

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

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 Napolini - 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 – Goiás

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 (UFSC – 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)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Flavia Piva Almeida Leite; Irineu Francisco Barreto Junior; Sébastien Kiwonghi Bizawu. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-730-4

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



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na cidade de Porto Alegre - Rio Grande do Sul, nos dias 14 a 16 de novembro, elegeu como tema "Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito", e propiciou a aproximação entre professores e pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, de todo o Brasil.

Com foco na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Grupo de Trabalho 53 foi coordenado por Prof. Dr Sébastien Kiwonghi Bizawu, Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite e Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior.

Os estudos apresentados no GT reiteram a centralidade dos direitos e garantias fundamentais na agenda jurídica contemporânea. Os mandamentos consagrados na Constituição Federal de 1988 e insculpidos nos pactos e acordos internacionais, dos quais o país é signatário, norteiam a abordagem temática dos artigos defendidos no congresso. As pesquisas perpassam temáticas clássicas que abordam desde o direito à morte digna, questões alusivas à cidadania e direitos políticos, políticas públicas focalizadas em idosos, crianças e adolescentes; acesso judicial à medicamentos, exames e tratamentos em saúde, assim como enfoques emergentes que miram a interface entre o fenômeno jurídico e as novas tecnologias de comunicação e informação.

Teóricos modernos e contemporâneos oferecerem o embasamento hermenêutico dos estudos apresentados, dentre os quais destacam-se Hanna Arendt, Robert Alexy e François Ost, entre outros de igual relevo e alcance analítico.

Cabe salientar que o GT se insere, dessa forma, na agenda contemporânea de discussões que envolve o Neoconstitucionalismo e a constitucionalização dos direitos. Essa mirada, simultaneamente, expande o escopo dos direitos fundamentais e provoca uma série de desafios à sociedade brasileira, especialmente de que forma oferecer respostas a essas novas demandas, em tempos de crise econômica e esgarçamento político e social.

Os coordenadores convidam os juristas a conhecerem o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite. Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho.

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu. Escola Superior Dom Helder Câmara.

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior. Mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP.

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.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

THE NEOCONSTITUTIONALISM AND THE CONSTITUTIONALIZATION OF LAW: FUNDAMENTAL RIGHTS PERSPECTIVE.

**Mariana Amaral Carvalho
Nayara Sthéfany Gonzaga Silva**

Resumo

O presente artigo discorre sobre o novo direito constitucional e o fenômeno da constitucionalização do Direito, analisando a efetivação dos direitos fundamentais nesta perspectiva. Inicialmente, foi feito um resgate histórico do Neoconstitucionalismo e do processo de constitucionalização do Direito ao longo das últimas décadas. Em seguida, ao analisar a Constituição de 1988, marco do Neoconstitucionalismo no Brasil, percebeu-se a ampliação considerada dos direitos fundamentais e sua real importância no contexto histórico, social e político. Com isso, indaga-se em que medida essa nova perspectiva atua na efetivação dos direitos fundamentais. Foram utilizados o método hipotético-dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Constitucionalização do direito, Direitos fundamentais, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper talks about the new Constitutional Law, analyzing the realization of the fundamental rights in this perspective. First, a historical review of the Neoconstitutionalism and the constitutionalization of Law itself was done, regarding the last decades. At last, analyzing the 1988th Constitution, symbol of the Brazilian Neoconstitutionalism, it was perceived the amplification of the fundamental rights and their real importance in the historical, social and political context. Indeed, a question emerges: how this perspective in fact acts in the fundamental rights realization? A hypothetical-deductive method and the literature and documental review was used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitutionalism, Constitutionalization of law, Fundamental rights, Dignity of the human person

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da constitucionalização do Direito advém da criação de uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica. Para tanto, percorre-se uma trajetória histórica, filosófica e teórica no contexto do Neoconstitucionalismo, para desembocar no processo de constitucionalização do Direito.

Entende-se por constitucionalização do Direito o processo de transformação de um ordenamento jurídico, que se faz completamente impregnado por normas constitucionais. Tal fenômeno ocorreu em diversos países ao longo das últimas décadas do século XX, no período pós-guerras.

No âmbito da Constituição Federal de 1988, marco teórico da formação de um novo direito constitucional, o Brasil fez uma travessia de um Estado Autoritário para um Estado Democrático de Direito, com a insurgência do princípio máximo da dignidade da pessoa humana e a ampliação dos direitos fundamentais.

Com isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, aplicados e interpretados como normas jurídicas que vinculam todas as demais e não apenas como trechos declaratórios, o que aumentou a necessidade de ampliação dos debates sobre tais direitos.

O presente artigo se propõe a analisar o novo direito constitucional e o fenômeno da Constitucionalização do Direito, com enfoque na perspectiva dos direitos fundamentais.

Inicialmente, realizar-se-á uma abordagem geral acerca do Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito, com um resgate histórico, abordando generalidades, origem e evolução do processo nos principais países ao longo das últimas décadas.

Posteriormente, analisar-se-á o fenômeno na Constituição de 1988, marco do Neoconstitucionalismo no Brasil, observando a essência dos direitos fundamentais e sua importância no contexto histórico, social e político. A previsão e consagração dos direitos fundamentais no seio constitucional, constituiu um novo paradigma para o direito e faz com que o ordenamento seja relido.

Ao final, será observado que as transformações trazidas pelo fenômeno da constitucionalização do Direito têm como principal desafio a efetiva concretização dos direitos fundamentais – com o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma basilar – valores

máximos do Estado Democrático de Direito. Com isso, indaga-se em que medida essa nova perspectiva atua na efetivação dos direitos fundamentais.

Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo com aplicação da técnica da pesquisa bibliográfica e documental que serviram de premissas teóricas para a grande maioria das considerações feitas ao longo do artigo.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O FENÔNOMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: GENERALIDADES, ORIGEM E EVOLUÇÃO

A inspiração de um processo amplo de constitucionalização dos demais ramos do Direito, decorreu da análise pelo direito constitucional dos “impactos da retomada teórica e prática da Constituição sobre o próprio direito e sobre os pilares do Estado de direito e a democracia” (SAMPAIO, 2013, p. 181).

Com isso, para entender o fenômeno da Constitucionalização do Direito, precisa-se adentrar na historicidade do processo de criação de uma nova percepção da constituição e de seu papel na interpretação jurídica: o Neoconstitucionalismo e as transformações do direito constitucional contemporâneo.

Para tanto, é necessário retroceder para observar as transformações perpassadas nas últimas décadas. Com isso, segundo Barroso (2015), empreende-se a reconstrução da trajetória percorrida pelo direito constitucional, levando em conta os marcos histórico, teórico e filosófico, onde se observam as ideias e as mudanças que desembocaram no novo direito constitucional.

Para Barroso, estes são os marcos da trajetória que resultou no processo de constitucionalização:

- (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2015, p. 11-12)

Inicialmente, como marco histórico observa-se a formação do Estado constitucional de direito, no contexto do pós-guerra europeu, ao longo das últimas décadas do século XX. Trata-se da “aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia” (BARROSO, 2015, p. 3), desembocando numa nova organização política: o Estado Democrático de Direito. A constituição Alemã e a Italiana foram referências no desenvolvimento desse novo direito constitucional, como se verá mais adiante ao adentrar no fenômeno da constitucionalização do Direito.

Como marco filosófico, o pós-positivismo, que abriu “caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação” (BARROSO, 2015, p. 4). Buscou inspiração nos ideais de justiça e democracia, com uma leitura moral da Constituição e das demais normas, entre o direito posto pelo positivismo e os conceitos fluidos e abstratos do jusnaturalismo. Baseou-se na elaboração de uma nova hermenêutica, desenvolvendo a teoria dos direitos fundamentais, ancorada pela dignidade humana, reaproximando Direito e ética e Direito e filosofia.

Com isso, “afirma-se, na perspectiva do Neoconstitucionalismo pós-positivista, que o sistema constitucional é composto de regras e princípios” (SHIER, 2007, p. 255), atribuindo normatividade aos princípios e os relacionando com os valores e regras.

O marco teórico, traz três grandes transformações: a força normativa da Constituição, que atribuiu status de norma jurídica ao texto constitucional; a expansão da jurisdição constitucional, superando o modelo de supremacia do Poder Legislativo, com a elevação do Poder Judiciário ao adotar controles de constitucionalidade; e, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, decorrente da força normativa conferida à Constituição, com a sistematização de princípios aplicáveis a tal interpretação. (BARROSO, 2015)

Observada a trajetória percorrida pelo direito constitucional, passa-se a analisar o fenômeno da constitucionalização do Direito, como “a virada paradigmática ocorrida no Direito, e por conseguinte da sua interpretação, para um pressuposto calcado nos ditames principiológicos do texto constitucional” (SILVA; NASCIMENTO, 2015, p. 126).

O jurista italiano Riccardo Guastini (2007, p. 271-272), aduz ao menos três significados distintos para a expressão “constitucionalização do ordenamento jurídico”. Para ele, tal fenômeno pode ser visto “para fazer referência à introdução de uma primeira Constituição *escrita* em um ordenamento que anteriormente era desprovido de tal documento”,

como um “processo histórico-cultural que transforma em vínculo jurídico a relação intercorrente travada entre detentores do poder político e aqueles que a este estão sujeitos”¹, e, por fim, como um “processo de transformação de um ordenamento jurídico”, que se faz completamente impregnado por normas constitucionais.

Observados os três significados, resta evidente que o que denota mais abrangência ao fenômeno em questão é o terceiro. Tal significado é “caracterizado por uma Constituição extremamente invasora, expansiva” (GUASTINI, 2007, p. 272). Percebe-se, segundo Barroso (2015), que o simples fato de vigorar em um ordenamento uma constituição com supremacia ou o fato de uma constituição formal incorporar temas afetos aos ramos infraconstitucionais em seu texto, não necessariamente torna um ordenamento jurídico constitucionalizado. Muito mais que tais acepções, a constitucionalização do Direito é associada a um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o ordenamento jurídico” (BARROSO, 2015, p. 12).

Resta evidente que “quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito” (SILVA, 2005, p. 38). Porém, nesse contexto, existem duas condições necessárias para a constitucionalização do ordenamento jurídico, que, segundo Guastini (2007), se não observadas, inviabilizam tal processo. São elas: a existência de uma Constituição rígida² e a garantia jurisdicional da Constituição (Constituição Garantida)³.

Ademais, são apontados cinco aspectos gerais do fenômeno da constitucionalização do Direito: a força vinculante da Constituição; a “sobre-interpretação” da Constituição; a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação das leis conforme a Constituição; e a influência da Constituição sobre as relações políticas (GUASTINI, 2007).

Guastini salienta que a força vinculante da Constituição “consiste na compreensão de que a Constituição é um conjunto de normas vinculantes” (2007, p. 275), uma verdadeira norma jurídica e não uma simples declaração programática (FIGUEROA, 2009). E finaliza, que “norma constitucional – independente da sua estrutura ou do seu conteúdo normativo – é uma

¹ Neste significado não se trata da codificação de um ordenamento jurídico, diferentemente do primeiro significado que faz referência a uma constituição escrita.

² Entende-se como rígida, uma Constituição que é, primeiramente, escrita, e, protegida contra a legislação ordinária, não podendo ser derogada, modificada ou ab-rogada por esta.

³ Uma Constituição garantida é aquela assegurada por algum controle sobre a conformidade das leis a ela. Existem, segundo Guastini (2007), sistemas de controle bem diversos, entre eles: o modelo americano – controle a posteriori por via de exceção, o modelo francês – controle a priori, por via de ação, e o modelo alemão – controle a posteriori por via de exceção.

norma genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos” (GUASTINI, 2007, p. 275-276).

A “sobre-interpretação” da Constituição deve-se ao fato de que os intérpretes (juízes, órgãos estatais ou juristas), devem fazer uma interpretação extensiva da constituição, não se baseando apenas na interpretação literal (CARBONELL, 2009). A Constituição é um texto finito, com lacunas, não abarcando todos os aspectos da vida política e social, mas sim uma parte dela (GUASTINI, 2007). Ademais, tendendo a desconsiderar que a Constituição seja lacunosa, deve-se valer da “sobre-interpretação”, preenchendo-a com normas implícitas idôneas, de modo que não reste espaços vazios (GUASTINI, 2007).

O terceiro aspecto geral do processo de Constitucionalização do Direito, a aplicação direta da Constituição, reside no reconhecimento de que a Constituição é norma regente das relações privadas (CARBONELL, 2009), produzindo efeitos diretos, aplicada por qualquer juiz, em qualquer controvérsia (GUASTINI, 2007).

A interpretação das leis conforme a Constituição consiste em um método de interpretação da lei e não da Constituição. Trata-se da interpretação adequada das leis, “escolhendo – diante de uma dúplice possibilidade interpretativa – o significado (ou seja, a norma) que evita toda contradição existente entre lei e Constituição” (GUASTINI, 2007, p. 278).

O último aspecto – a influência da Constituição sobre as relações políticas⁴ – trata das questões políticas sendo discutidas no âmbito judicial. Para o jurista, tal aspecto depende de diversos elementos, como a postura dos juízes, órgãos constitucionais e atores políticos, como também do seu próprio conteúdo (GUASTINI, 2007, p. 279).

Com isso, o papel irradiador da Constituição no ordenamento jurídico, significado do processo de constitucionalização do Direito, reveste-se de diversas formas. Para entender as formas de tal processo, duas análises doutrinárias devem ser observadas: a análise de Schuppert/Bumke e a análise de Louis Favoreu (SILVA, 2005, p. 38).

A análise de Schuppert/Bumke, identificou cinco formas principais do processo de constitucionalização do Direito, são elas:

⁴ A judicialização da política consiste na apreciação, pelo Poder Judiciário, do cumprimento dos direitos e deveres constitucionais por via do direito de ação. Ocorre o deslocamento do poder, que antes estava nas mãos do Executivo e do Legislativo, para o Judiciário, ficando, este poder, com a incumbência de “examinar a argumentação política que está subjacente às normas jurídicas” (FIGUEROA, 2009, p. 459).

(1) reforma legislativa; (2) desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; (3) mudança de paradigma nos demais ramos do direito; (4) irradiação do direito constitucional – efeitos nas relações privadas e deveres de proteção; (5) irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária. (SILVA, 2005, p. 39).

Esse processo pode ser empreendido por três atores principais: o Legislativo, o Judiciário e a Doutrina. O Legislativo, ator principal do processo, pois a reforma legislativa é a forma mais efetiva do processo de constitucionalização. O Judiciário possui papel fundamental na Constitucionalização do Direito, através da aplicação, interpretação e controle de atos que envolvam direitos fundamentais. Por fim, a doutrina, que atua como alicerce teórico, levando a uma mudança de paradigma. (SILVA, 2005, p. 43-45)

A análise trazida pelo jurista francês Louis Favoreu⁵, elenca três grupos de constitucionalização: constitucionalização-elevação – aquela pela qual opera-se um deslizeamento de assuntos, até então confinados no compartimento infraconstitucional, para elevarem-se ao texto constitucional; constitucionalização-transformação – aquela que impregna e transforma os demais ramos do Direito, convertendo-os em Direito Constitucional Civil, Direito Constitucional Penal, dentre outros; constitucionalização-juridicização: traduz o surgimento da força normativa da Constituição, sendo mais uma condição necessária para o processo de constitucionalização do Direito do que uma categoria autônoma desse fenômeno (SILVA, 2005).

Ainda no tocante às generalidades do processo de constitucionalização do Direito, Barroso (2015, p. 17) aduz que tal processo repercute na atuação dos três Poderes, nas suas relações com os particulares e nas relações entre particulares. Veja-se:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele

⁵ Em paralelo com a análise da constitucionalização de Favoreu, Daniel Sarmiento (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014) elenca duas vertentes de compreensão, quais sejam, a constitucionalização-inclusão e a constitucionalização releitura. A constitucionalização-inclusão consiste no “tratamento pela Constituição de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados”. Trata-se da Constitucionalização-elevação de Favoreu. A constitucionalização-releitura traduz “a impregnação de todo o ordenamento pelos valores constitucionais”. Neste caso, os institutos, conceitos, princípios e teorias de cada ramo do Direito sofrem uma releitura, para, à luz da Constituição, assumir um novo significado. Trata-se da constitucionalização-transformação de Favoreu.

desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Perpassadas as generalidades do fenômeno da Constitucionalização do Direito, será abordada a origem e evolução de tal processo. Como já visto, o novo direito constitucional seguiu uma trajetória. Entretanto, tal trajetória teve a sua sequência de forma diferente em alguns países. É o caso do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França.

No Reino Unido, observa-se primeiramente a falta de uma constituição escrita e rígida, que, como foi visto, trata-se de uma condição necessária para o processo de constitucionalização. Ademais, nesse país vigora a supremacia do parlamento e não da constituição, não havendo uma jurisdição constitucional e nem um controle de constitucionalidade, entretanto em 1998 o “*human rights act*” foi incorporado no ordenamento jurídico inglês, sugerindo um tipo de controle de constitucionalidade, diferente dos modelos americano e europeu, chamado de declarações de incompatibilidade, com a instituição da Corte em contraste à supremacia do Parlamento. Com isso, poderá resultar no desenvolvimento desse novo controle de constitucionalidade em uma forma dialética entre Corte e Parlamento. (BARROSO, 2017; FELZEMBURG, 2006)

Nos Estados Unidos, berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a constituição é histórica e não contemporânea. Sua constituição é a mesma desde 1787, com aplicação direta e imediata pelo judiciário, norma jurídica, vinculante inclusive para o legislador, como se observa no “O Federalista” n. 78⁶, escrito por Hamilton, e, pouco depois no julgamento do famoso caso *Marbury X Madison*⁷, em 1803, no qual, pela primeira vez, foi declarada inconstitucional no país uma lei federal. (BARROSO, 2015). Ademais, os direitos fundamentais não estão expressos na Constituição, gerando um “debate acerca da legitimidade e limites da atuação do judiciário na aplicação de

⁶ No Federalista, percebe-se, em uma passagem que se nega a superioridade do judiciário: “Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do legislativo, porque contrários à Constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica uma superioridade do judiciário sobre o legislativo”. (HAMILTON ; MADISON; JAY, 1961)

⁷ O Caso “*Marbury contra Madison*” foi decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo considerado a principal referência para o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário. Nesse julgado firmou-se a regra da supremacia da Constituição, cabendo ao Judiciário afastar como nulas as leis que contrariam a Constituição. Isso permitiu a chamada “*Judicial Review*”, a possibilidade de o Judiciário rever mesmo leis federais que contrariam a Constituição. Com isso a separação de poderes foi redefinida, aumentando a importância do Judiciário.

valores substantivos e no reconhecimento desses direitos fundamentais que não se encontram expressos” (BARROSO, 2015, p. 15).

Já na França, a trajetória da constitucionalização do Direito foi menos marcante, “seja em razão do modelo de controle de constitucionalidade adotado no país – exclusivamente preventivo – seja pela subsistência, em alguma medida, do culto à lei, tributário da tradição francesa de soberania do parlamento” (SARMENTO, 2006, p. 167-168). A constituição francesa é de 1958, mas foi a partir da década de 70, que o processo iniciou seu curso, por duas razões: em 1971, numa decisão em matéria de liberdade de associação e o surgimento do bloco de constitucionalidade; em 1974, quando aprovada uma emenda constitucional conferindo legitimidade para o controle de constitucionalidade (SARMENTO, 2006). O processo de constitucionalização da França, apesar da resistência da doutrina mais tradicional, ainda busca afirmação reconhecendo aos poucos a impregnação da ordem jurídica pela constituição (BARROSO, 2015).

Passa-se agora à análise de alguns países que seguem a evolução normal do processo de constitucionalização do Direito, com origem na Europa na segunda metade do século XX, inicialmente na Alemanha, seguida da Itália e depois por quase todos os países europeus (BARROSO, 2015).

A constitucionalização do Direito na Alemanha ocorreu sob a vigência da atual lei fundamental de 1949, e foi impulsionada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional do país, que afirmou que a Constituição contém uma ordem de valores, em cujo centro está o princípio da dignidade da pessoa humana, que se irradia por todo ordenamento jurídico (SARMENTO, 2010). Ou seja, os direitos fundamentais passam a desempenhar também a função de “instruir uma ordem jurídica de valores” (BARROSO, 2015, p. 15). O paradigmático Caso Luth⁸, julgado em 15 de janeiro de 1958, foi o primeiro precedente. Nesse caso, o Tribunal Constitucional, decidiu que sempre cabe ao Judiciário examinar se os dispositivos legais a serem aplicados guardam compatibilidade material com os direitos fundamentais, prevalecendo a vinculação aos direitos fundamentais e seu efeito irradiante sobre o direito privado. A partir do caso Luth, o Tribunal Constitucional, baseado no catálogo de direitos fundamentais da

⁸ Tratou-se de um boicote a um filme de diretor nazista. Ação baseada no Código civil alemão (BGB) com base no prejuízo causado ao filme, concedido pelo tribunal local. Assentou a Corte constitucional alemã que os direitos fundamentais eram, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado, assim como as normas de direito fundamental incorporar-se-ia também um ordenamento axiológico. Dessa maneira, o caso Luth influenciou a jurisprudência dos tribunais ordinários, ao mesmo tempo que possibilitou o desenvolvimento não somente da dogmática da liberdade de expressão como de toda a teoria geral dos direitos fundamentais.

Constituição Alemã, promoveu uma verdadeira revolução de ideias, principalmente no código civil⁹, invalidando dispositivos, impondo interpretação de acordo com a Constituição, determinando a elaboração de novas leis (BARROSO, 2015).

Na Itália, o fenômeno da constitucionalização do Direito ocorreu sob a égide da Constituição atual de 1947, mas somente após a instalação da Corte Constitucional, em 1956, que aconteceram mudanças, como a aplicação direta dos direitos fundamentais sem intermédio do legislador e, desde a sua primeira decisão, passou a afirmar a normatividade de todos os preceitos do texto constitucional (SARMENTO, 2010; BARROSO, 2015).

Com isso, ocorreu a redemocratização da Europa pós 2ª Guerra Mundial, seguida da redemocratização de Portugal e Espanha na década de 70.

A constitucionalização do Direito na Espanha e em Portugal vêm ocorrendo após a promulgação da constituição de 1978 e constituição de 1976, respectivamente, que representam o fim de uma ditadura e reencontro dos países com a democracia. Na Espanha, a constituição traz um amplo elenco de direitos fundamentais interpretados de forma ativa e extensiva pelo tribunal constitucional, promovendo a irradiação nos outros ramos do direito. Portugal, com sua constituição social e dirigente, prevê expressamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, aliado ao sistema de jurisdição constitucional. (SARMENTO, 2006)

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL: PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Brasil seguiu os exemplos da Espanha e de Portugal de constitucionalização mais tardia, com a Constituição Federal de 1988, marco teórico da formação de um novo direito constitucional, fazendo uma travessia de um Estado Autoritário para um Estado Democrático de Direito, com a insurgência do princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Barroso (2015, p. 21), a Carta de 1988, simbolizou a “travessia democrática brasileira”. Com a Constituição de 1988, o direito constitucional “passou da desimportância ao apogeu” (BARROSO, 2015, p. 4).

⁹ Algumas mudanças no BGB: princípio da igualdade entre homens e mulheres (regime matrimonial, direitos dos ex-conjuges, poder familiar, nome de família); princípio da igualdade entre filhos legítimos e naturais (reforma no direito de filiação); uniões homoafetivas e direito dos contratos (BARROSO, 2015).

Na era pós-positivista, a Constituição de 1988 trouxe as transformações na aplicação do direito constitucional. Ao longo da década de 80, conseguiu superar debates e “patologias crônicas” ligadas ao modelo autoritário anteriormente vigente, consolidando a sua força normativa. O controle de constitucionalidade, já existente desde 1891, foi ampliado, reformulado e regulamentado em suas peculiaridades. (BARROSO, 2015, p. 6).

Os principais ramos do texto infraconstitucional foram tratados na Constituição Cidadã¹⁰. Princípios e regras que ascendem à Constituição, passam a ter caráter subordinante para com as demais normas. A Constituição brasileira passa a elencar o maior leque de direitos fundamentais do constitucionalismo mundial, abarcando as liberdades clássicas, os direitos econômicos e sociais, como também direitos de 3ª geração¹¹. Possui um amplo compromisso com os direitos humanos, sintonizados ao direito internacional. (SARMENTO, 2006)

A Constituição como centro do sistema jurídico, passou a dotar supremacia material e não apenas formal, não sendo apenas um sistema em si, mas um “modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito”¹². (BARROSO, 2015, p. 21)

Neste novo formato, com força normativa inédita e proteção de direitos humanos fundamentais de forma sublime, a Constituição passa a influenciar de forma direta as leis infraconstitucionais, as controlando com o sistema de constitucionalidade. Os direitos fundamentais são protegidos na Constituição de 1988 como “cláusula pétrea”, inclusive, conforme dispõe o seu art. 60, § 4º, IV, não podem ser abolidas por lei e nem por emenda constitucional. Para Piovesan (2003, p. 350), na “Constituição de 1988 há uma redefinição do Estado brasileiro, bem como dos direitos fundamentais”.

Com isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, aplicados e interpretados como normas jurídicas que vinculam todas as demais e não apenas como trechos declaratórios. (CANOTILHO, 2002)

O Brasil passou a respeitar e a preservar as liberdades, os direitos fundamentais, os direitos humanos e as garantias individuais, garantindo a efetivação e a concretização desses direitos, e, seguindo a tendência do Neoconstitucionalismo, incorporou em seu texto

¹⁰ A Constituição Federal de 1988 foi batizada de Constituição Cidadã pelo então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses de Guimarães, num contexto de busca pela defesa e pela realização dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade.

¹¹ Existe uma certa divergência a respeito da nomenclatura a ser dada à evolução histórica de inserção dos direitos fundamentais nas Constituições, sendo que alguns entendem que a terminologia correta seria a expressão “geração”, e outros afirmam que o termo correto seria “dimensão”.

¹² Trata-se da “filtragem constitucional, no sentido de que a Constituição é a lente utilizada para a leitura de toda ordem jurídica.

expressamente, como fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo.

A dignidade da pessoa humana é a fonte e fundamento de todos os direitos fundamentais, “diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para ponderação de interesses, parâmetro para a validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos” (SARMENTO, 2016, p. 98-99).

Essa é a preocupação desse novo Estado Constitucional: a incorporação explícita de valores, princípios, especialmente no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Como essa ótica, a nova teoria constitucionalista, ao voltar os olhos para a Constituição, garante a ampliação do debate sobre os direitos fundamentais.

Nesse sentido, se uma norma não está em harmonia com a Constituição, significa dizer que ela também não está em consonância com os direitos fundamentais, e utilizando o controle de constitucionalidade, tal norma será rechaçada do ordenamento jurídico.

As Constituições do mundo ocidental já citadas são exemplos de textos que acolheram e garantiram destaque aos direitos fundamentais, buscando, inclusive, solução de conflitos jurídicos baseados em tais direitos.

Além da interpretação conforme a Constituição, como nova técnica de interpretação também está a ponderação de interesses no caso de conflitos, proporcionando uma maior aplicação e preservação dos direitos fundamentais. Ademais, os direitos fundamentais também recebem destaque na solução dos conflitos por meio da nova argumentação jurídica. E, nesse contexto de novo constitucionalismo, a aproximação do direito com a ética deduz-se na aproximação da Constituição com seus Direitos fundamentais.

Ou seja, é inegável a elevação da discussão dos direitos fundamentais no contexto do Neoconstitucionalismo e da constitucionalização do Direito. Seja pela argumentação, pela ponderação ou pela aproximação do direito e ética.

Neste sentido, pode-se afirmar que a concretização dos fins propostos pelo Estado Democrático de Direito somente será atingida com a efetiva proteção e reconhecimento aos direitos fundamentais. Assim, “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.” (BOBIO, 2002, p. 1)

Com isso, aduz-se que quanto mais os direitos fundamentais são efetivados, mais se consegue atingir o ideal democrático. O grau de democracia de uma sociedade advém dos direitos fundamentais, pois é a democracia que condiciona a eficácia dos direitos fundamentais (BRANCO, 2000).

Ademais, os direitos fundamentais limitam a atuação do poder público, defendendo a pessoa humana frente à ação do Estado. Trata-se, para Canotilho (2002), da primeira função dos direitos fundamentais¹³.

Percebe-se que as transformações trazidas pela perspectiva neoconstitucional têm como principal desafio a efetiva concretização dos direitos fundamentais – valores máximos do Estado Democrático de Direito – com o princípio da dignidade da pessoa humana de forma basilar.

Tal desafio pode ser observado na longa caminhada que o ordenamento jurídico brasileiro se encontra. Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 20), em sentido contrário à Barroso (2015), acerca do processo de constitucionalização do direito no Brasil, aduz:

No Brasil, a Constituição não triunfou, tampouco triunfou a ciência que se ocupa do seu estudo. Nem mesmo a propalada constitucionalização do direito denota condição vitoriosa dos valores constitucionais. [...] No nosso país muito há ainda a caminhar até que se possa efetivamente concluir, com acerto, que o direito se constitucionalizou [...] A suposta constitucionalização do direito não é decorrência de um despertar constitucional no Brasil.¹⁴

Por todo o exposto, percebe-se que o novo direito constitucional e o fenômeno da constitucionalização do Direito que teve como marco a Carta de 1988, através de diversas características trazidas, como a força normativa da Constituição, as novas técnicas de interpretação jurídica, a nova argumentação jurídica, o princípio basilar da dignidade da pessoa

¹³ Para Canotilho: “Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sobre uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico – objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico – subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 2002, p. 407)

¹⁴ O referido autor trata do constitucionalismo brasileiro tardio, que não foi fruto, em absoluto, de um fator temporal, mas de “causas históricas, políticas e jurídicas”, e, da falta de uma cultura constitucional – “comportamentos e condutas, públicas ou privadas, tendentes a: I) preservar a ‘vontade de constituição’; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional” – nos Estados organizados através de uma Constituição que se faz ineficaz. SILVA NETO, 2016, p. 19)

humana e a aproximação do direito com a ética, contribuíram e contribuem para a efetivação dos direitos fundamentais.

Muito já foi alcançado, porém ainda é visto como um desafio. Por isso a importância da ampliação do debate sobre os direitos fundamentais no seio do atual sistema, pois, não importa quão bom é um texto constitucional quando se indaga sobre a possibilidade ou não da concretização do que almeja uma sociedade: um mundo justo, plural, fraterno.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, a partir do período pós-guerras, com o advento do novo direito Constitucional e o fenômeno da Constitucionalização do Direito, observaram-se diversas transformações no ordenamento jurídico mundial e pátrio.

A Constituição da República de 1988, marco do novo direito constitucional no Brasil, ampliou consideravelmente o leque de direitos fundamentais – com o princípio máximo da dignidade da pessoa humana, de forma basilar – no intuito de dar-lhes a sua real importância no contexto histórico, social e político. Importante observar que a valorização destes direitos é o caminho a seguir quando se objetiva assegurar a todos uma existência digna e igualitária.

Nesse contexto, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, aplicados e interpretados como normas jurídicas que vinculam todas as demais e não apenas como trechos declaratórios.

Ademais, não se discute o papel que o Neoconstitucionalismo e o fenômeno da constitucionalização do Direito tiveram na ampliação dos direitos fundamentais no seio do ordenamento pátrio, entretanto, é necessário que tais direitos sejam efetivados para a concretização dos fins propostos pelo Estado Democrático de Direito.

Observou-se que a força normativa da Constituição, as novas técnicas de interpretação jurídica, a nova argumentação jurídica, o princípio basilar da dignidade da pessoa humana e a aproximação do direito com a ética – características do Neoconstitucionalismo e da constitucionalização de Direito – contribuíram e contribuem para a efetivação dos direitos fundamentais.

Com efeito, conclui-se que a soma das diversas características do Neoconstitucionalismo e da constitucionalização de Direito atua positivamente na efetivação dos direitos fundamentais, porém o debate ainda tem que ser muito ampliado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 12 de maio de 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FELZEMBURG, Daniel Martins. Direitos fundamentais no reino unido: um estudo *do human rights act*. In: **PRISMAS: Dir., Pol.Pub. e Mundial.**, Brasília, v.3, n, 2, p 217-242, jul/dez., 2006.

FIGUEROA, Alfonso García. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUASTINI, Riccardo. A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. Fifth printing. New York, Mentor Book/ The New American Library Inc., 1961. Tradução de Cid Knipell Moreira.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. sn. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

SHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Leonardo Lessa Prado. A Constitucionalização do Direito como Paradigma para a Ciência Jurídica: o necessário cuidado para com algumas armadilhas do Neoconstitucionalismo Brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes (Coords.). **Temas do Pensamento Constitucional Brasileiro**. Volume IV. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.