



**UNIVERSIDADE  
FEDERAL DO  
MARANHÃO**

---

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS DE IMPERATRIZ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

**JOÃO VICTOR TRINDADE DA SILVA**

**ASPECTOS HISTÓRICOS DA TEORIA NEOCONSTITUCIONALISTA E  
SUAS REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Imperatriz-MA

2025

**JOÃO VICTOR TRINDADE DA SILVA**

**ASPECTOS HISTÓRICOS DA TEORIA NEOCONSTITUCIONALISTA E  
SUAS REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), como requisito parcial para à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Dr. Marcio Fernando Moreira Miranda

Imperatriz-MA

2025

**JOÃO VICTOR TRINDADE DA SILVA**

**ASPECTOS HISTÓRICOS DA TEORIA NEOCONSTITUCIONALISTA E  
SUAS REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão (UFMA), como  
requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientador(a): Dr. Marcio Fernando Moreira Miranda

Imperatriz, 14 de janeiro de 2026.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Marcio Fernando Moreira Miranda  
Universidade Federal do Maranhão

---

Prof. Dr. Carlos Eduardo Ferreira Costa  
Universidade Federal do Maranhão

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Ellen Patrícia Braga Pantoja  
Universidade Federal do Maranhão

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

Silva, João Victor Trindade da.

ASPECTOS HISTÓRICOS DA TEORIA NEOCONSTITUCIONALISTA E  
SUAS REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO / João Victor  
Trindade da Silva. - 2026.

67 f.

Orientador(a): Marcio Fernando Moreira Miranda.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade  
Federal do Maranhão, Imperatriz-ma, 2026.

1. Constituição Federal de 1988. 2.  
Neoconstitucionalismo. 3. Direitos Fundamentais. I.  
Miranda, Marcio Fernando Moreira. II. Título.

*À minha querida família,  
Sou grato por esse amor que me deu  
força para chegar até aqui.  
Dedico em nome de seus esforços*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, que em sua infinita bondade me prestigiou com a vida e a oportunidade de cursar a faculdade de direito.

Ao Prof. Dr. Marcio Fernando Moreira Miranda, por me orientar durante esse árduo processo e pela sua disponibilidade e conselhos a respeito da pesquisa.

A Prof. Dra. Renata Caldas Barreto, que foi minha primeira orientadora, ajudando a dar o pontapé inicial nesse trabalho.

Aos meus pais, Manoel Ferreira da Silva Filho e Maria Trindade da Silva, e minha irmã, Jamilyle Trindade da Silva, que sempre me guiaram no caminho da idoneidade e me incentivaram a superar os obstáculos da vida.

A Universidade Federal do Maranhão, onde fui discente ao longo desses anos, dos quais foram difíceis, porém proveitosos.

*“Onde não há lei, não há liberdade.”*

**- John Locke**

## RESUMO

O presente trabalho visa desenvolver uma análise histórica sobre o constitucionalismo contemporâneo, com ênfase nos paradigmas da matriz teórica do neoconstitucionalismo e suas repercussões históricas, filosóficas e normativas no ordenamento jurídico brasileiro da Constituição de 1988. O estudo emprega a abordagem histórico-dogmática, na qual explora a evolução histórica na perspectiva das principais contribuições fornecidas pelas correntes liberais clássicas até as conquistas das constituições sociais, logo em seguida, examina-se a pertinência da deliberação de características metodológicas, especificamente no panorama contemporâneo fenomênico de surgimento e consolidação do neoconstitucionalismo, bem como a validade de aplicação na realidade brasileira. A pesquisa constata a eclosão de uma nova hermenêutica constitucionalista, a qual é pouco criteriosa na delimitação de seus contornos, mas promotora de mudanças significativas, principalmente as ocorridas após a Segunda Guerra Mundial e a ascensão do pós-positivismo no século XX, focando nos campos da centralidade das constituições e dos direitos fundamentais. Sintetiza-se ainda o papel do Judiciário na afirmação dos valores e princípios constitucionais, tal qual os desafios do ativismo judicial. Conclui-se que, o estudo promove recursos para o entendimento geral desta formulação, da qual pode ser ambígua por vezes, mas é crucial para reafirmar o papel das constituições na ordem jurisdicional e na garantia de direitos.

**Palavras-chave:** Constituição Federal de 1988; neoconstitucionalismo; direitos fundamentais.

## ABSTRACT

This paper aims to develop a historical analysis of contemporary constitutionalism, with emphasis on the paradigms of the theoretical matrix of neoconstitutionalism and its historical, philosophical, and normative repercussions within the Brazilian legal system established by the 1988 Constitution. The study adopts a historical–dogmatic approach, through which it explores historical evolution from the perspective of the main contributions provided by classical liberal currents up to the achievements of social constitutions. Subsequently, it examines the relevance of deliberating methodological characteristics, specifically within the contemporary phenomenological context of the emergence and consolidation of neoconstitutionalism, as well as the validity of its application to Brazilian reality. The research identifies the emergence of a new constitutional hermeneutics, which, although insufficiently precise in defining its contours, has fostered significant changes—especially those that occurred after the Second World War and the rise of post-positivism in the twentieth century—focusing on the centrality of constitutions and fundamental rights. The role of the Judiciary in affirming constitutional values and principles is also addressed, as well as the challenges posed by judicial activism. It is concluded that the study provides resources for a general understanding of this framework, which may at times be ambiguous, yet remains crucial for reaffirming the role of constitutions within the jurisdictional order and in the protection of rights.

**Keywords:** 1988 Federal Constitution; neoconstitutionalism; fundamental rights.

## LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Ato Institucional
ART	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2. AS DEFINIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1 Antecedente Históricos.....</b>	<b>17</b>
2.1.1 Constitucionalismo Antigo.....	18
2.1.1.1 Estado Hebreu.....	18
2.1.1.2. Estado Grego.....	19
2.1.1.3 Estado Romano.....	21
2.1.1.4 Constitucionalismo na Idade Média.....	22
2.1.2 O Constitucionalismo moderno.....	23
2.1.2.1 As constituições liberais.....	24
2.1.2.1.1. A Experiência Inglesa.....	24
2.1.2.1.2 A Experiência Estadunidense.....	25
2.1.2.1.3 A Experiência Francesa.....	26
2.1.2.2 O constitucionalismo social.....	28
2.1.2.2.1 Constituição Mexicana (1917).....	28
2.1.2.2.2 Constituição de Weimar (1919).....	30
2.1.3 Breve síntese histórica do constitucionalismo no Brasil.....	31
2.1.3.1 A constituição de 1824.....	32
2.1.3.2 A constituição de 1891.....	32
2.1.3.3 As constituições de 1934 e de 1937.....	33
2.1.3.4 a constituição de 1946.....	34
2.1.3.5 a constituição de 1967.....	35
2.1.4 neoconstitucionalismo: os primeiros passos.....	35
<b>3 O NEOCONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>37</b>
<b>3.1 Breve delimitação das propriedades do neoconstitucionalismo.....</b>	<b>38</b>
<b>3.2 Os marcos do neoconstitucionalismo.....</b>	<b>41</b>
3.2.1 Marco histórico.....	41
3.2.2 Marco filosófico.....	42
3.2.2.1 Jusnaturalismo moderno.....	43
3.2.2.2 Juspositivismo.....	44
3.2.2.3 Pós-positivismo e o paradigma neoconstitucional.....	46
3.2.3 Marco teórico.....	47
3.2.3.1 A nova força normativa.....	48
3.2.3.2 A expansão da jurisdição constitucional.....	50
3.2.3.3 A nova interpretação constitucional.....	51
<b>4. O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL.....</b>	<b>54</b>
<b>4.1 A constitucionalização e o direito infraconstitucional no ordenamento brasileiro.....</b>	<b>54</b>
<b>4.2 O papel da jurisdição constitucional no contexto brasileiro.....</b>	<b>57</b>
<b>4.3 Desafios do neoconstitucionalismo no Brasil.....</b>	<b>60</b>

<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>65</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A luta pelo reconhecimento de direitos sempre foi uma pauta enraizada na história mundial. Há vários exemplos de tentativas de ruptura da dogmática dominante, porém é importante notar que uma significativa parcela desses conflitos decorreram de uma reação às intransigências do Estado, que frequentemente agiam em desfavor da sociedade civil. Ou seja, a luta dos povos contra as violações do Estado é um fenômeno que permeia a história, desde a antiguidade até a contemporaneidade, reverberando em diferentes locais e períodos, diferenciando-se apenas na forma que se apresenta em cada contexto político, social, cultural, etc. Portanto, é dedutível que a amplitude de proposituras dos mecanismos de reivindicação, que foram perpetrados ao longo da evolução histórica, independem da sua efetividade ou não. Portanto, é possível determinar que houve momentos em que a mobilização organizada se agrupou de modo a se opor ao arbítrio do poder estatal.

Diante da crescente industrialização e valorização do conhecimento científico no mundo ocidental do século XIX, a sociedade se tornava cada vez mais engajada nas pautas de justiça social, as quais foram gradativamente incorporadas à estrutura do Estado, com o fim de combater a desigualdade social. Perante esse cenário multifacetado, marcado por avanços e retrocessos da trajetória histórica, as constituições assumem um papel central, não apenas na instrumentalização dos valores e garantias formais de direitos, mas na efetividade concreta dos mesmos. As constituições revelam o “espírito pátrio”, direcionando os sentidos conforme os princípios nacionais, de tal modo que sua execução plena se reflete na “personalidade nacional”.

Na experiência brasileira, o país passou por sucessivas transformações históricas que modificaram sua ordem política e jurídica, principalmente no modo de se relacionar com o direito normativo. Todos esses eventos culminaram na vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, um modelo que, além de necessário para a organização democrática, simboliza a superação do Estado autoritário e a consolidação da positivação dos direitos fundamentais. Tal constituição foi importante para a sociedade civil por múltiplas razões, mas,

sobretudo, por lograr êxito na redemocratização brasileira após um período de intensa instabilidade jurídica.

Nesse panorama, as constituições são essenciais para a concretização de direitos no núcleo normativo rígido que orienta o aparelho estatal, e em meio a isso, o Neoconstitucionalismo se insere como modelo adequado para explicar o panorama contemporâneo. A grande problemática reside na imprecisa definição dessa nova vertente do constitucionalismo, ao passo que se populariza como explicação para fenômenos jurídicos. Sendo assim, objetiva-se compreender como se sucedeu o afloramento desses direitos fundamentais na evolução histórica, mediante os fenômenos associados a constituições ocidentais e suas capacidades de institucionalizar a legalidade e, além disso, fixar um entendimento teórico amplo sobre os efeitos do movimento histórico “constitucionalismo”, sem entrar no campo dogmático da “teoria das constituições”, ainda que, porventura, seja necessário divagar sobre a natureza das normas jurídicas supremas, já que ambas são intimamente relacionadas.

O presente trabalho se organiza de maneira tal a afunilar os conhecimentos à medida que avançam os capítulos, partindo de um âmbito mais geral para o mais específico, isolando o objeto principal, o neoconstitucionalismo, em circunstâncias teóricas próprias do contexto brasileiro contemporâneo, por isso o raciocínio usado será o indutivo. O procedimento técnico deve destrinchar uma densa base teórica bibliográfica, porém recente, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, teorias jusfilosóficas, teses constitucionalistas e história das constituições, focando na exploração de suas ideias. Sendo assim, a pesquisa adota procedimento técnico de pesquisa bibliográfica, principalmente na exploração de livros, teses e dissertações, além de possuir um alcance descritivo, e considerando o objetivo de ponderar aspectos históricos, a abordagem será histórica.

Nesse íterim, o primeiro capítulo será dedicado a dissertar sobre as pertinências do constitucionalismo em um contexto mundial, tendo em vista sua proposição principiológica de modelo orientador e estruturante de combate a arbitrariedades, além de se ter feito presente em eventos de grande relevância mundial e de profundas mudanças sociais, econômicas e políticas, especialmente no hemisfério ocidental. Desse modo, rebuscando o debate para a centralidade das normas no processo histórico e da legitimidade democrática na conquista e normatização de direitos humanos.

Por sua vez, para que se possa sintetizar sobre as matrizes teóricas do neoconstitucionalismo, O segundo capítulo traçará um retorno às origens dos marcos, que foram decisivos para a sua teorização, e suas propriedades, que estruturam e caracterizam o fenômeno do neoconstitucionalismo, atravessando a história em busca de exemplos que impactaram o entendimento moderno e refletindo sobre a relevância dessa teoria hodiernamente. No mais, será alçada uma aproximação a visões crítico-analíticas que culminaram no exame de argumentos vinculados aos temas centrais das dogmáticas do neoconstitucionalismo.

O terceiro capítulo tem a finalidade de se aprofundar nas dinâmicas entre a fase atual do constitucionalismo e a Constituição Federal de 1988, principalmente no tocante às transformações históricas e hermenêuticas do constitucionalismo brasileiro, a partir de uma análise crítica das semânticas e dos critérios da nova metodologia de interpretação constitucional. Além disso, busca-se a sustentação em elementos de definição teórico para refletir sobre as tendências paradigmáticas perpetradas pela contemporânea tese constitucionalista, e seus efeitos práticos no ordenamento brasileiro.

## 2. AS DEFINIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO

A definição de “Constitucionalismo” é imprecisa no meio acadêmico devido a suas múltiplas acepções, essa amplitude de concepções distintas é produto da diversidade de formulações que surgiram em diferentes contextos geográficos, culturais e temporais. Em síntese, o fluxo histórico pôde render inúmeros movimentos constitucionais próprios em contextos sociais e comunitários únicos, de tal forma que as contribuições de cada marco auxiliaram, em alguma medida, a enriquecer os debates teóricos que viriam nos anos e décadas posteriores. É possível, no entanto, estabelecer um núcleo essencial: O constitucionalismo é um movimento histórico, jurídico, político e ideológico de grande significância.

O entendimento amplo de alguns conceitos não pode se limitar a uma mera conceituação, tampouco vislumbrar uma única perspectiva, mas deve ser analisado multilateralmente. Dessa forma, a análise histórica da doutrina constitucionalista é essencial para estabelecer o escopo em que se alicerça sua definição, tendo em vista que o constitucionalismo foi um movimento oriundo da consecução, simultânea e progressiva, de diversos marcos que desenharam sua evolução histórica. Com isso, é pertinente contemplar as definições de diferentes autores como pontos de partida.

Para o notável constitucionalista português Canotilho (2003), o constitucionalismo é “uma teoria do princípio do governo limitado, indispensável para a garantia de direitos da dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Assim, o constitucionalismo é instrumento que serve para submeter a autoridade estatal para preservar os direitos individuais

Já visão do jurista brasileiro Barroso (2014), essa ideologia, da qual ele funde ao conceito de democracia, resultando no chamado “Constitucionalismo democrático”, foi a mais bem sucedida no século XX, pois ao passo que a organização social implementou uma política baseada no autogoverno e no respeito de direitos fundamentais, foi capaz de evitar a ascensão de regimes autoritários.

O constitucionalista e politólogo italiano Matteucci (1998) descreve o constitucionalismo como uma “técnica”, utilizada em diferentes locais e períodos, mas sempre com o mesmo fim de proteger liberdades e se blindar contra arbitrariedades impostas pelo poder político vigente.

Pontuando-se as similitudes entre os autores, nota-se como os ideais do constitucionalismo são derivados da sistemática identificação de marcos e padrões históricos presentes em diferentes sociedades, ainda que seja implementada uma técnica única e própria de acordo com cada sociedade, de tal modo que as experiências mais relevantes foram gradativamente assimiladas pela dogmática jurídica, formando um rol de acepções que moldaram as bases do constitucionalismo ocidental.

Dessa forma, além de se associar ao constitucionalismo seus sentidos ideológico, político, social e jurídico, é possível ancorar sua definição e objetivos em outras duas características: a limitação do poder político dos Estados absolutistas/totalitários por meio da sujeição às leis; O reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, implementa-os por meio de uma constituição, na qual restringe e controla os poderes dos governantes.

Diante desse complexo de tradições e visões, o constitucionalismo ainda pode ser explicado por outros termos já mencionados anteriormente: as perspectivas históricas, ideológicas, políticas e jurídicas. Estes são outros âmbitos que complementam a compreensão dos aspectos do constitucionalismo. O tratamento de algumas doutrinas é variável, visto que algumas dessas perspectivas ou são abrangidas complementarmente, ou não são reconhecidas. Apesar disso, todos esses sentidos exprimem significados relevantes à corrente em questão, sendo coerente assimilá-los.

O conceito de constitucionalismo se confunde com sua própria história, sendo assim o processo histórico é ponto-chave da sua definição, acontecimentos como o combate ao absolutismo e a luta pelos direitos de liberdade não serviram apenas de fundamentos, mas, em uma perspectiva histórica, são marcas digitais próprias desta doutrina. Essas características centrais não só traçaram a trajetória, mas identificaram eventos significativos, contribuições filosóficas interessantes e moldaram a compreensão moderna do constitucionalismo. Nota-se pela relevância dos pensamentos de Locke e Montesquieu e a preponderância de eventos como as revoluções francesa e americana.

Se por um lado, a análise histórica sintetiza um rol de debates essenciais para definir uma estrutura nuclear, o sentido ideológico encara a ordem como uma crença doutrinária. Visando a construção de um raciocínio adequado com a organização social e condizente aos fenômenos do mundo real, o sentido ideológico do

constitucionalismo pode ser definido como a síntese dos debates das múltiplas vertentes filosóficas e produto da progressiva análise do poder político e dos questionamentos de valores que surgiram ao longo da história e que estabeleceram teorias sobre a garantia da ordem e da liberdade.

O sentido político transparece uma característica elementar do constitucionalismo, a luta pela viabilidade de produzir e garantir direitos frente às arbitrariedades do Estado. Frente a algumas definições já estabelecidas anteriormente, essas características são as que mais traduzem com exatidão os desdobramentos dos debates constitucionalistas por trabalhar diretamente os paradigmas do poder político. A vertente político-normativa é umas das mais relevantes, principalmente por lecionar sobre a institucionalização de direitos fundamentais e limitação de poderes.

O sentido jurídico discorre sobre a criação de um documento constitucional, com características político-ideológicas de restrição do poder político, que visa salvaguardar a organização estatal por meio de regras normativas. Vale ressaltar que todas as sociedades organizadas possuíam uma constituição, mas nem todas foram constitucionalistas, por isso não se pode presumir que a existência de uma lei maior em uma determinada sociedade é necessariamente fruto de um processo constitucionalista.

O sistema normativo sempre acompanhou a evolução histórica da sociedade, ajudando a dar concretude aos princípios que regem determinado Estado, atuando como instrumento essencial na organização social do Estado. Estas normas basilares traduzem o pacto político e jurídico, por isso estas normas fundamentais decorrem de influências da dinâmica social, política, econômica, entre outras, irradiando no seu arcabouço jurídico, e exprimindo os mais diversos consensos constitucionalistas.

## **2.1 Antecedente Históricos**

Aprioristicamente, para fins de organização, será adotada a visão de CANOTILHO. Elaborou-se uma divisão temporal de quatro fases do constitucionalismo (similar ao modo de classificação do autor, mas não idêntico), que

consiste no: “Constitucionalismo antigo”, “Constitucionalismo moderno” e o “Neoconstitucionalismo”. É importante ressaltar que para o autor, não há apenas um constitucionalismo, mas vários. Significa que o constitucionalismo se fundamenta em diversas matrizes, e essas origens são determinantes para o entendimento de seu processo evolutivo. Portanto, para compreendê-lo, é necessário retomar os primeiros passos do constitucionalismo.

### **2.1.1 Constitucionalismo Antigo**

Há uma multiplicidade de exemplos de constitucionalismo na história, oriundos de diferentes contextos culturais e históricos, cada qual implementando técnicas distintas uma das outras. Trata-se de um complexo de movimentos anacrônicos e não relacionados entre si, cujos valores foram absorvidos por diferentes gerações do constitucionalismo conforme os processos históricos percorridos por cada organização social. Esse emaranhado, no entanto, alicerçou as bases da doutrina moderna.

As primeiras experiências fixaram os princípios que caracterizariam o constitucionalismo como conhecido hoje, dando forma e fundamentando os novos esquemas que contemplam a limitação do poder político no entendimento moderno. Algumas classificações do “constitucionalismo antigo” abrangem os modelos sedimentados entre a idade média até século XVIII, outras contemplam um período temporal mais dilatado, que inclui todas as ordenações que antecederam o constitucionalismo moderno. Será adotada a concepção mais ampla.

#### **2.1.1.1 Estado Hebreu**

Em primeira análise, destaca-se a forte influência das religiões e dos costumes na antiguidade. Era considerado que a representação da ordem divina ocorria, na terra, por meio de chefes e líderes de tribos, clãs e famílias. Na sociedade hebraica não foi diferente, esses dogmas normativos lapidaram suas

estruturas durante os séculos em que vigorou. Um grande exemplo disso foi a Lei Mosaica, que estruturou a ordem jurídica de Israel e foi o precursor da ética cristã. Segundo Loewenstein (1970) essa organização baseada em convicções fez do Estado Hebreu o berço do constitucionalismo ocidental, antecipando princípios do constitucionalismo moderno.

Tanto a ética religiosa, quanto o direito consuetudinário vigente na época, geraram fenômenos de aproximação das classes dominantes daquelas socialmente dominadas, na experiência hebraica. Esta doutrina normativa submetia todos os cidadãos ao mesmo controle social, independentemente de seus privilégios, minando as facilidades que os poderes políticos e sociais concediam às autoridades, assim sendo, sujeitava todos a uma conduta comum e legitimando a vontade popular. Essas características primitivas de supressão de poder foram um dos primeiros marcos históricos que futuramente embasaram o constitucionalismo histórico.

O primeiro registro da experiência constitucional como limitador de poderes dos soberanos demonstra como que até mesmo os governantes poderiam ser punidos, caso fossem de encontro aos ditames sagrados da lei divina, afastando a ideia de autoridades absolutas e responsabilizando-os perante a lei. É importante assinalar, no entanto, que a força punitiva só recai sobre as classes mais privilegiadas, econômica ou politicamente, em certos momentos e em circunstâncias específicas.

É possível, no entanto, identificar exemplos de como esse pensamento constitucionalista, no sentido de limitação de poder normativo dos superiores, foi contundente na sociedade hebraica. Exemplos disso podem ser encontrados na própria Bíblia, onde o profeta Natã repreende o rei Davi, que havia planejado provocar a morte de Urias para consumir um relacionamento adúltero com Bate-Seba (Bíblia sagrada, 2Sm 11, 1-27; 2Sm 12,1-15). Isso demonstra que nem mesmo o rei está acima da lei divina. Conclui-se que, embora antiga, a sociedade hebraica já apresentava um sistema jurídico-político de responsabilização de atos.

#### **2.1.1.2. Estado Grego**

Além do Estado Hebreu, outra influente sociedade foi a Grécia antiga, responsável por inovar significativamente o Estado e suas instituições políticas e ao desenvolver um sofisticado modelo de governo, que buscava orientar a sociedade pela racionalização da ordem social, rompendo com a tradição religiosa. A importância desta sociedade, do ponto de vista do constitucionalismo, residiu principalmente na implementação de um “Estado democrático constitucional”. Diferentemente da experiência anterior, a Grécia se destacou pela institucionalização organizada e robusta teorização de projeções constitucionais. Resgata-se o fato de que foi uma das primeiras sociedades a refletir profundamente sobre sua constituição (politeia) e administração da pólis, demonstrando sua virtuosa estrutura.

Atenas, grande berçário da democracia, foi mais do que o centro do poder político e militar, mas detentora de um legado intelectual que permanece até hoje, pelos seus esforços de suprimir significativamente o poder político. Para BARROSO (2009), características notáveis como a separação entre Estado e religião, o funcionalismo social do aparato público, a supremacia das leis e a presença do sistema judicial são indicativos do pioneirismo desta sociedade na implementação das primeiras experiências constitucionais.

Acentua-se que, graças às importantes reformas de Sólon, promovidas no ano 594 a.C., a Grécia Antiga experimentou uma forma avançada de organização política que se estendeu por aproximadamente dois séculos: A democracia. A democracia constitucional (que era bem diferente dos moldes contemporâneos) era considerada pelos gregos uma forma de governança das normas (nomos) e não dos homens, ou seja, os governantes eram engrenagens que cumpriam funções não arbitrárias (no sentido de acima da lei), fazendo a máquina estatal funcionar adequadamente. Segundo SILVA FILHO (2019), a cidadania cumpria um papel essencial na antiga Grécia, tendo em vista que a participação dos cidadãos era central para a legitimidade do regime.

O período de Sólon na Grécia Antiga foi marcado por profundas inovações nas relações de poder. As assembleias eram o centro das decisões políticas (democracia direta). Nelas, reuniam-se os cidadãos credenciados para deliberar sobre a vida da cidade. Criou-se um órgão intermediário entre os cidadãos e a assembleia: o Conselho dos Quinhentos. Esse Conselho, criado para fazer a gestão cotidiana da cidade, pode ser considerado o embrião do sistema de representação

concebido na democracia contemporânea. Por fim, funcionava um Tribunal de Justiça, uma espécie de “Tribunal do Júri”, onde se julgavam os comportamentos ilícitos.

### **2.1.1.3 Estado Romano**

É notável que o Estado Romano influenciou fortemente o direito ocidental. Das mais importantes de suas contribuições, Roma foi responsável pelo aperfeiçoamento das matrizes democráticas gregas, o que foi base para algumas concepções modernas. Diante de seus inúmeros legados, destaca-se a forma de controle que o Estado Romano exercia sobre o povo, que se dava por meio da “*constitutio*”, instrumento normativo que, dentre outras coisas, permitia articular limites normativos e executar a lei em face de governantes, magistrados, patrícios e outros detentores do poder.

O Estado Romano é um bom exemplo de como a efetividade plena do constitucionalismo está necessariamente condicionada a uma existência que se opõe aos regimes absolutistas, tendo em vista que, com o fim da república e a ascensão do império romano em 27 d.C, a doutrina em questão foi finalizada, já que não mais havia mecanismos de supressão de poder político. Todavia, não significa que, mesmo durante o império, particularidades próprias do constitucionalismo não poderiam estar representadas em seu corpo social, já que algumas estruturas foram preservadas, ainda que sobre gerência imperial. É inegável que o destaque desta sociedade nas inovações e avanços expressivos das ciências políticas e jurídicas, que fixaram padrões e modelos que, evidentemente, inspiraram o constitucionalismo ocidental.

O Estado romano, apesar de ter abordado de forma tímida as relações entre indivíduo e Estado, replicou, em certa medida, o modelo grego, porém, em um sentido diferente. Dentre as contribuições mais importantes para a teoria constitucionalista, são mais relevantes as concepções da “*res publica*”, que se trata da forma como o governo dispõe da coisa pública, da “*actio popolare*”, o instrumento que permite a defesa de interesses públicos por parte de qualquer cidadão. Roma focou muito mais na criação de um complexo sistema jurídico-institucional de, por

isso partilhou de metodologias semelhantes nos dois períodos da república e imperial.

Segundo DOS SANTOS (2021), É possível identificar o estabelecimento de “Direitos Fundamentais”, nas “Lei das Doze Tábuas”, que fazia parte da legislação (um Compilado não sistemático de definições presentes no código escrito legal Romano), como a regra postulada no artigo II da tábua IV, que dispõe a respeito do gozo dos direitos daqueles que foram presos, mas que quitaram suas dívidas. Essa exemplificação denota que as leis, apesar de serem rigorosas, foram sofisticadas o suficiente para dar, mais tarde, o pontapé inicial ao direito moderno ocidental, especialmente no âmbito constitucional.

#### **2.1.1.4 Constitucionalismo na Idade Média**

Apesar de soar contraditória a correlação entre constitucionalismo e o sistema feudal, como o que vigorou na Europa durante a idade média, é importante rebuscar o que já foi dito anteriormente: mesmo em sistema cujos governantes não possuem poder político limitado, é possível o reconhecimento de elementos de ruptura da ordem vigente, que por sua vez precederam a tese constitucionalista.

O contexto político feudal era pautado na obediência aos reis e à igreja, que se juntavam para formar uma organização política descentralizada, a qual estava inserida em circunstâncias e eventos que dificultaram ainda mais a disseminação da experiência constitucionalista, como as guerras e doenças que assolaram sucessivamente os feudos. No entanto, mesmo a idade média, afetada por muitas intempéries, vislumbrou fragmentadamente o fenômeno constitucionalista.

A principal produção nesse sentido foi a “magna carta”, um dos primeiros documentos a flexibilizar o poder do rei, assinada pelo rei João Sem-Terra, no ano de 1215, sendo um marco precursor das leis modernas. Esse documento surgiu em respostas aos conflitos entre a realeza e a nobreza, na qual o rei se viu obrigado a sancionar a carta, apesar dos reiterados esforços do rei João Sem-Terra em anulá-lo posteriormente. Sua validade foi confirmada pelas cortes subsequentes, submetendo os reis à eficácia de suas próprias normas (rex sub lege).

Ainda a magna carta ter sido a referência mais influente, houve outros processos históricos relevantes para o constitucionalismo. Dentre eles, “O Novo Estatuto de Merton” de 1236, que refletia as transformações que a Inglaterra passava perante um sistema feudal, esse documento impresso visava esclarecer direitos. Outro estatuto importante foi a “Bula de Ouro” do rei André II da Hungria, que ocorreu em 1222 e criava direitos para a nobreza, ao mesmo tempo que limitava o poder do rei.

Diante dessa sistematização, é possível perceber que a influência da idade média para o constitucionalismo moderno se deu mediante contribuições esparsas e da concepção de noções e mecanismos ainda em fase embrionária, mas sobretudo no legado que fundamenta os modelos que viriam futuramente. As gerações que surgiram na sequência estão profundamente relacionadas com a idade média devido ao senso de preservação das referências constitucionalistas herdadas. A idade média direcionou um conhecimento basilar para as gerações subsequentes.

### **2.1.2 O Constitucionalismo moderno**

Com o fim do feudalismo e o surgimento de novos paradigmas, a ideia do constitucionalismo começa a ganhar força e a ser vislumbrada como modelo desejável por muitas nações. As ideias herdadas na idade média começam a ser compreendidas sob a ótica de uma sistemática ordenada e ganham robustez com os avanços das ciências jurídicas. Os modelos constitucionais de maior destaque foram os liberais e os sociais, dos quais proclamaram os direitos de liberdade e igualdade, ainda que opostos em certos aspectos da intervenção estatal.

O constitucionalismo moderno tem início no século XVIII e finda em meados do século XX. Algumas correntes consideram esse o período correspondente ao início do constitucionalismo, marcado como o período da ampla transição dos Estados absolutistas para os liberais (e mais futuramente os Estados sociais também). Aqui a sua emergência é caracterizada por leis e documentos jurídicos que invocaram, principalmente, a regulação do poder do Estado e a proteção das liberdades individuais. Isso demonstra um esquema altamente engajado e composto

por diversas frentes, que permitiram a criação de terreno fértil para a formalização de uma sistemática centrada nas constituições.

### **2.1.2.1 As constituições liberais**

As primeiras constituições escritas e rígidas surgiram no final do século XVIII. Pela primeira vez se formalizou uso das bases teórico-científicas e a constituição agora tinha um caráter de supremacia sobre as demais normas, ocupando o topo da hierarquia. Com ela, surge também a primeira geração de direitos civis e políticos fundamentais, ligados aos direitos das liberdades individuais. É nesse contexto de lutas revolucionárias burguesas e de apelo pela racionalização do direito que os pensamentos liberais ganharam ênfase.

As revoluções liberais produziram uma doutrina de defesa das liberdades individuais e não intervenção estatal, seja na economia, política e vida social, isso significa que quaisquer limitações de direito devem ser justificadas. O mérito de suas proposituras foram relevantes ao ponto de fundar uma corrente própria em meio às teorias constitucionalistas, o chamado “constitucionalismo liberal”. É a partir daqui que efetivamente se consolidam as reflexões científicas vinculadas às perspectivas constitucionalistas e, conseqüentemente, o seu reconhecimento como uma teoria organizada.

#### **2.1.2.1.1. A Experiência Inglesa**

A Inglaterra vivenciou intensamente os regimes absolutistas e feudais durante a idade média, sendo marcada pela vedação à participação popular na política e a concentração do poder na mão dos reis, cujo poder era equiparado à ordem divina. Contudo, com o fim do feudalismo, a Inglaterra foi lar de diversas revoluções de defesa da liberdade até o início do século XIX, das quais promoveram mudanças que caminhavam em sentido oposto aos regimes despóticos, essas revoltas, cujo objetivo era impor entraves ao exercício do poder soberano e abusos

estatais, forjaram um primitivo, porém relevante, modelo assecuratório de direitos individuais.

Segundo Novelino (2016, p.46) A partir do século XIII, o parlamento, símbolo do modelo constitucional inglês, começava a tomar forma, possuindo atuação determinante na restrição de poderes do rei nos anos seguintes, como a Petition of Rights (1628), habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights (1689) e Act of Settlement (1701) além do papel dos juízes, as quais a atuação independente em relação ao núcleo político, moldou os alicerces da doutrina Common Law.

Fruto de um longo amadurecimento histórico, o modelo constitucional inglês infiltrou raízes profundas na própria ordem institucional. Suas características prescindem até mesmo das Constituições escritas, sem embargo da existência de documentos relevantes de natureza constitucional. Embora a Revolução Inglesa não tenha tido o tom épico e a ambição de propósitos da Revolução Francesa, o modelo inglês projetou sua influência sobre diferentes partes do mundo, direta ou indiretamente (especialmente por meio dos Estados Unidos da América) (BARROSO, 2022, P.50).

A experiência inglesa andou a passos lentos, porém foi responsável por inúmeras contribuições na ciência do direito. De acordo com Novelino (2016, p.46), a primazia da liberdade foi particularmente importante para forjar os documentos que enfatizaram pactos contra o abuso do poder. Essas concepções do constitucionalismo inglês reverberam até hoje, como exemplo a ex-colônia britânica, Estados Unidos, nação que brada ao mundo a ideia de liberdade como um dos pilares da sua identidade nacional.

#### **2.1.2.1.2 A Experiência Estadunidense**

Os Estados Unidos da América do Norte foi pivô na expansão do constitucionalismo no ocidente, especialmente através dos sistemas de governo democráticos, desenvolvendo amplamente o conceito na sua própria doutrina jurídica. Os primeiros requisitos do seu constitucionalismo surgiram do conflito de interesses entre os ingleses e os então cidadãos das colônias localizadas onde atualmente é os EUA. A estratégia imperialista britânica consistia na concessão de

autonomia para as 13 províncias, ao passo que estabelecia normas para a exploração no continente americano.

Apesar das colônias possuírem razoável capacidade de autodeterminação, com corpo legislativo e judiciário independente da Coroa britânica, os Reino Unido abusava de sua dominância, impondo altos impostos e taxas e gerando tensões, o que resultou na quebra de laços entre as colônias e a metrópole, minando as liberdades dos colonos e coagindo-os às arbitrariedades coloniais. Tais sanções mobilizaram iniciativas de criação de uma organização social autônoma, o que provocou reações em Londres. Essa série de eventos, por sua vez, culminaram na histórica “Revolução Americana”, que buscava romper com o poder central e alçar a independência política das treze colônias britânicas.

Editadas pelos *Founding Fathers*, um grupo de americano de revolucionários que lideraram as treze colônias contra as transgressões da Grã-Bretanha (sendo os expoentes George Mason, James Madison e Thomas Jefferson), ratificaram os documentos de Virginia Bill of Rights (1776) e, posteriormente, Constitution of Virginia (1776), que foram os primeiros documentos a expressar a ideia de uma supremacia constitucional liberal sistematizada, algo que reflete bem a tradição constitucional americana. O levante em questão foi palco de dezenas de batalhas e é responsável pela quebra das alianças com o governo inglês e pela elaboração da Constituição dos Estados Unidos (1787).

Como é possível perceber, o processo evolutivo que faz do constitucionalismo americano um dos mais influentes e bem sucedidos sistemas de supressão de poderes políticos e garantia de direitos, o que pode ser constatado na sua constituição, que possui como fontes a supremacia das normas e a segurança jurisdicional, principais heranças da doutrina revolucionária americana. A norma constitucional se encontra hierarquicamente acima dos poderes que juridicamente a compõem, pois, sua finalidade é estabelecer as competências, os agentes legítimos e limites no exercício dos poderes legislativos, executivo e judiciário (NOVELINO, 2016, p.47).

#### **2.1.2.1.3 A Experiência Francesa**

A revolução francesa não foi apenas um evento importante para o constitucionalismo histórico, mas seus impactos agitaram toda a história mundial devido às suas profundas transformações nas esferas políticas, sociais e econômicas que deram início à idade contemporânea. A violenta revolução nasceu do ressentimento social contra a forma de governo absolutista, que era profundamente presente na nação, sendo o estopim a gestão de Luís XVI, que governava uma sociedade extremamente estratificada, a qual concedia privilégios às elites e miséria generalizada entre os camponeses.

Em um período profundamente marcado pelos conflitos políticos e religiosos, a França produziu conceitos e forneceu ideias que inspirariam os posteriores passos das civilizações. Sendo assim, a revolução francesa foi um verdadeiro modelo para o mundo, especialmente para as nações emergentes, em vários aspectos da economia, política, cultura, etc. Como previsível, o constitucionalismo como movimento herdou grande carga técnica e conceitual desta referência secular, ou seja, as simbologias revolucionárias francesas e iluministas estão intrincadas na estrutura nos modelos constitucionais sucessores.

Os princípios liberdade, igualdade e fraternidade foram símbolos do clamor social e histórico. A crise ressignificou a revolta social, inclusive muito mais do as revoluções inglesa e americana, por dar início a um novo curso da história, como afirma Barroso (2022, p. 60). Esta revolução demonstrou como o status quo de uma sociedade pode ser modificado pelos explorados, mediante o inconformismo aos abusos cometidos pelas classes dominantes.

Além disso, Barroso (2022) avalia que a revolução promoveu diversas reformas na aristocracia francesa focada na desestruturação da monarquia absolutista. Dentre os atos incluem-se: a abolição do sistema feudal; a criação da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão (1789); a promulgação da Constituição Civil do Clero (1791). Os precedentes de uma constituição escrita era uma proposta que buscava separar os poderes do monarca e do Estado, visando uma organização mais moderada.

A doutrina inglesa influenciou fortemente o constitucionalismo francês, notadamente com a incorporação das ideias de Montesquieu de organização do Estado. Entretanto, abdicou da lógica de sistema baseado nos costumes, preferiu adotar o modelo norte-americano de constituição escrita e consolidado em um único documento, bebendo indiretamente da fonte inglesa (NOVELINO, 2016, p.48).

### **2.1.2.2 O constitucionalismo social**

Antes de entender as causas da transição das constituições liberais para as sociais, é importante destacar que não houve um rompimento total, mas uma evolução que manteve os pontos mais importantes (como as liberdades, garantias jurisdicionais, etc.) e modificou os aspectos de controvérsias. Essa passagem decorreu da distribuição de autonomia dos poderes entre o setores privados e públicos, pois, à medida que diferentes países moldavam seus ordenamentos jurídicos, certas questões sociais vieram à tona, principalmente as do espectro de determinação da ordem social, aplicando ainda mais os horizontes de apreciação dos direitos fundamentais.

Com isso, surgiram os Estados Sociais ou *Well-faire State*, que aportavam um sistema de normas que previam a intervenção estatal em certos setores, mas com o fim de assegurar o bem-estar social, sem prejudicar os direitos individuais. Assim, o Estado atuava principalmente na contenção de crises e preservação da ordem, impetrando maior ação estatal e desafogando a sociedade das ingerências que o setor privado não poderia sustentar.

Os primeiros países que implementaram esse modelo foram o México, com a sua constituição de 1917 e a Alemanha, durante a república de Weimar. Dito isto, ambos contribuíram e influenciaram os futuros regimes republicanos e democráticos, com inovações e aperfeiçoamentos, como o sistema de organização estatal federalista, o parlamentarismo bicameral e inúmeras garantias de direitos, especialmente os relacionados a direitos de habitação, maternidade, função social de propriedade, etc.

#### **2.1.2.2.1 Constituição Mexicana (1917)**

Para entender como o México reconfigurou a sua ordem constitucional de modo a implementar um novo modelo, é importante entender o cenário pré-constituente. Profundamente mergulhado na desigualdade social, forte

estratificação social e autoritarismo, o regime de Porfirio Díaz se alongou por 35 anos (1876–1911). Na ditadura “porfiriato”, como ficou conhecida, o extenso poder do ditador (que envolvia apoio da igreja, empresas privadas, maquinário estatal e latifundiários) permitiu o controle amplo da sociedade, ainda sim se utilizando amplamente da legalidade e dos instrumentos constitucionais para legitimar seu regime (algo similar ao que ocorreria anos depois no nazi-fascismo), gerando uma forte centralização do poder e mitigação das liberdades.

A ruptura ocorreu com a revolta armada, conhecida como revolução mexicana (1910–1917), que foi uma guerra civil, extra oficialmente conhecida como guerra “constitucionalista”, que inaugurou profundas reformas e fundou uma nova fase do constitucionalismo. Devido as proeminentes desigualdades sociais, exclusão política e negligência na distribuição agrária. Essa toada demonstra o lugar de pertencimento e inauguração da constituição mexicana em uma corrente constitucionalista social e revela as fragilidades do constitucionalismo liberal clássico.

Paulo Bonavides (2017) rebusca o espírito latino-americano, destacando o triunfo da constituição mexicana em ter sido anterior à constituição de Weimar, que ocorreu na Europa anos depois, afinal, apesar de omissões históricas, o documento constitucional mexicano inspirou a formação da importante república de Weimar. O êxito da carta constitucional mexicana, que ainda vigora e perdura a mais de um século, foi tamanho que este é um dos poucos exemplos de constituições duradouras na experiência latino-americana (Longo Filho, 2022, p.12).

Sendo assim, a constituição mexicana foi a primeira constituição social. Na experiência mexicana, houve a consagração de direitos sociais e econômicos à estrutura da constituição, sendo pioneira em múltiplos em muitos aspectos de proteção dos direitos humanos e influenciando as constituições que vieram posteriormente, dentre elas a constituição federal brasileira de 1934 e, por sua vez, de 1988. Lembra-se que concomitante a experiência mexicana, a revolução russa ocorria no outro lado do mundo, decorrente de uma crise similar, igualmente se opunha a um regime de concentração de poderes nas mãos de poucos (regime czarista), fundando institutos parecidos na divisão social, trabalhista e agrária, mas visava uma transformação socialista, na qual era muito mais radical.

O art. 123º da constituição mexicana demonstra a sofisticação da carta e importância para o direito, considerando contexto social e científico da época, e sua

perícia em tratar das condições de trabalho. Nessa seara, estabeleceu direitos que incluíam jornadas máximas de trabalho de oito horas diárias, regras que limitavam o desgaste das jornadas extras, igualdades salariais e outras pautas relevantes. Assim, foi efetivamente o primeiro sistemático ordenamento dos direitos trabalhistas, tendo em vista que o paradigma predominante era o dever de não intervenção do Estado, mas ia na direção oposta, promulgando a atuação do Estado como garantidor de direitos, sem comprometer as outras conquistas do liberalismo.

Fábio Konder Comparato (2003) relembra as inovações da carta em relação à consideração dos direitos do trabalho e sua integração a dimensão dos direitos fundamentais (até então inédito no mundo), bem como seu mérito de combater ingerências econômicas (intervenção do Estado na economia) e garantir liberdades individuais (art.5º) frente aos abusos do Estado e do sistema capitalista.

#### **2.1.2.2.2 Constituição de Weimar (1919)**

A república de Weimar foi o sistema que se instaurou na Alemanha após o fim do Imperio Germânico e vigorou entre a Primeira Guerra Mundial e o início do regime nazista, de 1919 a 1933. Vindo de uma crise avassaladora, decorrente da primeira guerra, a então Alemanha foi incitada por um espírito reformista, semelhante aos que ocorreram no México e Rússia, que ficou conhecido como a “Revolução de Novembro”, rompendo radicalmente com o sistema imperial, culminando na abstenção do Kaiser que reinou até 1918. Em sequência, foi abalado por seguidos problemas internos e duros embargos impostos pelo exterior através do Tratado de Versalhes.

Foi nesse contexto que foi fundada a constituição que introduziu a primeira experiência democrática alemã. A elaboração da constituição, mobilizada por uma assembleia constituinte, contou com ampla presença da esquerda política, que foi fortemente influenciada pelos soviéticos, mas que, na prática, buscaram superar a tradição socialista soviética (com ressalvas as omitidas influências mexicanas, como já foi falado anteriormente). Fábio Konder Comparato (2003), percebe uma série de incoerências e ambiguidades de elaboração da constituição de Weimar, visto que a

sua concepção buscava estruturar um amálgama de ideias pré-medievais, socialistas e liberais.

Essa constituição foi um marco do constitucionalismo social, depreende-se um alto viés de direitos de segunda dimensão, de forma muito mais limitada que a constituição mexicana, dispõe dos direitos do trabalhador, mas sua inclusão já representa avanços num recorte constitucionalista da época. Nessa lógica, a constituição germânica, entretanto, logra muito mais êxito na organização e clareza no corpo do texto constitucional, além de demonstrar bastante preocupação em relação à garantia de direitos sociais, especialmente na educação e previdência (MONTEIRO; ASSUNÇÃO, s.d., p. 13–23).

Como primeira constituição social Europeia, continente onde surgiram diversas escolas científicas, ela foi considerada a principal referência e matriz do constitucionalismo social. Ela dedica um capítulo próprio (a segunda parte mais precisamente) para disciplinar sobre um rol de direitos e deveres dos alemães, cujo conteúdo correspondente aquilo que é reconhecido hoje como direitos humanos, nos artigos 109 a 165, onde discorre sobre as liberdades clássicas, os direitos civis e políticos, e inclui a grande inovação normativa que eram os direitos sociais.

### **2.1.3 Breve síntese histórica do constitucionalismo no Brasil**

O Brasil, ao longo de sua história, foi sempre muito influenciado pelo exterior, especialmente a Europa, no que diz respeito à definição de parâmetros jurídicos e adoção de modelos de direito, indo desde dominação portuguesa no período colonial até as ecléticas inspirações que legislam a constituição de 1988. Dito isso, o país possui um longo histórico de oito constituições, além de um recorrente processo de alternância entre os regimes autoritários e liberais, típico da maioria das nações latino-americanas. Ou seja, o constitucionalismo se fez presente na história brasileira em diferentes momentos e modos. Sendo assim, é importante avaliar toda essa cronologia que narra a história do direito constitucional no país e suas implicações com a evolução do constitucionalismo brasileiro. Para que não se divague desnecessariamente sobre aspectos irrelevantes, o foco será apreciar as constituições sob a perspectiva da teoria constitucionalista.

### **2.1.3.1 A constituição de 1824**

Com o fim do processo de independência brasileira (1821–1825), no Brasil passa a operar o sistema monárquico constitucional no território, fornecendo a primeira constituição brasileira, conhecida como a “Constituição Política do Império do Brasil”. Grande parte da temática dos textos da constituição são provenientes do direito português, isso ocorre devido a institucionalizada proximidade que ambos os reinos partilhavam após anos de convivência. Assim, mesmo em um contexto sócio-político conflituoso, a ex-colônia herdou boa parte da metodologia jurisdicional do Estado absolutista português utilizou durante seu imperialismo.

Nesse âmbito, Garçia (2024) nota que houve o reconhecimento de direitos fundamentais na constituição imperial, o primeiro núcleo de direitos fundamentais do constitucionalismo brasileiro, dispostos no oitavo capítulo da constituição. Tais direitos eram de caráter liberal, na maioria políticos e civis, mas de incidência parcial. Tomando como base tudo que já foi visto até então, nota-se uma característica interessante, a ruptura da com o poder dominante de Portugal, libertando o país de uma estrutura de aprisionamento de sua soberania e pleno usufruto dos direitos, não se pode afirmar que isso é uma característica contida na disciplina constitucionalista, porém, são perceptíveis os paralelismos dedutíveis dessa quebra de aliança na teoria em debate.

À medida que o império desmantelava por conta das crises, a centralização do poder perdia força, o que endossou uma participação mais ampla do parlamento. A mitigação dos poderes do imperador não ocorreu pela oposição de uma força revolucionária reivindicadora de reformas tal qual a revolução francesa (ao menos não foi o aspecto mais relevante), mas foi principalmente devido à crise de deterioração das estruturas de governança monárquica, como o período regencial deixou bem evidente. Contudo, é desta forma diminuta que o constitucionalismo se fez presente na primeira constituição brasileira.

### **2.1.3.2 A constituição de 1891**

Segundo Garçia (2024), as mudanças mais relevantes ocorreram na constituição de 1891, tendo em vista a implementação do modelo do republicano no Brasil, na qual foi inspirado na sistemática americana. As novidades trazidas neste modelo foram preponderantes para o constitucionalismo brasileiro, afinal, há uma modificação radical no quadro estrutural do Estado que favoreceu, em menor ou maior grau, a garantia de direitos fundamentais em todos os níveis das jurisdições públicas e privadas.

O sistema de governo presidencialista, com um presidente eleito, flexibilizou a concentração de poder, que sobre administração real, ficava nas mãos de poucos. O estabelecimento de mandatos e limitação dos poderes de governantes impede a proposição de arbitrariedade pessoais e infundadas, já que a eleição do presidente está condicionada ao apoio popular, agora a sociedade civil não mais está sujeita ao presidente (ao menos de modo tão evidente como no império), mas é selecionado com base em um processo de reconhecimento e validação aprovado pela vontade popular. Ao mesmo tempo, o presidencialismo passa a ser técnica de limitação do poder ao estar inserido em um sistema de pesos e contrapesos da separação dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário).

Tal qual o presidencialismo, o federalismo auxiliou a descentralização da força política, dissolvendo o poder entre Estados autônomos (antigas províncias), que agora possuem maior engajamento decisório. A ampliação dos direitos individuais também vingou no rol constitucional, porém restritamente, já que a discriminação de gênero, econômicas e de escolarização impediam que uma parcela significativa da sociedade pudesse exercer direito a voto. Toda essa conjuntura, somada ao encerramento do poder moderador do monarca, caracterizam o constitucionalismo da constituição de 1891.

### **2.1.3.3 As constituições de 1934 e de 1937**

Mediante o quadro de forte instabilidade institucional e extremismo político que assolava o Brasil entre 1930 e 1945, a constituição de 1934 durou pouco tempo, mas existiu como promessa de desenvolvimento estatal e resguardo de garantias e direitos aos cidadãos brasileiros após o golpe militar que instituiu Getúlio Vargas na

revolução de 1930 e que encerrou a primeira república. A constituição de 1934 apresenta ao país os primeiros movimentos de superação do liberalismo clássico, que até então predominava o século XIX, passando a aderir os elementos do constitucionalismo social, que ganhavam cada vez relevância nos meios academicistas.

A constituição de 1934 manteve o presidencialismo, da mesma forma a configuração republicana federativa, focando na ampliação e inovação institucional para atender o apelo social, que requeria novos rumos para a administração do país. Os mecanismos incorporados eram principalmente de manutenção das desigualdades (direito ao voto feminino, proteção ao trabalho infantil e princípio da igualdade) e proteção trabalhistas (salário mínimo, férias anuais, repouso remunerado, etc.), atendendo aos desígnios de justiça sociais popularmente difundidos no período. A partir de então, o Estado atuaria de forma muito mais interventora, com vistas a garantir a realização dos direitos fundamentais.

Por mais que tenha sido influente, a constituição de 1934 foi curta e logo substituída pela autoritária constituição de 1937. A “constituição polaca” representou um retrocesso para o constitucionalismo brasileiro, afinal, foi a carta que instaurou o regime ditatorial. Com o fim da democracia, o equilíbrio entre os poderes se rompeu, as legitimidades das instituições foram comprometidas, e os direitos eleitorais (adquiridos na constituinte de 1934) violados, gerando incertezas quanto à eficácia dos direitos fundamentais. Essas restrições afetaram amplamente toda a seara de direitos individuais e sociais antes postos, das quais o Estado não apenas violava, mas invadia, este foi um período de estagnação extremamente prejudicial aos avanços até ali conquistados.

Em pouco tempo, dois modelos antagônicos surgiram no Brasil na década de 30. O primeiro, inspirado nas tendências europeias, buscava a democratização e execução dos direitos fundamentais com apoio do Estado, inovando o ordenamento brasileiro. Já a constituição subsequente, relativizou todas as proposições já fincadas nas leis e torceu em favor do autoritarismo, isso demonstra como os direitos e o poder dos governantes estão submetidos às variações sofridas pelo texto maior.

#### **2.1.3.4 a constituição de 1946**

A volta da democracia se deu com a constituição de 1946, que realocou aquilo que foi excluído da constituição de 1934, um resgate à constituição democrática finalizada pela ditadura anteriormente. Sendo assim, não foi muito inovadora, no que se refere ao constitucionalismo, surgindo apenas para reconciliar pactos quebrado na ditadura e modernizar a administração, tornando-a mais célere e autônoma. Os mais importantes direitos rebuscado foram a liberdade de expressão, com o fim da ditadura, o pluralismo partidário, foi a primeira assembleia constituinte no Brasil com um partido comunista participando da elaboração,

#### **2.1.3.5 a constituição de 1967**

Com o golpe militar de 1967, o Brasil vive um Estado de extrema insegurança jurídica. O processo de criação da constituição desse segundo regime de exceção, com menos de 50 anos de diferença em relação ao primeiro, possui maior participação militar e mantém o forte controle por parte do poder executivo, nos mesmos moldes dos acontecimentos anteriores à constituição de 1937. Foi julgada com base nos Atos institucionais, principalmente o AI-4, que permitia votação e promulgação de uma nova constituinte. A tese invocada para o surgimento desse cenário foi a segurança nacional e preservação da ordem, mediante a uma suposta ameaça comunista. Tal qual a constituição de 1937, restringiu acentuadamente os direitos e cláusulas da sociedade.

#### **2.1.4 neoconstitucionalismo: os primeiros passos**

Com vista de introduzir o objeto principal do estudo, faz-se necessário uma dedicação em capítulo próprio para divagar sobre o neoconstitucionalismo propriamente dito, portanto, em respeito a ordem cronológica da evolução da lógica constitucionalista, essa subseção apresentará alguns conceitos introdutórios de caráter histórico, mas que serão futuramente aprofundados.

Até então, é possível notar que a doutrina constitucionalista possui uma volatilidade conceitual que se adapta no tempo e espaço. Conforme o tratamento, o termo é redefinido e exerce um novo rigor conforme as diferentes perspectivas estabelecidas. O neoconstitucionalismo é um conceito desenvolvido recentemente, principalmente pelas teorias do direito italiano e espanhol. A Europa foi e continua sendo destaque na ascensão científica nesse ramo do direito constitucional, mas o termo também foi consolidado pelas contribuições na América Latina.

O Brasil, sempre fortemente influenciado pelo direito europeu, adotou alguns valores do neoconstitucionalismo, especialmente devido ao recente processo de reconstitucionalização brasileira, que coincidiu com essa mudança de paradigma do “constitucionalismo”. É importante enfatizar a relevância da carta magna de 1988 na experiência brasileira, uma vez que, por ser a mais longeva, foi a que alcançou maior efetividade na execução do texto constitucional e, portanto, representa um progresso em relação aos regimes anteriores.

Como o próprio termo indica, o neoconstitucionalismo não se desvinculou da doutrina “constitucionalismo”, preservando as teorias de limitação de poder político e garantia de direitos por meio de constituições, mas ressignificou seu caráter axiológico. As mudanças propostas no pós-guerra, especialmente no fim da década de XX, surgiram com o intento de repensar as constituições sobre uma perspectiva democrática de valoração aos direitos fundamentais.

### 3 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Para dissertar sobre Neoconstitucionalismo, primeiramente é preciso tecer críticas a sua própria terminologia, pois algumas visões consideram equivocado o uso do termo. O cerne das discordâncias quanto a aplicabilidade do termo está ligada ao próprio conceito do objeto, tendo em vista a existência de muitas discordâncias e imprecisões quanto à adequação das teses em uma estrutura homogênea.

Alcunhado pela primeira vez por Susanna Pozzolo, em 1997, da escola de Gênova, ao se referir a importantes nomes da filosofia jurídica, como Robert Alex, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky, bem como seu conjunto de teorias e doutrinas, dissertando e sistematizando suas teses como sinalização do surgimento do fenômeno do novo constitucionalismo.

O jurista italiano Mauro Barberis (2005, p. 19) se debruça na problemática da pertinência do termo e critica a forma indiscriminada e ampla de como é utilizado pela comunidade jurídica, para ele o neoconstitucionalismo é relativo dependendo do objeto trabalhado pelos autores, o mesmo ainda observa que as suas teses são ambíguas e até mesmo contraditórias, tornando-as indefinidas. É importante destacar que esse mesmo doutrinador já havia definido anteriormente o neoconstitucionalismo como uma teoria do direito intermediária ao jusnaturalismo e do positivismo, proposição que rejeitou posteriormente pelos motivos já apresentados.

Diante disso, Martins (2017) aponta ainda outra problemática em relação à correta delimitação do conteúdo do termo. Em meio a um cenário tão poluído de premissas teóricas distintas, é natural a dificuldade de inferir uma conotação apropriada ao termo. É possível afirmar, no entanto, que com a evolução do direito, o termo irá se desenvolver, mas, por hora, seu significado só pode ser inferido a partir da intersecção de doutrinas e teorias referenciadas pelo neoconstitucionalismo, como será visto ao longo do trabalho

O neoconstitucionalismo é derivado da doutrina jurídica “constitucionalismo”, como uma fase subsequente, a imprecisão quanto a sua definição é intensa, mas alguns doutrinadores ainda se põem a destrinchá-la. Sarmiento (2009, p.19) impõe uma série de condicionantes para classificar como teoria, entendendo que a classificação do “neoconstitucionalismo” depende da abordagem adotada para a

compreensão, mas em linhas gerais, determina-o cautelosamente como uma teoria que abre espaço para princípios e ponderação na deliberação das regras e na subsunção. Além disso, ele reconhece a existência desses valores no ordenamento brasileiro.

Percebe-se aqui uma dificuldade doutrinária de delimitação do termo, por isso o trabalho se sustentará nas conexões daquilo que já foi dito por nomes respeitados do direito. Diante da problematização conceitual apresentada, será evitada a palavra “teoria” para qualificar o neoconstitucionalismo.

Como será discutido mais adiante, neoconstitucionalismo representa as mudanças de paradigmas do século XX em face da adequabilidade do instituto “constitucionalismo”. Mas para identificar os principais pontos de distinção entre o “constitucionalismo” e o “Neoconstitucionalismo”, é necessário refletir sobre as repercussões em que estão associadas a este fenômeno contemporâneo.

Para compreender suas características próprias, faz-se necessário contemplar os fundamentos das rupturas do “Neoconstitucionalismo” com o modelo antigo. Na verdade, o “Neoconstitucionalismo” surge como superação dos paradigmas que o precedem, não se limitando tão somente a uma mera concepção de “limitação do poder político”, mas promovendo a proposta da “garantia da execução eficaz das normas”. Essa nova abordagem reflete uma das problematizações oriundas dos debates de vertentes diversas, que por sua vez consolidaram os valores Neoconstitucionais.

### **3.1 Breve delimitação das propriedades do neoconstitucionalismo**

Para além da necessidade natural de especificar a natureza do neoconstitucionalismo, as propriedades metodológicas serão instrumento necessário para dar profundidade e não estancar a leitura nos capítulos que seguem. Sendo assim, por vezes alguns conceitos de propriedades serão rebuscados ao longo do trabalho (sem jamais se fazer redundante); por isso, é importante delimitar um conhecimento basilar desde já. Tais observações seguirão uma sistemática inspirada nas influentes considerações de Duarte e Pozzolo (2010) a respeito do tema. Vale ressaltar que isso é uma introdução a um conteúdo que será aprofundado com mais

afinco nos ao longo da monografia, além de outras propriedades que serão explicadas ao longo do texto por serem inerentes ao raciocínio do conteúdo desta dissertação. Sendo assim é importante apresentar algumas características essenciais do constitucionalismo contemporâneo.

O pragmatismo abre uma margem para ampla interpretação da definição do neoconstitucionalismo, afinal, o termo é de difícil consolidação, como já foi demonstrado, sendo assim, a orientação da constituição está à mercê de imprevisíveis efeitos exógenos ao texto jurídico. Mediante isso, o interprete da lei deve levar em conta os fatores práticos, sociais, políticos, filosóficos, etc., visto que o direito considera o impacto dos valores e não apenas a subsunção. Desprende-se disso que a orientação para a interpretação finalística deve produzir efeitos materiais, na medida que a execução efetiva das premissas constitucionais são moduladas para a concretização dos direitos fundamentais

Outra importante propriedade, o “ecletismo”, também conhecido como “sincretismo metodológico”, é uma tese atestada pelo neoconstitucionalismo. Como o nome sugere, consiste na sujeição da interpretação normativa a uma variedade eclética de metodologias, ou seja, se vale de assumpções críticas múltiplas, ao passo que se utiliza de diferentes métodos para cunhar uma definição, pois a estabelece que a compreensão hermenêutica depende das condicionantes (aspectos sociais, jurídicos, culturais, etc.) próprias do caso concreto.

Conclui-se que se trata de uma forma de abordagem menos limitada, por haver a necessidade de contemplar outros âmbitos e suas particularidades. Isso surgiu graças ao entendimento de que a adaptabilidade das decisões é um dos marcadores de uma fundamentação completa, tornando-se um dos parâmetros de confiabilidade em relação à legitimidade da carga crítica de uma dada problemática. Para os neoconstitucionalistas, essa prática é a mais adequada para lidar com as complexidades da realidade fática e seus problemas específicos.

Por outro lado, outro procedimento típico do neoconstitucionalismo é a “principiologia do direito”, que busca entrelaçar a norma jurídica à moral por meio da consolidação de princípios. Em outras palavras, essa técnica busca um equilíbrio entre a lógica rígida e limitada das regras com a amplitude e intangibilidade dos princípios, caminhando em uma direção que privilegie resoluções coerentes com a razão e com as especificidades do caso concreto.

Há uma confluência entre as teses positivistas e jusnaturalistas nesse ponto, visto que elementos de ambas as teses são harmonizados aqui, principalmente no que diz respeito a aplicabilidade hermenêutica das regras e princípios. O italiano Zagrebelzky (1995, p. 116 apud Duarte e Pozzolo, 2010, p. 65–66) defende que as concepções entre ambas as correntes filosóficas podem ser satisfatoriamente aglutinadas, esta premissa coaduna com as constituições contemporâneas e, por isso, é impossível compreendê-las sobre uma única perspectiva rígida.

Migrando para outra importante tese, o “estatalismo garantismo” é propriedade se volta para os mecanismos estatais e suas capacidades de execução ativa de direitos fundamentais em consonância com a constituição. Trata-se de uma factual necessidade inerente à prestação de obrigações jurídicas positivas e abstenção de obrigações negativas, as quais o aparelho estatal se torna a solução para garantir a real efetividade dos valores de proteção aos indivíduos, seja para inovar, seja para corrigir. Luigi Ferrajoli (2002, p. 29–33), quem em muito influenciou a tese sufragada aqui, estabeleceu as bases para a tese “garantista”, definindo como um modelo jurídico-político, que se integra a diferentes meios, estabelecendo parâmetros para assegurar o exercício compromissado e central do Estado com a segurança jurídica.

No campo da ética, o judicialismo “ético-jurídico” refere-se a atuação judicial que age na égide da junção entre a ética e a norma jurídica, não podendo se limitar somente a um dos espectros. A Partir do que foi visto, é dedutível um certo compromisso axiológico a qual o juiz deve submeter no tratamento da lei, por dever preservar um processo legal justo, devendo manifestar a conexão entre o direito e a moral, é dessa conduta que o neoconstitucionalismo emerge. Esses critérios de avaliação normativa e fática evitam o formalismo legal e alcançam todas as vertentes do direito, principalmente o poder judiciário.

Diante desta definição, o judicialismo “ético-jurídico” possui diferenças sutis em relação ao “interpretativismo moral-constitucional”, principalmente em um contexto constitucional contemporâneo, enquanto a primeira se remete à decisão judicial, o segundo leciona sobre a interpretação generalizada tangente à constituição e o seu objeto moral. Uma extensão do pensamento dworkiniano, o raciocínio jurídico pressupõe objetivar valores relacionados aos direitos da pessoa humana.

Perante todas essas características, nota-se que tudo remonta a uma lógica da interpretação da norma maior. A “especificidade interpretativa” é a tese que defende que todo o argumento jurídico deve ser amparado na prescrição constitucional, desde a fundamentação normativa até os instrumentos de perpetração, isso significa que a linguagem jurídica que penetra o direito infraconstitucional é principiológica, submetendo conseqüentemente a validade das lentes de interpretação constitucional.

### **3.2 Os marcos do neoconstitucionalismo**

O surgimento do novo modelo necessitou da consecução de fatores próprios que resultaram no rompimento com a tradição antiga. Tal Conjectura é brilhantemente esquematizada pelo jurista brasileiro Barroso (2008), que estabelece três marcos para descrever a trajetória, na Europa e no Brasil, até a ascensão deste modelo mais recente: O histórico, o filosófico e o teórico. É importante atentar que os sentidos jurídicos, políticos, históricos e ideológicos ainda possuem devida relevância, mas há a prevalência das novas características que surgiram durante o processo evolutivo do neoconstitucionalismo.

#### **3.2.1 Marco histórico**

O marco histórico está relacionado com o surgimento das constituições garantistas no pós-guerra do século XX na Europa e a mais tardiamente no processo de redemocratização no Brasil. Nota-se um paralelismo tanto nas experiências da Europa continental (especialmente nos de tradição romano-germânica) e no Brasil que a necessidade de reformulação da organização social e política, agora baseada no modelo democrático. Em decorrência desses fatores, ocorreu uma demanda pela sofisticação das ciências do direito constitucional.

As transformações ocorridas, não só no direito constitucional, mas em toda a ciência jurídica, decorreram, evidentemente, das experiências ditatoriais como o autoritarismo nazi-fascista. É pertinente salientar como operava a cultura jurídica que permeia o velho continente antes mesmo das guerras mundiais. Fundava-se principalmente na percepção de que a constituição servia como muleta para as carreiras políticas, dessa forma, os poderes judiciários dos respectivos países não possuíam força normativa para invocar a carta magna. Essa configuração permitiu, por exemplo, que as atrocidades cometidas por Adolf Hitler possuíssem legitimidade constitucional.

Diante dessa forma de constitucionalismo, que permitia que a jurisdição engendrasse normas legais que iam de encontro aos direitos fundamentais, nas próximas fases, os “caráteres constitucionalistas” ganharam maior centralidade nos debates que viriam após a Segunda Guerra Mundial, especialmente no tocante do sentido ideológico. É importante pontuar que essas mudanças são os primeiros passos em direção às teses constitucionalistas alicerçadas na concretização de direitos, e não apenas na limitação de poderes.

### **3.2.2 Marco filosófico**

Se por um lado, é possível identificar e estabelecer um contexto de transformações nas constituições por meio do marco histórico, por outro, o marco filosófico refere-se a factual superação do poder jurídico legalista que imperava, bem como o reconhecimento normativo e principiológico na qual é pautada uma nova interpretação constitucional: a pós-positivista.

É importante contextualizar de que forma ocorrem as incongruências entre as duas principais doutrinas da época, o jusnaturalismo e positivismo, para determinar os impactos que essas reformulações tiveram no direito constitucional e que culminaram nos entendimentos neoconstitucionalistas. Sendo assim, é importante fazer observações preliminares do modo de pensar predominante da época para entender as origens do neoconstitucionalismo.

### 3.2.2.1 Jusnaturalismo moderno

O jusnaturalismo é a teoria que defende a validade do direito natural, e este, por sua vez, é um sistema que defende uma universalidade de normas, prelecionando um conteúdo moral inerente à coisa em si. Foi uma concepção anterior ao positivismo, modificando-se diversas vezes ao longo de todo o período que predominou. Para LOCKE (1998), o homem é livre por natureza e por isso apenas se submete ao poder político do Estado por interesse próprio. Para o autor essa autonomia, independente e igualitária, dos homens demonstra que os direitos naturais são anteriores ao próprio Estado civil, uma vez que o “estado de natureza” obriga todos a respeitarem os direitos alheios (como a vida, a propriedade, a saúde, etc.) para que se possa garantir a preservação dos seus próprios direitos. Para alcançar essa posição, seria em decorrência da “razão” que a humanidade se organiza politicamente.

Ao longo da história, o jusnaturalismo se modificou e adotou diferentes concepções a respeito do direito natural. Para fins de dissertação, é pertinente enfatizar a escola do “Jusnaturalismo Moderno”. O “jusnaturalismo moderno” foi um dos movimentos teóricos mais influentes por cerca de 150 anos, muito por conta das contribuições do Iluminismo e de pensadores como Locke, Hobbes, Rousseau, entre outros. Buscava estruturar a sociedade civil por meio das ideias do contrato social e das teorias dos direitos e deveres universais, inspirado no estudo da natureza do homem, ao passo que se distanciava da linha de raciocínio aristotélica, na qual era, até então, dominante.

A doutrina do “jusnaturalismo moderno” contribuiu imensamente para a promoção da tradição constitucionalista. Esse estudo se funda na racionalização do direito, postulando uma visão da moral e justiça, fundada numa lógica tão certa quanto a matemática, ou seja, a ética e o direito podem ser pensados como verdadeiros axiomas. Essa corrente filosófica sedimentou crenças e princípios que fundamentaram as revoluções liberais e disseminou na Europa os modelos de sistematização racional das constituições por meio das codificações escritas, estando ligado ao próprio surgimento do constitucionalismo.

A existência do adjetivo “moderno” aduz a existência de variações presente na teoria interna do jusnaturalismo, neste caso são três as divisões das correntes: o

clássico, o medieval e o moderno. É interessante refletir sobre essa progressão histórica e os surgimentos desses tipos, para que se possa compreender a noção de “Ideal de justiça”, segundo as implementadas por cada corrente dessa doutrina e suas posteriores repercussões no neoconstitucionalismo.

Sintetizando, o jusnaturalismo se centra na crença de que o direito é oriundo e fundamentado com base na legitimidade de uma autoridade imutável, da qual varia conforme as vertentes: no jusnaturalismo clássico, a justiça é de decorrência da ordem teleológica, proveniente da natureza; No Medieval, há maior ênfase na vontade divina, a lei de Deus é a fonte primária da justiça; por fim, no jusnaturalismo moderno, é da razão humana autônoma que surgem o princípios fundamentais que deduzem a legislação.

O cerne de tal apontamento é demonstrar como a valorização da moral e dos princípios foi uma herança frequentemente rebuscada pelo neoconstitucionalismo e que está diretamente relacionada às definições do constitucionalismo contemporâneo.

É importante, desde já, traçar as semelhanças entre essa tradição jusnaturalista e o neoconstitucionalismo, por estarem profundamente conectadas. A ideia da defesa de direitos como garantia universal, a aproximação entre o direito e a moral e a legitimidade de limitação do Estado são aspectos em comuns entre ambos os fenômenos. Dessa forma, o jusnaturalismo foi a base filosófica para o surgimento do neoconstitucionalismo, apesar de suas divergências.

### **3.2.2.2 Juspositivismo**

Fruto das profundas mudanças estruturais produzidas pelo iluminismo, o positivismo é uma corrente filosófica criada por Auguste Comte no século XIX, fundamentada nas três principais ideias produzidas pelo movimento intelectual: secularismo, racionalismo e cientificismo. A partir daí, a ideia de que o progresso apenas poderia ser alcançado por meio do conhecimento científico passou a impregnar diversos campos interpretativos e investigativos, incluindo o direito, o que culminou no chamado positivismo jurídico.

Nesse sentido, o positivismo é uma concepção totalmente contrária ao jusnaturalismo, pois, ainda que haja eventuais similaridades em ambas as correntes, a primeira nega essencialmente o próprio direito natural, o qual é a singularidade fundamental da segunda. Ainda que sejam de naturezas opostas, pode-se dizer que o jusnaturalismo é o precursor do juspositivismo, não como uma doutrina derivada, mas como uma reação ao pensamento dominante. “O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” (BOBBIO, 2006, p. 26).

O juspositivismo preleciona uma tese de regras estabelecidas pelas fontes do direito, principalmente as estatais. A dogmática do direito é científica e, portanto, as normas devem ser objeto do Estado, servindo ao fim de interpretar e sistematizar, adequando-a à convivência social. A introdução do racionalismo engendrou um profundo criticismo filosófico ao jusnaturalismo moderno, reorientando uma nova perspectiva ao direito ocidental.

O “juspositivismo” é a nomenclatura associada aos trabalhos como os de HANS Kelsen para formalizar a integração da doutrina positivista com o campo de pesquisa propriamente do “Estado e o direito”. Vale ressaltar que o positivismo já era uma doutrina bem estabelecida no meio científico quando o autor fez suas considerações, tanto que o mesmo não foi pioneiro nas indagações jurídicas acerca do instituto, no entanto, suas acepções o fizeram um dos filósofos mais relevantes da época, vide as suas contribuições para o positivismo normativo na sua renomada obra “Teoria Pura do Direito”.

Kelsen representa o apogeu no positivismo e suas críticas ao modelo jusnaturalista. Para Hans Kelsen, essa concepção monista preza, portanto, pela concepção de uma validade jurídica considerada em um sistema fechado e unitário, alheio de qualquer elemento extrajurídico (ética, moral, filosofia, etc.). Na teoria do direito do autor, essa tentativa de conferir segurança axiológica ao sistema jurídico através, por exemplo, da teoria do processo de derivação (que se estende até o conceito “Grundnorm”), foi, posteriormente, duramente criticada por vertentes derivadas do pós-positivismo ao longo do século XX e XXI.

Por extensão, a teoria kelseniana foi alvo de críticas do constitucionalismo contemporâneo, principalmente a respeito do conteúdo da “grundnorm”. Essa rearticulação consiste em uma ressignificação dialética da moral, inserida na lógica positivista, como obrigatoriedade e pressuposto para a justiça plena, ou seja, busca romper com a neutralidade da lei tipicamente defendida por Kelsen. Com isso posto,

é fácil deduzir que, apesar das contribuições, o positivismo puro não é adequado para as tratativas neoconstitucionais, mas foi necessário para alcançar essa visão.

A ausência de compatibilização entre o positivismo puro e o neoconstitucionalismo é ressaltada por Duarte e Pozzolo (2010), que afirma que o direito positivo é deixado de lado, pois a lógica vigente eleva a uma o conceito jurídico a uma dimensão de qualificação ética, fazendo do não-positivismo uma propriedade interna do modelo sistematizado constitucional contemporâneo.

### **3.2.2.3 Pós-positivismo e o paradigma neoconstitucional**

É importante frisar que o repertório histórico das dogmáticas filosóficas apresentadas anteriormente, prestaram a função de consolidar e apresentar a corrente do “pós-positivismo” ou, em sentido mais estrito, o “juspositivismo moderno”, afinal, o pós-positivismo ascendeu devido a essa confluência de pensamentos, que caracterizam o marco filosófico. Uma vez que se pode falar de um pensamento que se dissolve quase que por completo na compreensão do objeto de estudo deste trabalho, é possível caracterizar o pós-positivismo como um “sentido filosófico”, propriamente dito, do neoconstitucionalismo.

A definição do pós-positivismo surge como uma crítica construtivista ao positivismo clássico, rebuscando os valores metafísicos estabelecidos pelo jusnaturalismo e operando entre essas duas correntes filosóficas, integrando seus aspectos metodológicos. Como esclarece SARMENTO (2004), a positivação das normas constitucionais deve ocorrer após um processo de análise que incorpore a moral comunitária, dessa forma evitando uma interpretação acrítica do direito.

Nesse ínterim, é factual que no momento jurídico atual predomina-se o pensamento pós-positivista, contudo, a questão principal seria determinar em que instância se encontra esse modelo científico, tendo em vista o persistente embate entre os juristas em determinar se há um caráter de continuidade, em relação ao positivismo, ou se é propriamente uma doutrina única por mérito em reconstruir racionalmente os fundamentos jurídicos do direito.

O influente filósofo RONALD DWORKIN (1977) contribuiu imensamente para caracterizar as bases do que mais tarde passou a ser reconhecido como

“pós-positivismo”. Para o autor, os princípios possuem peso e significância que devem ser levados em consideração na execução normativa, mas não pela necessidade de assegurar demandas econômicas, políticas ou sociais, mas pela razão de serem aspectos essenciais da justiça e moralidade.

Para STRECK (2014), o pós-positivismo deve ser examinado como uma superação hermenêutica da forma de pensar o direito, isso significa que a interpretação normativa deixa de ser subjetiva e passa a ser um processo inerente à estrutura jurídica.

Urge-se a necessidade de pontuar algumas críticas às concepções positivistas de Hans Kelsen (das quais já foram apresentadas anteriormente) ao passo que se faz uma ponte as explicações que contemplam, de forma pormenorizada, os preceitos do neoconstitucionalismo. No positivismo jurídico, a crença cega na legitimidade moral da norma formalmente válida permitiu, em grande parte, a disseminação de legislações eficazes em instrumentalizar a injustiça de forma manifestada (BARROSO, 2013, p. 33–37). O triunfo pós-positivista, e consequentemente Neoconstitucionalista também, se situa justamente nessa falha associada à experiência anterior.

A Partir disso, nota-se uma interdependência entre as normas e os princípios, onde a metodologia é centrada na inspiração aos valores sociais, ao passo que a normatividade é fixada juridicamente por meio da lei. Assim, o neoconstitucionalismo, forjado nessa filosofia, é um ordenamento que propõe a reintegração entre a ética e o direito e também é fruto da dialética jusfilosófica.

### **3.2.3 Marco teórico**

Reforça-se que o neoconstitucionalismo floresceu de uma superação crítica, reflexo da positivação tardia do direito natural. Como já foi muito bem sintetizado, o pós-positivismo foi pivô na edificação desse movimento, portanto, para evitar redundâncias, é importante fugir de aspectos de superação filosófica e adentrar na lógica da estrutura do direito constitucional propriamente dito. Neste campo teórico, Barroso (2008) assinala três transformações do conhecimento tradicional e seus

impactos no direito constitucional: A força Normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e a nova interpretação constitucional.

### **3.2.3.1 A nova força normativa**

Na Europa, o neoconstitucionalismo foi elaborado, principalmente, com base na aglutinação de preceitos dos sistemas americano e alemão. Enquanto os norte-americanos enfatizam a efetividade das garantias fundamentais e referem uma constituição extremamente concisa e formalmente ampla, a Alemanha optou por um modelo mais extenso e detalhado com foco em planos e metas, priorizando a força vinculante das leis. Mas foi na Itália e na Espanha que doutrinas propriamente neoconstitucionalistas ganharam contornos e se instauraram em uma corrente autônoma.

Neste contexto histórico, o crucial jurista Konrad Hesse se contrapõe às ideias do respeitável autor Ferdinand Lassalle (2001), que afirmava que as controvérsias constitucionais não são um campo que pertença primordialmente às ciências jurídicas, muito menos é exclusiva a ela, mas decorre das relações de poder condicionantes, existentes no arcabouço das leis, como os poderes econômicos, sociais, políticos, etc. A problemática levantada por Hesse se fundamenta na oposição ao pensamento de Lassalle e seu reducionismo da constituição a um mero “pedaço de papel”. Hesse questiona a capacidade de regulação da constituição, e é nesses limites das relações de poder que se pauta seu pensamento, do qual influenciou fortemente as concepções mais amplas do neoconstitucionalismo.

O posicionamento de Hesse justifica os pensamentos desenvolvidos a respeito da “força normativa da constituição”. Partindo do pressuposto de que a constituição possui uma força jurídica, na qual deve ser distinguida das demais forças na medida da sua eficácia na realidade, os princípios e as normas da constituição seriam considerados preceitos com capacidade de contribuir para a modificação de quadros sociais em alguma medida, ou seja, o jurista busca romper com as associações de que a carta constitucional é resultado, predominante ou unicamente, de fatores fáticos externos as ciências jurídicas.

A “força normativa da constituição” busca equilibrar a importância da eficácia normativa (até então desconsiderada na argumentação científica) sem sobrepujar outros fatores (sociais, históricos, políticos). Ao passo que a constituição determina um compromisso que deve ser cumprido, os contornos sociais e os poderes públicos se organizam para executar efetivamente esses pressupostos, essa colaboração institucional é a chamada “vontade da constituição” (HESSE, 1991). Essa tentativa de estabelecer maior significância nas relações fáticas é oriunda dos esforços de condicionar a normativa constitucional com a conjuntura existente.

Aliado a isso, é importante uma delimitação de caráter extrajurídico quando da interpretação da constituição, por ser produto dos esforços da época, portanto, o alinhamento da constituição com o contexto temporal não é apenas uma questão de perspectiva histórica, mas de correspondência com o espírito da comunidade, da qual está sujeita a oscilações constantes (LIMA; LANÇA, 2013). Contudo, o documento supremo não pode ser alterado conforme quaisquer exigências que eventualmente surjam, mas é necessário manter um certo rigor como medida de segurança para evitar interferências exógenas demasiadamente agressivas aos preceitos já impostos.

A superação da visão exclusiva de que a constituição era um documento fundamentalmente político, serviu principalmente de interesse aos partidos políticos. Hodiernamente, a maioria das constituições democráticas ocidentais possuem qualidades próprias do pós-positivismo, portanto são objetos dotados da “capacidade de determinar”, mas, diferente da doutrina propagada por Lassale, essa força determinante não pode ser radicalmente desvinculada das condições fáticas que acometem o Estado, mas deve estar em harmonia com a norma jurídica. Diante disso, este pode ser considerado o paradigma central em toda a tese: a capacidade constitucional de condicionar e ser condicionado, de “ser”, mas simultaneamente se expressa no espectro do “dever ser” e se calibrando conforme a necessidade.

Perante uma formulação teórica tão importante, a tese da “Força normativa” auxiliou no processo de ampliação de diversas outras tradições, especialmente as presentes na identidade neoconstitucionalista, por consequência, a aplicação direta dos pensamentos de Hesse acarretaram na criação de uma cultura derivada com contundente presença no constitucionalismo pós-moderno.

### 3.2.3.2 A expansão da jurisdição constitucional

Uma vez que foram compreendidas as quebras e surgimento de paradigmas filosóficos no contexto temporal do século XX, é importante compreender de que forma se deu a fenomenologia da expansão da jurisdição constitucional neoconstitucionalista. As mudanças no direito do pós-guerra foram notáveis e o direito constitucional encabeça essas transformações, pois, não apenas passou a irradiar com maior expressividade todas as matérias jurídicas, como foi colocado em uma posição de centralidade no sistema jurídico.

Diante dos novos horizontes, várias nações se depararam com a oportunidade de reformulação das estruturas das sociedades, para isso foi necessário a superação do Estado legal. Em tempos de recuperação, os traumas das guerras foram combustíveis para repensar o direito, que por sua vez gerou o ímpeto de, não apenas legitimar a soberania popular, como obrigar outros países, principalmente na Europa constitucional, a seguirem tendências parecidas. É possível afirmar que esse temor aos conflitos armados se reflete nos muitos tratados feitos posteriormente, pois esses são documentos que, ao mesmo tempo, responsabilizam e comprometem a organização social no sentido de priorizar a segurança jurídica. Essa segurança jurídica apenas poderia ser alcançada pela delimitação clara entre exercício do poder político e a cogência da lei.

Nessa toada, Bobbio (1995) analisa um padrão recorrente na história em relação a essas passagens de conversão dos Estados para um novo modelo, assinalando que ao longo do curso do processo de substituição da ordem soberana, a apropriação do poder se dá primeiro pela posse absoluta do poder pela figura autocrática, em seguida tais capacidades se tornam impessoais graças a pleiteio das leis, por fim é legitimado pelos povos ou representantes. Finalmente, percebe-se que esse sequenciamento coaduna com as fases do próprio constitucionalismo: a soberania do rei no Estado absolutista é substituída pela soberania da lei no Estado liberal, para que então seja posteriormente reivindicada pelo povo no Estado constitucional democrático.

Nesse tocante, conclui-se que a mudança de paradigma que constituíram as primeiras fontes que ensejaram as formulações neoconstitucionalistas foi a superação tanto do Estado legalista quanto das influências residuais do direito

costumeiro. O legalismo cego, herança do positivismo, passa a ser uma das críticas centrais das novas teses instituídas, esse fetiche descabido a interpretação da lei (que já foi debatido anteriormente) passou a ser um problema para o processo de transição dos rumos estatais, justamente devido à dominante autonomia da direção política, que acabavam minando o exercício pleno da cidadania.

Relembra-se que as ideologias canonizadas no pós-guerra são nada mais que a antítese de duas vertentes filosóficas que já são contrárias entre si, ou seja, o espírito que impera no meio científico é o equilíbrio de orientação entre ambas as escolas antecessoras, assim, ao mesmo tempo que se supera a visão mecânica do positivismo, o novo cenário também evitava invocar valores metafísicos, assumindo contornos anti-jusnaturalistas, reverberando sistematicamente na prática social das nações reconduzidas pelo esforço da política internacional da época.

Assim, a expansão jurisdicional se apega às exigências de interpretações constitucionais que visam produzir um cenário controlado, livre de produções jurídicas unilaterais ou que estejam em um espectro extremo da atividade jurisdicional. Então adentra-se em outra formalização típica do século XX, a qual é a centralidade que a constituição passa a exercer, e o guia de todo o direito (penal, civil, etc.).

### **3.2.3.3 A nova interpretação constitucional.**

Consolidada uma sólida retrospectiva do pré-constitucionalismo pós-moderno, é possível dissertar com maior clareza técnica a nova hermenêutica. A forma de interpretar o direito se modifica profundamente, na verdade, se trata de uma mudança metodológica, da qual foi influenciada pelas considerações de juristas e filósofos modernos, que reforçam uma especial atenção ao peso principiológico que as normas possuem, bem como a extensão de seus impactos em toda a realidade e não apenas no direito. Em meio a esse amálgama de características, é conveniente iniciar refletindo sobre a lógica heterogênea dessa proposição contemporânea.

Diante dessas colocações, é importante refletir sobre as definições de “princípios” e “regras” e seus significados atribuídos pelos teóricos, bem como suas

acepções adotadas pelo neoconstitucionalismo, visto que, dependendo do contexto histórico, são termos de sentidos polissêmicos. No entendimento de Duarte e Pozzolo (2010), a função dos princípios jusfundamentais para o direito é o de implementar uma pauta moral ao argumento jurídico no intento de ponderar correções racionais aos conflitos.

Nesse sentido, essa maneira de aplicação dos princípios não é incidental, na verdade, é uma sistemática propositalmente elaborada para contrabalancear como a constituição se sujeita às “regras”. Para Dworkin (1977) as regras operam sobre a lógica binária do tudo-ou-nada (all or nothing), o que significa que, ou elas são aplicadas integralmente na situação fática ou não deve incidir de forma alguma, assim a eficácia da lei estaria inteiramente condicionada a correspondência entre o conteúdo da regra e as premissas do caso concreto.

Perante isso, denota-se um ímpeto das regras em evitar a ambiguidade da letra da lei, auferindo rigidez ao padrão de decisão, ao passo que os princípios preenchem a lacuna da interpretação abstrata, conferindo maior sofisticação e atuando em uma dimensão axiológica cujo fim é determinar o peso do ato jurídico. Dito isto, fixa-se uma correlação colaborativa entre ambas as teses jurídicas, que confluem complementarmente para validar e mediar as consequências factuais, com o fim de considerar e instrumentalizar o direito, permitindo um processo especulativo da realidade jurídica muito mais adequado e complexo.

Com isso, a modo como ambos os institutos coadunam com o modelo constitucional é um parâmetro que revela o grau de pertencimento da identidade jurídica nacional aos pressupostos neoconstitucionais. Se por um lado a categorização dworkiniana estabeleceu os critérios de classificação das “regras” e dos “princípios”, O jurista alemão Robert Alexy alcançou êxito com suas contribuições na sistematização e formalização em um panorama interpretativo próprio do constitucionalismo pós-moderno, influenciando fortemente contexto brasileiro.

Nessa posição, o autor Alexy (2008) pretende operacionalizar a estrutura da aplicação das normas, de modo a otimizar a execução dos mandamentos constitucionais, vale destacar que esse corpo teórico possui grande ênfase na concretização dos direitos fundamentais, portanto, esclarece-se desde logo que essa é uma proposta metodológica aprimorada que se baseia na noção de peso dos princípios.

Dando prosseguimento, Robert Alexy parte de um posicionamento principiológico voltado ao desenvolvimento da chamada “teoria da ponderação”. Esse método jurídico é uma proposta de abordagem para situações jurídicas onde o conteúdo das regras não têm o poder de oferecer uma resolução imediata por si só, nesse cenário, estas situações são as que caracterizam os chamados *Hard Cases* (Casos Difíceis). Em tais conjunturas, se torna óbvio que a mera incidência codificada não basta para lidar com a realidade jurídica e civil, tendo em vista que a regra é incapaz de entregar uma resolução apropriada para a maioria das questões, pois todas a realidade e todas as suas minúcias não podem já ter sido consideradas e, conseqüentemente, verbalizadas no texto jurídico. Para isso, é necessária a existência de uma faculdade que densifique a avaliação de medidas, de tal forma que o direito sempre fixe determinações condizentes com o caso concreto.

Sendo assim, a lógica formal não pode ser plenamente aplicada ao direito, pois recairia em um campo demasiadamente incompatível com o plano fenomênico, é necessária sobretudo a contemplação mediante uma lógica material. Diante dessa problemática, Duarte e Pozzolo (2010) salvaguardam que a “teoria da ponderação” não pode ser confundida com a capacidade discricionária que é inerente à atuação dos juízes, pois esta última se trata da faculdade de “escolher” do juiz, seja de uma decisão ou maneira de agir dentre uma variedade de opções igualmente válidas, enquanto a primeira busca determinar quais são os direitos das partes na hipótese específica.

Perante essa propositura, observa-se que a ponderação procura conferir um resultado mais alinhado com a consecução das teses, e não simplesmente uma análise de compatibilidade dos fatos com a retórica jurídica. Por outro lado, é assegurado o juízo de competência normativa, o que significa que a aplicação dos princípios não pode desconsiderar a relevância das regras. Assim, tanto as regras quanto os princípios serão, em juízo, atribuídos com determinados pesos, mas as formas que eles vão incidir dependem do caso concreto.

## **4. O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL**

O neoconstitucionalismo, nos últimos anos, ganhou bastante destaque no direito brasileiro, considerando principalmente o atual momento histórico da constituição de 1988. Com os direitos fundamentais, a legitimidade democrática e interpretação constitucional se tornando temas cada vez mais em voga ao redor do mundo, suscitando importantes debates a respeito da bagagem teórico-prática, no Brasil não poderia ser diferente. A constitucionalização ganha contornos próprios à medida que se questionam os valores que regem a jurisdição constitucional do país e o papel do novo constitucionalismo em meio a isso. Nesse rumo, a experiência brasileira se modifica a todo tempo, ao mesmo tempo que as críticas se tornam mais sofisticadas, resta a análise do conteúdo e relevância da pauta. Neste capítulo será feito um apanhado de todo o repertório teórico apresentado até então, mas aplicado ao contexto pátrio.

### **4.1 A constitucionalização e o direito infraconstitucional no ordenamento brasileiro**

Como ponto de partida, enfatiza-se a tardia chegada do constitucionalismo contemporâneo no Brasil, afinal, o país saiu de um regime militar (1964–1985) para logo em seguida implementar o Estado democrático de direito. Após a promulgação da constituição federal em 1988 é que ocorreu de fato o remodelamento, a qual operou nas décadas de 90 e início dos anos 2000, muito depois dos paradigmas jurídicos que dominavam o direito, durante e após a Segunda Guerra Mundial, e ensejaram no neoconstitucionalismo europeu. Grande parte desse atraso se deu por conta das distintas realidades experienciadas nos contextos latino-americanos e europeu.

Neste novo cenário, urge-se a necessidade de se adotar uma nova metodologia que, não apenas viabilizasse a democracia, mas que rompesse com o sistema positivista que imperava até então. Tendo em vista que tal regime já não era mais adequado, aliás, considerado arcaico e reprovável, tendo em vista os

acontecimentos legitimados constitucionalmente no regime autoritário que o país experienciará. Afinal, os novos cenários requeriam estudos e soluções consoantes com os dilemas de uma sociedade igualitária, conseqüentemente gerando uma ampliação de possibilidades de interpretação e aplicação do direito. Sendo assim, a constitucionalização no Brasil ampliou as perspectivas de expansão do sistema jurídico brasileiro.

A constitucionalização é um processo pelo qual ainda continua a transformar o país, se trata de uma forma de contínua adequação às mudanças que surgem no sistema jurídico à constituição. De acordo com Santos (2021, p.43), o Brasil não é o único que está passando por esse processo de modelagem, mas é algo comum às nações democráticas ocidentais contemporâneas, como a constituição de 1976 de Portugal e a de 1978 da Espanha. Sendo assim, essa característica denota conforme inerente na constitucionalização a interpretação normativa centrada na soberania da constituição em relação a todo o direito, dessa forma superando a função procedimental que era delegada às constituições nas tradições anteriores.

Frente a isso, se em outros países também verifica-se um recente e intenso processo de constitucionalização, no Brasil a virada foi semelhante às que ocorreram na Alemanha e Itália no passado, observa Barroso (2008). Devido a essa esse panorama que ressignificou a aplicação dos princípios e delineou esses moldes, a constituição brasileira passou a contemplar cada vez mais a supremacias axiológicas em detrimento das formais.

A respeito do termo “constitucionalização”, desprende-se muitos sentidos das suas acepções, mas é verificável que se trata de um fenômeno recente e cuja proposta é de revisar todo o direito, de modo a endossar o peso dos valores, princípios e normas da constituição, assim fugindo do formalismo, além transacionar certas heranças liberais para características próprias do Estado social. Levando em consideração tudo o que já foi desenvolvido até aqui, percebe-se que essa tese defendida é produto do neoconstitucionalismo.

Santos (2021) verifica um entendimento doutrinário majoritário de que existem dois tipos procedimentais de constitucionalização: a constitucionalização-inclusão e a constitucionalização-releitura. Na constitucionalização-releitura, a norma mantém o status de infraconstitucional, mas é interpretada com base nos valores constitucionais. Um retrato claro da repercussão desse instituto foram as decisões do STF na ADI 4277 e a ADPF 132, que reconhecem a união homoafetiva,

reinterpretando, à luz dos princípios constitucionais, o art. 1723º do Código civil de 2002.

Na constitucionalização-inclusão, por outro lado, ocorre a transição das matérias e temas tipicamente disciplinados em lei ordinária para o texto constitucional, elevando ao nível constitucional e viabilizando a ubiquidade constitucional. Na CF/88, é possível constatar a multiplicidade de matérias abordadas (previdência, meio-ambiente, economia, etc.), isto pode ser verificado, por exemplo, no art. 7º, que regula sobre o direito do trabalho. Gilmar Mendes (2012) alerta para os excessos desse modelo, lembrando o fato de que a CF/88 é uma das mais extensas do mundo e reiterando que a absorção de mais conteúdos torna a constituição redundante e instável.

Desprende-se disso que, como típico da nova tendência do constitucionalismo pós-positivista, o conteúdo do texto constitucional se irradia para todos os valores e regras dele derivado, o que significa que os valores presentes na constituição devem validar todas as normas infraconstitucionais e seus sentidos. Essa visão revela uma tendência de expansão que visa alcançar todo o direito, se tornando um parâmetro de validação da sistemática normativa. Isso define uma característica evidente do valor normativo supremo da constituição.

Nesse fio, aponta-se outra característica que coaduna com as proposições feitas no parágrafo anterior, o qual é a classificação analítica da constituição brasileira. Uma constituição analítica possui um texto alongado, por ser mais detalhado e extenso, o que à primeira vista faz sentido com a proposta de constitucionalização, afinal a ampla catalogação das leis permite a contemplação de uma vasta gama de situações jurídicas. Contudo, no contexto brasileiro, a constituição é prolixa, como destaca Barroso:

Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos (Barroso, 2008, p. 66 ).

Dessa forma, é inevitável que o conteúdo geral atinente às normas infraconstitucionais já tenha sido tratado pela constituição em algum grau, ou seja, há um verdadeiro subconjunto no compilado constitucional que passa por todo o

direito comum. Ainda nesta mesma reflexão, é destacado que, ainda que haja diferenças conceituais entre a constitucionalização e as normas infraconstitucionais, elas estão naturalmente relacionadas, como já foi visto anteriormente, especialmente nos moldes da arquitetura jurídica brasileira.

Conclui-se que toda interpretação de direito é uma interpretação constitucional (Barroso, 2022, p.26). A jurisdição contemporânea ocupa um espaço semântico expressivo nas normas infraconstitucionais, pois tudo aquilo que não pode ser visto pela lente da constituição é ilegítimo, essa submissão necessária da lei menor transparece o intuito da ordem em harmonizar as vertentes doutrinárias em uma interpretação una.

#### **4.2 O papel da jurisdição constitucional no contexto brasileiro**

Segundo Sarmiento (2009), ao se analisar os históricos das constituições no Brasil, revela-se uma constrangedora tendência no que diz respeito à operabilidade da jurisdição, uma cultura que emerge em formas e contextos paradoxais. No direito, a existência de fatos (materiais ou formais) controversos entre si, como a permanência da escravidão na vigência da constituição de 1824, cujo conteúdo defendia a defesa a igualdade. Do mesmo modo, as transgressões e violações das forças armadas cometidas contra os direitos fundamentais durante o regime de 1969.

Por outro lado, todo esse processo que substituiu o regime anterior para o moderno e que implementou a constituição mais recente, foi também uma grande quebra de paradigma, tendo em vista o modo como as jurisdições anteriores a 1988 operavam. Contudo, não se exclui aqui a possibilidade de tenham sido herdados resquícios das jurisdições que dominavam o país durante a ditadura e que ainda se fazem presentes na normatividade constitucional democrática vigente. É mister destacar, no entanto, que visando quebrar as tendências anteriores, houve grande empenho dos juristas, que fizeram parte das assembleias constituintes de 1987 e 1988, em romper com esse padrão, criando uma constituição muito mais centralizada, revelando verdadeiras intenções atinentes com a redemocratização da jurisdição brasileira.

Com isso estabelecido, o direito brasileiro foge da antiga práxis defasada e busca a consecução das medidas no plano material. Agora a jurisdição constitucional, muito mais impositiva em comparação aos outros modelos do histórico brasileiro, não apenas busca a concretização dos direitos fundamentais, já que antigamente o país era muito mais dependente da boa vontade política, mas assegura a efetividade e celeridade. A constatação disso pode ser verificada na própria redação da CF/88, ao versar sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988, art. 5º, §1º)

Com base no exposto, para o importante jurista brasileiro Sarlet (2012), a aplicação imediata dos direitos fundamentais é uma faculdade constitucional inequívoca, portanto, a jurisdição se move em prol de executar ou mitigar a omissão estatal, com o fim de conferir máxima efetividade. Assim, há um reconhecimento implícito da existência de um rol de condições mínimas para a prestação estatal de políticas positivas, essa conjectura é formalmente reconhecida pelo STF de “mínimo subjetivo exigível” para permitir a interferência judicial.

Nesta mesma linha de raciocínio, o célebre autor Sarmento (2009), compreende que a judicialização desses direitos assistencialistas decorre da estrutura constitucional que impera o Brasil desde 1988. Assim, existe uma correlação de interdependência entre a força jurídica real das normas jurídicas e dos princípios fundamentais com a atuação do judiciário, criando um compromisso de efetivar a exigibilidade de direitos fundamentais. Essa característica pode ser verificada com mais contundência nos direitos sociais, dos quais estão fortemente associados ao assistencialismo.

Isso leva a segunda proposição, o papel do poder judiciário na concentração do poder decisório. Com a CF/88, o juiz passa a ser o garantidor da constituição, como resultado deste fenômeno, o processo de interpretação das normas deve passar pelo crivo de mecanismo jurisdicionais para o controle de constitucionalidade. Em sequência, o renomado jurista Gilmar Mendes (2012) ainda destaca outra

particularidade, o procedimento de materialização da constituição, onde os valores morais e políticos são integrados a uma interpretação da constituição, autorizando a substituição da figura do legislador pela do juiz no Brasil.

O outro aspecto que explica a jurisdição contemporânea no Brasil é a adoção de um sistema jurídico romano-germânico. O Brasil, como ex-colônia portuguesa, já nasceu vinculado ao sistema da civil law, sendo assim, não é uma inovação da constituição cidadã de 1988, muito menos é tão proeminente quanto foi no passado, tendo em vista que o Brasil contemporâneo assume um modelo híbrido. No entanto, a matriz brasileira continua sendo principalmente fundada na hierarquia da lei, criadas pelo poder legislativo, e sua instrumentalização pelos juízes para a resolução de situações fáticas.

A *civil Law* é implementada no Brasil desde o período colonial, baseia-se na primazia da lei e na codificação escrita, além da aplicação da lei sem precedentes vinculadores de juízes. A profundidade dessa relação entre os moldes do sistema jurídico hodierno e a constituição em voga é subentendida pelos paralelismos que sedimentam ambas as lógicas. Na verdade, a síntese da *civil law* é essencial ao neoconstitucionalismo brasileiro por fazer algumas propostas atinentes com os novos horizontes do direito brasileiro. Há muitas ideias estruturais complementares em ambos os modelos, dentre elas, a exigibilidade da fundamentação da decisão do juiz, o que remete ao terceiro aspecto da jurisdição brasileira.

Finalmente, um evento perceptível desde a promulgação da CF/88 foi a significativa expansão do controle abstrato de constitucionalidade, evidentemente com a implementação de instrumentos de controle de constitucionalidade concentrada (ADI, ADC e ADPF). Isso permitiu que fosse assegurado uma uniformização da interpretação constitucional e centralizando a força normativa da constituição, algo compatível com as tendências neoconstitucionais. Essas opções normativas são um dos meios pelo qual é possível se incorporar valores relacionados aos direitos fundamentais, principalmente através das políticas públicas, um dos objetos na qual o controle pode ser impetrado.

Na doutrina brasileira, Vale e Lacerda (2021, p.46) notam que o neoconstitucionalismo perpassou por mudanças específicas em ordem de se adaptar ao ordenamento jurídico, principalmente no que se refere ao papel do judiciário no controle de constitucionalidade. Esse papel ora era exercido de forma

centralizada pelo Supremo Tribunal Federal, ora de forma difusa pelos os demais órgãos.

Nesse sentido, ainda é possível identificar outra faculdade derivada da carta magna neste mesmo segmento, como a ampliação da atuação política e social institucional, refletindo na pluralidade de atores na sociedade civil neste cenário democrático. Evidentemente, tal força normativa pode ser verificada, notadamente, na ampliação do rol de legitimados para propositura de ações de controle, no art.130º da CF/88. Agora, a carta além de conferir o status de legitimador e concretizador constitucional, também fomenta a participação democrática e uma reestruturação do STF mediante a proteção constitucional.

### **4.3 Desafios do neoconstitucionalismo no Brasil**

A centralidade do neoconstitucionalismo na jurisdição constitucional brasileira, na qual foi muito bem sistematizada, está ramificada de forma tal a alcançar os mecanismos de direito. Portanto, presume-se que os desafios decorrentes desse paradigma derivam da forma como se situa o ordenamento jurídico em face do próprio constitucionalismo contemporâneo, ou seja, isso significa que os déficits e problemáticas não resolvidas são inerentes ao neoconstitucionalismo e conflitam com o seu próprio núcleo teórico. Trata-se de uma dedução lógica, pois seus problemas a ele pertence por que dele decorre. Portanto, é preciso compreender de que forma a reafirmação do constitucionalismo gera conflitos no ordenamento brasileiro.

Como primeiro ponto, na visão Gilmar Mendes (2012), o estágio mais recente do neoconstitucionalismo é caracterizado pelas tensões entre a constituição e a democracia. Esse conflito é uma peculiaridade oriunda do princípio da “realização material da constituição”, pois a partir do momento em que a constituição é última em decidir a produção de efeitos no caso concreto, conseqüentemente irá interferir nas questões políticas e jurídicas. Essa necessidade de alinhamento entre a deliberação e o conteúdo do texto formal produz um Estado de imposição de valores cogentes, que por sua vez restringem a atuação dos poderes.

Nessa linha de raciocínio, essa formatação presume um descompasso em relação às demais representações (principalmente políticas) na efetivação de diligências e na concretização da vinculação jurídica, visto que as contribuições de cada instituto dependem de uma parametrização coerente com a carta magna. Para “corrigir” essa deficiência, o direito brasileiro buscou equilibrar os poderes executivos e legislativos com a atuação ampla e interventora do judiciário, que assume extenso papel representativo na consolidação de políticas públicas.

É importante ressaltar as diferenças entre o ativismo judicial (bastante presente na configuração da doutrina americana e países adotantes da *common law*) e o neoconstitucionalismo. Como destaca Vale e Lacerda (2021), é por meio do Juiz que o cidadão pode se expressar frente a burocracia e rigidez da norma, onde pode ter sua voz representada e acolhida pelo tato humano, ao invés do rigor científico e excessivamente matemático que até então imperavam nas experiências anteriores. Ou seja, é um instrumento altamente engajante de inclusão e legitimação popular.

Na verdade, essa participação mais acentuada dos juízes é algo intrínseco ao neoconstitucionalismo em si, por haver a dedução de que o processo jurisdicional deve ser analisado por dentro e por aqueles que estão inseridos no processo. Sendo assim, o juiz, como intérprete e aplicador da lei, assume uma posição de protagonismo frente à análise do processo judicial. O principal problema dessa dinâmica reside na amplitude desta participação, uma vez que a desconsideração de outra perspectiva empobrece o debate e limita a participação de outros institutos, gerando uma tensão entre os poderes.

Como consequência, conclui-se que esse efeito de enfraquecimento do processo democrático é intrínseco à estrutura institucional do modelo neoconstitucionalista que foi desenhado pela constituição de 1988. Lênio Streck (2014), ferrenho crítico do ativismo judicial no Brasil, afirma que, na prática, é um perigo o juiz atuar negligenciando o acompanhamento adequado de critérios hermenêuticos, pois acaba categorizando o processo de judicialização em um espectro político. Esse processo, por sua vez, gera um cenário de insegurança jurídica, violando a legitimidade dos poderes legislativo e executivo e, consequentemente, do Estado democrático de direito.

## 5. CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido permitiu perceber a complexidade do fenômeno do constitucionalismo contemporâneo no Brasil. Dito isto, a superação do liberalismo clássico e as ponderações filosóficas dos séculos XX e XXI, principalmente da vertente pós-positivista, inclinaram a constituição brasileira a aderir uma configuração ideológica voltada à proteção da dignidade humana. Em um outro espectro, a teoria constitucionalista relaciona os impactos sociais com a promulgação da constituição, e mais do que isso, a direta conexão com o tipo de conteúdo constitucional. A respeito do reconhecimento do neoconstitucionalismo como vertente que explica essas tensões, ainda pairam muitas incertezas quanto à precisão do termo.

A definição do que é o “neoconstitucionalismo” é inexata e difusa. São muitas considerações, mas nenhum consenso, essa nebulosidade é produto de uma sistematização pouco rigorosa e não padronizada, sendo assim, sua aplicabilidade descende do reconhecimento doutrinário e sua análise metodológica depende da ponderação de fatores que foram recrutados para uma análise específica. Para alguns doutrinadores, como Streck (2014), o raciocínio empregado para entendimento do neoconstitucionalismo deve ser calibrado a uma cognição jusfilosófica, o que demonstra a necessidade de desenvolvimento teórico, como adiantado anteriormente. A fundação do novo constitucionalismo não deve ser compreendida com um rigor técnico sistemático excessivo, tendo em vista seu plano de fundo esparso, o que dificulta a consolidação de teses.

Outro ponto é a adequação do novo constitucionalismo frente as pautas que se propõe a explicar. Conclui-se desde logo que há muitos paralelos com o mundo real, principalmente nos países onde predomina o sistema *civil law*, e ,por isso, faz sentido o reconhecimento de suas contribuições para a ciência jurídica, sobretudo, no Brasil, que bebe grandemente dessa fonte para o embasamento científico. Na verdade, renomados doutrinadores brasileiros do direito reconhecem a participação ativa do neoconstitucionalismo na transformação paradigmática da interpretação do direito constitucional, como Gilmar Mendes e Barroso, que esforçam, por exemplo, em harmonizar a arquitetura da argumentação jurídica moderna com a legitimação dos princípios.

Dando prosseguimento, destacam-se: a centralidade da carta magna frente a todo o ordenamento de direito; a amplitude prática das jurisdições constitucionais; e o destaque dos princípios no instituto da força normativa. A CF/88 dispõe de um extenso compêndio de direitos fundamentais, herança do longo histórico de conquistas democráticas e superação de ditaduras, além da constatação de um zelo constitucional pela eficácia material das normas e a consecução do processo de constitucionalização dos direitos infraconstitucionais.

Mediante as omissões do poder legislativo e a recorrente ineficácia do executivo na elaboração e execução de políticas públicas de materialização de direitos fundamentais, o poder judiciário oportunamente passou a progressivamente assumir um papel de protagonismo no constitucionalismo brasileiro, principalmente por meio de uma atuação que prioriza a ponderação de valores e princípios constitucionais na hermenêutica jurídica e sua implementação nas situações fáticas. Entretanto, é reservado um polêmico debate na controversa atuação dos judicial, uma vez que, apesar de suscitar eficazmente na proteção e efetivação de direitos (ressalvadas as críticas, de fato logrou maior êxito em relação às experiências anteriores), ao mesmo tempo, suas escolhas políticas, decorrentes de um ativismo judicial, na jurisdição são um risco para a legitimidade democrática.

Assim, o neoconstitucionalismo acaba por ser um fenômeno ambivalente, pois se insere em um cenário de risco e incertezas direcionado por uma doutrina de forma de indefinida, porém é factível que também agrega cada vez mais relevância, com seus mecanismos de tutela de direitos e desenvolvimento das cargas axiológica, ganhando cada vez o reconhecimento tácito de adeptos, dos quais, ressalta-se, sempre apreciam com prudência e fazendo as devidas ressalvas aos controversos dilemas que são frequentemente reportados na literatura jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo**. Tradução de Juliana Salvetti. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, São Paulo, n. 7, p. 19–30, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1–48.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BÍBLIA SAGRADA. **Antigo Testamento**. Segundo Livro de Samuel, cap. 11–12. Tradução de João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. (Coleção Elementos de Direito).

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **O pioneirismo da Constituição do México de 1917**. In: SALAZAR UGARTE, Pedro (org.). México y la Constitución de 1917. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México; Senado de la República, 2017. p. 57–?. Disponível em:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4430/6.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2025.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., reimpressão de 2003. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p. ISBN 978-972-402-1065.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Emerson. **A Constituição de 1824 e o constitucionalismo contemporâneo: pontos de inflexão**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 91, p. 67–81, jan./mar. 2024. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/4920402/emerson\\_garcia.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/4920402/emerson_garcia.pdf). Acesso em: 15 dez. 2025.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.]. Cap. 1: A teoria pura do direito.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stöner. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. **A força normativa da Constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, v. 62, p. 275–303, 2013.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer. Introdução de Peter Laslett. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LONGO FILHO, Fernando José. **O poder constituinte permanente: o caso do México**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 26, n. 43, p. 1–11, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>. Acesso em: 15 dez. 2025.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Enciclopédia jurídica da PUC-SP. São Paulo: PUC-SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 15 dez. 2025.

MONTEIRO, Fernanda Xavier; ASSUNÇÃO, Haroldo Celso de. **A constitucionalização dos direitos sociais: uma análise comparativa das Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9ad6aaed513b7314>. Acesso em: 15 dez. 2025.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito constitucional esquematizado**. 1. ed. São Paulo: Método, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95–133, jan./mar. 2009. Disponível em: [https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo\\_-\\_daniel\\_sarmento.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf). Acesso em: 15 dez. 2025.

SILVA FILHO, João Antonio da. **A era do direito positivo: reflexões sobre política, Estado, sociedade e direito**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que a ponderação e a subsunção são inconsistentes**. Consultor Jurídico – Observatório Constitucional, 26 abr. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-o-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em: 15 dez. 2025.

VALE, Silvia Teixeira do; LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. **Curso de direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2021.