VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

THAIS NOVAES CAVALCANTI

ALESSANDRA APARECIDA SOUZA DA SILVEIRA

Copyright © 2017 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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alessandra Aparecida Souza da Silveira; Armando Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Thais Novaes Cavalcanti – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-500-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

A presente publicação intitulada “Teoria Constitucional” é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, no dia 8 de setembro de 2017, por ocasião do VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Braga, Portugal, nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

No supracitado Encontro, o referido GT apresentou os seus trabalhos juntamente com o GT “Teorias da Democracia e Direitos Políticos” sob a coordenação da Professora Doutora Alessandra Aparecida Souza da Silveira (Universidade do Minho), dos Professores Doutores Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB) e José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e da Professora Doutora Thais Novaes Cavalcanti (Universidade Católica de Salvador).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Assim, questões relevantes, a exemplo da “Teoria da Constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo”, entre outras, constituem a presente coletânea.

Assim, este Livro apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que convidam ao debate e acerca das constituições e, portanto, contribuem de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, o de levar à comunidade acadêmica e à sociedade em geral uma contribuição relativa à sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Profa. Dra. Alessandra Aparecida Souza da Silveira

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Thais Novaes Cavalcanti

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS DIMENSÕES DA MORAL PÚBLICA E DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

THE DIMENSIONS OF PUBLIC MORALITY AND RIGHTS IN THE CONSTITUTIONAL STATE

Luiz Henrique Urquhart Cademartori [1]
Marcos Leite Garcia [2]

Resumo

O artigo tem como objetivo os atuais problemas que permeiam o fenômeno do atual Estado de Direito, previsto como modelo jurídico-político de configuração neoconstitucional. Considerados os fatores, alguns autores afirmam a existência de um novo modelo estatal chamado Estado Constitucional. Seguindo este rumo, são analisadas e discutidas algumas das atuais concepções teóricas que objetivam apontar as especificidades do Estado Constitucional diante dos modelos anteriores, o seja, o Estado Liberal e Estado Social. Como corolário desta análise, é sugerida uma configuração própria de Estado Constitucional, levando-se em conta, fundamentalmente, a consolidação das garantias jusfundamentais.

Palavras-chave: Direito constitucional, Neoconstitucionalismo, Direito público, Filosofia do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The article points out the current impasses that surround the phenomenum of the present State of Law, mentioned as the judicial-political model of neoconstitutional configuration. Considering these factors, some authors confirm the existence of a new state model called Consitutional State. In this diapason, some current theorical conecptions are analysed and discussed to point out the particularities of the Constitutional State in relation to the previous models, the Liberal State and the Social State. As a corollary of these analysis, is suggested a new configuration particular to the Constitutional State, considering, initially, the consolidation of the fundamental legal guarantees.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Neoconstitucionalism, Public law, Philosophy of law

[1] Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Cursos de Mestrado e Doutorado

[2] Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI-SC, Cursos de Mestrado e Doutorado. Professor do Programa de Mestrado da Universidade de Passo Fundo-RS

Introdução

Quando tem-se em conta o novo contexto interpretativo que se desenvolve no ambiente jurídico atual, subjacentemente, o que de acordo com alguns autores, seria definido como uma nova matriz epistemológica de direito, o fenômeno batizado como pós-positivismo[1] ou neoconstitucionalismo, entre outras expressões. Dito fenômeno tem como um dos seus principais desafios no campo estritamente legal, o equacionamento entre as dimensões da lei, da moral e da política. Isso ocorreria ao estabelecer as suas formas de entrelaçamento, o que pressupõe o desenvolvimento de padrões de racionalidade baseados mais na formal do que o cientificismo, típica do positivismo jurídico razoabilidade razoável. Entretanto, o neoconstitucionalismo é um fenômeno que transcende a dimensão puramente jurídica, também encontrando seus fundamentos a partir de uma concepção de Estado de Direito e de uma nova maneira de enfocar o papel da Constituição, ac cargo dos poderes públicos e da própria sociedade.

De fato, a expressão "neoconstitcionalismo" não é facilmente assimilada e muito menos é o conteúdo do que ele designa. Preliminarmente, alguns autores como Prieto Sanchís (1999, p. 420) sugerem uma identidade semântica no "neoconstitucionalismo" com o termo "constitucionalismo contemporâneo" (e a estes termos somariam a expressão "pós-positivismo"). Em segundo lugar, o significado de tais expressões se refere tanto ao modelo de organização jurídico-política, ou de Estado de direito, bem como, o tipo de teoria do direito que se faz necessária para explicar tal modelo, sendo mesmo possível que esteja se referindo a um terceiro significado de neoconstitucionalismo, como uma ideologia.

Uma vez considerada, então, toda a complexidade que encerra o tema, então será, para efeitos deste estudo, uma análise que destacará em primeiro lugar a sua dimensão político-institucional, sob um fundo constitucional, e, em seguida, o aspecto operacional da teoria da decisão judicial, diferente do modelo positivista clássica.

No tocante à metodologia empregada, consigna-se que, na fase de investigação o método utilizado foi o Indutivo , na fase de tratamento dos dados o cartesiano e , no

[1] Veja-se nesse sentido, o prólogo de Albert Calsamiglia na edição espanhola da obra: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio.** Barcelona: Ariel, 1989. Ademais de: CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante (Espanha), v. 21, p. 209-220, 1998.

presente artigo, é empregada a base indutiva . Foram acionadas as técnicas do referente , da pesquisa bibliográfica e do fichamento , conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos (PASOLD, 2011, p. 54 e 206).

1. Panamorama geral do constitucionalismo e do Estado constitucional

Adentrando, então, nesta aparente nova faceta do paradigma jurídico-constitucional, e também político, chama a atenção o pioneirismo de Nicola Matteucci que há cinquenta anos já mostrara a relação entre constitucionalismo e positivismo, na Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile em 1963[2].

Com efeito, o constitucionalismo, sob esta nova configuração, apresenta suas características mais significativas no final da Segunda Guerra Mundial, sendo exemplos dessa nova realidade as constituições da Itália de 1947 e da Alemanha de 1949; seguidas pelas constituições de Portugal de 1976, e da Espanha de 1978. Mas, estas cartas são apresentadas apenas como marcos iniciais que demarcam o início de um novo fenômeno jurídico-político cuja realidade se desdobra, essencialmente, de forma dinâmica a partir de uma concepção estatal interventora de caráter social, normativamente instituídas pelas constituições dirigentes já mencionadas. No entanto, os princípios e normas programáticas de caráter sócio-econômico e cultural de tais constituições, encontram, efetivamente, um horizonte de aplicabilidade, a partir do desenvolvimento de teorias hermenêuticas e de argumentação jurídica mais recentes desenvolvidas no âmbito do Estado Constitucional .

Entretanto, o que foi exposto até aqui, parece levar a uma identidade entre o que é denominado de Estado de Direito, *Welfare State*, ou Estado Constitucional, como aliás, de fato muitos entendem. No entanto, parece que há certas especificidades próprias de cada um, o que os tornam fenômenos merecedores de uma certa diferenciação conceitual e metodológica.

[2] Veja-se: MATTEUCCI , Nicola. *Positivismo giuridico e costituzionalismo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1963. *Apud:* CARBONELL, Miguel. Prólogo: nuevos tiempos para el constitucionalismo. *In:* _____ (org). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta. 2003, p. 11.

Na realidade, os Estados Sociais apresentam a preocupação de instituir princípios e garantias substanciais aos cidadãos, incrementando a esfera dos direitos fundamentais, caracterizados até então pelas liberdades públicas, somando-se a estes direitos, outros de ordem sócio-econômica e cultural. Assim, se as liberdades públicas foram desenvolvidos em um aspecto de atuação negativa do Estado com respeito ao cidadão, ou seja, a abstenção diante de sua esfera de liberdade; já com o surgimento dos direitos sociais (também chamados direitos fundamentais de segunda geração), estes passam a demandar uma atuação positiva do Estado com o objetivo de incrementar novos direitos de ordem assistencial, de segurança social e trabalhista, entre outros. Mas, este novo contexto constitucional não foi acompanhado por instrumentos jurídico-processuais efetivos para alcançar sua consecução ou garantias de cumprimento de tais direitos no eventual caso de omissão dos poderes públicos. Portanto, as medidas de intervenção no Estado Social, dependiam mais das iniciativas governamentais, em maior ou menor grau, conforme a vontade política do poder estatal, de que uma possível medida judicial adotada pelos cidadãos sempre que posto ao desabrigo dos direitos sociais.

Ademais, esses instrumentos de atuação judicial, ainda que já existentes, necessitavam de um fundamento jurídico que - ao mesmo tempo em que legitimassem eficazmente decissões judiciais de ordem política-social - respeitassem os demais poderes do Estado, sem comprometer a sua harmonia e independência, como conquistas intocáveis e necessárias de um Estado de Direito. Dessa forma, pode-se adiantar uma especificidade própria do Estado Constitucional, como uma realidade política e jurídica preocupada, essencialmente, com a implementação efetiva dos direitos fundamentais consagrados nos estados liberal e social. Já, a distinção entre Estado de Direito (assim designado no clássico Estado Liberal) e Estado Constitucional, de acordo com Perez Luño (2002, p 94-96), reside em um deslocamento triplo do papel desempenhado, em termos institucionais, das normas constitucionais e infraconstitucionais, cuja posição no atual Estado Constitucional passa a ser a seguinte:

1 - deslocamento do princípio de primazia da lei para o princípio da primazia da Constituição;

2 - deslocamento da reserva da lei para a reserva constitucional;

3 - deslocamento do controle jurisdicional da legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Em linhas gerais, no Estado Constitucional, os poderes se encontram delimitados e configurados a partir de um direito baseado principalmente em princípios constitucionais, formais e materiais, tais como os direitos fundamentais; a função social das instituições públicas; a divisão dos poderes e a independência dos tribunais.

Esses fatores, por sua vez, apresentam como resultado, uma forma de Estado na qual há uma legitimidade democrática pluralista e controle do poder político e dos poderes sociais.

2. Dificuldades atuais do Estado Democrático de Direito

O tema do Estado de Direito e Estado Constitucional de Direito sempre foi polêmico. O termo *constitucional* é fundamental na distinção de um e outro. A questão da democracia é certamente o grande tema de nossa era, assim como sua vinculação com os diretos fundamentais ou direitos humanos[3]. Os direitos humanos e a democracia servem de legitimidade para os respectivos sistemas. Estamos falando do modelo de Democracia Constitucional. E não da Democracia Plebiscitária ou da simples democracia das maiorias. Regras prévias previstas em uma Constituição. Trata-se de um novo modelo como leciona Luigi Ferrajoli[4]. Mesmo as piores ditaduras querem ter a vestimenta de legitimidade, de democrática e de serem um Estado de Direito. E na

[3] Sobre o tema da relação do Estado de Direito e os Direitos Humanos, veja-se o interessante artigo do professor espanhol: DÌAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí. Vol. 11, n. 1. p. 27-33. Jan.-jun 2006.

[4] Veja-se: FERRAJOLI, Luigi. La Democracia Constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et. al. Madrid: Trotta, 2008. p. 25-41.

atualidade o principal problema não é mais o das ditaduras, de regimes autoritários, e sim de pretensas democracias que não são de maneira alguma um Estado Democrático de Direito.

Segundo Elías Díaz (2010, p. 13-14) é a sua principal característica: o Estado de Direito é o império da lei! Uma vez que exige a submissão, a subordinação a lei de todos os poderes do Estado; assim como a todos os poderes não estatais, sociais, econômicos etc., e logicamente, de todos os cidadãos. De esta forma, segue o professor espanhol: a. o legislativo, "(...) o Parlamento que representa ao povo, em quem reside a soberania, é em este sentido poder prevalente por ser quem - de acordo com a Constituição - fabrica as leis, quem pode derrogá-las ou fazer as mudanças. E isso vale e deve valer tanto no âmbito nacional (e/ou estatal) como, com necessárias transformações , para o imediato futuro transnacional (supra-estatal)". Da mesma forma, segue Elías Díaz (2010, p. 13-14), "(...) os Poderes executivos e judiciário devem atuar sempre em seu marco, dentro da legalidade, com possíveis e restringidas zonas de discricionariedade, nunca de arbitrariedade (...)", isto é, ainda que função criadora ou interpretativa, deve estar sempre dentro do sistema jurídico, deve ser integradora. Em especial alude Elías Díaz (2010, p. 14) a função de controle sobre o Governo, sobre a administração, com fiscalização e responsabilidade política diante do Parlamento e responsabilidade jurídica diante dos Tribunais de Justiça.

Uma vez vistas estas rápidas e básicas características dos Estados de Direito importante recordar que também as ditaduras e os estados autoritários, com doutos e oportunistas juristas de plantão ao seu serviço poderiam alegar o império da lei; uma vez que os ditadores conseguem encontram facilidades, uma vez que se servem do medo, do terror, da violência, da mentira e da falta de liberdade, para converter em leis suas tendenciosos interesses, ou de seu clã oligárquico, assim suas arbitrariedades falaciosamente aparentam ser legal (DIAZ, 2010, p. 14). Ainda que as ditaduras aparentemente parecem pertencer ao passado -claro com absurdas e contundentes exceções atuais, o problema do Estado de Direito falaciosamente democrático é muito mais atual do possamos pensar.

Sem duvida, em pleno século XXI, a falácia das democracias e Estados de Direito de fachada são mais sutis, assim como os golpes de Estado. Como exemplo os ocorridos em Honduras, Paraguai e Brasil recentemente. Na América Latina aquelas

questões listadas por Norberto Bobbio em seu texto histórico e ainda atual, *o futuro da democracia*, as por ele chamadas promessas da democracia que não foram cumpridas. Quais sejam, entre outras arroladas pelo professor de Turim, por exemplo as seguintes cinco questões ou promessas não cumpridas segundo Bobbio (2000, p. 34-46): 1). O nascimento de uma sociedade pluralista a partir de uma ideia de tolerância e de solidariedade: valores universais de igualdade dentro de uma igualdade formal com políticas públicas de igualdade material - assistimos ao contrário, um mundo cada vez mais individualista e egoísta dentro da lógica de um consumismo cada vez maior e de alienação e aceleração social (ROSA, 2016). 2). O fim das oligarquias: vemos ao contrário a persistência das oligarquias com o aumento das desigualdades sociais e o empoderamento cada vez maior de uma minoria endinheirada, ademais do controle da mídia por parte das oligarquias com a manipulação de uma opinião pública baseada na mentira (CHONSKY, 2013). 3). A chamada por Bobbio: *rechanche dos interesses*, ou por Gerardo Pisarello (2012): *um longo Termidor* (Un largo Termidor, em espanhol), quando as forças reacionárias e conservadoras vão mimando os Direitos Fundamentais das maiorias, ou ainda como o faz de conta da América Latina tão bem descrito pela Constitucionalização Simbólica de Marcelo Neves (2007) ou a Sala de Máquinas das Constituições da América Latina de Roberto Gargarella (2015); ou ainda quando na atualidade vemos os interesses de uma minoria prevalecer sobre os Direitos Fundamentais de uma ampla maioria. 4). O poder invisível ou os poderes invisíveis nas palavras de Bobbio, ou ainda mais recentemente os poderes selvagens nas palavras de Luigi Ferrajoli (2011), ou seja, os poderes econômicos, políticos que manipulam a realidade em favor de uma minoria e que são superiores aos poderes do Estado, fazendo que o Estado Democrático de Direito seja apenas uma falácia. 5). A educação do cidadão. A promessa não cumprida do cidadão não-educado nas palavras de Bobbio, e desenvolvido como projeto político prático e como teoria na obra de seu principal discípulo espanhol, Gregorio Peces-Barba (2007), como Educação para a cidadania e os direitos humanos. A importância da educação do cidadão é fundamental para a Democracia, certamente.

Poderíamos estender essa situação para todos os países, e não somente para o Brasil e América Latina, com o advento de uma ideologia neoliberal, um pensamento economicista contrário à igualdade, aos direitos de igualdade (direitos sociais, direitos trabalhistas, educação para a cidadania e os diretos humanos, saúde e previdência

pública). Pensamento este que faz impossível a existência de verdadeiras democracias e de uma situação plena de paz baseada nos direitos fundamentais desfrutada por livres cidadãos que sejam respeitados em sua dignidade como pessoa humana.

3. Aspectos diferenciadores do Estado Constitucional

Entretanto, para estabelecer uma nítida demarcação no que é entendido como Estado de Direito, Estado Social e Estado Constitucional, tais diferenciações ainda podem apresentar um caráter em certa medida um tanto difuso. De fato, de acordo com alguns autores, estabelecer limites rígidos ou apontar uma simples superação de um modelo jurídico-político por outro, não procedem.

Das muitas críticas que podem ser feitas a uma concepção estrita de Estado Constitucional como fenômeno rigorosamente diverso do suas formas anteriores, podem-se destacar algumas observações. Pérez Luño (2002, p 94-96), por exemplo, salienta entre outras críticas, que a redução do Estado de Direito Liberal ao Estado de legalidade pura (como eles apresentada por autores como Zagrebelsky, a partir do conceito de Estado Legislativo) não poderia ser tomada como indiscutível. Para isso, o jurista espanhol destaca a contribuição de juristas como Herman Heller[5] e outros do início do século XX ou mesmo mais recentemente, como Konrad Hesse[6] afirmando que o Estado de Direito é um modelo jurídico-político da legalidade legítima e legitimidade legalizada.

O primeiro significado dessa formulação usa o fato de que o Estado de direito é um Estado cujas leis são uma expressão da soberania popular e são destinadas a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. E o segundo sentido traduz-se na ideia de que a conquista dos direitos jusfundamentais é feita através de processos regulatórios e de acordo com a estrutura organizacional da divisão dos poderes políticos.

A outra observação crítica da Perez Luño (2002, p 94-96) aqui destacada diz respeito à concepção reducionista do positivismo jurídico - típica dos estados de direito

[5] Veja-se: HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Traducción de Luis Tobío. Méjico: Fondo de Cultura Económico. 1990. Título original: *Staatslehre*.
[6] Neste sentido, veja-se: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. Título original: Die normative kraft der verfassung.

- que ao circunscrevê-lo à lei omite certas contribuições doutrinárias, tipicamente positivistas, que são decisivas também para caracterizar o estado constitucional atual.

O referencial teórico, aqui salientada, é Hans Kelsen e, mais precisamente, é necessário lembrar a sua contribuição para o modelo de desenvolvimento da jurisdição constitucional baseado no controle concentrado de constitucionalidade das leis, como um contraponto ao modelo típico americano de controle difuso de constitucionalidade. O modelo de jurisdição constitucional concentrada de Kelsen foi consagrado na Constituição da Áustria em 1920 e mais tarde foi aperfeiçoado na reforma de 1929, atribuindo ao Tribunal Constitucional o controle centralizado e especializado de constitucionalidade de leis e atos de controle do governo.

Agora, o que caracteriza o Estado Constitucional e que o torna diferente, tanto do Estado Liberal como do Estado Social é que todas as disposições constitucionais de liberdades públicas do Estado Liberal e de Direitos socio-económicas e culturais do Estado Social estabelecidos em caráter formal, agora podem estar sujeitos à proteção judicial, isto é, são justiciáveis o que, acima de tudo, é devido a Kelsen. Na verdade, foi o jurista austríaco que contribuiu decisivamente para afirmar o papel do Tribunal Constitucional como o guardião da Constituição (Verfassung der Hutter) em sua polêmica com Carl Schmitt no estágio da República de Weimar em 1931.

Consideradas estas críticas, a proposta de Pérez Luño (2002, p 94-96), para uma diferenciação não rigorosa, mas gradual e eficaz entre Estado Liberal, Estado Social e Estado Constitucional é estabelecido a partir de uma correlação simétrica entre esses modelos juspolíticos e o desenvolvimento das três gerações de direitos fundamentais. Em termos mais claros, a evolução dos direitos fundamentais, desde o surgimento das liberdades civis individuais, através dos direitos sócio-econômicos e culturais e, finalmente, direitos difusos, seria simetricamente e, respectivamente, caracterizadoras das três formas de Estado antes mencionadas.

Portanto, o Estado Liberal, que corresponde à primeira geração dos direitos fundamentais, marca o início do Estado de direito na base das liberdades individuais que exigem a abstenção do poder político ante os direitos dos cidadãos.

O Estado social, por sua vez, incorpora a segunda geração dos direitos fundamentais, sendo traduzido para o ambiente legal e político no entrincheiramento

constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais adicionados ao caráter de abstenção Estado em face das liberdades civis que este novo modelo garantiria.

Por sua vez, o Estado Constitucional será identificado como Estado de Direito de terceira geração, assumindo o papel de definir os meios espaciais e temporais de reconhecimento gradual dos direitos de terceira geração, cujo conteúdo gira em torno de questões como a paz social, o direito nas relações de consumo, qualidade de vida ecológica e/ou a ampla liberdade de informação (incluindo, portanto, a mídia virtual). Assim, portanto delimitando direitos difusos, ou seja, o direito que não têm um alvo específico, seja ele coletivo ou individual como marca predominante de uma nova configuração estatal. No entanto, esta identificação também pode cair em uma armadilha reducionista, tal como o modelo que o mesmo Pérez Luño (2002, p 94-96) aponta, por assim dizer, uma identificação insuficiente para reduzir a complexidade de fatores que envolvem o Estado constitucional (e até de outros estados) para a gênese dos direitos fundamentais em suas diversas manifestações.

Aliás, o aspecto processual da garantia efetiva de aplicação dos direitos fundamentais constitucionais ou não, embora tenha experimentado em Kelsen desencadeamento, através do modelo de jurisdição constitucional concentrada, não deixou de ser aperfeiçoada desde então, a partir de várias fórmulas institutos, jurisprudência, e novas teorias. Todos estes desenvolvimentos, em termos de gerações de direitos de direitos fundamentais correspondem a um quarto nível, marcado por alguns como direitos para uma democracia substancial, isto é, uma sociedade onde esses mesmos direitos possuem mecanismos eficazes para materializar sua implementação (BONAVIDES, 1994, p. 516-524).

No exemplo do Brasil, que adoptou um modelo misto (concentrado e difuso) de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos são apresentados como exemplos desta realidade, garantias processuais, tais como o mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública e garantias institucionais como o novo papel do Ministério Público como ombudsman da sociedade, além da criação de instituições da advocacia pública e leis de controle fiscal e probidade pública, entre outros.

Já do ponto de vista da constituição dogmática, destacam-se os atuais modelos de hermenêutica constitucional, que, por sua vez, apoiam e tornam viáveis as técnicas

de decisão judicial, tais como a declaração de (in) constitucionalidade, com ou sem redução de texto legal, bem como as ações de inconstitucionalidade por ação ou omissão. Cabe agora então, descrever de forma resumida o modelo dogmático da jurisdição constitucional instituída no Brasil, como um exemplo dessa nova realidade jurídico-política.

4. A interpretação e aplicação das normas constitucionais segundo a dogmática brasileira

O ordenamento jutídico do Brasil entende que a supremacia das normas constitucionais e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos publicados pelo governo exigindo a preferência do intérprete constitucional, sempre, o significado da regra que melhor atenda a Constituição Federal.

Isto ocorre a partir de princípios que orientam a interpretação, tais como a da unidade da constituição (o que significa que a interpretação constitucional deve ser realizada de modo a evitar conflitos entre suas normas); do efeito integrador (o que significa que a solução de problemas constitucionais, deve ser dada com critérios de preferência que favorecem a integração política e social, bem como a unidade de aplicação de políticas); a máxima eficácia ou eficiência (que compreende que à regra constitucional deve ser atribuído sentido interpretativo que mais eficazmente lhe garanta a aplicação); da conformidade funcional (o que significava que os agentes responsáveis pela interpretação da Constituição não podem chegar a um entendimento que subverta ou altere ou ainda perturbe o esquema de organização e funcionamento da Constituição como um todo); concordância prática ou harmonização (isto é, a combinação e coordenação de bens em conflito, de modo a evitar o sacrifício total de uns sobre outros); a força normativa da Constituição (o que significa que, entre as várias interpretações possíveis deve ser dada à lei no sentido de análise de preferência para garantir maior eficiência, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais).

Isto significa que quando o intérprete-juiz se depara com um padrão plurisignificativa da lei deve dar-lhe o significado que está em maior conformidade com as normas constitucionais, visando assim evitar a sua declaração de inconstitucionalidade e consequente a expulsão de lei do ordenamento vigente. Obviamente, isso só será possível quando há um espaço de decisão derivada do espaço de atuação, aberto a várias propostas interpretativas nos termos da mesma Constituição. Esta técnica é chamada de interpretação conforme a Constituição.

Certamente, se não for possível encontrar a norma favorável ao sentido Constituição, será declarada inconstitucional, o que acarretaría a extinção da norma ou a redução parcial do seu texto (e esta técnica é chamada de declaração parcial de inconstitucionalidade com a redução de texto) na parte que eram incompatíveis com a Constituição (MORAES, p. 63-67).

No entanto, pode ocorrer o caso em que a sintaxe da disposição textual da norma não seja o problema. Quando esse fenômeno ocorre, é o caso de declaração de incostitucionalidad parcial sem redução de texto, sendo este um mecanismo desenvolvido para alcançar uma interpretação segundo a Constituição, e com o objetivo de preservar a constitucionalidade da lei ou ato normativo excluindo algumas de suas possíveis interpretações e determinar o que deve ser a sua leitura adequada.

Ao tratar desta última tentativa técnica a doutrina entra em conflito, pois parte dela afirma que existem diferenças entre a interpretação conforme a Constituição (a qual seria apenas técnica interpretativa) e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto que seria um caso de técnica de decisão judicial.

Sobre esta controvérsia, parece mais razoável a teoria que entende que ambas as hipóteses são complementares, de modo que, muitas vezes, tentando chegar a uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete deve declarar inconstitucionais algumas das possíveis interpretações do texto da norma, sem, entretanto alterá-lo na sua sintaxe[7].

Na verdade, a interpretação, decisão e implementação da lei são questões interdependentes, a tal ponto que não é possível tratar um deles sem necessariamente

[7] Nesse sentido: MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo.** p. 68 y MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional:** o controle abstrato no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199.

analisar as outras, o que explica o tratamento conexo que é dado a essas questões no campo dos atuais modelos de hermenêutica constitucional.

Conclusões

De tudo o foi observado, nos últimos tempos tem se desenvolvido, de forma significativa, a atenção despertada pelas novas realidades constitucionais para a necessidade de implementação efetiva de seus princípios de ordem material dentro da teoria e praxis do Direito. Em seu aspecto discursivo, diz-se que o papel atual da Constituição, tornou-se algo decisivo e intenso no campo jurídico-filosófico, a ponto de fundar uma nova teoria do Direito, que ainda estaria a ser definida, mas cujos fundamentos epistemológicos decorreriam do paradigma do constitucionalismo ou paradigma do Estado Constitucional de Direito (MENDES, 1996, p. 160).

Esses entendimentos, em alguns casos, estão relacionados com teorias de argumentação (tentando estabelecer conexões entre direito e moral), como é o caso de Robert Alexy[8] e Klaus Günter[9]. Por outro lado, poderia se adicionar a proposta do garantismo, que embora em bases divergentes das teorias de Alexy configura-se como outra vertente do atual constitucionalçismo normativista, cujo expoente e formulador é Luigi Ferrajoli[10]. Ou ainda, as contribuições críticas de Ronald Dworkin[11] ao positivismo clássico e a favor de uma nova concepção de direito, tal como apresentado no contexto de neoconstitucionalismo. Também pode-se somar a essas contribuições,

[8] Veja-se: ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation.*

[9] Veja-se: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. Título original: *Der sinn für angemessnheit: anwendungsdiskurse in moral und recht.*

[10] Veja-se: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 7.ed. Madrid: Trotta, 2005. Título original: Diritto e ragione.

[11] Veja-se: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio.** Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989. Título original: *Taking Rights Seriously*.

teorias dos direitos fundamentais de autores como Robert Alexy[12], Gregorio Peces-Barba[13], Antonio Enrique Pérez Luño[14] (que, como se observou, também traz contribuições para a configuração teórica do Estado Constitucional). Ademais da contribuição à dogmática constitucional de autores como Gustavo Zagrebelsky[15], Peter Häberle[16], Friedrich Müller[17] e no Brasil, autores como Ingo Sarlet[18] - mais precisamente no domínio dos direitos fundamentais - ou Lenio Streck no campo da hermenêutica jurídica. Neste último caso, o autor faz traz sua contribuição para a teoria do direito, ligando o desenvolvimento de uma hermenêutica da base em Gadamer[19], aplicando-se, principalmente, à dogmática constitucional.

Muito resumidamente, podemos dizer que Streck visa desenvolver um padrão de racionalidade jurídica que possa abranger o fenômeno da mediação linguística no direito, desvinculando de paradigma de representação metafísica baseada no conceito de que separa o sujeito do objeto de conhecimento. Isto traz como implicações o abandono de uma concepção de linguagem como um terceiro elemento que se interpõe entre o sujeito cognocivo e o objeto do conhecimento[20].

Como corolário a eles, o fenômeno do significado dos termos da lei, estabelece seus sentidos normativos através de um processo de linguagem que não é totalizante, ou

---

[12] Véase: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

[13] Veja-se: PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

[14] Veja-se: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2005.

[15] Veja-se: ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho ductil**: Ley, derechos, justicia. 5.e.d. Tradução de M. Gascón. Madrid: Trotta, 2003. Título original: Il diritto mite.

[16] Veja-se: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997. Título original: *Die offene Gesellschaft der Verfassunginterpreten*.

[17] Entre outros, veja-se: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[18] Veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficacia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

[19] Veja-se: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Vols. I e II. Petrópolis: Vozes, 1997. Título original: *Wahreit und Mehode*.

[20] Veja-se: STRECK, Lenio Luís. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002; y STRECK, Lenio Luís. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

seja, não inibe a multiplicidade de significados que podem apresentar lei e não é indiferente ao seu entorno de incidência. Pelo contrário, o significado afirma-se como um processo dialógico que considera, pragmaticamente, diversos contextos sociais e históricos e que tem como resultado um proceso de fusão de horizontes (Gadamer) entre o texto e o intérprete, uma proposta de razão emancipadora nos termos defendidos por Habermas. Tal desenvolvimento se refere à teoria da ação comunicativa do filósofo alemão e seus atuais deslindes, ainda que parta de uma fundamentação de carater procedimental-formal, conseguem lograr a tentativa de entrelaçar-se com as teorias de base de substancialista defendida por autores como Dworkin e no Brasil Streck.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Título original: Theorie der Juristischen Argumentação.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1993. Título original: Theorie der Grundrechte.

BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia**. 7.ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. Título original: *Il futuro della democrazia.*

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros. 1994.

CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta. 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. Pós-positivismo. **Doxa**: Journal of Philosophy of Law. Alicante (Espanha), v. 21, p. 209-220, 1998.

CHOMSKY, Noam. **Mídia**: propaganda política e manipulação. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

DÌAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí. Vol. 11, n. 1. p. 27-33. Jan.-jun 2006.

DÌAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 4.ed. Madrid: Taurus, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989. Título original: Taking Rights Seriously.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et. al. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez. 7.ed. Madrid: Trotta, 2005. Título original: Diritto e ragione.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. 2.ed. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução Flávio Paulo Meurer. Vols. I e II. Petrópolis: Vozes, 1997. Título original: Wahreit und Mehode.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Madrid: Kartz Editores, 2015.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Cláudio Tradução Molz. São Paulo: Landy, 2004. Título original: Der Sinn für angemessnheit: anwendungsdiskurse na moral und Recht.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Vols. 1 e 2. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: Faktizität und Geltung.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes Tradução. Porto Alegre: S.A Fabris, 1997. Título original: Die offene Gesellschaft der Verfassunginterpreten.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Tradução Luis Tobío. México: Fundo de Cultura Económica. 1990. Título original: Staatslehre.

HESSE, Konrad. **A regulamentação Força da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes

Tradução. Porto Alegre: S.A Fabris, 1991. Título original: Die Kraft der Verfassung normativa.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle Abstrato no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre. **Administrativo Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Tradução Peter Naumann. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica** : teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011..

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Direitos Fundamentais**: teoria geral. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid de 1995.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos**. Madrid: Espasa Calpe, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9.ed. Madrid: Tecnos de 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PISARELLO, Gerardo. **Un largo termidor**: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2012.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara. 1999.

.

ROSA, Hartmut. **Alienación y aceleración**: hacía una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía. Madrid: Kartz Editores, 2016. Título original: *Beschleunigung und Entfremdung*.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficacia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luís. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luís. **Jurisdiçao Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho ductil**. 5.e.d. M. Gascón Tradução de. Madrid: Trotta, originais 2003. Título original: diritto mite Il.