdução à teoria dos princípios constitucionais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coords.). 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARA, Francesco. Como aplicar e interpretar as leis. Belo Horizonte: Líder, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2008.

FRIEDMAN, Lawrence M. Law in America: a short history. New York: A Modern Library, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUASTINI, Riccardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Madrid: Trotta, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A pós-modernidade do direito constitucional: da gestação em Weimar à queda do muro de Berlim e subsequente colapso das torres gêmeas. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LÉRY, Jean de. O selvagem danado pelo pecado. In: CALDEIRA, Jorge (Org.). Brasil: a história contada por quem viu. Rio de Janeiro: Mameluco, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. I. 2003.

LOUREIRO, Caio Márcio. Ação civil pública e o acesso à justiça. São Paulo: Método, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles. Barão de Montesquieu. In: MORRIS, Clarence (Coord.). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2007.

NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
PASCAL, Georges. Compreender Kant. Petrópolis: Vozes, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 1. 1963

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Teoria tridimensional do direito. Situação atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Cesar Asfor. A luta pela efetividade da jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROSEN, Jeffrey. The supreme court: the personalities and rivalries that defined America. New York: Times Books / Henry Holt and Company, 2007.

ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução a uma ciência pós-moderna. 4. ed. São Paulo: Graal, 1989.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____ (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA, Gelson Amaro de. Efeitos da sentença que julga os embargos à execução. São Paulo: MP, 2007.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: parte geral. São Paulo: Método, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito civil law e common law. Revista Jurídica NotaDez., Porto Alegre, v. 57, n. 384. 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Ideologia, estado e direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.