



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

GISELLE ARAUJO GADOTTI

**DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO:
CONSIDERAÇÕES SOBRE O(S) SENTIDO(S) DO CONSTITUCIONALISMO NA
CONTEMPORANIEDADE COM ESPECIAL REFERÊNCIA AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**Dissertação de Conclusão do Curso de
Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas.
Menção em Direito Constitucional.
Orientadora Professora Doutora Suzana
Tavares da Silva.**

**Coimbra
2013**

Dedico esse trabalho ao meu esposo, mãe e irmãs, que ao longo do curso de Mestrado me incentivaram e demonstraram mais uma vez que não importa o quão forte sejam as tempestades que enfrentarei, pois sempre encontrarei na família meu porto seguro.

Meu sincero agradecimento à Doutora Suzana Tavares da Silva por todo apoio e infinita compreensão na concretização desta dissertação.

"O direito não é elemento, mas síntese, não é premissa de validade, mas validade cumprida [...], não é prius, mas posterius, não é dado, mas solução, não está no princípio, mas no fim. [...]"

Castanheira Neves

RESUMO

O trabalho traz questões acerca do desenvolvimento do constitucionalismo desde a antiguidade até os dias atuais, propondo uma adequação de tal movimento e da própria Constituição às novas ordens jurídicas transnacionais, supranacionais e internacionais por meio do transconstitucionalismo. Faremos um percurso histórico do movimento constitucional com especial ênfase no desenvolvimento geracional dos direitos fundamentais, justamente por tratar-se de um postulado indispensável das Constituições modernas e pela preocupação que se instalou em razão da insegurança sobre de quem seria a última *ratio* nas decisões acerca de problemas que os envolvessem. A pesquisa discorrerá ainda sobre os elementos responsáveis pela crise do constitucionalismo moderno e pela nova visão que se deve ter acerca da soberania estatal e do próprio papel desempenhado pela Constituição no cenário de concorrência de Cortes Judiciais, atores privados, entes internacionais e também de fontes normativas. Nosso estudo terá uma explanação sobre as propostas de adequação do constitucionalismo ao cenário global transnacional, trazendo conceitos tais como o do constitucionalismo global e *societal* como alternativas possíveis. Traçaremos um paralelo entre o transconstitucionalismo e a teoria da interconstitucionalidade em função da similitude desses institutos. Por fim, explanaremos o conceito, as vantagens e as adequações da teoria do transconstitucionalismo como uma proposta de diálogo necessário e indispensável entre todos os entes acima predispostos para a busca de uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: Constitucionalismo. Constituição. Transconstitucionalismo. Direitos fundamentais. Ordem Supranacional. Ordem Internacional. Interconstitucionalidade. *Judicial dialogue*. Constitucionalismo global. Constitucionalismo societal.

ABSTRACT

The work presents issues about the development of constitutionalism from ancient times to the present day, proposing an adequation of such a movement and the own Constitution to new legal orders transnational, supranational and international through transconstitucionalism. We will make an historical account of the constitutional movement with special emphasis on the generational development of fundamental rights, precisely because it is an essential postulate of modern constitutions and concern that has developed because of the insecurity about who would be the last ratio in decisions about problems involving them. The research also will discuss the factors responsible for the crisis of modern constitutionalism and the new view that one should have about state sovereignty and the own role played by the Constitution in scenario of concurrence between Courts Judicial, private actors, international entities and also regulatory sources. Our study will have an explanation on the proposed adaptation of transnational constitutionalism to the global stage, bringing concepts such as global and societal constitutionalism as possible alternatives. We will trace a parallel between the transconstitucionalism and the theory of interconstitutionality due to the similarity of the institutes. Finally, we will discuss the concept, advantages and the adequacy of the theory of transconstitucionalism as a necessary and indispensable proposal for dialogue between all actors mentioned above for the pursuit of greater effectiveness of fundamental rights.

KEYWORDS: Constitutionalism. Constitution. Transconstitucionalism. Fundamental rights. Supranational Order. International Order. Interconstitutionality. Judicial dialogue. Global constitutionalism. Societal constitutionalism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

abr.	abril
Art.	Artigo
CDFUE	Convenção de Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CF ou CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil
Cf.	Conforme
FIFA	La Fédération Internationale de Football Association
FMI	Fundo Monetário Internacional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
ibid	Ibidem (mesma obra)
id.	Idem (mesmo autor)
impr.	Impressão
In	em
jan.	janeiro
jun.	junho
mar.	março
Mercosul	Mercado comum do Sul
n.	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
op. cit.	opus citatum (obra citada)
p.	página
p. ex.	por exemplo

pp.	páginas
passim	aqui e ali (várias páginas)
reimpr.	reimpressão
s.	seguinte
ss.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemão
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
v.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 CONSTITUCIONALISMO.....	15
1.1 ALGUNS ASPECTOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO.....	17
1.1.1 Constitucionalismo na Antiguidade.....	21
1.1.2 Constitucionalismo na Idade Média.....	24
1.1.3 Constitucionalismo na Idade Moderna e Contemporânea.....	29
1.1.3.1 O Constitucionalismo Americano.....	32
1.1.3.2 O Constitucionalismo Francês.....	34
1.2 O CONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUIÇÃO.....	42
1.3 A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO.....	49
2 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	58
2.1 DOS ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
2.1.1 Da terminologia “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.....	72
2.2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO.....	76
2.2.1 Direitos fundamentais de primeira geração.....	85
2.2.2 Direitos fundamentais de segunda geração.....	87
2.2.3 Direitos fundamentais de terceira geração.....	91
2.2.4 Direitos fundamentais de quarta geração.....	92
3. SUPLANTAMOS O CONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUIÇÃO?.....	95

3.1 DO TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	107
3.1.1 Dos pontos de aproximação e das diferenças entre as teorias do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade.....	107
3.1.2 O Transconstitucionalismo com especial referência aos direitos fundamentais.....	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
REFERÊNCIAS.....	129

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de conclusão de Mestrado em Ciências Jurídico Políticas com menção em Direito Constitucional tem como finalidade discorrer sobre desenvolvimento do constitucionalismo desde a antiguidade até os dias atuais, propondo uma adequação de tal movimento aos anseios da sociedade moderna globalizada por meio do transconstitucionalismo, associando-o sempre, a preocupação que se deve ter para uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

O trabalho terá como base os estudos de notáveis juristas sobre o tema, notadamente, autores portugueses e brasileiros, em homenagem ao Mestrado na Universidade de Coimbra e à atividade acadêmica desenvolvida no Brasil. A ideia de lançar os olhos sobre o transconstitucionalismo, como uma resposta a novas realidades surgidas na sociedade contemporânea, surgiu da necessidade pessoal de se perceber quais eram os novos rumos do constitucionalismo moderno e principalmente da Constituição neste contexto jurídico de mundialização, já que a mesma sempre foi tida, desde o período moderno liberal, como o instrumento que alberga os direitos fundamentais por excelência e que no cenário global, vê as suas funções serem postas em xeque.

Veremos que o constitucionalismo do século XVIII fez emergir justamente a Constituição em sua acepção moderna, e essa, por sua vez, continha em seu bojo a previsão de direitos fundamentais, a limitação ao exercício do poder e da separação de funções. Naquele momento, esse documento jurídico formal bastava como resposta aos problemas surgidos dentro do seu âmbito territorial. Contudo, à medida que os sistemas jurídicos evoluem para a coexistência de ordens estatais, internacionais, supranacionais, locais e transnacionais, a Constituição, de forma isolada, já não se mostra como instrumento suficiente à solução das controvérsias envolvendo, principalmente, os direitos fundamentais. Diante desse contexto, proporemos uma adequação do movimento constitucional moderno através da teoria do transconstitucionalismo com o intuito de repensar e harmonizar o relacionamento necessário entre os diferentes atores globais e ordens jurídicas.

Para entendermos todo esse processo, no primeiro capítulo trataremos dos principais elementos do constitucionalismo moderno, fazendo um contraponto com o período que antecede o seu surgimento (mas especificamente a Antiguidade e a Idade Média). Abordar-se-á os pontos nodais sobre o constitucionalismo moderno, descrevendo os elementos componentes do constitucionalismo americano e francês, aclarando a importância

desses movimentos para o surgimento da Constituição ocidental como a concebemos nos dias atuais.

Ressaltaremos a importância e o papel desempenhado pela Constituição no estabelecimento de limites ao poder público e no surgimento dos direitos fundamentais dentro de todo esse processo evolutivo do movimento constitucional, descrevendo a influência que as cartas de poder tiveram na consagração das declarações de direitos até os dias atuais. Após colocadas as premissas mais importantes do desenvolvimento do constitucionalismo desde os séculos mais antigos até a atual conjuntura hodierna, listaremos os elementos responsáveis pela crise contemporânea do constitucionalismo e do consequente novo desenho sobre o papel desempenhado pela Constituição na sociedade multicêntrica mundial.

Após a abordagem do processo histórico, tornou-se imprescindível dedicarmos um capítulo exclusivamente aos direitos fundamentais no contexto do constitucionalismo moderno, já que os mesmos contribuíram imensamente para o avanço do direito constitucional e devem ser o próprio núcleo estruturante da Constituição moderna.

Abordaremos ainda no segundo capítulo as definições e diferenças dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, constatando que os primeiros têm um âmbito de validade bastante amplo, ou seja, valem para a ordem jurídica de qualquer sociedade mundial, enquanto os direitos fundamentais pretendem alcançar uma ordem jurídica estatal delimitada territorialmente.

Feita essa delimitação, demonstraremos que esse é o menor dos problemas relacionados a direitos fundamentais ou direitos humanos, já que as definições acima expostas são suficientes para um consenso teórico sobre o assunto, mas no plano prático, nos depararemos com problemas deveras sérios no que tange à aplicação e solução dos litígios envolvendo tais direitos na sociedade organizada globalizada, principalmente em razão da concorrência de Cortes e de instrumentos normativos originários de ordens extra ou supraestatais.

Veremos que o constitucionalismo nos remeterá a existência de uma Constituição e esta por sua vez, a um determinado Estado soberano que apresenta como elemento constitutivo uma base territorial delimitada. Nesta perspectiva, ilustraremos que os problemas normativos também acabavam por ter essa mesma dimensão territorial delimitada, cuja solução era posta pela Constituição do Estado. Entrementes, as relações ganharam ares de transterritorialidade e, principalmente no que toca aos problemas relacionados aos direitos fundamentais ou direitos humanos, comércio mundial e meio ambiente, a Constituição não se mostrou suficiente para os solucionar. Fez-se necessário superar a visão de que a resolução

das controvérsias somente estavam jungidos ao direito constitucional do Estado e portanto, às Constituições Estatais.

Diante do quadro que se formou, nos sentimos impulsionados ao terceiro capítulo, onde questionamos, no item inicial, se suplantamos o constitucionalismo e talvez até a própria Constituição. Discorreremos sobre os elementos que possam nos levar a responder essa questão, trazendo os pontos mais relevantes sobre o Direito Internacional e as suas perspectivas para o futuro, passando pela proposta de um constitucionalismo global, pelo constitucionalismo *societal*, pelo *judicial dialogue* e por fim, pelo transconstitucionalismo

No último item do presente estudo, faremos uma abordagem sobre a definição da teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves, discorrendo sobre as especificidades dessa teoria e as vantagens de sua aplicação nos problemas relacionados aos *jusfundamentalis* na sociedade contemporânea mundial, já que é composta por múltiplas ordens jurídicas, Tribunais e atores globais.

Diante de uma sociedade marcada pela diversidade cultural, pela existência de distintas ordens jurídicas e pela pluralidade de entendimentos, interpretações e concretizações dos direitos fundamentais, os problemas que dizem respeito a esses direitos encontram soluções bastante diversas conforme o entendimento predominante em uma determinada ordem jurídica. Com o intuito de superar as colisões decorrentes dessa multiplicidade de fatores, surge a necessidade do diálogo, da conversação, do aprendizado recíproco entre as ordens jurídicas, surge o transconstitucionalismo, que pode ser entendido como uma fase de adequação do constitucionalismo aos novos tempos. Para se ter uma noção de como funciona essa teoria, após fazermos uma digressão sobre o constitucionalismo desde priscas eras, passando por seu momento de crise e até de dúvidas sobre sua sobrevivência, passaremos a discorrer sobre o momento atual de adaptação da sociedade multicêntrica à teoria do transconstitucionalismo como medida de apaziguamento dos conflitos entre as ordens e de maior efetividade dos direitos fundamentais.

Descrevemos o processo evolutivo dos direitos fundamentais que foi marcado por momentos de avanços, mas não sem ter sido entrecortado por retrocessos. Superamos a fase em que as declarações de direitos ostentavam apenas e tão somente um caráter ideológico e filosófico. Avançamos também em relação aos direitos sociais, ultrapassando o estigma de que os mesmos seriam apenas normas programáticas, tentando alcançar uma justiça social. Demos as nossas Constituições o poder normativo necessário para que houvesse a conformação da realidade segundo os seus preceitos, para por fim, mesmo diante de direitos

que são mutáveis e materialmente abertos, sempre mantermos a permanente atualidade de sua essência: a igualdade, a liberdade e o respeito a dignidade humana.

1 CONSTITUCIONALISMO

A primeira definição que traremos acerca do constitucionalismo encerra uma compreensão bastante simples desse fenômeno e preocupa-se justamente com os direitos fundamentais e para isso nos valeremos de Dworkin¹, para quem “por ‘constitucionalismo’ quero dizer um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer”.

O constitucionalismo moderno pode ser entendido, em outra de suas acepções, como um movimento que serviu para discutir os esquemas tradicionais de domínio político e, para além disso, o fenômeno que gerou a Constituição em sua tecitura moderna², sendo obrigatório associá-la à organização do próprio Estado. Essa vinculação do Estado, enquanto organização territorial, ao constitucionalismo surge também para responder a duas indagações: 1) como determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos?, 2) como legitimar o exercício do poder político? e; 3) como controlar e limitar o poder estatal e garantir ao mesmo tempo uma eficiência organizacional? A resposta nos foi dada justamente através das Constituições modernas estatais, pois até o final do século XX os problemas que envolviam os questionamentos acima formulados possuíam uma dimensão territorial delimitada e por esse motivo, a Constituição era o instrumento apto e suficiente as suas soluções³.

Neste contexto, necessário se faz estabelecer um conceito, mesmo que breve, do que seja Constituição moderna. Assim, a mesma pode ser definida como o documento que traz em seu bojo um conjunto de normas disciplinadoras da vida em sociedade, consagrando em seu núcleo essencial a organização e finalidade do Estado, a separação dos poderes, os direitos e garantias fundamentais, e por fim, deverá refletir a legitimação do poder político, que deve ser fruto do consentimento dos governados. Neste sentido, parte-se da ideia de que todo Estado deverá ser possuidor de uma Constituição, seja ela escrita ou consuetudinária, que por sua vez, estará incumbida de estabelecer ou garantir as liberdades públicas e ainda limitar o poder político. Na verdade, essa última afirmativa - que todo Estado deverá ser possuidor de uma Constituição - é justamente uma das visões do que vem a ser constitucionalismo, ou melhor, tal movimento acaba por ser definido como sinônimo

¹ DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e democracia*. Tradução Emílio Neder Meyer. p 01.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51-52.

³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p.120.

de “ ser possuidor de uma Constituição”, mas restringi-lo a essa compreensão é temerário e deveras equivocado.

De forma mais acertada, Canotilho⁴ declara que “... Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Em outros termos, trata-se da limitação do poder estatal com o objetivo de garantir o exercício dos direitos e garantias fundamentais pelos indivíduos, sem que o Estado, arbitrariamente, possa lhes exercer constrangimento ou opressão. Reitero que o constitucionalismo moderno não pode ser reduzido somente à existência de um documento formal limitador das ações governamentais, é algo muito mais amplo, é uma nova forma de pensar o Estado voltando-se para a garantia e efetividade dos direitos fundamentais e do exercício legítimo do poder.

Para André Ramos Tavares⁵ o constitucionalismo possui quatro significados, o primeiro deles faz referência ao movimento político-social com origens históricas remotas cujo objetivo era limitar o poder arbitrário. No segundo, defende o autor que é a imposição de cartas constitucionais escritas, no terceiro, constitucionalismo serviria para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das Constituições na sociedades e por fim, em uma vertente mais restrita, o constitucionalismo é a evolução histórico-constitucional de um determinado Estado. Verifica-se em qualquer dos conceitos utilizados pelo autor a ligação que existe entre Constituição e Estado, sendo ainda imprescindível descrever que a Constituição será o instrumento apto ao exercício da limitação do poder estatal e da garantia dos direitos fundamentais e humanos nos termos do constitucionalismo moderno.

Uadi Lammêgo Bulos⁶, por seu vez, vislumbra o constitucionalismo tanto sob um aspecto amplo quanto por um aspecto estrito:

[...] sentido amplo – é o fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma Constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda irrogar; e sentido estrito – é a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escrita, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio”.

Feita todas as considerações, importa lançar olhos sobre a evolução do constitucionalismo para melhor compreendermos a verdadeira concepção de Constituição

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

⁶ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

moderna enquanto instrumento que prevê um extenso rol de direitos e garantias fundamentais e, para além disso, descortinarmos a ideia de que somente por seu meio haverá a solução razoável e mais equânime de conflitos que envolvam direitos humanos e fundamentais.

1.1 ALGUNS ASPECTOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO

Partindo-se do pressuposto de que o constitucionalismo, em uma acepção ampla, pode ser entendido como o fenômeno ligado ao fato de um Estado, seja em qual época for e independentemente do regime político por ele adotado, possuir um governo limitado em regra por um documento constitucional, chega-se à premissa de que não importa a civilização ou nem mesmo o momento histórico para podermos inserir o Estado ou certa comunidade dentro deste movimento denominado constitucionalismo. Entrementes, esse documento constitucional a que nos referimos é um conjunto, explícito ou implícito, de princípios, preceitos, praxes, usos, costumes etc. que ordenam a vida de um povo⁷, e reitero que esta não será necessariamente uma Carta formal e solene, pois veremos mais adiante que a Inglaterra ofereceu, durante a Idade Média, importante contributo para o constitucionalismo, sem contudo apresentar uma Constituição sistematizada em um documento escrito⁸, situação que perdura até os dias atuais. Além disso, em períodos anteriores ao do surgimento das primeiras manifestações do constitucionalismo na Inglaterra, já era possível se afirmar que existiam constituições, mesmo que apenas sob um aspecto material bastante distinto do período moderno.

Assim, corroborando com o que acabou de se afirmar, é certo que associaremos o constitucionalismo à existência de uma Constituição, mas é deveras importante que façamos a ressalva no sentido de esclarecer que o seu conceito, desenvolvido sob a égide do constitucionalismo moderno (a partir do final do século XVIII), é diverso do concebido em períodos pretéritos. A Constituição do denominado

⁷BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65.

⁸ A Inglaterra apresenta até os dias atuais uma Constituição que pode ser designada por não escrita, ou seja, há uma predominância dos costumes, bem como, os fundamentos da constituição não repousam em textos escritos ou documentos e sim em princípios não escritos. No entanto, não se resume somente à isso pois existem regras que versam sobre o funcionamento do Parlamento, as relações entre as Câmaras e entre o Governo e oposição ou o exercício dos poderes do Rei na chamada Conventions of the Constitution. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002, p. 75-76.

antigo regime é definida apenas sob o prisma material onde o Estado é o centro de poder e este deveria ser exercido por alguém, segundo as regras, limites, métodos e fins estabelecidos⁹, principalmente por um poder religioso. Trata-se de uma espécie de conceito universal de Constituição existente em todas as comunidades ou Estados minimamente organizados (decorrente do constitucionalismo em sentido amplo, conforme defendido por Bullos). Esse Estado tinha uma existência segundo os modos e características próprias por ele adotadas, sendo que essa feição única seria o que denominavam Constituição¹⁰. Já nos termos do constitucionalismo moderno a “Constituição foi fundamentalmente concebida como ordenação sistemática e racional da comunidade através de documento escrito”¹¹. Esse aspecto formal, onde se prima pela existência de um documento escrito elaborado através de um procedimento constituinte originário é próprio do movimento que se desenvolveu a partir do século XVIII (constitucionalismo moderno).

Em outras palavras, seja na Idade Antiga (período que vai até aproximadamente o século V com a tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos bárbaros), na Idade Média (período compreendido entre o século V e XV, findando com a queda de Constantinopla - término do Império Romano do Oriente), na Idade Moderna (período de 1453 até 1789 - meados do século XV até o século XVIII, momento em que se deu a Revolução Francesa) ou, por fim, na Idade Contemporânea (inicia-se em 1789 e prossegue até os dias atuais), haverá sempre um conjunto de preceitos convencionais, costumeiros ou formais, disciplinadores da vida em sociedade, o que nos leva a identificar em todas as épocas supra referidas o movimento denominado constitucionalismo, mesmo que em moldes distintos daquele que se desenvolveu após a Revolução Norte-Americana e Francesa, as chamadas Revoluções Liberais e que tanto nos valeremos para compreender o conceito moderno de Constituição formado a partir de então.

Cabe ainda aclarar que para construirmos um retrospecto histórico sobre o constitucionalismo de todos os períodos acima listados a associação desse movimento à existência da Constituição será necessária, entretanto, não podemos restringi-lo somente a esta ideia, pelo contrário, o constitucionalismo será visto, principalmente a partir do século XVIII como verdadeira ideologia que abarca os vários domínios da vida política, econômica

⁹ TEIXEIRA, J. H. Meirelles apud COUTINHO, Pedro Oliveira. O controle do poder e a idéia de Constituição. In: *Lex Humana*, Petrópolis, n. 1, 2009, p. 250-297.

¹⁰ id., *ibid.*, p.250-297.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 6. ed. rev. 1993, p. 65.

e social¹². Trata-se de um novo modo de pensar os limites e o próprio Estado para muito além de um documento escrito.

Nossa atenção voltar-se-á para o constitucionalismo revolucionário surgido após o século XVIII - constitucionalismo moderno, também chamado de constitucionalismo em sentido estrito ou propriamente dito, justamente por apresentar como traço identificador a preocupação fulcral com “a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. Se as técnicas variam de acordo com a época e as tradições de cada país, o ideal das liberdades do cidadão continua sendo sempre o fim último: é em função deste que se preordenam e organizam as técnicas”¹³.

Para Fioravanti¹⁴ “o constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII tem se dedicado a recuperar no horizonte da Constituição dos modernos quanto ao aspecto do limite e da garantia”. Assim, tentar-se-á demonstrar os aspectos mais relevantes do constitucionalismo antigo, mas, principalmente, o constitucionalismo moderno justamente por sua íntima ligação com as declarações de direitos.

Para uma compreensão acerca do constitucionalismo moderno, faremos um corte transversal tendente a separar os movimentos constitucionais em constitucionalismo antigo e moderno. Este é senão o entendimento sugerido por Gomes Canotilho¹⁵, e que será por nós adotado no presente estudo. Segundo o autor, o constitucionalismo moderno apresenta uma trama voltada ao questionamento político, filosófico e jurídico dos esquemas tradicionais de domínio político ao passo que o constitucionalismo antigo seria um conjunto de princípios escritos ou consuetudinários consagradores dos direitos estamentais perante o monarca e que, ao mesmo tempo, limitam o poder deste governante, surgidos justamente a partir da Idade Média perdurando até o século XVIII. Esclareça-se que o autor se abstém de fazer menção à Antiguidade como período em que teria se desenvolvido qualquer movimento constitucional, mas isso justifica-se pelo fato do mesmo voltar seus cuidados para aquele que se desenvolveu somente a partir do período moderno, não significando com isso, a inexistência do constitucionalismo naquele tempo.

Além das considerações anteriores, é imperioso elucidarmos um outro fator

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51 e ss.

¹³ MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Brasília: editora UnB, 11 ed. [s. d.], p. 247.

¹⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: da la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001, p. 83-84.

¹⁵ Neste sentido CANOTILHO, J. J. Gomes. *op. cit.*, p. 51-52.

preponderante que justifica a presente separação: a premissa de que somente o constitucionalismo moderno - constitucionalismo em sentido estrito ou propriamente dito - usou como paradigma a tutela de liberdades e a separação de poderes, ou seja, o movimento que surgiu após as Revoluções Francesa e Norte-Americana, que tinham a plêiade da proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, bem como, limitação do poder estatal através da separação de poderes, todas essas premissas consagradas em um documento escrito. Eis o motivo pelo qual nossa preocupação volta-se ao estudo mais detalhado deste momento do constitucionalismo: o moderno.

A perspectiva acabada de demonstrar justifica uma rápida digressão acerca da evolução do constitucionalismo, trazendo alguns aspectos do constitucionalismo na Idade Antiga e na era Medieval (constitucionalismo antigo), para, por fim, adentrarmos mais especificamente no constitucionalismo surgido na Idade Moderna e Contemporânea, desenvolvido justamente após as Revoluções referidas.

Além do mais, nos debruçaremos sobre o constitucionalismo sempre em cotejo com a evolução e o papel desenvolvidos pelas Constituições dentro dos Estados em que esses movimentos se deram. O conceito de Constituição moderna¹⁶ foi alicerçado sobre a influência do constitucionalismo moderno, mas não sem antes ter se valido dos ensinamentos de todo o desenvolvimento histórico do constitucionalismo anterior ao século XVIII, mas precisamente desde o final da Idade Média, tornando-se necessário a explanação dos pontos nodais da história do constitucionalismo ocorridos nestas épocas pretéritas.

¹⁶ A noção de constituição passou a ter novos significados com o correr do tempo, sendo que Barrock tenta elucidar alguns fatores que contribuíram para formar o seu atual conceito: “1) o aparecimento dos conceitos de “comunidade” e Estado. Com a Teoria do Estado Nacional surge uma fase, que visa substituir os princípios e a prática do constitucionalismo medieval. O poder político, em grande parte, disperso entre feudatários e corporações, condensou-se, rapidamente, nas mãos do monarca; 2) Proteção judicial dos pactos e o nascimento dos civil rights; 3) O aparecimento das Cartas das colônias inglesas norte-americanas. O advento da Constituição escrita dará início a uma importante fase do constitucionalismo. Nesse período destaca-se a Constituição de Virgínia de 1776, a tradição política da Inglaterra, a prática constitucional das colônias inglesas norte-americanas e a filosofia da Europa, na época da Ilustração. A filosofia política da época; os direitos do homem que respondiam ao modelo racional da natureza do homem; as idéias que prepararam as novas Constituições que deveriam ser votadas por Convenções ou Assembléias Constituintes estabeleciam as novas bases do exercício do poder e a liberdade do cidadão. As Constituições anunciavam nova etapa do constitucionalismo. As citações dos filósofos nos discursos e escritos, na colônia, eram freqüentes: Locke, Rousseau, Grocio, Puffendorf, Beccaria e Montesquieu”. BARACHO J. A. O. Teoria Geral do Constitucionalismo. *In: Revista de Informação Legislativa*, n. 91, 1986, p. 11-12.

1.1.1 Constitucionalismo na Antiguidade

Antes de adentrarmos nos aspectos mais relevantes acerca do constitucionalismo na antiguidade faz-se necessário conceituar, mesmo que em termos breves, o que vem a ser constitucionalismo antigo¹⁷ justamente por que sua ocorrência se deu durante a Antiguidade e a Idade Média¹⁸, sendo que esta definição nos será útil para uma melhor percepção do fenômeno neste dois períodos descritos.

Dessa maneira, constitucionalismo antigo pode ser definido como o conjunto de princípios limitadores dos poderes do monarca e que, ao mesmo tempo, são garantidores de direitos estamentais dos indivíduos perante esse mesmo monarca.

No dizer de Canotilho¹⁹ este pode ser entendido como o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários que serviam de alicerce aos direitos estamentais perante o monarca, bem como, de limites a este poder.

Assevera Barroso²⁰:

[...] o termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da Polis grega, por volta do século V a.C.. As instituições políticas ali desenvolvidas e o luminoso pensamento filosófico de homens como Sócrates (470-399 a.C.), Platão (427-347 a.C.) e Aristóteles (384-322 a.C.) atravessaram os séculos e ainda são reverenciados dois milênios e meio depois.

O constitucionalismo durante a Idade Antiga segundo Karl Loewenstein²¹, encontra nos hebreus sua primeira manifestação. O regime teocrático adotado pelos

¹⁷ A nomenclatura Constitucionalismo antigo está sendo utilizada como gênero do qual serão espécies o constitucionalismo na antiguidade e o constitucionalismo na Idade Média.

¹⁸ Para Uadi Lammêgo Bullos o constitucionalismo foi se desenvolvendo em seis etapas, quais sejam: (1) constitucionalismo primitivo (de 30.000 anos a.C. até 3.000 anos a.C.); (2) constitucionalismo antigo (de 3.000 a.C. até o século V); (3) constitucionalismo medieval (do século V até o século XV); (4) constitucionalismo moderno (do século XV até o século XVIII); (5) constitucionalismo contemporâneo (do século XVIII aos nossos dias); e (6) constitucionalismo do futuro ou do porvir, mas por não ser o objeto principal do nosso estudo, faremos uma digressão acerca da evolução do constitucionalismo partindo do período antigo apenas. BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 05.

²¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel, 1979, pp.154-155.

mesmos, a nominada “Lei do Senhor” pautava-se pela reverência religiosa e tinha nas escrituras sagradas os limites ao poder político, que deixava de ser absoluto e arbitrário e passava a submeter igualmente os governantes e governados. Os profetas surgiram como a primeira oposição legítima da história da humanidade, fundamentados na “imperativa constituição moral” - a Bíblia. Cabia aos profetas a fiscalização dos atos governamentais que não se pautassem pelos limites da escritura sagrada.

Prossegue o autor²² asseverando que, mais tarde, aproximadamente em V a.C, as Cidades-estados gregas alcançaram um tipo mais avançado de governo constitucional: a democracia constitucional, onde há plena identidade entre os governantes e os governados, tendo em vista que o poder político estava distribuído igualmente entre os cidadãos - através da democracia direta. Por outro lado, todas as instituições políticas dos gregos refletiam sua profunda aversão a todo tipo de poder concentrado e arbitrário e a prevalência dos princípios de um Estado organizado de forma democrática, constitucional e igualitária. As funções estatais foram distribuídas entre os diversos detentores de cargos, órgãos e magistrados, sendo que haveria quanto a estes últimos, mecanismos de controle ²³
²⁴ ²⁵.

Barroso²⁶ afirma que em Roma, também partilhou-se o ideal constitucionalista da limitação do poder, onde, em 529 a.C. implantou-se a República, após o final da monarquia etrusca. Em percuciente resumo, Barroso demonstra que o poder militar e político romano estendeu-se por quase todo o mediterrâneo, mas sua estrutura

²² Barroso ao fazer alusão ao constitucionalismo durante a Antiguidade refere-se à Atenas como sendo identificada, historicamente, como o primeiro grande precedente de limitação do poder político e da participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Afirma ainda que, em que pese sua fama de potência territorial e militar ser grande, o seu legado maior fora intelectual, a vista de ser sido em seu berço que se praticaram o ideal constitucionalista e democrático. Foi em Atenas que se conceberam as ideias de divisão de funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e de supremacia da lei advinda de um processo formal adequado e extensível à todos. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2009, p.06.

²³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel, 1979, p.155.

²⁴ “o sentido originário de Constituição remonta à Grécia e Roma; sob a denominação de Athenaton politeia conhece-se o trabalho de Aristóteles em que ele analisa a forma, a estrutura e administração do governo de Atenas. A expressão é traduzida como Atheniensium Respublica, conhecida universalmente como a “Constituição de Atenas”. Politeia é traduzida pela grande maioria dos filósofos como a expressão moderna Constituição. Muitos autores escolhem como ponto de partida a análise do conceito de Constituição proveniente de Aristóteles, especialmente tomando por base a descrição de uma Constituição, a de Atenas”. BARACHO J. A. O. Teoria Geral do Constitucionalismo *In: Revista de Informação Legislativa*, n. 91 (1986), p. 07.

²⁵ Essa fase do constitucionalismo não durou muito tempo, pois esse regime constitucional e democrático fora afastado por regimes despóticos marcado por concentração e abuso de poder tomando conta de todo o mundo. Neste sentido TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 07 e ss.

jurídica e instituições políticas estavam organizados de forma que as decisões políticas acabavam concentradas em um número limitado de pessoas e órgãos, em uma espécie de cidade-Estados. Vários foram os fatores que fizeram o modelo republicano ruir, entre eles o sistema de privilégios da aristocracia patricia e a insatisfação das tropas, do povo e das outras aristocracias excluídas dos cargos consulares e do Senado. Além disso, outro fator que deve ser conjugado, sob o ponto de vista institucional, foi o excessivo poderio dos comandantes militares que escaparam ao controle efetivo dos órgãos políticos. Em que pese Roma continuar exercendo o seu domínio por mais meio milênio, no início da era cristã findou-se o ideal constitucionalista do mundo ocidental, que só seria retomado no final da Idade Média.

José Afonso da Silva²⁷ ao tratar da evolução dos direitos fundamentais, que será justamente um dos aspectos sob o qual repousará nosso trabalho, preleciona que nesta época alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram elaborados e cita como exemplo o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma e a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra os cidadãos em determinadas situações, o que acabou por culminar com o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, que é uma espécie de antecedente do habeas corpus instituído mais tarde pelos Romanos.

Os traços que identificam o constitucionalismo antigo podem ser listados em: (1) inexistência de uma Constituição escrita onde os acordos de vontade prevalecem; (2) a fonte criadora dos direitos e garantias fundamentais é o parlamento cuja prevalência é evidente, haja vista não existir nenhuma forma de controle de seus atos; (3) não havia supremacia formal das proclamações constitucionais o que permitia a sua alteração por simples ato legislativo ordinário sem maiores formalidades procedimentais; (4) os detentores do poder não estavam compelidos a seguir qualquer pauta de comportamento prevalecendo a irresponsabilidade constitucional²⁸.

Ao precisar a figura da Constituição dos antigos, continuamente invocada como *politeia* para os Gregos e *res publica* para os Romanos, chega-se a conclusão de que a mesma se apresenta muito distinta da chamada Constituição dos modernos, pois os antigos não tinham que limitar nenhuma ‘soberania’ e sobretudo, não haviam pensado na Constituição como norma, a qual essa que mais tarde veio a separar os poderes e garantir os direitos. Pelo contrário, a Constituição era vista como um ideal ético e político que era

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p.150.

²⁸ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

buscado com mais veemência nas épocas de crises intensa²⁹.

Em tempos de uma breve conclusão, ficou claro a existência de um constitucionalismo na antiguidade, no entanto, este apresenta características bem diferentes das que estamos acostumados a associar ao constitucionalismo enquanto movimento revolucionário, mesmo por que, até aquele momento inexistia a figura da Constituição escrita e das declarações de liberdade nos moldes vistos nos séculos seguintes e além do mais, a estrutura de dominação hierárquica justificava-se através do poder divino ou sacro, baseando-se nas noções de bem e mal, súdito e soberano, suserano e vassalo, poder superior e inferior, para justificar a organização daquela sociedade que não diferenciava política e direito.

1.1.2 Constitucionalismo na Idade Média

O constitucionalismo pode ser associado, como outrora já se elucidou, com limitação de poder e, por conta disso, Charles Howard McIlwain³⁰ tentou desmistificar a tese da inexistência de um constitucionalismo na era medieval³¹.

O panorama por vários anos durante a Idade Média foi o da existência de regimes absolutistas. Os governantes eram tidos por “reencarnação do soberano e de entidades divinas”³² e a eles nenhum limite era imposto, visto que governavam sob sua chancela. Assim, suas decisões acabavam por serem impostas ao povo, sem qualquer tipo de limite ou controle legal. O constitucionalismo surgido nesta época foi uma espécie de resgate aos direitos individuais e oposição às arbitrariedades do Poder Público.

²⁹ Neste sentido é o entendimento de FIORAVANTI, Maurizio. *De la Antigüedad a nuestros días*. Traducción Manuel Martínez Neira. Madri: Trota. 2001, p. 30 e ss.

³⁰ MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción José Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Nova, 1946, p. 83 e ss.

³¹ Bullos tentou sistematizar em sua obra as principais características do constitucionalismo na Idade Média, entre elas (1) a de que havia a necessidade de se firmar a igualdade dos cidadãos perante o Estado, excluindo o poder arbitrária e fixando o governo de leis; (2) a reivindicação do primado da função judiciária; (3) prevalência de uma concepção jusnaturalista de constituição; (4) alguns documentos acabavam funcionando como espécie de constituição posto que garantiam liberdades públicas; (5) surgimento da ideia de que havia um contrato entre os governantes e governados e que a autoridade do rei dependia do seu comprometimento com a justiça e desta forma, Deus seria o árbitro do fiel cumprimento deste acordo. BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70 e ss.

³² Nestes termos TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

McIlwain³³ exortou que o constitucionalismo apresenta como sua característica essencial mais marcante, autêntica e persistente ao longo dos tempos, a limitação do governo. Para ele, “o constitucionalismo tem uma qualidade essencial: é uma limitação jurídica imposta ao governo; é a antítese do governo arbitrário; seu oposto é o governo despótico, invés do império da lei” e prossegue o autor: “as ‘limitações constitucionais’ se não são a parte mais importante do nosso constitucionalismo, são, sem a menor dúvida, a mais antiga”. Assim, seguindo a vertente exposta, todo governo constitucional é por definição um governo que deve ser limitado, sob pena de não estarmos diante de uma comunidade que represente ou faça parte do genuíno constitucionalismo.

Quando na Idade Média houve uma preocupação com a limitação do poder dos governantes, justamente pela existência de regimes absolutistas, floresceu o movimento para a conquista da liberdade - o constitucionalismo. Considerava-se arbitrariedade dos soberanos a realização de atos em desrespeito aos primados do direito natural posto terem estes *status* de norma superior^{34 35}.

Segundo Matteuci³⁶, a legitimidade do poder do rei consistia no dever de administrar aos seus súditos uma justiça imparcial e reta, visto que a tarefa de julgar pertencia a Deus e o rei nada mais era do que um enviado Dele. No rei, fonte de justiça, os súditos encontravam a pessoa responsável por lhes prestar tutela natural e a necessária garantia.

O constitucionalismo medieval, como já mencionado, encontra na *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, outorgado pelo Rei João na Inglaterra, o seu grande expoente. Nesta época na Inglaterra, havia uma preocupação com os direitos de liberdade e propriedade, mesmo que limitados apenas à nobreza e ao clero. Portanto, tais direitos ostentavam a característica de serem eminentemente estamentais e suas regulações se davam através dos forais, cartas de franquias e pactos, sendo este último um acordo entre

³³ “el constitucionalismo tiene una cualidad esencial: es una limitación jurídica impuesta al gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario; su opuesto es el gobierno despótico, el gobierno de la voluntad en vez del imperio de la ley” ; “Las “limitaciones constitucionales” si no son la parte más importante de nuestro constitucionalismo, son, sin la menor duda, la más antigua” MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción José Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Nova, 1946, p. 35.

³⁴ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69 e ss.

³⁵ Conforme defende Benítez. a partir do século XIV, época em que toma por referência Tomás de Aquino, se produziu uma teoria sobre direito natural baseada em referências canônicas, teológicas e jurídico-romanas e por isso, não há como se negar uma certa contradição e desordem quando o assunto é natureza, alcance etc quanto ao direito natural. BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Historia del derecho natural: un ensayo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 17 e ss.

³⁶ MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 2002, p. 253.

os súditos e os monarca que tinha por objetivo regular o tipo de governo e as garantias de direitos individuais. A própria Carta Magna é exemplo mais célebre de pacto³⁷. Tal documento procurava resguardar os direitos feudais dos Barões, principalmente aqueles referentes aos direitos supra referidos (de propriedade e liberdade), entretanto, devido a sua amplitude, tal documento passou a assumir um caráter de carta geral de liberdades públicas.

Na verdade, não se pode afirmar que havia uma manifestação inata de direitos fundamentais na Magna Carta Inglesa, mas apenas uma afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face de seu suserano e para além disso, tal pacto nada mais era do que um acordo de convivência com concessões recíprocas: os barões tiveram alguns direitos de liberdade estamentais estabelecidos na Carta em troca do reconhecimento e apoio à supremacia do rei³⁸. Nesta época a organização política se dava segundo o acordo celebrado entre os governados, que assentem em obedecer, e os governantes, que se comprometem a respeitar e assegurar as condições estabelecidas no pacto quanto ao seu direito de mandar, quais sejam: respeitar as leis do reino, as prerrogativas e liberdades dos súditos³⁹.

As cartas de franquias e os forais, à semelhança dos pactos, detinham a característica de serem documentos escritos, cujo objetivo era o de tentar proteger direitos individuais, entretanto, a diferença entre pactos e as cartas de franquia e forais residia no fator político que estes dois últimos agregavam, ou seja, estes instrumentos garantiam a participação dos súditos no governo local.

Com a Carta Magna Inglesa surge o que se convencionou chamar de “*pactum subjectionis*”, que nada mais é do que um acordo para se delimitar as bases e limites do arbítrio dos governantes e além disso, o termo Constituição, que embora em alguns casos fosse empregado como sinônimo de “lezes”, passa a ser utilizado como designação para um compromisso básico fundamental, uma espécie de “compromisso fundamental, leis fundamentais da comunidade ou leis fundamentais do reino”⁴⁰.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 35. ed., 2005, p. 04.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 382.

³⁹ BARACHO J. A. O. Teoria Geral do Constitucionalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 91 (1986), p. 5 e ss. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181702/1/000424691.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013, p. 11.

⁴⁰ BARACHO J. A. O. Teoria Geral do Constitucionalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 91 (1986), p. 5 e ss. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181702/1/000424691.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013, p. 12. Prossegue o autor asseverando que as leis fundamentais “são aquelas garantidas pela jurisdictio e que estão estabelecidas, por escrito, em certas cartas (id est, Carta Magna) e nos costumes do reino (id est, en el Common Law). Decorrem dos pactos entre o povo e os príncipes”.

Insta mencionarmos as considerações apontadas por Canotilho⁴¹ quanto à importância da Magna Carta:

[...] embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já “aberturas” para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. O seu vigor “irradiante” no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre art. 39.º, onde se preceituava que “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. Embora este preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais - o cidadão *optimo jure* - acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem livre se tornou extensivo a todos os ingleses.

Denota-se do supramencionado artigo 39.º da Carta Magna que havia uma preocupação voltada à garantia dos direitos de liberdade e propriedade do clero e da nobreza, o que acabava por limitar os poderes do monarca que até aquele momento poderiam ser descritos como ilimitados - os direitos fundamentais serviram como limites ao poder do monarca, mesmo que se tratando de um pacto, por assim dizer, de classes. A liberdade era um direito pertencente a poucos, mas o seu contributo histórico para a consagração dos direitos fundamentais reside no fato de que tal direito, ao longo do tempo, passou a ter todos os ingleses como seus destinatários.

Aspecto que deve ser mencionado é que para se garantir e resguardar a propriedade e liberdade dos indivíduos, a Magna Carta instituiu, mesmo que em termos primários, o devido processo legal (*due process of law*) e neste ponto em particular, a mesma pode ser considerada o aceno inicial, ou melhor, um elemento construtor do que mais tarde (já na idade moderna) se consolidou como *Rule of Law*⁴².

Assim, foi na Idade média que as declarações de direitos acabaram por se consolidar, sempre tendo como importante referencial a Magna Carta inglesa, em que pese esse ter sido um documento feudal de carácter estamental concebido para a proteção dos barões e dos poucos homens livres à época, foi inegável o seu papel colaborador na

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 382-383.

⁴² Albert Dicey ao explicar o significado de *Rule of law* se vale de várias dimensões, quais sejam: “The rule of Law significa, em primeiro lugar, na sequência da Magna Charta de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, Rule of Law significa a proeminência das leis e costumes do “país” perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, Rule of Law aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, Rule of Law terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (Common Law) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos)”. DICEY, Venn Albert apud CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito... op. cit., pp. 93-94.

consagração de direitos fundamentais, ou melhor, na tendência que mais tarde prevaleceu de se terem documentos, mais precisamente as constituições, que consagrassem as liberdades, direitos e garantias dos indivíduos.

A narrativa acima sugere como prerrogativa da Carta Magna o fato de ter sido o único documento ou declaração responsável por instaurar um regime de proteção aos direitos fundamentais, no entanto, não podemos deixar de mencionar que existiram muito antes outros documentos escritos cujo objeto repousava justamente na proteção a tais direitos, a exemplo da carta escrita por Afonso IX, em 1.188, a Bula de Ouro da Hungria de 1.222, o Privilégio General outorgado por Pedro em 1.283 e por fim, os Privilégios da União Aragonesa de 1286⁴³.

Importa ainda referirmos que posteriormente, já na Idade Moderna, outros instrumentos jurídicos, seguindo o caminho trilhado pela Magna Carta, foram extremamente importantes para a história do constitucionalismo, visto que forneceram substrato para a consagração da Constituição como a concebemos atualmente, quais sejam: a *Petition of Right* (de 1628)⁴⁴, *Habeas Corpus Act* (de 1.679),⁴⁵ *Bill of Rights* (de 1.689)^{46 47} e *Act of Settlement* (1.701).

Segundo Neves⁴⁸, esses pactos de poder ou leis fundamentais da Inglaterra não representavam expressões semânticas do constitucionalismo, mas sim, um elemento

⁴³ Neste sentido SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*, p. 48.

⁴⁴ A petição de direitos é um documento dos membros do Parlamento dirigido ao monarca com o objetivo de pedirem o reconhecimento de vários direitos e liberdades aos súditos do mesmo. Era uma espécie de transação entre o Parlamento e o rei, sendo que este não poderia gastar dinheiro sem autorização do Parlamento o que fez com que o monarca cedesse aos pedidos. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p.152.

Barroso preleciona que a petição de direitos fora uma espécie de protesto contra as prisões arbitrárias, o uso da lei marcial em tempos de paz, o lançamento de tributos sem o consentimento do parlamento e por fim, a ocupação de casas particulares por soldados. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

⁴⁵ O *Habeas corpus acta* teve como objetivo suprimir as prisões arbitrárias, até por que nesta época já havia sido consagrado no art. 39 da Magna Carta direitos e liberdades.

⁴⁶ A adoção do *Bill of Rights* se deu após a Revolução Gloriosa, momento em que os poderes do monarca foram limitados. Tal instrumento teve o condão de restringir os poderes do rei (a monarquia havia se restabelecida no ano de 1.660), uma vez que a este não seria possível legislar de forma autônoma ou mesmo convocar o Exército ou impor tributos sem a autorização do Parlamento. Consagrou-se a supremacia do Parlamento, impondo-se, após a abdicação do rei Jaime II, aos novos monarcas Guilherme III e Maria II poderes reais limitados pela declaração de direitos. Estar-se-á diante da monarquia constitucional. Ressalte-se que a revolução gloriosa fez triunfar o liberalismo sobre o absolutismo.

⁴⁷ A *Bill of Rights* previa a convocação do Parlamento para consentir a criação de leis, a manutenção do exército em tempos de paz e a instituição de impostos. Previa também imunidades parlamentares para manifestações do Parlamento (espécie de liberdade de expressão) e a vedação de aplicação de penas sem prévio julgamento (proibição de Tribunais de exceção e de penas cruéis). BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 11 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23.

⁴⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 23.

importante para o processo evolutivo de diferenciação entre direito e política, o que mais tarde resultaria no constitucionalismo moderno. De qualquer modo, seja acolhendo o entendimento de que tais documentos eram expressão desse movimento ou, nos moldes preconizados por Neves, apenas mais um elemento para a seu desenvolvimento futuro, estaremos reconhecendo a sua importância para o constitucionalismo moderno, que foi, sem sombra de dúvidas, o momento de maior transformação estrutural da sociedade moderna.

Não há que se olvidar que o papel desempenhado pela Constituição nos dias atuais em quase a totalidade dos Estados do mundo é muito diferente do que se desenvolveu à época do surgimento da *Magna Carta*, posto que a Inglaterra possui uma situação bastante *sui generes* baseada na noção do *common law* e na inexistência de uma Constituição escrita (a preponderância desta sob as demais declarações incipientes de direitos faz com que façamos menção à ela como marco inicial da história no que tange à consagração dos mesmos). No entanto, é inegável que todos os documentos a pouco listados foram dimensões estruturantes para sedimentar a “Constituição moderna”,⁴⁹ bem como, o de elevar o seu papel, conforme se verá mais adiante. De igual forma, importa lançarmos as considerações apontados por Jorge Miranda no que tange à importância da Carta Magna inglesa para o movimento constitucional, ou melhor, para o surgimento, evolução e consagração dos direitos fundamentais dentro do constitucionalismo, posto ser essa uma das preocupações do presente estudo: “As duas linhas de força mais próximas – não únicas, nem isoladas – dirigidas à formação e ao triunfo generalizado do conceito moderno de direitos fundamentais são, porém, a tradição inglesa de limitação do poder (da *Magna Charta* ao *Acto of Settlement*) e a concepção *jusracionalista* projectada nas Revoluções Americana e Francesa.”

1.1.3 Constitucionalismo na Idade Moderna e Contemporânea

O constitucionalismo moderno encontra sua gênese nos movimentos revolucionários do século XVIII, mas especificamente, nos Estados Unidos da América, em 1787⁵⁰ e na França, em 1791, através da adoção de suas Constituições escritas. Mesmo

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p.51.

⁵⁰ Baracho afirma que “a Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787 abre nova fase no uso da palavra “Constituição”, que passa a significar lei escrita, estabelecida por um órgão específico - the convention - que determina os limites da ação governamental. Esse entendimento recolhe a tradição constitucional da colônia;

existindo anteriormente um constitucionalismo denominado antigo, pode-se afirmar que o seu fortalecimento se deu apenas após tal época, espalhando-se por todos os Estados a partir de então, uma necessidade de declarações que exprimissem direitos e liberdades e freassem o arbítrio do Poder Público.

O constitucionalismo moderno, que adiante será designado simplesmente por constitucionalismo, trouxe, entre outras, a ideia de que o Estado deve possuir uma Constituição escrita, sendo que as regras contidas na mesma devem limitar o poder autoritário, fazendo prevalecer os direitos fundamentais⁵¹.

Para Streck⁵²,

O constitucionalismo pode ser visto, em seu nascedouro, como uma aspiração de uma Constituição escrita, como modo de estabelecer um mecanismo de dominação legal-racional, como oposição à tradição do medievo, onde era predominante o modo de dominação carismática, e ao poder absolutista do rei, próprio da primeira forma de Estado Moderno.

Quando se fala do constitucionalismo, é sempre inevitável a associação direta, imediata e obrigatória aos acontecimentos históricos por qual passaram os Estados Unidos da América e a França no final do século XVIII, entretanto, não podemos deixar de mencionar que em momento pretérito, na Inglaterra, vários foram os fatores que contribuíram para alicerçar o “*rule of law*”, a Constituição ocidental e ainda o próprio movimento constitucional americano e francês, em que pese, em uma narrativa histórica, o constitucionalismo inglês não estar listado entre os movimentos revolucionários.

Quanto a Inglaterra, mesmo não estando diante de um movimento revolucionário, o seu contributo para o papel desempenhado modernamente pelas Constituições é inegável tendo vista de ter sido justamente o modelo ideal, no início do século XVIII, de configuração política da sociedade, com seu sistema de convivência entre os poderes executivo e legislativo, o chamado *king in Parliament*⁵³. Aliás, após a Revolução

supremacia da carta constitucional; repertório de competências; a filosofia e a jurisprudência inglesa; governo por consentimento; competência dos tribunais para conhecer de todas as controvérsias de direito; as idéias da filosofia política da ilustração; democracia republicana; igualdade e laicização na Constituição”. BARACHO J. A. O. Teoria Geral do Constitucionalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 91 (1986), p. 5 e ss. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181702/1/000424691.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

⁵¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Teoria da Constituição e estado democrático de direito: ainda é possível falar em constituição dirigente? [s. l.] In: *Revista Doutrina*, n. 13, pp. 280-310, 2002, p. 01.

⁵³ Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. p. 219.

Gloriosa (1688-89)⁵⁴ ganhou relevo a ideia de representação e soberania parlamentar, consagrando e estruturando a chamada Constituição mista. Neste sentido, a “soberania do parlamento” traduz o pensamento de que o “poder supremo” deverá ser exercido através de lei advinda desse mesmo parlamento, confirmando o *rule of Law*, que mais tarde viria a tornar-se um dos princípios do constitucionalismo⁵⁵.

À vista disso, em um primeiro momento, o Parlamento aparece como uma entidade apta a proteger a propriedade e a liberdade dos cidadãos, dotada ainda, da função de controlar e limitar o poder do monarca. Esse Parlamento, que em certa medida representa o povo, não conhece ele próprio limites, o que acaba por torná-lo um tirano que mais tarde, (ao longo do período em que se consolida o constitucionalismo) tentar-se-á superar.

Já na França houve um movimento revolucionário bastante marcante justamente por sua característica de superação da premissa de que os direitos e obrigações dos indivíduos deveriam ser atribuídos segundo sua integração dentro de uma comunidade, os chamados direitos estamentais, próprios das declarações de direitos ingleses (sob a forma de pactos, forais e cartas de franquias). Além disso, surgiu também a necessidade de se ter uma lei fundamental que fosse elaborada de forma independente e autônoma e que representasse a nação. Apresenta-se aqui, a noção de poder constituinte. Ainda, em uma clara postura de privilégio ao indivíduo e rompimento com o antigo regime (superação do Estado absolutista), consagraram-se os direitos naturais dos indivíduos⁵⁶.

Por derradeiro, no caso americano, surgiu também a necessidade de uma Constituição elaborada pelo povo com o fim de suprimir o modelo britânico de um “parlamento soberano” destituído de legitimidade popular. A Constituição seria a lei superior elaborada por um poder constituinte, cuja função era a de estabelecer um governo limitado. A preocupação maior nos Estados Unidos da América foi justamente a de consagrar limites ao governo.

Conforme assevera Canotilho⁵⁷, a diferença entre os Estados Unidos da América e a França repousa no fato de que neste último havia uma reivindicação de que a soberania fosse da nação, ao revés, na América o que se pretendeu foi estabelecer um conjunto de regras que constituíssem uma ordem política centrada no “governo limitado”

⁵⁴ A Revolução Gloriosa de 1.688 deu-se para a defesa da velha ordem, especificamente para a defesa do Parlamento contra as intenções da coroa, não se caracterizando como Revolução na sua verdadeira acepção, ou seja, ruptura com a ordem anterior.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 56.

⁵⁶ id., *ibid.*, pp. 55-57.

⁵⁷ id., *ibid.*, p.57 e ss.

cujo ascendência sobre as demais leis fosse evidente. Tanto foi assim, que neste último se falou em um órgão que instituísse a Constituição sem uma preocupação central na “nação” como titular da soberania.

Reitere-se que na França, um dos traços indicativos do constitucionalismo, ou melhor, uma das novidades surgidas naquele meio fora a figura do Poder Constituinte, enquanto nos Estados Unidos a inovação ficou por conta da supremacia da Constituição com o conseqüente controle de constitucionalidade, ou seja, não era dado a nenhuma lei infraconstitucional a possibilidade de opor-se ou contrariar a Carta Constitucional, que passou a ser tida como norma superior as demais declarações de direitos.

Passemos nos próximos itens a explorar com mais detalhes cada um desses movimentos.

1.1.3.1 O constitucionalismo americano

Nos Estados Unidos da América o constitucionalismo desenvolveu-se a partir da adoção de sua Constituição escrita em 14 de setembro de 1787, que ocorrera em substituição ao *Articles of Confederation*. Nesta Carta Americana consagrou-se, entre outros, a forma de Estado Federativo, a separação de poderes e a forma de governo presidencialista, mas isso só foi possível após percorrer-se um longo caminho que passou necessariamente pela independência das treze colônias americanas pertencentes à Coroa britânica, pela instituição da Confederação, para por fim, chegar à organização Federativa de Estado e a consagração da Constituição escrita.

Em rápida digressão histórica, é relevante mencionarmos que a costa leste da América do Norte era colônia da coroa britânica e que até meados do século XVIII, mantinha com ela uma relação de lealdade e harmonia, momento em que por fortes e diferentes imposições tributárias e restrições as suas atividades econômicas criou-se certo conflito, o que só fez piorar com os episódios da Lei do selo (1765)⁵⁸, Massacre de Boston (1770)⁵⁹ e o *Boston Tea Party* (1773)⁶⁰.

⁵⁸ A coroa britânica instituiu um imposto do selo o nominado Stamp act sobre jornais e outros documentos, sob o argumento de que o valor seria um contributo para a defesa das colônias. Na verdade, tratava-se de um valor que serviria para custear o alto custo da manutenção de tropas inglesas no território colonial. As colônias reagiram pois não haviam sido ouvidas e não tinham direito de participar do Parlamento na Metrópole.

⁵⁹ No ano de 1770, em Boston, um destacamento militar inglês disparou contra uma multidão que reagia a imposição de tarifas sobre as importações das colônias, matando várias pessoas.

Em 1774, convocou-se o Primeiro Congresso Continental em uma espécie de revide americano à Coroa britânica, pois somado aos episódios acabados de descrever, a coroa Britânica havia resolvido, em um ato de repressão, instituir as denominadas Leis Intoleráveis (*Intolerable Actos*), que instituíram, ilustrativamente, o fechamento do Porto de Boston⁶¹.

Já em momento de guerra revolucionária, entre 1775 e 1788, funcionou o Segundo Congresso Continental em Filadélfia, que deliberou pela constituição do exército organizado sob o comando de George Washington, incentivou-se que cada colônia adotasse uma Constituição escrita e convocou-se uma comissão para elaborar a declaração de independência. Essa declaração, assinada em 04 de julho de 1776, simbolizou a independência das colônias americanas, já que assegurava o direito de cada colônia ser um Estado livre e independente.

Somente em 1781, momento em que praticamente finda-se a Revolução Americana, ratificou-se os *Articles of Confederation* responsável por implementar da confederação americana, cujos componentes eram justamente as treze colônias americanas. Ressalte-se que o reconhecimento formal da independência dos Estados Unidos da América se deu com a Paz de Versalhes, em 03 de setembro de 1783.

Em 17 de setembro de 1787 surge a primeira Constituição escrita do mundo moderno, selando por completo a independência das ex-colônias e estipulando uma nova organização do Estado: a Federação, já que o sistema confederativo não mostrava-se como uma fórmula suficiente para enfrentar todos os desafios que estavam por vir.

Baracho⁶² aduz que a Constituição Americana acabou por abrir uma nova perspectiva do uso da palavra “Constituição”, passando a significar a lei escrita, decorrente de uma órgão específico - o *the convention* - que acabou por estabelecer os limites às ações governamentais. Prossegue afirmando que

[...] Esse entendimento recolhe a tradição constitucional da colônia; supremacia da carta constitucional; repertório de competências; a filosofia e a jurisprudência inglesa; governo por consentimento; competência dos tribunais para conhecer de todas as controvérsias de direito; as idéias da filosofia política da ilustração;

⁶⁰ Em 1773 o Tea Act acabou por permitir que a Companhia das Índias Ocidentais distribuíssem pelo mercado das colônias americanas chá, o que ocasionou prejuízo aos comerciantes ingleses. Em retaliação, o chá foi atirado na baía de Boston, gerando com essa atitude o primeiro embate entre os ingleses e americanos, em 1775.

⁶¹ O fechamento do Porto de Boston tinha como objetivo constranger os colonos ao pagamento dos prejuízos dos proprietários de chás.

⁶² BARACHO J. A. O. Teoria Geral do Constitucionalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 91 (1986), p. 5 e ss. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181702/1/000424691.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

democracia republicana; igualdade e laicização na Constituição.

Barroso⁶³ faz importante consideração sobre o papel desempenhado por esta Carta Constitucional afirmando que a primeira Constituição escrita do mundo moderno foi um marco simbólico da conclusão da Revolução Americana por seu tríptico aspecto: o primeiro é a própria independência das colônias; o segundo seria a superação do modelo monárquico e por fim, o terceiro aspecto é a implantação de um governo constitucional, fundado na separação dos Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of the law*).

A Constituição escrita dos Estados Unidos da América acabou por ser o marco do início do constitucionalismo moderno, mas originariamente não continha uma declaração de direitos, o que só ocorreu em 1791, sendo inserida através das dez primeiras emendas constitucionais, sendo nominada de *Bill of rights*. É interessante esclarecermos que essa declaração de direitos inserida no corpo da Carta Constitucional nada mais era do que as próprias declarações de direitos constantes nas constituições dos Estados ⁶⁴.

Essa Constituição norte americana permanece em vigor até os dias atuais, tendo sido objeto de apenas emendas constitucionais, ostentando portanto, a característica de plena plasticidade.

1.1.3.2 O constitucionalismo francês

Na França, o constitucionalismo, conforme outrora referido, teve um caráter marcadamente revolucionário, principalmente à vista de se ter desenvolvido após a Revolução Francesa⁶⁵, momento em que marca o fim do regime absolutista e início do

⁶³ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.17.

⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.17.

⁶⁵ Segundo Barroso “a Revolução Francesa desempenhou um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século XVIII. Coube a ela - e não à Revolução Inglesa ou à Americana - dar o sentido moderno do termo ‘revolução’, significando um novo curso para a história e dividindo-a em antes e depois. Olhada a distância, depurada do aparente fracasso e de sua circularidade, foi a Revolução Francesa, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado - convertido de absolutista em liberal - e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa. Mais que isso: em meio aos acontecimentos, o povo torna-se, tardiamente, agente de sua própria história. Não ainda como protagonista, já que a hora era da burguesia. Mas quando, na noite de 14 de julho de 1789, a multidão sem controle marchou pelas ruas de Paris, então capital do mundo civilizado, e derrubou a Bastilha, os pobres e deserdados saíram pela primeira vez da escuridão dos tempos. Daí para frente, passariam cada vez mais a

regime liberal, trazendo como seu legado justamente o Estado de Direito⁶⁶ e a Constituição (em sua acepção formal) como fruto de uma Assembléia Constituinte - o Estado constitucional ou de direito contrapondo-se ao Estado absoluto, do chamado *Ancien Régime*.

Entre os contributos trazidos pela Revolução Francesa podemos ainda listar a premissa de que a soberania reside no povo, sendo que o seu exercício seria reconhecido aos seus representantes do Parlamento e este, por sua vez, passou a ser a sede de defesa dos interesses do povo, que tinham como vetores a proteção da propriedade e da liberdade. No entanto, tais valores não encontravam o devido amparo no regime monárquico absolutista razão pela qual adotou-se, a partir de então, o regime de monarquia constitucional⁶⁷ - o Rei dividiria poderes com o Parlamento e este, como detentor da soberania popular, acabaria ocasionando o primado da Lei. Outro senão é o que se consagrou nos artigos 3.º e 6.º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, que enunciavam a primazia da lei, sendo esta expressão da vontade geral e da soberania do povo.

Neste contexto tal movimento pode ser chamado também de constitucionalismo liberal, visto que empregava como característica o absentéismo, individualismo ou neutralidade estatal, onde o indivíduo deveria ter sua liberdade preservada em face deste mesmo Estado. Surgem os chamados direitos fundamentais de 1.º geração (ou dimensão). Não podemos deixar de mencionar que esta Declaração Francesa de 1789 empregou o caráter da universalidade aos direitos fundamentais, pois tinha como destinatário dos direitos enunciados na citada declaração o gênero humano e não apenas

desafiar a crença de que a miséria é destino e não consequência da exploração e dos privilégios das classes dominantes”. id., ibid., p. 25.

⁶⁶ Acerca da gênese do Estado de Direito, Canotilho, defende que o conceito nasceu, de forma paulatina, na Inglaterra, França, Alemanha e Estados Unidos. Na Inglaterra alicerçou-se sob a ideia do Rule of Law (império do direito), este por sua vez, baseava-se em quatro postulados básicos: (1) adoção de um processo justo para todos os cidadãos quando estivesse sob juízo seu direito de propriedade ou liberdade; (2) todos os atos do poder executivo deveriam sujeitar-se a soberania do parlamento; (3) todos os cidadãos têm igualdade de acesso aos Tribunais para defesa de seus direitos e interesses e por fim; (4) prevalência da lei e dos costumes sob a discricionariedade do poder real. A este conjunto de postulados, os Estados Unidos da América acrescentaram a necessidade de uma Constituição elaborada de acordo com a vontade do povo, ou seja, pelo poder constituinte do povo, legitimando o governo. Os direitos e liberdades funcionariam como limites ao governo. Os americanos afirmaram o valor normativo da Constituição. Em França, o Estado de Direito estabeleceu-se sob o *État Légal*, cujo primado era o da necessidade da existência de uma Constituição feita pela nação, que contemplasse a separação dos poderes e declaração de direitos. Por fim, na Alemanha o Estado de Direito (*Rechtsstaat*) ganha sua dimensão liberal, ou seja, o Estado deveria proteger as liberdades individuais e a atividade administrativa deveria pautar-se na lei. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito* (Coleção Fundação Mario Soares). Lisboa: Gradiva, 1999, p. 24.

Já o autor Elías Díaz afirma que não obstante a institucionalização do Estado de Direito ter sido realizado após a Revolução Francesa, existem precedentes, mesmo que imprecisos, acerca da existência do “'império de la ley' em la Antigüedad, Edad Media y Ancien régime”. DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 8. ed. 8. reimpr. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 23.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.

algumas camadas privilegiadas da sociedade. Serviu também como modelo para a constitucionalização dos direitos fundamentais nos séculos seguintes.

Sobre os direitos de 1.^a dimensão, verbaliza Lenza⁶⁸ que os mesmos representam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito as liberdades individuais refletem uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal. O seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras Constituições escritas e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do séc. XVIII. Os mencionados direitos dizem respeito as liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade. Tais direitos de cunho individual representam uma limitação ao poder, uma garantia do indivíduo em face do próprio Estado, e disso decorre a necessidade de consagrá-los nos textos constitucionais⁶⁹.

O constitucionalismo francês estabeleceu os direitos individuais no intuito de proteger os sujeitos do arbítrio e da intervenção estatal. Reiteramos a necessidade de atribuir ao movimento constitucional da França a tendência de as ideias desenvolvidas em seu seio terem se universalizado por todo o mundo. Para Miranda⁷⁰, "Sentiu-se a necessidade, e também a possibilidade, de defesa de direitos, liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos, das pessoas, contra os arbítrios do poder, em quaisquer regimes económicos, sociais e políticos".

Segundo Cunha⁷¹:

[...] ora o que é singular e interessantíssimo no Constitucionalismo moderno é que ele tem a generosa aspiração de constituir um constitucionalismo universal, e cada constituição ou declaração de direitos é feita para a Humanidade, e ainda, preferivelmente, para a eternidade... ou quase.

Na Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, adotada pela Assembléia Constituinte Francesa como preâmbulo da referida Constituição, mais precisamente em seu art. 16, afirmava-se que toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não há Constituição. Pode-se declarar que estes são os pilares do Estado democrático e, para além disso, conclui-se ser

⁶⁸ LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 860.

⁶⁹ Neste sentido SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 18-19.

⁷⁰ MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Lisboa: Livraria Petrony, 1976, p. 237.

⁷¹ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização*, Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 25.

impensável tratarmos da gênese do constitucionalismo moderno, sem nos referirmos ao supramencionado artigo 16.º, cujo conteúdo consagra entre outros a teoria da separação dos Poderes, conforme defendeu Montesquieu em sua obra *Esprit des lois*, a quem nos reportaremos em seguida.

A Declaração Francesa é um documento marcante do Estado Liberal que serviu de modelo para a constitucionalização dos direitos fundamentais dos séculos XIX e XX. Nas palavras de Jacques Robert⁷², ela possuía três características principais: a) intelectualismo, onde a afirmação da imprescritibilidade dos direitos do homem e a restauração do poder legítimo baseado no poder popular ficou restrito ao plano das ideias (a declaração era um documento jurídico e filosófico que declarava o início de uma sociedade ideal); b) mundialismo: os princípios enunciados na Declaração têm valor universal ultrapassando os meros indivíduos do país e; c) individualismo, pois consagra as liberdades dos indivíduos, protegendo-o do Estado, sem menção as liberdades de grupos, por exemplo, liberdade de associação ou de reunião .

Em verdade, uma das grandes premissas do constitucionalismo moderno é a “Teoria da Tripartição de Poderes”, pois somente onde órgãos autônomos e independentes exerçam as funções estatais estar-se-á garantindo limites ao poder público, posto que a cada um será dado o exercício de suas funções típicas e ainda a tarefa de conter e fiscalizar o outro. Isto é o que se convencionou como “*check and balances*”⁷³. Aliás, como ha pouco se afirmou, os americanos também consagraram em seu texto constitucional a separação nítida entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário⁷⁴.

Ressalte-se, ademais, que a teoria da “tripartição de poderes” não foi sempre percebida nesses moldes. Ao revés, os estudos sobre a forma de organizar o exercício do poder foram sendo desenvolvidos ao longo dos séculos, destacando-se as lições dos filósofos Aristóteles, John Locke, Montesquieu e Kant, que trouxeram importantes contribuições para formar sua tecitura moderna.

Suas bases começaram a desenvolver-se na obra Política de Aristóteles ainda na Antiguidade Grega⁷⁵. Lenza⁷⁶ esclarece que o pensador vislumbrou três funções distintas

⁷² ROBERT, Jacques apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. Malheiros: São Paulo, p. 158 e ss.

⁷³ A nomenclatura tradicionalmente utilizada pela doutrina no Brasil é teoria dos freios e contrapesos.

⁷⁴ O Poder Judiciário funda-se no sistema do *common law*, conferindo-lhe portanto, um grande poder de criação e interpretação do direito através de suas em decisões judiciais. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, eleito, pela via indireta, para um mandato de quatro anos. Este é o chefe da Administração Pública e das Forças Armadas. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso em sistema bicameral (Câmara dos Representantes e o Senado).

⁷⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 337.

que seriam exercidas pelo poder soberano, que por sua vez, concentrava-se em uma única pessoa: o próprio soberano. Esse acabava por ter a função de editar normas gerais, de aplicar tais normas aos casos concretos e por fim, de dirimir os conflitos oriundos da aplicação dessas normas, sempre de maneira unilateral, com um poder “incontrastável de mando”. A concepção de Aristóteles explica-se pelo contexto histórico em que se desenvolveu seus ensinamentos.

Mais tarde, mais especificamente em 1690 (Idade Média) na Inglaterra, através da obra Segundo Tratado sobre o Governo Civil de autoria de John Locke, defendeu-se a existência de três poderes: o Executivo, o Federativo e o Legislativo, sendo que este último exerceria uma espécie de prevalência sobre os demais, além do que, inexistia um poder judiciário independente. Desta forma, sua implementação em outros países da Europa acabou por tornar-se inviável⁷⁷.

No entanto, foi em Montesquieu que essa doutrina se popularizou através de sua obra *Esprit des lois* (1748). Nessa, a separação consistia em atribuir a diferentes órgãos, diferentes funções com o intuito de se obter um governo moderado. Montesquieu⁷⁸ preleciona “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”. Ainda:

[...] Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Esclareça-se que as lições de Montesquieu deram-se já na Idade Moderna e acabaram por ser uma diretriz ao constitucionalismo, que encontraram em seus ensinamentos uma das bases sob a qual deveria repousar a organização do poder. Isso porque, o constitucionalismo, como asseverou-se exaustivamente em nossos estudos, é uma teoria que preocupa-se com limites ao poder público e consagração de direitos fundamentais.

⁷⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁷ COUTINHO, Pedro Oliveira. O controle do poder e a idéia de Constituição. In: *Lex Humana*, n. 1, pp. 250-297. Petrópolis, 2009, p. 264.

⁷⁸ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166-168.

A separação das funções do Estado (tripartição de poderes) acaba por ser a fórmula que permitirá que o poder seja fiscalizado e restringido pelo próprio poder, impedindo-se que uma única pessoa ou órgão seja o detentor unilateral desse poder, evitando-se arbitrariedades ou abusos.

Na Constituição Francesa de 1791 foi parcialmente reproduzida a teoria da separação de poderes, mas em uma versão teorizada por Kant⁷⁹. Este também declarou em sua obra *Metafísica dos Costumes* que o Estado deverá ter três poderes como fruto de uma vontade geral decorrente da união de três pessoas: o poder soberano na pessoa do legislador; o poder executivo seria exercido pela pessoa do governante em consonância com a Lei e o poder judiciário seria exercido pelo juiz com a atribuição de outorgar a cada um o que é seu. Afirmou que o poder legislativo deveria pertencer à vontade unida do povo sendo que todo direito iria dele proceder e ninguém causaria injustiça mediante essa lei⁸⁰.

A Constituição mostrou-se como o instrumento necessário para contemplar a Teoria da Tripartição dos Poderes na esteira do constitucionalismo moderno, conforme pensou Montesquieu. Para Streck⁸¹ a Constituição

[...] estatui limitações explícitas ao governo nacional e aos estados individualmente e institucionaliza a separação dos poderes de tal maneira que um controla o outro (*checks and balances* dos americanos), e o Judiciário aparece como salvaguarda para eventuais rupturas, em particular através do *review*.

O constitucionalismo, nas palavras de Matteuci⁸², é uma técnica de liberdade para o exercício dos direitos individuais pelos indivíduos e, tais técnicas, podem se diferir em cada país justamente por fatores relacionados à época e as tradições. Cita o autor duas técnicas: a da divisão de poderes vertical (federalismo) e a horizontal (separação de poderes) e ainda, “governo das Leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder”. O Estado constitucional se baseia no princípio da separação de poderes, cuja distribuição parte da premissa de que vários e independentes detentores do poder e órgãos estatais participam da formação da vontade estatal, sendo que as funções respectivas estão

⁷⁹ MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 2002, p. 249.

⁸⁰ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* (contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude). Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2003, p. 155-156.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. Teoria da Constituição e estado democrático de direito: ainda é possível falar em constituição dirigente? In: *Revista Doutrina*, n. 13, pp. 280-310, 2002.

⁸² MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora UnB, p. 247-248.

submetidas a um controle realizado por outros detentores do poder⁸³.

Reitera-se que tal movimento alicerçou-se sob a necessidade do surgimento da Constituição em sua acepção moderna, como instrumento de consolidação da nova estrutura de organização institucional e limitação do poder e, ainda, de consagração dos direitos fundamentais. Nas palavras de Suzana Tavares⁸⁴,

[...]o que tornou os movimentos do constitucionalismo moderno irrepitíveis foi a capacidade de congregação, em um determinado momento histórico, dos membros de uma comunidade na comunhão de dois postulados pétreos que romperam com as práticas político-sociais anteriores: a separação de poderes e a dignidade da pessoa humana.

A noção de Constituição para os Franceses é de extrema importância para o estudo do constitucionalismo, sendo que seu caráter criador e inovador repousava justamente no entendimento acerca do órgão constituinte, destacando-se para tanto a Assembleia Constituinte. Para eles, a Constituição resulta de atos constituintes, atos de convenção, de assembléias ou de congressos constituintes⁸⁵ sendo o instrumento capaz de atender aos anseios da nação⁸⁶ para, através da díade, separação de poderes e dignidade da pessoa humana, consagrar limites ao poder público e garantir os direitos fundamentais, respectivamente, através de um documento escrito.

Sob uma perspectiva diversa, insta esclarecermos que não estamos falando de um conceito histórico-universal de Constituição, já que a característica desta reside no fato de todo Estado ou sociedade apresentar uma estrutura básica de poder, ou seja, não podemos excluir nem mesmo das sociedades arcaicas a presença de uma Constituição, desde que nestes termos. Somente para fins de um melhor esclarecimento, o constitucionalismo moderno imprimiu a essa um formato que separou política e direito, separação que não se mostrava presente no período do absolutismo monárquico (período do início da modernidade), justamente porque o poder do soberano tinha fundamento sacro ou divino e não encontrava limitações em regras produzidas por outros homens. Segundo

⁸³ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel, 1979, p. 50.

⁸⁴ SILVA, Suzana Tavares da. Direitos Fundamentais na Arena Global, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 10.

⁸⁵ BARACHO J. A. O. Teoria Geral do Constitucionalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 91 (1986). Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181702/1/000424691.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013, p. 12.

⁸⁶ Conceito utilizado pelo âbade Francês Sieyes, na obra o Terceiro Estado.

Neves⁸⁷ “Com o absolutismo, passa-se de uma indiferenciação sacramente fundada de poder e direito para uma subordinação instrumental do direito à política”.

Com o constitucionalismo moderno, do qual o francês faz parte, promoveu-se justamente a separação entre política e direito⁸⁸, no entanto, esta separação não é absoluta na medida que existem mecanismos de interpenetrações entre os mesmos.

Conforme se afirmou alhures, o constitucionalismo surge ao mesmo tempo em que se firma o Estado de Direito. Nesse, juntamente com o princípio democrático, residem as estruturas de acoplamento entre política e direito. Afirma Neves⁸⁹ que,

[...] Estado de direito e direitos fundamentais sem democracia não encontram nenhuma garantia de realização, pois todo modelo de exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade, inerentes, respectivamente, ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais. Por seu turno, a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria. Estas são as dimensões da complementaridade.

Seguindo a linha evolutiva do constitucionalismo em cotejo com a consagração dos direitos fundamentais, como consequência da conduta negativa do Estado liberal absenteísta proveniente da Revolução Francesa, surgem desigualdades sociais, obrigando-se, mais tarde, ao surgimento dos direitos de 2.º geração (ou dimensão), ou seja, o Estado deveria concretizar os direitos sociais⁹⁰. Estes últimos têm como marco a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de *Weimar* da Alemanha de 1919. Portanto, no século XX consagram-se os direitos econômicos, sociais, culturais e coletivos, enfim, os direitos que traduzem o valor igualdade.

Na idade contemporânea, o constitucionalismo gera o que Lenza⁹¹ chama de “totalitarismo constitucional”, que é a existência de constituições dotadas de importante

⁸⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 18.

⁸⁸ Neste sentido é o entendimento de Marcelo Neves na obra *Transconstitucionalismo*, São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009. p. 53-57. Afirma que “Sem um certo contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social, não há lugar para a Constituição como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política. Sem a diferenciação funcional das diversas esferas sociais e sem a distinção, clara e radical, entre sociedade e indivíduo enquanto pessoa, não se podem conceber os direitos fundamentais como resposta do sistema a esses processos sociais de diferenciação. Da mesma maneira, sem autonomia da política em relação aos valores particulares de grupos familiares, étnicos e religiosos e aos interesses econômicos concretos, não se pode construir a democracia como apoio generalizado que possibilita o fechamento operativo do sistema político”. p. 41.

⁸⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 58.

⁹⁰ Acerca dos direitos sociais Otero verbaliza “Na raiz da existência e garantia de direito econômicos e sociais está uma concepção de justiça social, envolvendo mecanismo de redistribuição da riqueza e o apelo a uma ideia de igualdade material ou diferenciadora: o bem-estar social, sendo expressão da dignidade humana, postula essa ideia de solidariedade entre os membros da sociedade” OTERO, Paulo. *Direitos econômicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional*. In: *Tribunal Constitucional: 35 aniversário da Constituição de 1976*, v. 1, pp. 37-55, Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 43.

⁹¹ LENZA, Pedro. op. cit., pp. 6-7.

conteúdo social e de normas programáticas, tendentes a um dirigismo não só Estatal, mas comunitário, ou seja, um constitucionalismo globalizado propagador da ideia de proteção dos direitos humanos.

Nesta fase, mas especificamente no final do século XX, surgem os direitos de 3.º geração (dimensão), caracterizados pela preocupação com a paz mundial, meio ambiente, desenvolvimento, autodeterminação dos povos, patrimônio comum da humanidade, comunicação etc, todos eles tecidos ao valor fraternidade e solidariedade. Podemos ainda falar de 4.ª dimensão de direitos como sendo um produto emergente da globalização, traduzindo-se pelo direito à democracia, ao pluralismo e à informação. A evolução dos direitos fundamentais têm sido um processo constante, onde o desenrolar dos anos e a necessidades próprias do ser humano fazem surgir novas dimensões de direitos, podendo hoje até já se falar em direitos de 5.ª dimensão⁹².

Cabe por fim esclarecer que o constitucionalismo passou por profundas transformações no final do século XX e, neste início de novo milênio, tais mudanças foram impulsionadas pela ideia de um constitucionalismo global, que segundo Grimm⁹³ é um processo de constitucionalização além do Estado, com políticas e os documentos internacionais, parcerias público-privadas estabelecidas também internacionalmente e, de atores privados globalmente ativos, o que, com certeza, trará reflexos no *mister* das Constituições.

1.2 O CONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUIÇÃO

Matteuci ao tentar definir constitucionalismo começa por trabalhar o conceito de Constituição, para só a partir da compreensão desta última, poder descrever os movimentos constitucionais e suas consequências.

Partindo-se deste pressuposto, sentiu-se a necessidade e a inevitabilidade de associarmos tal movimento a figura da Constituição, seja em seu aspecto material ou, conforme a nova roupagem surgida na França e nos Estados Unidos da América, em seu aspecto formal. Entrementes, é preciso ressaltar-se que o conceito de Constituição, comumente chamada de histórica, surgido ao longo do constitucionalismo da Antiguidade e

⁹² Por não ser o objeto do presente estudo, deixa-se de tecer comentários mais extensivos acerca da evolução dos Direitos fundamentais, apenas destacando que existem modernamente outras gerações de direitos.

⁹³ GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in Changel World. In: *The Twilight of Constitutionalism?*. pp. 21-41, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, p. 35.

da Idade Média⁹⁴ apresenta traços bastante distintos do seu conceito atual e isto se dá até mesmo quanto a sua nomenclatura, posto que, de forma exemplificativa, em Roma e na Grécia a sua designação era de *res publica e politis*, respectivamente, termos que só vieram a serem superados em meados de 1.700. Neste momento, a Constituição era somente uma estrutura básica de poder vinculada a uma determinada comunidade ou Estado. Esse conceito aproxima-se muito da ideia de que todo Estado, mediante a existência de uma estrutura de poder, seja em que termos for, já será dotado de Constituição, não obstante, a Constituição moderna, proveniente do constitucionalismo moderno, preocupa-se com direitos fundamentais, limites ao poder governamental e além disso, que por meios legítimos se exerçam tais poderes: é o Estado de direito democrático^{95 96}.

Em verdade, as primeiras constituições modernas propriamente ditas do mundo (surgidas no final do século XVIII), ou melhor, nos termos acabado de descrever, surgiram em resposta aos regimes absolutistas monárquicos (exceto nos Estados Unidos da América), já que havia uma necessidade de controlar o poder absoluto do monarca⁹⁷.

Conforme já se afirmou, a Constituição em sua acepção moderna teve como fato gerador os movimentos constitucionais e neste ponto nos valeremos dos ensinamentos de Canotilho⁹⁸ quando afirma que Constituição moderna é

[...] ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídica-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

⁹⁴ Existem doutrinadores que defendem ter inexistido constitucionalismo nestes períodos. Neste sentido Marcelo Neves na obra *Transconstitucionalismo*.

⁹⁵ Conforme defende Canotilho, o Estado Constitucional moderno não pode limitar-se apenas a um Estado de Direito, e sim estruturar-se como Estado de Direito Democrático, onde a ordem de domínio é legitimada pelo povo. “O poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos”.

⁹⁶ O Estado de Direito baseia-se no império da Lei, ou melhor, está condicionado pelo Direito, e ao falarmos em Estado democrático, somamos ao conceito acima exposto a idéia de que as estruturas de domínio alcançam legitimidade de exercício do poder sob o povo, a partir do momento em que esse mesmo povo – titular da soberania popular – lhe confere legitimidade e só mediante esta conjuntura estar-se-á perante um Estado de Direito Democrático.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Teoria da Constituição e estado democrático de direito: ainda é possível falar em constituição dirigente? p. 01, fazendo referência a obra “Métodos e criterios de interpretación de la Constitución” In: *División de poderes e Interpretacion constitucional* do autor Tomás de La Quadra.

⁹⁸ Neste sentido CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51-52.

De maneira um pouco mais abrangente, Häberle⁹⁹ também se propõe a conceituar a Constituição, apregoando que,

[...] Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no sólo es el Estado el constituido (la Constitución no es sólo Constitución “del Estado”) Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí y éstos con el ciudadano (!tolerancia!)

Para além disso, em uma concepção em sentido jurídico, com base na escola normativa, que encontra em Hans Kelsen seu defensor, devemos entendê-la como norma pura ou mesmo como *dever ser*, abstraindo-se deste conceito qualquer fundamentação sociológica, política ou filosófica. Segundo Kelsen¹⁰⁰, a Constituição pode ser entendida sob dois sentidos: o *jurídico-positivo* - a Constituição é “a fonte comum de validade de todas as normas pertencente a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum”, e o *lógico-jurídico* - a Constituição é a norma hipotética fundamental, é a chamada norma positiva suprema, estando no ápice da pirâmide normativa. Matteuci¹⁰¹ ao se referir a escola normativa da qual Kelsen é o seu expoente acaba por defini-la como sendo a “[...] própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva de uma designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem”.

Barroso¹⁰² aduz que:

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diversos níveis. É ela o fundamento da validade de todas as demais normas. Por força desta supremacia, nenhuma lei ou ato normativo - na verdade nenhum ato jurídico - poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

Molas¹⁰³ ao se referir ao constitucionalismo acaba por fazer uma associação que foi um dos nossos aportes: de que o poder deve ser submetido ao direito estabelecido pela sociedade, estando em primeiro lugar a Constituição.

Essa noção moderna sob a luz de uma supremacia formal ou mesmo da

⁹⁹ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Traducción Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2003, p. 03-04.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999, p 136.

¹⁰¹ MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Brasília: editora UnB, 11 ed. [s. d.], p. 247, p. 247.

¹⁰² BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 01.

¹⁰³ MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*. Madri: Tecnos. 1998, p. 23.

referida concepção jurídica Kelsiana, contudo, não expressam senão uma compreensão diminuta do seu verdadeiro significado e ainda quanto a esta última, uma visão que se pretende superar diante de um constitucionalismo em contexto global. Ademais, faz-se indispensável pensar neste conceito em cotejo com as experiências precursoras do constitucionalismo moderno e do fenômeno da integração comunitária dos Estados.

Fazendo uma digressão histórica sobre o conceito de “*Constituição ocidental*”¹⁰⁴, devemos em um primeiro momento apontar o Reino Unido. Em 1066, com a invasão da Normanda, introduziram-se instituições feudais, que, por sua vez, impuseram a João Sem Terra a *Magna Charta*, em 1215¹⁰⁵. Esse documento foi, sem margem à dúvidas, um marco simbólico da história constitucional, juntamente com a *Petition of Rights* (1628), do *Habeas Corpus Act* (1679) e, *Bill of Rights* (1689), conforme já referimos em momento anterior. Pode-se afirmar que a liberdade pessoal, a segurança da pessoa e dos bens, um processo justo regulado por lei, o *common law*, a representação e a soberania parlamentar indispensável à estruturação de um governo moderado foram algumas das dimensões estruturantes da “Constituição Ocidental”¹⁰⁶.

A França, conforme alhures já se afirmou, é um marco para a ideia de um constitucionalismo revolucionário. Consolidaram-se a proteção aos direitos individuais com predominância das liberdades públicas, separação dos poderes, sufrágio universal e soberania popular. A estrutura política precisava de uma Constituição que garantisse direitos e conformasse o poder político elaborado por um poder constituinte, poder esse originariamente pertencente à Nação¹⁰⁷.

Por fim, devemos ainda tratar da Constituição sob o enfoque do constitucionalismo norte americano. Este se assenta na ideia de “limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita”¹⁰⁸. Trata-se de um acordo celebrado pelo povo para constituir um poder vinculado à essa lei fundamental superior. Neste contexto em que se afirma a existência de uma lei superior, nenhuma lei inferior poderá contrariá-la, cabendo ao Poder Judiciário a incumbência de ser seu guardião. Essa característica acaba por nos indicar a supremacia das cartas constitucionais.

Sustentar a premissa de que o constitucionalismo liga-se ao fato de que todo

¹⁰⁴ Expressão utilizada por J. J. Gomes Canotilho em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 55.

¹⁰⁵ Tratamos dos aspectos mais importantes sobre a Carta Magna Inglesa no tópico 1.1.2.

¹⁰⁶ MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*. Madri: Tecnos. 1998, p. 55-56, pôs claramente em relevo esta ideia.

¹⁰⁷ Neste sentido CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51-58.

¹⁰⁸ id., *ibid.*, p. 59.

Estado possuirá uma Constituição e esta por sua vez será o instrumento de tutela das liberdades, nos remete a inderrogável conclusão acerca da necessidade de adjetivá-la de Lei suprema, já que a mesma ocupa um lugar de ascendência sobre as demais normas do ordenamento jurídico em função de seu papel limitador de poder e garantidor de direitos fundamentais. Dentro de um Estado constitucional, a Constituição é a lei das leis por excelência¹⁰⁹. O prestígio jurídico da Constituição é o produto de pensamentos desenvolvidos ao longo da história do constitucionalismo, cujo ideário foi justamente darem-se ao Estados constituições escritas e rígidas, onde se cristalizariam as decisões políticas fundamentais e, por fim, atribuiriam aos juízes a tarefa de resguardá-las contra as maiores ocasionais¹¹⁰. A ressalta que deve ser feita é que esse pensamento de supremacia da Constituição somente se efetivou durante o constitucionalismo moderno, mas não sem ter se valido de toda a história dos movimentos constitucionais antecedentes ao século XVIII.

Diversamente do que a pouco se afirmou, Barroso¹¹¹ demonstra uma preocupação com um conceito baseado na essência do constitucionalismo, que é a “limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*)”, no entanto assevera que, em que pese o nome sugerir a existência de uma Constituição escrita, esta associação nem sempre será verdadeira ou necessária, posto que no Reino Unido, o ideal constitucionalista se verificou independentemente de um documento escrito, ao passo que em várias ditaduras latino-americanas, a situação é exatamente inversa, ou seja, em que pese existirem Cartas escritas formais e solenes, as mesmas padecem de legitimidade e “adequação voluntária e espontânea de seus destinatários”.

Deste modo é plenamente possível estarmos diante de um Estado dotado de um documento formal constitucional, atribuindo-lhe a nomenclatura de Constituição, sem contudo, estarmos efetivamente diante de uma nos verdadeiros moldes apregoados pelo constitucionalismo. Este vai além do apenas possuir “um texto constitucional escrito”, trata-se de uma “ideologia” ou “regime político” que traz em seu bojo a ideia que a mesma deverá conter um catálogo alargado de direitos fundamentais, neles incluindo direitos, liberdades e garantias e ainda, direitos econômicos, sociais e culturais. Deverá também

¹⁰⁹ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

¹¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 05.

possuir uma forma de proteção e controle sobre tais direitos elencados acima, bem como, a extensão desse controle sobre a Administração Pública¹¹².

Em verdade, duas afirmativas devem ser feitas e de certa forma já foram explicadas em linhas pretéritas: primeiramente, o movimento constitucional inglês foi extremamente relevante para a formação do conceito moderno de Constituição, mesmo existindo autores que discordam de tal assertiva, asseverando inclusive, inexistir um constitucionalismo inglês. A segunda premissa refere-se ao fato de que não importa a forma sob a qual se reveste a Constituição para estarmos diante de um documento que revele a característica do constitucionalismo moderno, ou seja, o mesmo deve apresentar mecanismos de controle do poder.

Como se constata da narrativa empreendida neste tópico, a Constituição em sua acepção moderna consagrou estruturas dos chamados movimentos constituintes de diversos países, mas essas estruturas normativas terão que se adaptar às novas realidades globais, principalmente no que tange a superação da visão de uma Constituição com a estrutura jurídica hierárquica Kelsiana voltando-se para uma dimensão extraterritorial dos direitos fundamentais e no plano interno ou territorial, a preocupação em ordenar os Estados para que vivam sob o império da Lei mediante uma atuação legítima das estruturas de poder. Essa organização deverá ser conforme as exigências atuais de um Estado de direito democrático.

Ao fazermos uma análise mais minuciosa das características básicas e indispensáveis a todo autêntico Estado de Direito, quais sejam: (I) separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário, de forma independente e harmônica, (II) direitos e liberdades fundamentais; (III) sujeição do Estado ao império da lei, esta como sendo fruto do Poder Legislativo composto por representantes do *povo-cidadão*¹¹³ onde o Estado, e neste conceito devemos incluir os agentes públicos, órgãos, poderes regionais ou locais, deve respeitar e cumprir as normas jurídicas em vigor e por fim, (IV) Legalidade da Administração: sua atuação deve pautar-se na Lei e deve haver controle judicial das suas ações, conclui-se pela coincidência entre tais características e o conteúdo próprio de um documento constitucional, ou seja, a Constituição deve ser um retrato mais fiel possível das premissas do Estado de Direito, sedimentado a partir do Estado liberal do século XVIII.

¹¹² QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 401.

¹¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 125.

O ideal constitucionalista passa de um Estado liberal para um Estado de Direito, e esse mesmo Estado liberal é o “pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático”¹¹⁴. Conforme afirma Miranda¹¹⁵, o exercício da democracia está intimamente ligada à liberdade, pois não há que se falar em efetiva participação democrática no processo de dirigismo estatal se não houver liberdade política ¹¹⁶. Nas palavras de Bobbio¹¹⁷, “são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático; e na direção oposta, que vai da democracia à liberdade, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir existência e persistência das liberdades fundamentais”. As liberdades fundamentais somente estarão garantidas mediante o exercício da democracia, que será o instrumento apto a conferir a legitimidade ao poder público. Aliás, os direitos políticos nas Constituições Portuguesa e Brasileira são elevados a categoria de direitos fundamentais, corroborando com o que se afirma.

De forma semelhante Grimm¹¹⁸ defende que um sistema que rejeita a origem democrática do poder público não demonstra estar interessado em um governo limitado, não cumprindo então, as normas constitucionais.

Em tempo de breve conclusão, podemos afirmar que a Constituição é a particular maneira de ser de um Estado, que encontrará nesta Lei Fundamental os limites ao seu poder, sua forma de governo e de Estado, o modo de aquisição e exercício do poder, os direitos e garantias fundamentais e a separação de poderes. Esse conceito somente sedimentou-se em função dos movimentos constitucionais na Inglaterra, Estados Unidos da América e França pois, cada um a sua forma, trouxe elementos para a formação e sedimentação do constitucionalismo moderno.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto apud MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VII. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 99.

¹¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VII. Coimbra editora, 2007. p. 99-101.

¹¹⁶ No entanto, mesmo nos referindo ao liberalismo como pressuposto do Estado democrático, a sua principal expressão, o sufrágio, nesta época, era considerado uma função ou um poder funcional, e não um direito propriamente dito. Nesta fase não se poderia intitulá-lo universal, visto que só poderiam votar pessoas que tivessem “responsabilidades sociais”, sendo esta aferida pelos bens, ou por certas capacidades, o chamado voto restrito.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto apud MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VII. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

¹¹⁸ GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in Changel World. In: *The Twilight of Constitutionalism?*. pp. 21-41, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, p. 28.

1.3 A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO

Ao longo do constitucionalismo o papel da Constituição foi sendo desenhado, mas esse quadro ganhou novos traços e cores na segunda metade do século XX.

Quando se fala em constitucionalismo do século XIX, logo o associamos a um Estado Liberal que após se consolida como Estado de Direito¹¹⁹ e mais tarde, no século XX, como Estado de direito democrático. Após a 2ª Grande Guerra houve uma nova forma de organização política centrada na aproximação das ideias do constitucionalismo e da democracia, que em termos sumários pode ser definido como sujeição do poder aos princípios e regras legais, bem como, a legitimação deste mesmo poder através de procedimentos democráticos. Seja através da democracia direta, representativa ou mista, os indivíduos exerciam (e ainda exercem) a soberania popular, tornando legítimo o exercício do poder que encontrará os seus limites na Constituição ou na lei¹²⁰.

De idêntica forma, Grimm¹²¹ relata que a presença dos elementos democracia e estado de direito são imprescindíveis ao constitucionalismo.

Pode-se afirmar que cada Estado-Nação se organizava e se auto-governava. O objetivo era ter uma ordem democrática onde todos os membros teriam igualdade de oportunidades. Acreditava-se que a vontade da maioria era o meio para se atingir o bem comum.

Bolzan¹²² defende que após a segunda guerra mundial, vários países

¹¹⁹ Lista-se as características básicas e indispensáveis a todo autêntico Estado de direito: (I) separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma independente e harmônica, (II) direitos e liberdades fundamentais; (III) sujeição do Estado ao império da lei, esta como fruto do Poder Legislativo composto por representantes do povo- cidadão e por fim, (IV) legalidade da Administração: sua atuação deve pautar-se na lei e deve haver controle judicial das suas ações. Neste sentido CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de Direito (Coleção Fundação Mario Soares). Lisboa: Gradiva, 1999, p. 21. Salientando esta mesma ideia SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 125.

¹²⁰ Importa esclarecer que, segundo defende Canotilho, em sua obra CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, para quem o “poder político se assenta em estruturas de domínio”, e democracia implica em organização da titularidade e exercício do poder, isto é, organização desse domínio. O poder político será constituído, legitimado e controlado por cidadãos. O domínio político passa a ter, sob o manto do princípio democrático, legitimidade. Em outros termos, quem concede legitimidade ao domínio político é o povo, leitura do princípio da soberania popular. Os cidadãos são os verdadeiros titulares da soberania. Através de sistemas representativos, visto que dificilmente se conseguirá concretizar processos democráticos diretos nos Estados de proporções geográficas e populacionais elevadas, elegeremos representantes para o exercício do domínio político sobre nós mesmos. Esta é a “mágica” do princípio democrático.

¹²¹ GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in Changel World. In: *The Twilight of Constitutionalism?*. pp. 21-41, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, p. 28.

¹²² BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional*. In: CANOTILHO, Gomes J. J.; STRECK, Lênio. *Entre discursos e culturas jurídicas* (coord.). Coimbra: Studia Iuridica, n. 89, 2006, p. 38.

consagraram em seus textos constitucionais diversos valores que até então não tinham sido neles sistematizados, nascendo assim, o novo constitucionalismo: o Estado de direito democrático, onde “a lei e o direito passam a ser visualizados como instrumento de luta e de transformação da nossa realidade”.

Sob a ótica daquele Estado liberal, próprio do final do século XVIII, estabeleceu-se uma tutela mínima de direitos de liberdade, consagrou-se o império da lei e a organização de poder de maneira que se contemplasse a “Separação de Poderes”. Entrementes, esse Estado, principalmente após as duas grandes guerras, também sentiu-se compelido a albergar e concretizar os direitos ligados à igualdade entre os indivíduos. Passou a ter assento constitucional um desempenho mais significativo desse Estado nas atividades econômicas e sociais, desembocando em um fenômeno que alguns autores denominaram de “constitucionalismo social”¹²³. Nesse, os Estados procuraram desempenhar a função de Estado Social¹²⁴, onde os mesmos despojaram-se do individualismo, da neutralidade ou do abstencionismo, buscando realizar a distribuição de riquezas e justiça social¹²⁵. A Constituição desempenha(va) a função de consagrar os direitos fundamentais, separar as funções estatais e impor ao Estado dimensões prestacionais que assegurassem uma ordem mínima, que naquele momento pensava-se inderrogável.

É neste cenário, de dirigismo constitucional, que floresce, sob a mesma esta denominação, a Constituição Dirigente. O legislador começa a impor ao administrador certas condutas e deveres de atuação através dessa Constituição. Essa temática foi inclusive fruto do trabalho de doutoramento de Gomes Canotilho¹²⁶.

O Estado prestacional torna-se cada vez mais responsável por prover o bem estar dos indivíduos, ou melhor, passa a figurar como devedor maior de direitos de cunho assistencial, situação essa que começa a ser questionado no final do século XX, tendendo-se para um resgate ao minimalismo estatal do período liberal. Pode-se afirmar que essa é uma das perspectivas da crise do constitucionalismo a medida que, a partir do final do século

¹²³ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

¹²⁴ “[...] o Estado social teve seu apogeu nos países do chamado Primeiro Mundo, logo após a Segunda Grande Guerra, servido de uma doutrina constitucional cuja inspiração maior se cifrava na justiça, na igualdade, no estabelecimento da paz social, na cessação dos conflitos de classe, na mudança hegemônica que se traslada do princípio da legalidade para o princípio da legitimidade.” BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 8.

¹²⁵ VERDÚ, Lucas apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, 2005, p. 115. Neste mesmo sentido ver STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, cap. 3, p. 104-106.

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

XX, se quer resgatar a figura do Estado mínimo, já que a internacionalização dos setores econômicos gerou a diminuição das receitas públicas.

A Constituição acabou por ser vista, principalmente no constitucionalismo europeu (até a década de 40), como uma espécie de diretiva política endereçada ao legislador e não como norma jurídica propriamente dita (que comportasse tutela judicial quando descumprida)¹²⁷. A superação dessa perspectiva, e portanto, o reconhecimento da força normativa da Constituição, floresce no segundo pós-guerra, primeiro com a diminuição do prestígio do positivismo jurídico, no chamado neoconstitucionalismo, onde os princípios ganharam ascensão e passaram a ser concebidos como “uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias”¹²⁸ e, em segundo lugar, com a disseminação da jurisdição constitucional através da criação de diversos tribunais constitucionais pelo mundo¹²⁹ ¹³⁰. Ocorre a constitucionalização do direito.

O neoconstitucionalismo¹³¹, com a sua característica preocupação com uma maior eficácia da Constituição, nos leva a identificar a importância do seu conteúdo axiológico. A par disso, também ganhou o *status* de centro das normas jurídicas, dotada, portanto, de supremacia material e formal.

Nós apreendemos a Constituição como instrumento jurídico máximo dentro do ordenamento jurídico interno e, por que não afirmar, como meio de projeção da soberania estatal na órbita internacional. No entanto, à medida que a globalização impõe o estabelecimento e crescimento de blocos econômicos, sociais e políticos, a diminuição dos limites representados pelas fronteiras, a presença de atores privados globais e de

¹²⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83 e ss.

¹²⁸ id., *ibid.*, p. 85.

¹²⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83 e ss.

¹³⁰ Assinala Barroso que a experiência norte-americana não passou pelo quadro descrito pois o constitucionalismo sempre foi marcado pela normatividade ampla e pela judicialização das questões constitucionais, na linha do precedente firmado pelo julgamento da Suprema Corte, em 1803, no caso *Marbury v. Madison*. id., *ibid.*, p. 85.

¹³¹ Para Barroso “o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: *Consultor Jurídico*, 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil>. Acesso em: 12 maio 2012.

organizações internacionais atuantes, o multiculturalismo, ordens jurídicas transnacionais e supranacionais e a implementação de Tribunais também supranacionais, a própria soberania deste Estado ganha novos contornos e constatamos que a Constituição não foi estruturada para resolver os embates entre ordens normativas diversas. Identificamos com isso outras perspectivas da crise do constitucionalismo: existe Constituição ou mesmo constitucionalismo sem Estado? Nesta nova conjuntura de um direito “mundial”, os direitos fundamentais têm maior proteção e eficácia frente a constituições estatais que podem ter tido seus papéis parcialmente esvaziados? Ou ainda, como harmonizar as diversas ordens normativas provenientes de fontes que não estatais ?

Neste ponto em particular, Teubner¹³² traz à discussão a eficácia horizontal dos direitos fundamentais por parte dos atores privados na esfera transnacional, questionando exatamente como o constitucionalismo irá se portar diante da globalização e da privatização? Afirma que esse movimento ainda tem o Estado como centro e que, para termos instrumentos aptos a lidar com “governos” privados em escala transnacional, teremos que desenvolver um constitucionalismo sem Estado, já que não podemos nos furtar à presença de “constituições civis” decorrente de subsistemas autônomos da sociedade mundial. Este *mise-en-scène*, denomina-se constitucionalismo societal.

Para o referido autor não há como negar que a globalização dos mercados diminuiu o poder regulamentar estatal incidente sobre esses atores privados globais. Aliás, uma das notas características da globalização foi a delegação, em favor desses entes privados, de competências estatais, num contexto de “[...] privatização e desregulação económica” que acreditava-se ser capaz de uma redistribuição mais justa e equânime da riquezas¹³³. O constitucionalismo clássico trouxe uma diferenciação entre política e direito segundo uma estrutura hierárquica kelsiana e, para Teubner¹³⁴, no sistema transnacional, as ordens provenientes desses atores globais, tais como a *Lex mercatória* e a *Lex digitalis*, não se processam de forma horizontal com limites territoriais. Teremos que conviver com outras normas provenientes de mecanismos que não a clássica normatização estatal e ainda, com a necessidade de se desenvolver novos tipos de garantias que limitam o potencial destrutivo desses entes transnacionais, principalmente quando se trata dos direitos fundamentais.

¹³² TEUBNER, Gunther. *Fragmented Foundations*. In: *The Twilight of Constitutionalism?* pp. 345-361, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, pp. 346 - 347.

¹³³ Neste sentido SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 12, ao se referir a *Lex mercatória*.

¹³⁴ TEUBNER, Gunther. *Fragmented Foundations*. In: *The Twilight of Constitutionalism?* pp. 345-361, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, p. 346 e ss.

Para Teubner¹³⁵

o direito constitucional pode, além disso, conter as tendências expansionistas dos sistemas sociais autônomos que tendem a colonizar os outros sistemas, traduzindo de modo produtivo e inteligente os conflitos e as pressões externas a uma esfera social através de uma forma de autolimitação interna.

Segundo Grimm¹³⁶, o Estado, por causa de seus limites territoriais e de sua soberania, não deixavam que a comunidade internacional interferisse nos seus assuntos internos, bem como, havia uma separação muito clara entre agente público e privado. Explica que é sabido que vivemos um momento de erosão da soberania e de porosidade entre os limites externo e interno, público e privado. Isso se dá, no primeiro caso, por causa da permeabilidade das fronteiras, já que o Estado começou a transferir à organizações internacionais algumas competências, que por conta de sua soberania, só a ele cabiam, para se tentar aumentar a capacidade de resolução dos problemas, a exemplo da criação das Nações Unidas em 1945, a quem coube a missão de manutenção da paz. Hoje a ONU, entre outros, tem poder de intervenção humanitária em caso de desrespeito aos direitos humanos e de minorias, além da criação de Tribunais por meio decisão do seu Conselho de Segurança, que atuarão dentro das fronteiras do Estado. Quanto ao enfraquecimento da separação entre os agentes privados e públicos, explica Grimm¹³⁷ que esta ocorreu por conta da expansão das tarefas do Estado. Este passou a regular a economia, se engajou no desenvolvimento social e na política do bem estar, se preocupou com a proteção da sociedade em face de potenciais riscos, etc e começou a negociar com agentes privados. Com isso, os agentes privados ganharam poderes “públicos, sem terem que se submeter as responsabilidades e ao processo de legitimação presente nas constituições dos Estados.

Em nossas primeiras considerações acerca do constitucionalismo, acabamos por utilizar o questionamento formulado por Neves¹³⁸ no que toca ao papel da Constituição frente aos direitos fundamentais. Naquela ocasião, afirmou o autor que a necessidade de se ter um documento (a Constituição) que consagrassem as liberdades e garantias dos indivíduos e garantisse eficácia organizacional alastrou-se por vários Estados do mundo no

¹³⁵ TEUBNER, Gunther. A lei em tempos de globalização: entrevista com Gunther Teubner. [18 de setembro de 2009]. Tradução Benno Dischinger. *Jornal II Manifesto*. Entrevista concedida a Giuliano Battiston. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-antiores/26013-a-lei-em-tempos-de-globalizacao-entrevista-com-gunther-teubner>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

¹³⁶ GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in Changel World. In: *The Twilight of Constitutionalism?*. pp. 21-41, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, p. 30.

¹³⁷ GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in Changel World. In: *The Twilight of Constitutionalism?*. pp. 21-41, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, p. 31.

¹³⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p.120.

período moderno e contemporâneo, justamente em razão da dimensão territorial que os problemas que envolviam tais questões continham. Explica-se.

O Estado possui, entre os seus elementos constitutivos, um território delimitado. De certa forma, os problemas que envolviam o povo deste Estado¹³⁹, ou mais especificamente, qualquer tipo de arbitrariedade, violação aos direitos fundamentais ou abuso de poder, estavam adstritos a esse espaço geográfico. As constituições destes Estados acabavam por oferecer soluções suficientes para os litígios surgidos naquele dado espaço territorial, no entanto, essa já não é a fórmula mais apta para responder os conflitos nos dias de hoje. Com a criação da União Europeia, os próprios membros componentes dessa comunidade aceitaram submeter seus problemas a Tribunais Supranacionais, mas mesmo existindo uma “guerra” sobre de quem seria a última palavra, a Constituição sofreu o impactos dessa abertura de fronteiras.

Constituição e Estado sempre estiveram umbilicalmente ligados. Segundo Lucas Pires¹⁴⁰ “a história do constitucionalismo é siamesa da do moderno Estado-Nação democrático. Este tem uma ligação para a vida e para a morte com as suas tábuas da lei. A constituição é a sua fundação, seu fundamento e seu fundamental. Ambos são, por isso, inseparáveis”.

Segundo Suzana Tavares¹⁴¹:

A Constituição também designada com propriedade como Magna Carta ou Lei Fundamental, desempenhou diversas funções ao longo dos últimos séculos e abrigou diversos projectos políticos. Através da Constituição os cidadãos identificavam-se com o seu projecto de comunidade política e social e os Estados apresentavam-se perante as instâncias internacionais com identidade própria. Desta forma, aquele documento não só caracterizava a identidade nacional, como servia ainda de parâmetro de controlo do poder, independentemente da natureza jurídica do ‘guardião’ escolhido para o efeito.

Essa percepção da Constituição como um instrumento dotado de tantos adjetivos acabou por ocasionar a associação metafórica inapropriada do termo Constituição como o “remédio para todos os males”. Essa é outra perspectiva da crise do constitucionalismo: a utilização arbitrária, depreciativa e inapropriada do termo.

Não podemos deixar de mencionar que o princípio da dignidade da pessoa humana mostrou-se como postulado das leis fundamentais de vários Estados-nação,

¹³⁹ O povo é um dos seus elementos constitutivos, juntamente com território e governo soberano. O povo acaba por ser denominado de elemento pessoal.

¹⁴⁰ LUCAS PIRES, Francisco. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 07.

¹⁴¹ SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 11.

principalmente no contexto filosófico do pós-positivismo.

As Constituições sempre foram vistas como o estatuto que alberga os direitos fundamentais, sendo que as grandes mudanças constituintes se deram por conta deles¹⁴². Entretanto, diante de uma suposta fragilidade delas no contexto global, a sua efetividade e alcance começam a ser postos em xeque, mas especificamente, se questiona se, diante de uma Constituição que tem o seu papel parcialmente “diminuído” e os Estados que, na esfera internacional, apresentam uma soberania co-participada, os direitos fundamentais continuariam a ser salvaguardados nas mesmas proporções de momentos pretéritos. O Estado consegue ser o agente promotor de direitos fundamentais? Essa é outra das facetas da crise do constitucionalismo.

Não podemos negar que existe, na atualidade, um contexto onde o Estado não será o único ser apto à resolução dos problemas, e para ser mais específico, único a dar resposta às lides que envolvam direitos fundamentais ou humanos. Nas palavras de Neves¹⁴³ “O Estado deixou de ser o *locus* privilegiado da solução de problemas constitucionais”. Mas como coordenar a ideia de uma comunidade global com a tradição da “condição estadual” da Constituição? E mais, diante de heterogeneidades estatais e uma crescente preocupação com os direitos fundamentais, qual será o catálogo de direitos e deveres dos sujeitos que compõem essa comunidade?

Neste panorama nasce a teoria do transconstitucionalismo cuja característica repousa justamente na tentativa de se entrelaçar ordens jurídicas diversas, seja nacional, transnacional, supranacional ou internacional, no intuito de tentar compatibilizar e resolver problemas relacionados com direitos fundamentais e limitação de poder.

Na chamada ordem global geradora da internacionalização, europeização e a mercosulização (supranacionalização), a Constituição que sempre esteve ligada a ideia de um direito estatal estruturado em forma de pirâmide e sob o dogma de Estado-soberano¹⁴⁴, para além disso, o chamado dirigismo constitucional, passa a mostrar-se insuficiente para conformar o mundo político-econômico. Para Canotilho¹⁴⁵ há uma transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, sendo que estas últimas passariam a ocupar um plano de leis fundamentais regionais.

É certo que a Constituição não é mais a exclusiva fonte normativa de

¹⁴² Neste mesmo sentido é o entendimento de SILVA, Suzana Tavares da. *ibid.*, 2011.

¹⁴³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 297.

¹⁴⁴ Neste sentido CANOTILHO, J. J. Gomes. *A Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador*: contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001. p.11 (XI).

¹⁴⁵ *id.*, *ibid.*, p. 11 (XI).

estruturação de um Estado-Nação, e ainda, pode-se falar em perda do “status” de norma máxima dentro do ordenamento jurídico estatal. Há o desafio da convivência entre fontes normativas superiores, tais como, “instrumentos normativos” provenientes do próprio Estado, da *Global administrative law*, da Comunidade Europeia, de Tratados internacionais e, por que não dizer, das decisões provenientes de Tribunais Supranacionais.

Corroborando com essa assertiva, no que diz respeito à política europeia de coesão no âmbito das fontes de direito nacional, onde vige o princípio da atribuição de competências à União por parte dos Estados, afirmam Canotilho e Tavares¹⁴⁶ que o estatuto jurídico (Tratado europeu) irá se beneficiar de um primado ou prevalência. Explicam os autores:

[...] o mesmo é dizer que em caso de conflito entre o disposto naqueles preceitos do Tratado europeu e o estatuído em normas de direito interno, incluindo normas constitucionais, há-de prevalecer o regime jurídico europeu, sem prejuízo da reserva constitucional de respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático estipulada no art. 8.º/4 da C.R.P.

Constata-se o papel da Constituição a ser redesenhado.

A crise do constitucionalismo encontra nos novos valores econômicos surgidos desse desenvolvimento global outro elemento de sua gênese, bem como, da própria banalização do conceito de Constituição¹⁴⁷. Para explicar os fatores que fizeram emergir a conclamada crise, nos valeremos dos ensinamentos de Suzana Tavares¹⁴⁸ ao afirmar que

[...] a fragmentariedade imposta pela *global law*, somada à desarticulação interna do projecto social fundamental, motivada interculturalidade e pela globalização económica, esta última responsável ainda pela drástica redução de receitas fiscais do Estado, conduzem à crise do constitucionalismo, e a Constituição passa a ser vista por alguns autores como um documento desprovido de força executiva e de efectividade. [...]

O estudo do constitucionalismo desde priscas épocas nos fez caminhar por entre as diversas concepções de Constituição ao longo da história constitucional. De forma exemplificativa, partimos de um momento em que “Constituição” significava simplesmente organização teocrática de certa sociedade, avançamos para um documento feudal de direitos estamentais, para por fim, passarmos a consagrá-la, já no período moderno, como documento escrito limitador de poder. Desde então, agregaram-se elementos que definiram

¹⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; SILVA, Suzana Tavares da. *Metódica Multinível: "Spill-over effects"* e interpretação conforme o direito da União Europeia. In: *Revista de legislação e de Jurisprudência*. Coimbra: Coimbra editora, n. 3955, pp. 182-199, mar.-abr. 200, p. 188-189.

¹⁴⁷ SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 11.

¹⁴⁸ id., *ibid.*, p. 16.

os contornos da Constituição moderna, que podem assim ser descritos: um documento que estabelece a organização tripartite de poder com mecanismos de controle e fiscalização de seu exercício, a normatização de princípios sob uma nova hermenêutica constitucional, a sua força normativa capaz de conformar a realidade e sobretudo, a declaração de direitos fundamentais centrada no princípio da dignidade da pessoa humana. Enfim, há tempos atrás, a tarefa de explicar qual era o objetivo e o papel desempenhado por esse instrumento jurídico era de fácil percepção, mas tal tarefa tornou-se árdua e pouco amigável, justamente por todos os elementos que foram por nós descritos como responsáveis pela atual crise do constitucionalismo, que acabará por mudar a própria concepção que temos da Constituição moderna.

Tentaremos aclarar ao longo do nosso estudo se o constitucionalismo fora suplantado e ainda, o que restou do papel outrora desempenhado pelas Constituições no que toca aos direitos fundamentais neste contexto cuja tendência é a de formação de blocos políticos e econômicos de integração e de convivência de diferentes fontes normativas superiores e de decisões provenientes de Tribunais Supranacionais.

2 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como fruto do processo histórico pelo qual passaram as sociedades políticas ou Estados nos últimos séculos, sedimentou-se o entendimento de que a Constituição é o instrumento maior e supremo dentro de seus ordenamentos jurídicos e que, nesta, devem estar tratadas as matérias mais caras e relevantes no que toca ao desenvolvimento, estrutura e separação das funções dos Estados, sempre em cotejo com o objetivo da plena realização do ser humano. Contudo, este último desiderato, somente se mostrará possível ou viável em um Estado que reconheça os direitos individuais, sociais e coletivos dos indivíduos, ou seja, os seus direitos fundamentais.

Corroborando com o que se afirmou, tem-se que os direitos fundamentais, além de terem contribuído imensamente para esse avanço do direito constitucional, devem ser o próprio núcleo estruturante desta Constituição, pois a afirmação deles representa verdadeira proteção da dignidade da pessoa humana.

A Constituição é o instrumento apto a consagrar os direitos fundamentais, uma vez que é o documento dotado de força vinculativa máxima no ordenamento jurídico interno, servindo de baliza a todos os demais atos infraconstitucionais dentro de um Estado constitucional, o que acaba por impedir o seu desrespeito e garantir que sua efetividade alcance todo o seu potencial, bem como, é o alicerce sob o qual deve ser construído um Estado democrático de direito.

A Constituição Portuguesa de 1976¹⁴⁹, declarou no seu preâmbulo as intenções do poder constituinte quanto aos direitos fundamentais: “A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos [...]” e continua, mas desta vez no corpo de seu texto, mas precisamente no seu artigo 2.º, a demonstrar que as suas bases estão erigidas sob valores ético-jurídico-políticos, voltados sempre à garantia e efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, *ipsis literis*:

Art. 2.º República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia

¹⁴⁹ PORTUGAL. Constituição. Lisboa: 1976.

económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa (grifo nosso).

Dos termos da disposição transcrita resultam o reconhecimento, por parte do Estado Português, da dignidade da pessoa humana através das normas que contemplam os direitos e liberdades fundamentais. De igual forma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁵⁰, em seu preâmbulo, in verbis:

[...] nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...] (grifo nosso).

No articulado da Carta Magna Brasileira de 1988, encontramos uma sessão dedicada exclusivamente aos direitos fundamentais, desdobrando-se em capítulos específicos que tratam dos direitos e garantias individuais, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, entre outros dispositivos espalhados pelo seu articulado, todos destinados a positivar e salvaguardar os direitos fundamentais.

Nas Cartas Constitucionais portuguesa e brasileira, a exemplo de outras, houve a consagração de um rol amplo de direitos e garantias fundamentais, evidenciando uma clara postura de privilégio ao ser humano e de respeito a sua dignidade. Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ter sido referido expressamente por ambas as Constituições, acaba funcionando como um vetor indicativo sob o qual repousam a organização e proclamação desse rol de direitos e liberdades fundamentais¹⁵¹.

¹⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁵¹ Na Constituição Brasileira de 1988 encontramos expressa menção ao princípio da dignidade humana no artigo 1º, abaixo transcrito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

De igual maneira, na Constituição Portuguesa de 1976, in verbis:

Artigo 1º República Portuguesa:

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Immanuel Kant^{152 153} defendeu em sua obra “A metafísica dos costumes” que cada sujeito é “um fim em si mesmo” e que esse sujeito estará insucetível à valoração ou troca como se fosse algum objeto ou coisa. Por esse motivo, parte da doutrina acabou por atribuir ao referido filósofo a prerrogativa de ser o precursor do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵⁴. Essa postura se justifica pelo fato do enunciado em questão ter conseguido materializar a ideia básica de que o ser humano deve ser valorizado e respeitado e que, em nenhuma hipótese, deve ter sua existência menosprezada, diminuída ou “objetada”.

Para Fábio Comparato¹⁵⁵:

[...] a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

O princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser considerado um paradigma no que diz respeito aos direitos, é também um dos fundamentos dos Estados Democráticos de Direito. Ao se falar em Estado de Direito, não é possível conceber uma determinada comunidade sem que os indivíduos sejam titulares de direitos fundamentais. Nesses, os direitos acabam funcionando como limites a atuação do poder público.

Em importante estudo sobre os direitos fundamentais, Fábio Comparato¹⁵⁶, ao analisar os postulados éticos de Kant no que tange a despersonalização dos seres humanos,

¹⁵² Transcrevemos a título ilustrativo uma passagem da obra de Kant: “Um fim é um objeto da escolha (de um ser racional) através de cuja representação a escolha é determinada relativamente a uma ação no sentido de levar a efeito esse objeto. Ora, posso efetivamente ser constrangido por outros a executar ações que são dirigidas como meios a um fim, porém não posso jamais ser constrangido por outros a ter um fim: somente eu próprio posso fazer de uma alguma coisa meu fim. Mas se estou obrigada a tornar meu fim alguma coisa que reside em conceitos da razão prática, e ter assim, além do fundamento formal determinante da escolha (tal como o direito encerra), também um material, um fim que poderia ser estabelecido contra um fim que é em si mesmo um dever. Mas a teoria deste fim não pertenceria à doutrina do direito, mas à ética, uma vez que o auto-constrangimento de acordo com lei (morais) pertence exclusivamente ao conceito da ética.” KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. (contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude). Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2003. p. 225 e ss.

¹⁵³ Em sua obra “A metafísica dos costumes”, Kant exorta que: “Um objeto externo que em termos de sua substância pertence a alguém é sua propriedade (dominium), a que todos os direitos nessa coisa são inerentes (como acidentes de uma substância) e da qual o proprietário (dominus) pode, por via de consequência, dispor como lhe agrada (ius disponendi de re sua). Mas disso resulta que um objeto desse tipo só pode ser uma coisa corpórea (relativamente à qual ninguém tem uma obrigação). Por conseguinte, alguém pode ser seu próprio senhor (sui iuris), porém não está capacitado a ser o proprietário de si mesmo (sui dominus) (não pode dispor de si mesmo como lhe agrada), e mesmo ainda pode dispor dos outros como lhe agrada, posto que é responsável pela humanidade em sua própria pessoa.” id., ibid., p. 114 e ss.

¹⁵⁴ BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Historia del derecho natural*: un ensayo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 11

¹⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 22-23.

faz uma consideração, que pedimos licença para transcrever, pois tamanha é sua profundidade:

Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.

Houve justiça no pensamento de Kant¹⁵⁷ quando proclamou que o homem, por ser pessoa (ser racional), existe como um fim em si mesmo e que não pode ser utilizado como meio do qual possam se servir para satisfação única da vontade alheia, pois esse papel cabe somente em relação aos entes irracionais (coisas). Para além disso, realçou que as pessoas são seres insubstituíveis e dotadas de individualidade. Exortou também, que a busca pela realização da própria felicidade, implica no dever de favorecer a busca pela felicidade do outro, nestes termos: “Quando se trata de eu fomentar a felicidade como um fim que é também um dever, é forçoso, conseqüentemente, que seja a felicidade de outros seres humanos, de cujo fim (permitido) faço assim o meu próprio fim também”. Vê-se que mesmo tendo em conta que o indivíduo é um ser único, “um fim em si mesmo”, houve uma preocupação do filósofo em contemplar a felicidade “do outro” como um objetivo pessoal de cada indivíduo. Diante do que se afirma, proclamar direitos fundamentais pode ser uma maneira de materializar a preocupação que deve existir em torno da plena felicidade própria e de outrem.

A justificativa para a obrigatória promoção dos direitos fundamentais reside não e tão somente no dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também no dever positivo de, na busca pela felicidade, ter que favorecer a promoção da felicidade alheia. A realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, a teor do que prescrevem os artigos XXII e XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, fundam-se nessas

¹⁵⁶ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. (contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude). Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2003, p. 23.

¹⁵⁷ id., *ibid.*, p. 232.

obrigações positivas e negativas surgidas como aporte da busca pela realização plena do ser humano^{158 159}.

Para podermos extrair dos direitos fundamentais o que eles são vocacionados a oferecer, precisamos compreender previamente que o homem é a razão maior pela qual existe o direito e o direito só existe por causa do homem e, por isso, os seus propósitos não podem ser outros que não garantir que os sujeitos possam viver sob uma atmosfera de realização e respeito pleno aos seus direitos fundamentais, a sua dignidade humana, a sua felicidade. Neste contexto, podemos afirmar, sem receio de cometer equívocos, que suas fontes cimeiras serão a igualdade entre todos os seres humanos e a garantia da liberdade para guiar o seu proceder¹⁶⁰.

O entendimento sobre as características básicas dos direitos fundamentais, e isso engloba apreender e acolher os princípios da igualdade e da liberdade, estabelecerão os limites sob qual balizaremos toda a compreensão acerca dos direitos fundamentais.

O princípio da igualdade essencial de todo ser humano, no dizer de Fábio Comparato¹⁶¹, surgiu em meio à concepção medieval de pessoa, justamente como um núcleo do conceito universal de direitos humanos. Para o autor, a igualdade de essência não é uma expressão pleonástica, “pois que se trata de direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas”. Mais à frente, em razão da tentativa de traçarmos a evolução histórica dos direitos fundamentais, verificaremos que a partir do momento em que ocorre a normatização de direitos baseado na universalidade e, principalmente, na igualdade, em

¹⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21 e ss.

¹⁵⁹ É neste contexto que aproveitamos para transcrever os artigos acima listados da Declaração Universal dos direitos do homem, justamente no intuito de demonstrar também, por assim dizer, a origem da obrigação do Estado no cumprimento e efetividade dos direitos fundamentais.

Artigo XXII: Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

Artigo XXV, inciso I: Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

¹⁶⁰ Neste mesmo sentido é o entendimento de Gonet ao fazer uma reflexão sobre Liberdades a luz da Constituição Brasileira de 1988, para quem: “O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 402.

¹⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 21-22.

substituição ao simples reconhecimento de direitos grupais desiguais (estamentais), começaremos a cumprir o mister de identificar a origem das verdadeiras declarações de direitos.

A igualdade entre todas as pessoas pode ter sido pensada, conforme sugeriu o mesmo autor, como um direito imanente ao ser humano (corrente *jusnaturalista*), mas a inserção do seu conteúdo nos direitos fundamentais somente se mostrou evidente ao final do século XVIII (durante as revoluções liberais). Aliás, os direitos só podem ser adjetivados como “fundamentais” se forem iluminados pela ideia de igualdade.

O processo de democratização também esteve presente na sociedade liberal em que os direitos fundamentais começaram a se desenvolver e, naquele momento, o reconhecimento de direitos políticos (direitos de participação na vida política) além dos tradicionais direitos de defesa (direitos e liberdades típicos do final do século XVIII), representavam “a garantia de igualdade no contexto das relações indivíduo-Estado”¹⁶². Em importante consideração sobre o processo de democratização e a ideia de expansão igualitária, Vieira de Andrade¹⁶³ proclamou:

Os direitos de intervenção na vida política passam a ser considerados como manifestações indispensáveis da dignidade do cidadão, que tem de ser igualmente reconhecida a todos os indivíduos nacionais com um mínimo de idade e, por isso, devem integrar o estatuto das pessoas na sociedade política. (grifo nosso).

O conteúdo do princípio da igualdade deve estar evidente nos preceitos que reconhecem os direitos fundamentais, assim também, como a garantia de liberdade dos indivíduos.

Os direitos fundamentais, conforme já informado, têm suas origens nas Revoluções Liberais do final do século XVIII (constitucionalismo moderno) e encontram na liberdade o seu alicerce. Naquele momento, a liberdade representava a autonomia do indivíduo em face do Poder Público, que, além do respeito a vida privada dos mesmos, também deveria abster-se de interferir na vida econômica e social¹⁶⁴. Novamente nos

¹⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 54 e ss.

¹⁶³ id., *ibid.*, p. 54.

¹⁶⁴ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 51 e ss.

valeremos dos ensinamentos de Vieira de Andrade¹⁶⁵ que esclarece o teor dessa liberdade presente no surgimento dos direitos fundamentais:

[...] são liberdades sem mais, puras autonomias sem condicionamentos de fim ou de função, responsabilidades privadas numa espaço autodeterminado. Liberdades individuais que, no entanto, não são caoticamente ou anarquicamente entendidas, pois actuam num contexto social e político organizado, onde procuram a segurança colectiva em contrapartida da qual aceitam (aceitaram) limitar-se.

Nos seus primórdios, os direitos fundamentais representavam o reconhecimento da liberdade dos indivíduos (direitos de defesa) e, foi nessa atmosfera, que se construiu a sociedade política liberal da época.

Não podemos olvidar que as primeiras declarações de direitos foram marcadas, quase que exclusivamente, por esse conteúdo de autonomia da vontade do indivíduo (para agir ou deixar de agir) e é neste particular que repousa o seu maior mérito. Nas declarações que se seguiram, principalmente no primeiro pós-guerra, a preocupação repousou sobre outros aspectos da vida dos indivíduos, também igualmente importantes. O espectro de protecção dos direitos fundamentais não poderia ser mais exclusivamente o da liberdade, mas a sua imprescindibilidade nunca mais poderia ser relegada a um segundo plano.

Estas considerações preliminares foram feitas justamente para mostrarmos que a igualdade e a liberdade são importantes e indispensáveis características dos direitos fundamentais.

Constata-se a existência de uma ligação íntima e vital entre o homem, os direitos (fundamentais), a Constituição e o constitucionalismo. Podemos afirmar inclusive, a existência de uma relação circular de dependência recíproca entre esses quatro elementos supramencionados, conforme será demonstrado nas considerações desenvolvidas nos próximos tópicos.

2.1 DOS ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira grande tarefa envolvendo os direitos fundamentais será a de tentar traçar seus sentidos possíveis de modo que possamos demonstrar seu conceito e algumas de

¹⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 51.

suas funções precípua. Entretanto, nas últimas décadas, o catálogo de direitos fundamentais têm se avolumado conforme as necessidades surgidas em meio ao desenvolvimento histórico dos Estados, sem contudo, esses mesmos Estados, apresentarem uma estrutura normativa homogênea quanto aqueles direitos.

Diante disso, o que é certo, é que não há univocidade quanto ao conceito mais apropriado e proveitoso acerca do que venha a ser direito fundamental, ou melhor, quais seriam os direitos aos quais atribuiríamos, de forma unânime, nos mesmos termos e com mesmo alcance, o adjetivo de fundamental, em todas as comunidades organizadas ou Estados e, em qualquer conjuntura histórica, econômica ou social.

Desta feita, mostra-se mais vantajoso evidenciarmos quais são os seus elementos identificadores, para a partir de então, começarmos a ilustrar, pelo menos parcialmente, como compor o catálogo de direitos fundamentais¹⁶⁶, demonstrando, inclusive, meios para identificar os que não estão expressos nas Constituições dos Estados, ou até mesmo, aqueles denominados implícitos, para, por fim, chegarmos a um conceito que, pelo menos a priori, alcance um conteúdo comum à todos.

Acresça-se às afirmações a pouco feitas sobre homem e direito, que esse mesmo indivíduo, que é o nosso elemento central, somente poderá ser beneficiário de um estatuto comum contendo direitos fundamentais, se inserido em uma organização estatal ou mesmo em uma certa comunidade política integrada, sendo que, este Estado ou comunidade não podem apresentar-se sob um regime absolutista/totalitário¹⁶⁷. Reiteramos a necessidade de uma compreensão macro sobre os direitos fundamentais, no sentido de que eles encontram na pessoa humana os seus destinatários, mas isso somente é viável e possível quando, conforme ha pouco afirmado, inserimos esse indivíduo em uma comunidade organizada sob os moldes de uma Constituição limitadora dos próprios poderes públicos, já que os direitos fundamentais, sob uma perspectiva estadual ou constitucional, surgem como o primeiro limite ao poder público no período do constitucionalismo moderno.

Corroborando com o que se afirmou, o constitucionalismo foi de veras importante para construir e sedimentar a concepção de Constituição, e ainda, despertar a própria necessidade de se ter um documento que formalizasse os direitos fundamentais, ou melhor, desenvolveu-se um dos paradigmas acerca desses direitos: a necessidade de

¹⁶⁶ Por não ser o objeto central deste trabalho, limitar-nos-emos a citar alguns dos direitos fundamentais de maior relevância nas ordens jurídicas dos Estados, sem esgotarmos o catálogo de direitos.

¹⁶⁷ Neste mesmo sentido MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. 4, 2012.

positivação jurídica dos direitos “naturais e inalienáveis do indivíduo”¹⁶⁸ em um instrumento jurídico dotado de supremacia formal e material dentro de um ordenamento jurídico estatal. Assim, os direitos fundamentais serão por nós estudados, em sua maior parte, enquanto direitos necessariamente consagrados neste documento formal e material: a Constituição.

A comunidade política deve ser organizada de forma que os seus instrumentos jurídicos consagrem os direitos fundamentais. Aliás, a proteção da dignidade da pessoa humana, que nos é tão estimada nos dias atuais, é o núcleo dos direitos fundamentais, e estes encontram na Constituição o local adequado para serem resguardados e/ou normatizados, justamente em função de sua máxima força vinculativa dentro do ordenamento jurídico, estando, pelo menos em tese, infensos aos desmandos de maiorias ocasionais que possam estar no exercício do poder estatal.

No entanto, se interpretarmos essa vertente exposta de forma limitada, podemos acabar por suprimir uma das classificações sobre direitos fundamentais de grande relevância e que justificam a existência deles muito para além de um documento constitucional, qual seja, a de direitos fundamentais sob o aspecto formal e material¹⁶⁹, ou melhor, neste último caso, se defende a existência destes direitos em instrumentos que não a Constituição.

Tentaremos, nas próximas linhas, demonstrar o quão relevante mostra-se compreendermos a definição de direito fundamental em sentido formal e material, bem como, a distinção entre as duas figuras. Não é sem razão que defendemos a existência de direitos fundamentais para além da Constituição, pois partindo-se deste pressuposto, o catálogo de direitos e liberdades se expandirá consideravelmente e poderemos estabelecer um mecanismo eficiente de proteção dos indivíduos em face de interesses estatais que possam se sobrepujar aos valores da pessoa humana.

Outra não é a definição exposta por Miranda¹⁷⁰, *ipsi literis*:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material - donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

¹⁶⁹ Essa classificação se assemelha a feita quanto aos sentidos possíveis da própria Constituição, esta, estudada sob o sentido material e formal.

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. 4, 2012, p. 09.

Prossegue Miranda¹⁷¹ descrevendo os direitos fundamentais em sentido formal, como sendo aqueles que gozam da proteção ligada ao simples fato de estarem contidas na Constituição, ou seja, pela posição jurídica de estar nela inserida, principalmente no que toca a sua garantia de constitucionalidade e revisão. Diante dessa assertiva, afirma que todos os direitos fundamentais em sentido formal serão também direitos fundamentais em sentido material, mas que estes últimos serão encontrados muito além daqueles.

O primeiro sentido proposto, direitos fundamentais sob o aspecto formal, apresenta-se com o significado de que basta que os mesmos sejam consagrados em uma estrutura formal constitucional para podermos atribuir-lhes a condição de direitos fundamentais. Nas palavras de Miranda¹⁷² “[...] deve ter-se por direito fundamental toda a posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental”, e prossegue o autor: “Participante, por via da Constituição formal, da própria Constituição material, tal posição jurídica subjetiva fica, só por estar inscrita na Constituição formal, dotada de proteção a esta ligada [...]. A doutrina acaba por classificar qualquer norma que tenha sido introduzida pelo poder soberano por um processo mais solene de elaboração (próprio do poder constituinte originário), como norma de natureza constitucional. Deu-se neste momento, uma supremacia formal a tais direitos independentemente do conteúdo neles contidos, acabando por ostentar a condição de normas infensas a contrariedade por instrumentos jurídicos infraconstitucionais, beneficiando-se de um processo de alteração, por parte do poder constituinte derivado reformador, mais dificultoso (ou de qualquer outra forma de modificação adotado por outros Estados).

Já para se atribuir a condição de direito fundamental em sentido material, leva-se em consideração o conteúdo que nela está inserido, independentemente do instrumento normativo que o consagre ou mesmo o processo como essa norma foi introduzida no ordenamento jurídico. Importa, neste caso, o conteúdo tratar de direito e liberdade fundamental independentemente de sua previsão na Constituição do Estado.

Essa classificação confunde-se com a própria definição de Constituição em sentido material, e segundo o que propõe Lenza¹⁷³:

[...] o que vai importar para definirmos se uma norma tem caráter constitucional ou não será o seu conteúdo, pouco importando a forma pela qual foi aquela norma introduzida no ordenamento jurídico. Assim, constitucional será aquela norma que

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. 4, 2012, pp. 10-11.

¹⁷² id., op. cit., p. 11.

¹⁷³ LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquemático*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

defina e trate das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc.).

O exemplo clássico comumente utilizado pela doutrina sobre essa espécie de Constituição é a inglesa que, além disso, comporta a designação de Constituição não escrita ou consuetudinária.

A par desta similitude de conceitos, devemos apreender e compreender que o nosso problema não está em identificarmos a Constituição em sentido material, mas sim os direitos fundamentais em sentido material, ou seja, neste momento, o objeto de que nos propusemos é menor do que o de Constituição em sentido material. Neste caso, poderemos estar diante de uma Constituição formal de determinado Estado, sem, contudo, inibirmos a existência de direitos fundamentais em sentido material mesmo fora desta Constituição, sendo que esse último conceito é muito mais amplo do que o primeiro. É essa a proposta da classificação explanada acima.

Aliás, abordar o conceito de direitos fundamentais sob o aspecto material, foi uma das preocupações explanadas por nós no início deste capítulo, pois, ao contrário, estaríamos limitando-os ao pequeno círculo daqueles que estão positivados nas Constituições dos Estados. Em consequência, admitir-se-ia que os regimes políticos estatais vigentes em diferentes épocas da história, determinariam a fundamentalidade ou não dos direitos do homem conforme seu exclusivo alvedrio¹⁷⁴.

Reitere-se que os direitos fundamentais em sentido material devem, obrigatoriamente, estar normatizados ou/e positivados, mesmo que não na Constituição, aliás, neste caso, estarão necessariamente além dela.

Não se cuida aqui, mesmo que a primeira vista tenhamos essa impressão, simplesmente daqueles direitos do homem cuja origem remonta ao direito natural e que independem de qualquer lei ou instrumento normativo para existirem. Para os partidários do direito natural, a explicação acerca da existência desses direitos repousaria no simples fato de se ostentar a condição humana.

¹⁷⁴ Neste mesmo sentido é o entendimento de Miranda quando afirma: “Admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo de determinado regime político, como tais definisse, seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político; e a experiência tanto da Europa dos anos 30 a 90 do século XX como doutros continentes, aí estaria a mostrar os perigos advenientes dessa maneira de ver as coisas”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. 4, 2012, p. 10-11.

Para os escolásticos e canonistas, qualquer ordem que não fosse baseada nos direitos naturais dos indivíduos não deveria ter força jurídica ou mesmo vigência, e além disso, deveria acabar por ser excluído em caso de contrariedade a esse direito natural¹⁷⁵. Trazendo essa fala para os dias atuais, não podemos negar que os direitos fundamentais, ao menos aqueles que apresentam um conteúdo ético superior, próprio da valoração e proteção à dignidade da pessoa humana, encontram no direito natural suas raízes. A par disso, representam verdadeiros “limites transcendentais do próprio poder constituinte material (originário) e como princípios axiológicos fundamentais¹⁷⁶. Entretanto, concordamos com o que afirma Miranda¹⁷⁷ quando aduz que desde a Declaração dos Direitos de Homem e do Cidadão (1789), até mesmo pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), vige um sentimento de que existem direitos que são do homem pelo simples fato de se “ser homem” e, o direito natural nos traz contribuições quando se trata de entendermos o que são direitos fundamentais entre os mais fundamentais dos direitos. No entanto, nem mesmo o direito natural, cuja tese repousa na existência de direitos do homem imanescentes, básicos, próprios do ser humano, derivados da natureza do homem e da natureza do Direito, existentes em qualquer época ou lugar, sem embargo da ausência de consagração legal, não é fator suficiente para que ele seja considerado direito fundamental em sentido material. Faz-se necessário a mínima positividade desses mesmos direitos.

A teoria *jusnaturalista*, para quem o acolha, apresenta seus contributos para a tarefa de identificar direitos derivados da natureza do homem, e que, a depender da conjuntura histórica, o regime político ou filosófico-ideológico dominante a certa época, poderá acabar por consagrar e positivizar, em maior ou menor medida, esses direitos naturais, já que nesses, repousam a ideia de respeito pela dignidade da pessoa humana. Quando tratamos da evolução dos direitos fundamentais, será inevitável a alusão à existência dos direitos naturais anteriores aos direitos fundamentais, pela simples razão de que os primeiros, à luz de uma teoria *jusnaturalista*, possuem uma carga axiológica muito grande, consagrando valores que transcendem a história e que necessariamente serão reconhecidos nos direitos fundamentais.

Neste ponto, pode ser que estejamos estabelecendo o ponto comum entre o direito natural e os direitos fundamentais em sentido material: o respeito à dignidade da

¹⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21 e ss.

¹⁷⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. 4, 2012, p. 15.

¹⁷⁷ id., *ibid.*, p. 15 e ss.

pessoa humana. Colaborando com o que se defende, Vieira de Andrade¹⁷⁸ proclama que a fundamentalidade dos direitos do homem reside na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A defesa do direito natural ou do direito fundamental em sentido material tem em comum a preocupação com a dignidade da pessoa humana, conforme já afirmado por nós anteriormente.

À primeira vista, a existência de direitos fundamentais em sentido material, pode parecer um tanto quanto abstrato, entretantes, podemos visualizar Constituições que a reconhecem expressamente, a exemplo das do Brasil e de Portugal. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente no parágrafo 2.º do art. 5.º da Constituição Federal que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O mesmo artigo apresenta também um dispositivo que permite que Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico pátrio sob o status de verdadeiras emendas constitucionais, desde que aprovadas por um quórum especial de 3/5 dos votos dos membros das casas legislativas, em cada uma delas com dois turnos de votação¹⁷⁹.

Por sua vez, a Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 16.º dispõe que: “1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional”¹⁸⁰.

Reconhecer os direitos fundamentais em sentido material representa também a afirmação de que as diversas Declarações, Cartas ou Convenções de caráter universal ou regional, tão importantes e numerosas nos séculos XX e XXI, têm a aptidão de obrigar os Estados signatários ao seu cumprimento, até mesmo ofertando a possibilidade dos indivíduos recorrerem a esferas jurisdicionais internacionais (ordem supranacional) em caso de violação ou contrariedade, ainda mais se a ele atribuir-se o status de liberdades públicas constitucionais, como se propõe a classificação exposta.

¹⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 80 e ss.

¹⁷⁹ Art. 5º

(...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁸⁰ Da mesma forma é a previsão da Constituição do México, no seu artigo 1.º, o qual transcrevo: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

Feitas as considerações sobre direitos fundamentais, tanto sob o aspecto formal quanto material, já nos sentimos aptos a tentar defini-los, mesmo que de forma bastante ampla. Desta feita, são direitos fundamentais aqueles previstos, em sua maior parte, mas não exclusivamente, nas Constituições dos Estados e que são dotados de uma carga axiológica muito grande, cujo objetivo maior volta-se à consagrar a dignidade da pessoa humana e a sua plena realização. Deixamos límpido que a Constituição não é o único instrumento que está apto a positivá-lo. Os direitos fundamentais, ou como prefere denominá-los Cristina Queiroz¹⁸¹, as liberdades públicas, têm como fonte, os direitos naturais. Mesmo que não se seja adepto de tal concepção, inegável é o apelo às ideias por eles pregadas de que o homem é um ser dotado de alguns direitos independentemente de sua positivação, ou melhor, que antecedem a própria existência do Estado.

Em um conceito bastante amplo, Bullos¹⁸² descreve os Direitos Fundamentais como:

[...] o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Ainda na tentativa de superar a dificuldade terminológica envolvendo este tema, sugere-se a utilização do termo “liberdades públicas em sentido amplo”, tendo em vista tratar-se de uma nomenclatura mais específica quando se trata de um conjunto de normas constitucionais que tem por objetivo limitar a atuação dos Poderes Públicos em uma dimensão civil (direitos da pessoa humana), em uma dimensão política (direitos de participação política em uma ordem democrática) e, por fim, em uma dimensão econômico-social (que representariam os direitos econômicos e sociais)¹⁸³.

Queiroz¹⁸⁴ descreve:

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, que não devem em primeira linha ser compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado. Devem antes ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e

¹⁸¹ Cristina Queiroz em sua obra *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 02 e ss.

¹⁸² BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 515.

¹⁸³ id., *ibid.*, p. 516.

¹⁸⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais*. 2 ed., Coimbra: editora Coimbra. 2010, p. 49.

legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclama, uma “cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, um concreto e objectivo “sistema de valores”

Perfaz-se, pelo que foi exposto, que a conceituação de direito fundamental não levará em consideração sua positivação em um documento constitucional, mas para além disso, refletirá sobre o seu conteúdo estar ou não representando o valor da dignidade da pessoa humana.

2.1.1 Da terminologia “direitos humanos” e “direitos fundamentais”

Outro grande problema acerca de direitos fundamentais reside na busca por um consenso em meio às diferentes terminologias e classificações a que se propõem os autores que tratam desse assunto. As tipologias são tantas e variadas quanto uma tela pintada com diferentes matizes (em termos exemplificativos: “direitos do homem”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos públicos” e “direitos humanos fundamentais”).

Através do título deste trabalho, conseguimos identificar, de antemão, a opção feita pela nomenclatura “direitos fundamentais”¹⁸⁵ e, como nosso intuito foi o de utilizar a tipologia considerada por nós a mais unificadora e constitucionalmente adequada, não dispensaremos um tratamento metuculoso ou ainda exaustivo quanto às outras designações, ao revés, limitar-nos-emos a colacionar a este estudo somente aquelas que julgamos ter maiores implicações no objeto principal do nosso tema, qual seja, uma justificação em torno das terminologias “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Partindo-se justamente da necessidade de uma maior compreensão acerca desta seara terminológica, nos valeremos dos ensinamentos de Ingo Sarlet, quanto à diferenciação das designações “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, sem contudo, nos afastarmos da ideia de que todas elas têm como objetivo maior a preeminência da pessoa e, talvez por esse motivo, em muitos momentos se acabe por utilizar as duas expressões como sinônimas, já que ao se tratar de “direitos humanos” ou de “direitos fundamentais”, o destinatário principal de suas prescrições será sempre o ser humano. Neste particular, reside o item de

¹⁸⁵ A Constituição Federal de 1988 utiliza a nomenclatura “direitos e garantias individuais” ao se referir ao título II, que por sua vez, abrange: no capítulo I - Direitos e garantias individuais, no capítulo II - Direitos sociais, no capítulo III - nacionalidade, no capítulo IV - direitos políticos, e por fim, no capítulo V - dos partidos políticos.

aproximação entre as duas figuras e, por que não dizer, a justificativa para o uso indistinto dos termos e, em que pese não ser a nossa opção, não pode ser considerada, de todo, equivocada.

Para Ingo Sarlet¹⁸⁶, o termo “direitos fundamentais” se aplicam àqueles direitos da pessoa humana reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, tendo sido delimitados espacial e temporalmente, enquanto que a utilização de “direitos humanos” serviria para indicar aqueles que guardam relação com os documentos de Direito Internacional, posto que, referem-se às posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, aspirando, portanto, uma validade universal de caráter supranacional (internacional). A diferença entre as designações ocorreria basicamente em “função do critério do seu plano de positivação”.

Em sentido próximo é o entendimento de Miranda¹⁸⁷, para quem o termo “direitos fundamentais” é utilizado desde a Constituição de *Weimar* (1919), tendo a partir de então se popularizado entre os Estados do mundo, que passaram a utilizar essa nomenclatura quando do enlace entre direito e Constituição, do aparecimento de direitos das pessoas coletivas e até de grupos despersonalizados. Quanto a “direitos do homem”, para o autor, o termo é utilizado pelo ramo do Direito Internacional, justamente para diferenciar-se em seu âmbito, o que é próprio do indivíduo, daquilo que diz respeito aos Estados ou entes internacionais, indicando para tanto, uma tentativa de alcançar-se um “mínimo ético universal”.

Nota-se que Miranda se valeu da nomenclatura “direitos do homem” no mesmo sentido referido anteriormente para “direitos humanos”, no entanto, precisamos fazer uma ressalva quanto às duas designações.

Cumpramos esclarecermos que a utilização da nomenclatura “direitos humanos” e “direitos do homem” foi por nós adotada, no contexto de nosso trabalho, como expressões que possuem diferentes conceitos e conteúdos, mesmo que sejam muito próximos. Partidários da teoria jusnaturalista, no que concordamos, acabam por preferir utilizar a nomenclatura “direitos do homem” para indicar a fase que precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional. Seria, como prefere nominar Ingo Sarlet¹⁸⁸, a fase “pré-histórica” dos direitos fundamentais. Assim, a existência de “direitos do homem” teria uma dimensão “pré-estatal”, cujo reconhecimento posterior através dos direitos humanos

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 29.

¹⁸⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. 4, 2012, p. 15 e ss.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 30-31.

(internacionais) e fundamentais (constitucionais) não poderá ser negada, a vista de serem considerados “[...] como aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana -, mas, neste caso, de direitos não positivados”.

Ao lermos a obra de Miranda¹⁸⁹, fica claro que mesmo o autor tendo utilizado a nomenclatura “direitos do homem” em sentido idêntico ao termo “direitos humanos”, admitiu existir perspectivas diferentes para o termo: primeiro, “direitos do homem” enquanto “direitos derivados da natureza do homem e que subsistam sem embargo de negação ou esquecimento da lei” e, segundo, “direitos do homem” sob a perspectiva internacional e que deve, necessariamente, ser positivado. Foi a esse último significado que se reportou Miranda quando descreveu a diferença entre “direitos fundamentais” e “direitos do homem”.

Gonet¹⁹⁰, sob uma perspectiva tendente a mesclar conceitos que para nós são distintos, afirma que a expressão “direitos humanos” ou “direitos do homem”, “é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular” e, prossegue o autor, neste ponto em particular, de confusão entre as duas figuras, explicando que o termo, por encerrar uma vocação universalista, seria também utilizado por documentos de Direito Internacional.

Neste ponto, precisamos fazer uma advertência envolvendo a figura do “direito natural”, posto que com “direitos fundamentais” não se confundem. “direito natural” pode ser considerado como aquele que subsiste simplesmente pelo simples fato de se ser homem, sem, contudo, ter passado por um processo de positivação - que pode ser entendido como “direitos do homem”. É inegável a influência que o “direito natural” teve para com os direitos fundamentais e direitos humanos, mas aqueles estariam em uma fase de pré positivação, servindo de inspiração para uma futura normatização, seja na órbita internacional (direitos humanos) ou interna/estatal (direitos fundamentais).

A diferenciação entre “direitos fundamentais” e “direitos do homem” utilizada por Vieira de Andrade¹⁹¹ envereda-se por outro caminho. Em primeiro plano, a própria nomenclatura eleita pelo autor é a de “direitos do homem”, para quem, são aqueles que encontram no ser humano de qualquer época, tempo e civilização a razão de sua existência, ou seja, são direitos que subsistem em todos os povos em qualquer conjuntura temporal ou

¹⁸⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. 4, 2012, p. 14 e ss.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278.

¹⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 21.

espaço territorial, sob a alcunha de direitos naturais, próprios da corrente jusnaturalista ou filosófica. Assim, ao menos sob certo aspecto, o autor acaba utilizando o termo “direitos do homem” com uma designação que mescla os direitos naturais (de matriz jusnaturalista), com a designação “direitos humanos” (concepção utilizada para designar o Direito Internacional).

Em face dessas constatações, os “direitos fundamentais” seriam uma espécie de revelação dos direitos naturais, portanto, esses últimos seriam anteriores àqueles, sendo inclusive a própria fonte da qual se vai beber quando há necessidade de maiores explicações quanto a “deficiências ou dificuldades na aplicação de normas positivas referentes aos direitos fundamentais”, já que nos direitos naturais residem a razão “fundamentante dos direitos individuais”¹⁹².

Por “direitos fundamentais”, entende o autor¹⁹³ tratar-se daqueles que foram consagrados por determinado ordenamento jurídico, em um Estado ou numa comunidade de Estados, em certo espaço territorial e temporal, demonstrando uma perspectiva estadual ou constitucional. Neste particular, não há grandes diferenças em relação ao que afirmamos anteriormente, ficando a inovação orquestrada para a subdivisão proposta nos termos seguintes: descreve que esses mesmos direitos fundamentais podem apresentar uma dimensão um pouco mais ampla que essa última, mas não tão generalizada a ponto de se confundir com a perspectiva *jus* naturalista. Trata-se do que chamou de perspectiva universalista ou internacionalista, sendo que, neste caso, as suas prescrições se referirão a certas pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou em grandes regiões do mundo.

Em termos muito semelhantes ao exposto por Vieira de Andrade, Gonet¹⁹⁴ entende ser a expressão direitos fundamentais:

[...] reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.

Neste contexto, considerando que há vários critérios que permitem diferenciar validamente as figuras em questão, assume relevo a ideia baseada em esferas distintas de positivação, assim, “direitos do homem” seriam aqueles que não foram ainda positivados (no

¹⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 21.

¹⁹³ id., *ibid.*, p. 17 e ss.

¹⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278.

sentido de direitos naturais), “direitos humanos” ostentariam a condição de direitos positivados na órbita internacional e, por fim, “direitos fundamentais” seriam aqueles que foram reconhecidos e protegidos pelo direito interno de cada Estado.

Reconhecer, por várias razões possíveis, a diferença entre as figuras em questão, não significa necessariamente que há uma separação entre as mesmas, pelo contrário, há um inter-relacionamento sentido desde o momento em que as Declarações internacionais inspiraram a formação das Constituições e que, irão se estreitando cada vez mais dentro da busca por maior grau de efetividade desses direitos e liberdades.

2.2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO

A palavra evolução dos direitos fundamentais traz consigo a noção de desenvolvimento e transformação, disso decorrendo a ideia de que nem sempre tais direitos apresentaram-se com as mesmas configurações dos dias atuais. Conforme o homem passa por um processo de maturação e crescimento, assim também acontece com o rol de direitos fundamentais e, ainda, cada sociedade acaba por positivizar ou assegurar aqueles direitos que, dado certo momento histórico, acabam considerando relevantes e aptos a atenderem as necessidades da população.

Com efeito, todo esse processo evolutivo englobou momentos em que avançamos de forma qualitativa e ascendente, mas também houveram alguns retrocessos, já que a consolidação dos direitos fundamentais depende diretamente da preocupação que determinada sociedade demonstra ter para com a concretude, a efetividade e a amplitude daqueles. Por esse motivo, o patamar de proteção dos direitos fundamentais que hoje alcançamos é muito diferente de outrora, haja vista a própria noção pretérita de que nem todas as pessoas seriam destinatárias de seus preceitos ou mesmo merecedoras do gozo igualitário de suas prescrições. Basta apreendermos que por muitos anos a sociedade foi escravagista e tal situação era posta e vivida com naturalidade por todos, ou ainda, que o gozo de direitos políticos, tal como o sufrágio, estava condicionado a certa condição financeira por parte de quem almejasse o seu exercício.

Além disso, não podemos afirmar que existiu ou mesmo existe uma coerência lógica e unânime no que toca ao rol de direitos fundamentais a ponto de os mesmos terem

sido consagrados há séculos e continuarem a serem pensados da mesma maneira. Alguns dos direitos que hoje consideramos fundamentais, como, por exemplo, a vedação à tortura, nem sempre foi visto com a mesma amplitude ou importância e, de igual maneira, o direito à propriedade, que séculos atrás era tido como um direito sagrado e absoluto, hoje, por exemplo, em nome de um interesse público, comporta relativizações.

A existência de sociedades dos mais variados modelos é outro fator determinante para que existam diferenças no que toca ao reconhecimento e à concretização dos direitos fundamentais. A noção de universalidade dos direitos fundamentais, que hoje entendemos como parte integrante do conceito que fazemos deles, é, dentre outros, elemento que foi sendo aprimorado ao longo do ciclo evolutivo dos direitos fundamentais.

Posto todos esses fatores, descrever com precisão qual foi a origem e a evolução histórica dos direitos fundamentais demarcando o momento em que tais direitos começaram a se apresentar como normas jurídicas obrigatórias, será uma tarefa hercúlea e, por todas as singularidades que o assunto encerra, não conseguiremos cumprir tal mister de forma linear, até por que, o próprio processo histórico dos direitos do homem não apresenta uma trajetória retilínea apta a ser descrita como se uma narrativa fosse. Deste modo, tentaremos destacar alguns momentos no que tange ao desenvolvimento dos direitos fundamentais ou liberdades públicas¹⁹⁵.

Partindo-se da premissa de que “a primeira função dos direitos fundamentais - sobretudo dos direitos, liberdades e garantias - é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)”¹⁹⁶, será impossível descortinarmos a evolução histórica dos direitos fundamentais sem mencionarmos o movimento que foi justamente marcado pela ideologia de limitação ao poder: o constitucionalismo, mas precisamente, o moderno. Este, desenvolvido a partir das Revoluções Americana e Francesa, é o momento em que o aparecimento dos direitos fundamentais se dá sob uma perspectiva estadual ou constitucional¹⁹⁷. Não foi sem razão que o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou que não haverá Constituição se não houver proteção aos direitos individuais.

¹⁹⁵ Nesse sentido, quanto ao termo liberdades públicas, Cristina Queiroz em sua obra *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 02 e ss.

¹⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407.

¹⁹⁷ Nomenclatura utilizada por ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

Conforme já afirmamos quando do estudo acerca do Constitucionalismo na Idade Antiga¹⁹⁸, verificou-se nesse período um mínimo de organização política e ordenação de poderes e, essa organização podia ser traduzida justamente pela existência das Constituições¹⁹⁹ dos Estados, sem significar, contudo, que nesses momentos houvesse o reconhecimento de direitos fundamentais nos moldes em que eles se consolidaram ou positivaram séculos mais tarde. Entretanto, é inegável que durante a Antiguidade, a religião e a filosofia influenciaram diretamente o pensamento *jusnaturalista* e este, por sua vez, influenciou o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais. Na filosofia clássica, especialmente a greco-romana, e no cristianismo, valores como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana encontram suas raízes. Da democracia ateniense retirou-se a noção de que o homem deveria ser livre e dotado de individualidade e, do Antigo Testamento, a ideia de que o homem é feito a imagem e semelhança de Deus, sendo justamente uma criação divina. Portanto, todos os homens são iguais em dignidade²⁰⁰.

Devemos fazer um parêntese quanto à influência exercida pela doutrina *jusnaturalista* no processo de reconhecimento dos direitos fundamentais do século XVIII, pois séculos antes, durante a Idade Média, alguns valores considerados “suprapositivos” acabaram por orientar, limitar e legitimar o exercício do poder. Destacou-se o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que professava a existência do direito natural (expressão da natureza racional do homem), e do direito positivo (que dava suporte para a existência de um direito, excepcional, de resistência da população diante da desobediência do direito natural por parte dos governantes), bem como, da igualdade dos homens perante Deus²⁰¹. Influenciado por esse pensador, o humanista Pico della Mirandola exortou que a personalidade humana teria um valor próprio e inato baseado na sua dignidade (que seria algo natural, inalienável e incondicionado)²⁰².

¹⁹⁸ Neste mesmo sentido Kildare Gonçalves quando afirma “Não existiram na Antiguidade grega e romana, não obstante a referência estoicista às idéias de dignidade e igualdade. A polis grega e a civitas romana absorviam o homem na sua dimensão individual, não se manifestando a liberdade como direito autônomo: livre era o cidadão que gozava de capacidade para se integrar no Estado, participando das decisões políticas. Mesmo nas Artes e na Religião, não se concebia o homem na sua individualidade, já que era absorvido pelo todo, como dimensão da comunidade política”. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 6. ed. Belo Horizonte: Delrey, 1999, p. 189.

¹⁹⁹ Cristina Queiroz explica a Constituição desse período como sendo “ ‘estatuto’ definidor da unidade e ordenação dos respectivos poderes”. QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra. 2010, p. 48.

²⁰⁰ Neste sentido, a lição de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 38.

²⁰¹ id., *ibid.*, p. 38.

²⁰² id., *ibid.*, p. 38.

Seguindo-se ainda por essa vertente de uma organização mínima dos Estados desde parcos séculos, portanto, com a existência de alguns direitos do homem, podemos mencionar que as primeiras declarações de direitos surgidas remontam as revoluções na Inglaterra, justamente na Idade Média, mas precisamente a *Petição de Direitos* (1628), da *Abolition of Star Chamber* (1641), do *Habeas Corpus Act* (1679) e à Declaração de Direitos (1689). Houve expressiva ampliação do reconhecimento das liberdades, tanto no seu conteúdo quanto à extensão da sua titularidade ao cidadão inglês.²⁰³ Entretanto, essas declarações demonstravam a relação tradicional existente entre os direitos dos governantes e as obrigações dos súditos, em razão da noção de que os direitos ou as liberdades não eram reconhecidos como existentes antes do poder do soberano, pois, mesmo havendo pactos entre os súditos e o soberano, os direitos deveriam ostentar a aparência de um ato unilateral deste último. Essa relação seria mais tarde invertida pelas cartas de direitos da América (1776) e da França (1789).²⁰⁴

Propositadamente deixamos de mencionar a Magna Carta Inglesa (1215)²⁰⁵, pelo fato da mesma apresentar um formato voltado para direitos de cunho estamental, cuja característica repousa no fato de tratar-se de privilégios que eram específicos para alguns pequenos grupos de pessoas “- porque o seu caráter era determinado pela concessão ou reconhecimento de liberdades-privilégios aos estamentos sociais (direitos e regalias da nobreza, liberdades e prerrogativas da igreja, liberdade e costumes municipais, direitos corporativos)”²⁰⁶ e que em consequência, alijava grande parte da população de seu gozo. Sua natureza assemelhava-se a um contrato entre o Rei e esses poucos membros de tais grupos privilegiados, traduzindo-se, portanto, em algo muito distinto do verdadeiro reconhecimento de direitos universais baseados na igualdade entre todos os homens. Reiteramos que a própria noção de direitos fundamentais, atualmente, carrega em seu bojo a necessidade de apresentarem-se em termos igualitários e universais.

²⁰³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 43.

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 93.

²⁰⁵ Em interessante narrativa sobre a diferença envolvendo cartas de franquias e forais e declarações de direitos, preceitua que “os forais, as cartas de franquia, continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média. Entre as declarações, de um lado, os forais ou cartas, de outro, a diferença fundamental estava em que as primeiras se destinavam ao homem, ao cidadão, em abstrato, enquanto as últimas se voltavam para determinadas categorias ou grupos particularizados de homens. Naquelas se reconheciam certos direitos a todos os homens por serem homens em razão de sua natureza; nestas, a alguns homens por serem de tal corporação ou pertencerem a tal valorosa cidade. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 316.

²⁰⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 22.

Foi ainda no século XVII, com as obras de Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, John Milton e Thomas Hobbes, que o direito natural inalienável do homem e a submissão dos governantes ao mesmo, ganhou projeção. Foi principalmente - apenas para citar uma das teorias mais influentes - Hobbes quem atribuiu ao homem a titularidade de alguns direitos naturais (válidos quando em estado da natureza).^{207 208}

Com John Locke (1632-1704), já no século XVIII, reconheceu-se que esses direitos naturais do homem (vida, propriedade e liberdade), cujos titulares seriam os cidadãos (e proprietários), seriam oponíveis aos detentores do poder (este, baseado no contrato social)²⁰⁹. Na lição de Ingo Sarlet²¹⁰, Locke aprimorou a teoria de que o homem teria o poder de organizar, de acordo com a sua vontade e razão, o Estado e a sociedade (concepção contratualista), e neste contexto, desenvolveu-se o constitucionalismo e o reconhecimento das liberdades dos indivíduos (limites ao poder estatal).

Nas palavras de Norberto Bobbio²¹¹, foi no pensamento de Kant, que se concluiu a primeira fase da história dos direitos do homem, já que a partir de então, surgiriam as primeiras Declarações de Direitos não mais enunciadas por filósofos, mas sim, por detentores do poder de governo. Para Kant, a liberdade era o único direito do homem natural, e todos os demais direitos, incluído o direito à igualdade, nele estaria compreendido.

Com efeito, até então, as teorias ou declarações que tratavam de direitos fundamentais tinham um viés muito mais ideológico e filosófico do que efetivamente um caráter imperativo cuja proteção poderia ser reclamada através de uma tutela jurisdicional,²¹² ou ainda, que fossem dotados de grande efetividade.

De tal sorte, o cenário começou a apresentar mudanças com as teorias contratuais dos séculos XVII e XVIII, que foram determinantes para elevar a condição do homem como o ser que estaria acima do Estado, submetendo as autoridades públicas a esta perspectiva, justamente porque, alguns direitos seriam anteriores ao próprio Estado por

²⁰⁷ Neste sentido BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 74, para quem: “A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual - para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado - partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas”.

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 39-40.

²⁰⁹ id., *ibid.*, pp. 39-40.

²¹⁰ id., *ibid.*, pp. 40-41.

²¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 74-75.

²¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 266.

derivarem de sua natureza humana, e a defesa deles lhe emprestaria legitimidade. O Estado seria um ente vocacionado a garantir os direitos básicos da pessoa humana²¹³.

Essa Constituição, antes voltada para uma organização mínima comunitária (durante a antiguidade), quiçá de cunho escravagista, começou a apresentar nova conformação no período moderno, transformando-se na “ordem jurídica fundamental do Estado”, sendo reflexo do que se convencionou como conceito racional de Constituição, ou melhor, tornou-se a “base e fundamento do governo” passando a determinar toda a atividade pública-estadual²¹⁴. Foi neste momento que se constituíram as declarações de direitos fundamentais que, no futuro, serviriam de modelos para quase todos os Estados do mundo e que, para além disso, começaram a esboçar uma preocupação universalista. Partimos para uma fase de constitucionalização ou estadualização desses mesmos direitos.

A primeira declaração estatal de direitos da Idade Moderna (século XVIII), e que vem ao encontro da perspectiva acabada de demonstrar, é *Virginia Bill of Right* de 12 de junho de 1776²¹⁵, no que foi sucedida pela *Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen* de 26 de agosto de 1789. As duas declarações tem em comum uma preocupação com a positivação dos direitos tidos como inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis de todos os homens, ou seja, direitos naturais inerentes à pessoa humana, dando-lhes o caráter de normas jurídicas obrigatórias, cuja violação não ficaria infensa ao amparo judicial. Nisto reside a diferença em relação às declarações até então existentes. Ambas marcam o momento em que os direitos inerentes aos homens passam a ter um caráter universal (que ultrapassou a ideia de direitos meramente estamentais) e imperativo, abrindo-se a possibilidade de, diante de sua contrariedade ou violação, se buscar a tutela jurisdicional.

Para além disso, o conceito subjacente à *Bill of Right* da Virgínia é de que a partir de então, os direitos fundamentais estariam vinculados à Constituição, como “proêmio” de seu texto, ou se fora dela, sob a forma de verdadeiras “declarações”.²¹⁶ Assim, a Declaração da Virgínia acabou por reconhecer direitos que já haviam sido anteriormente previstos nas antecessoras inglesas do século XVII, com a diferença de que esses passaram a

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 266.

²¹⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 47 e ss.

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 43. “A declaração da Virgínia acabou servindo de inspiração para as demais Declarações das ex-colônias inglesas na América, tais como as da Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte (igualmente de 1776), bom como as de Massachussetts (1780) e de New Hampshire (1784), acabando por refletir na incorporação dos direitos fundamentais à Constituição de 1787 por meio das emendas de 1791”.

²¹⁶ QUEIROZ, Cristina. op. cit., p. 48.

guardar a característica da universalidade e supremacia dos direitos naturais, que foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais²¹⁷. Com a incorporação de uma declaração de direitos à Constituição Americana em 1791, o *status* constitucional da supremacia normativa fora finalmente alcançado, justamente com a afirmação da justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle de constitucionalidade²¹⁸.

O que se afirmou quanto à preocupação de positivar-se “direitos inerentes à pessoa humana” pode ser verificado no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²¹⁹: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, ainda no seu art. 4º quando preceitua: “[...] o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”. Na *Bill of Rights* de Virgínia²²⁰ encontramos prescrição semelhante quando afirma que: “Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade”.

Gonet²²¹ ao referir-se a este momento em que o homem passa a ter projeção sobre o Estado preleciona:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Dentro de um contexto evolucionista dos direitos fundamentais não podemos deixar de mencionar que a *Bill of Rights* de Virgínia faz parte de um movimento muito maior que foi a independência dos Estados Unidos da América, ligado, portanto, à própria Revolução americana ensejadora de sua Constituição em 1787. Essa última representa importante paradigma quanto ao surgimento de direitos civis e políticos e que, por isso, está também listada como marco inicial da positivação dos direitos fundamentais. De igual maneira, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), possui ligação com a

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 43.

²¹⁸ id., *ibid.*, p. 43.

²¹⁹ A transcrição da declaração foi extraída do anexo da obra de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011., p. 193 e ss.

²²⁰ A transcrição da declaração foi extraída do anexo da obra de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011., p. 193 e ss.

²²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267.

Revolução Francesa, pois foi em meio aos seus acontecimentos que a mesma fora tecida. Assim, dentro desse contexto, as Revoluções americana e francesa acabam sendo apontadas como marco decisivo da origem dos direitos fundamentais geracionais.

O lema revolucionário francês do século XVIII - liberdade, igualdade e fraternidade - imprimiu sua marca na sequência histórica revolucionária de institucionalização dos direitos fundamentais à medida que tais valores cardeais foram sendo contemplados nos ordenamentos jurídicos de forma gradativa, conforme se convencionou designar por direitos de primeira, segunda e terceira gerações (ou dimensões)²²².

Alguns autores proclamam a existência de outras gerações de direitos além dessas três supramencionadas, ao revés, há quem defenda, que a raiz comum dos direitos fundamentais estaria naquelas três primeiras gerações apontadas, sendo que os direitos que surgem após seriam tão somente uma variação delas, decorrendo do processo evolutivo natural dos direitos fundamentais.

Em rigor, quando do surgimento dos direitos fundamentais, houve um fenômeno de descoberta de sua fórmula de generalização e universalização. No entanto, faltavam mecanismos para, nos ordenamentos jurídicos positivos, inserirem-se os conteúdos materiais referentes àqueles postulados da liberdade, igualdade e fraternidade. A universalidade, doravante abstrata, própria do jusnaturalismo do século XVIII, deveria agora ser substituída pela universalidade material e concreta e, isso só foi possível, através de um lento processo de evolução dos direitos fundamentais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) foi considerada um marco neste ponto em particular, posto que as suas prescrições destinavam-se ao gênero humano, ao contrário das declarações anteriores que se prestavam, de forma bastante restritiva, à certa classe, categoria, sociedade ou comunidade limitada²²³. Outro contributo que deve ser igualmente mencionado, foi o fato de se ter retirado os direitos fundamentais do plano ideológico e filosófico à medida que se deu especial relevância a sua concretização ou efetividade.

No entanto, em que pese, com a Declaração Francesa, termos tido um avanço significativo no que tange à universalização e concretização dos direitos fundamentais, pois passamos da “teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado”²²⁴, o caminho para uma real universalidade, só seria alcançado em termos mais amplos com a

²²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562.

²²³ id., *ibid.*, pp. 562-563.

²²⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pois nesta, alguns valores universais foram efetivamente partilhados por “toda a humanidade”²²⁵.

Bobbio²²⁶ faz importante digressão acerca dessa Declaração:

[...] a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

A característica da universalidade, tão cara aos direitos fundamentais, também foi objeto de um processo de evolução crescente e, neste particular, não podemos sequer tentar retirar o mérito da Declaração Francesa de 1789. Concordamos com Norberto Bobbio quando afirma que num primeiro momento, a universalidade estava adstrita a um plano abstrato (próprio do jusnaturalismo), evoluindo para o direito positivo - para além dos direitos meramente estamentais -, e, em momento futuro, mas especificamente com a Declaração Universal, alcançando uma universalidade ampla, própria dos direitos ao qual atribuímos o adjetivo de fundamental.

²²⁵ Neste sentido Norberto Bobbio, quando afirma “Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é - pela primeira vez na história - universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (Os valores de que foram portadoras as religiões e as Igrejas, até mesmo a mais universal das religiões, a cristã, envolveram de fato, isto é, historicamente, até hoje, apenas uma parte da humanidade.) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26-27.

²²⁶ id., *ibid.*, p. 28.

Veremos em sumária abordagem histórica nos próximos tópicos, como todo esse processo evolutivo foi sendo consolidado, enfocando o surgimento dos direitos fundamentais no Estado constitucional de matriz americana e europeia, sem perder de vista que o processo evolutivo depende da absorção dos valores da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana no direito positivo.

2.2.1 Direitos fundamentais de primeira geração

Durante o período do constitucionalismo moderno, surgem os direitos de primeira geração ou dimensão²²⁷. Estes seriam normas impeditivas da ingerência do poder público sobre os indivíduos, constituindo uma espécie de competência negativa, um “*non facere*” por parte deste mesmo Estado soberano. O traço marcante desta fase inaugural dos direitos fundamentais é a exigência de uma postura absenteísta ou não intervencionista dos poderes públicos, bem como, o caráter individualista de seus preceitos.

Em verdade, tratava-se da garantia da liberdade dos cidadãos através da imposição de limites à atuação estatal sob os particulares constituindo verdadeiros limites à ingerência deste Estado sobre os cidadãos, constituindo os nominados direitos de defesa.

O princípio ao qual somos imediatamente remetidos ao tratarmos dos direitos de primeira geração é justamente o da liberdade, cuja materialização pode ser vista na especial proteção que se deu à época à liberdade de consciência, à inviolabilidade de domicílio, ao direito de propriedade, à liberdade de culto e de reunião. Segundo Gonet²²⁸ “A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhes fossem colidentes”.

Conforme expõe Bonavides²²⁹:

²²⁷ “A doutrina, dentre vários critérios, costuma classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, lembrando a preferência da doutrina mais atual sobre a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais no sentido de que uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, a expressão se mostraria mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária”. LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 958.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267.

²²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563-564.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

É importante referirmos que os direitos de primeira geração exercem função de direitos de defesa sob o aspecto de uma liberdade negativa, basta rememorarmos o que a pouco se falou: “é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado”²³⁰. Sob essa perspectiva, o homem é um ser que tem personalidade e que detém um espaço de ação livre de intromissão do Estado, podendo exigir desse, uma omissão ou uma abstenção no que toca aos assuntos que dizem respeito ao seu âmbito de determinação pessoal, que é a sua vida privada.

Este direito de defesa pode ser associado à classificação proposta por Jellinek quando trata do “status negativo”, justamente por propor que os Poderes Públicos encontrem na liberdade de autodeterminação do indivíduo os seus limites. Segundo Queiroz²³¹, em análise a essa classificação, esse status pode ser compreendido como “‘direitos’ a acções negativas face ao Estado, acompanhadas de uma pretensão de ‘reconhecimento’”.

Por outro lado, os direitos políticos também estão presentes na sociedade liberal da época, cujo conteúdo garantia o direito de participação do indivíduo na vida política do Estado. Por tal razão, a ideia democrática também foi considerada um dos componentes das teorias liberais²³².

Durante a fase das Revoluções Liberais, as liberdades e garantias tradicionais (direitos de defesa) foram predominantes, mas o seu âmbito foi alargado pelo processo de afirmação democrática, haja vista que, a liberdade de associação e a liberdade religiosa, principalmente das minorias, ganharam novo vigor “à medida que se esbatem as diferenças de poder”²³³. Para Vieira de Andrade²³⁴ “A luta contra a discriminação e o arbítrio generaliza-se e o princípio da igualdade impõe-se como princípio geral regulador de toda a matéria dos direitos fundamentais”.

²³⁰ CANOTILHO, J J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407.

²³¹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra. 2010, p. 55.

²³² Naquela época, o direito de voto encontra sua origem, conforme a previsão expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, no entanto, cabia o seu exercício tão-somente aos cidadãos ativos (o sufrágio era capacitário e censitário). Naquele momento, algumas pessoas plenamente capazes não poderiam se valer de tal direito, a exemplo da mulheres.

²³³ Neste sentido ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 54 e ss.

²³⁴ id., *ibid.*, p. 54 e ss.

A par disso, as liberdades tornam-se mais diversificadas pelo apoio engendrado pela estrutura democrática (forma-se uma interdependência teórica e prática entre liberdade e democracia), fazendo-se com que algumas liberdades, tais como a de informação, de expressão e de manifestação, tornem-se direitos do “homem-massa, valorizando-se relativamente às liberdades de opinião e de reunião típicas do homem liberal”²³⁵.

Ressalte-se que mais à frente, utilizamos o termo “exercem a função de direitos de defesa” no tempo presente, pois não podemos negar que essa continua sendo uma das atribuições precípua, mas já não a única, dos direitos fundamentais.

Mas o que deve ficar claro é que nos dias atuais essa mesma função apresenta uma noção de complementariedade que não estava presente nos seus primórdios: o da liberdade positiva, o qual será exposta dentro do próximo item.

2.2.2 Direitos fundamentais de segunda geração

Conforme já descrito, os direitos de primeira geração preocupavam-se com as liberdades individualmente consideradas e, no Estado de Direito Liberal no qual foram as mesmas positivadas, não havia espaço para questões voltadas às desigualdades sociais. Cabia, ao Estado, a garantia da livre troca e da proteção da propriedade privada contra ameaças ou agressões externas e, ao indivíduo, tomar providências tendentes ao acesso e gozo de bens sociais, econômicos e culturais, segundo seu próprio esforço, sob a égide das leis do mercado²³⁶. Naquele momento, o cidadão burguês dispunha de meios para prover os direitos sociais de que necessitasse, bastando que o Estado adotasse a postura de proteger, enquanto direito fundamental, as liberdades desses mesmos cidadãos. No momento em que o constitucionalismo moderno aflora com suas primeiras consequências, a fundamentalidade dos direitos fica adstrita à proteção da liberdade e propriedade. Não que os direitos sociais não fossem importantes ou necessários, pelo contrário, o eram, no entanto, para se adotar uma postura de corresponsabilidade do Estado pelo acesso aos bens sociais e econômicos seria

²³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 55 e ss.

²³⁶ NOVAES, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 67.

necessário um redistribuição de riquezas que a sociedade burguesa da época não estava disposta a tolerar²³⁷.

Nas desigualdades sociais surgidas no primeiro pós-guerra reside o nascedouro dos direitos de segunda geração, justamente, como uma resposta aos reclames da sociedade que passa, a partir do século XX, a exigir do Estado certas prestações materiais tendentes a minimizar o quadro que se formara pela ausência que antes fora desejada pela própria sociedade.

O grande paradoxo dos direitos sociais, que são os denominados direitos de segunda geração, está nos problemas estruturais surgidos como consequência da defesa dos direitos de liberdade dos indivíduos durante a formação dos direitos de primeira geração, pois o ideal abstencionista do poder público foi almejado e, uma vez conquistado, acabou por ser um dos responsáveis pela omissão do Estado no que tange a um mínimo prestacional.

A perspectiva de contrariedade ao “*non facere*” do Estado liberal, também se concretizou em razão dos problemas estruturais decorrentes da Revolução Industrial (ocorrida no século XVIII e principalmente século XIX). Essa foi a responsável pelo início dos movimentos reivindicatórios de cunho trabalhista e previdenciário, posto que do ponto de vista social, a referida revolução propiciou uma concentração proletária na sociedade europeia e norte-americana em torno das grandes cidades industrializadas, gerando em consequência, movimentos de trabalhadores tendentes a pressionar o Estado a intervir normativamente em prol deles, para se estabelecerem melhores condições de trabalho (movimento operário). Este contexto histórico-social de exploração exacerbada da mão-de-obra pelo capital e de surgimento de grupos de trabalhadores organizados coletivamente, culminou no surgimento das primeiras normas de cunho trabalhista, o que mais tarde seria o primeiro passo para o alargamento dos direitos sociais como fundamentais.

Podemos ainda acrescentar outros fatores igualmente relevantes para o surgimento de um “Estado social”, tais como o “Manifesto Comunista” de Marx e Engels (1848), a encíclica católica *Rerum Novarum* (1891) e a primeira grande guerra com todos os seus desdobramentos, bem como, as profundas críticas filosóficas e doutrinárias ao modelo liberal burguês²³⁸.

Foi nesse período de primeira pós-guerra que surgiu a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de *Weimar* de 1919, responsáveis pelo fenômeno da

²³⁷ NOVAES, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 67.

²³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 93.

constitucionalização dos direitos trabalhistas, pois ambas foram pioneiras em inserirem em seus textos normas de cunho laboral, dando assim aos direitos sociais o adjetivo de direitos fundamentais.

Em importante digressão sobre os fatores responsáveis pelo acolhimento dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, Novaes²³⁹ ensina que:

No constitucionalismo do primeiro pós-guerra, as concepções de direitos fundamentais, desde logo no plano da respectiva identificação, alteram-se radicalmente como consequência do extraordinário alargamento do conceito de cidadania, da perda de controlo de cada cidadão sobre o seu domínio vital, da alteração do sentido de dignidade da pessoa humana e das novas concepções sobre as funções do Estado, pelo que, estimuladas até pelo desafio da crítica marxista à concepção burguesa dos direitos do homem e pela emulação consequente com o constitucionalismo soviético, algumas Constituições de Estado social então emergentes passam, correspondendo às mudanças estruturais na relação sociedade/Estado, a acolher os direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais.

Os direitos de segunda geração tem como princípio orientador a igualdade, pois visam o reconhecimento de algumas prestações sociais que tendem a garantir um mínimo existencial a toda sociedade propiciando assim, ou melhor, tentando propiciar, uma igualdade material, quais sejam: assistência social, trabalho, saúde, educação etc., e para além disso, direitos fundamentais trabalhistas, tais como garantia de uma salário mínimo, direito a repouso semanal e férias, limites à duração da jornada etc., que visam tentar equilibrar o relacionamento desigual entre capital e trabalho. Neste contexto, também prosperaram as liberdades sociais - direitos de greve e de sindicalização, esses últimos, desempenhando o papel de importante instrumento de reivindicação daqueles direitos sociais.

Segundo Canotilho²⁴⁰, desenvolveu-se aqui uma noção de complementariedade da liberdade negativa dos direitos de primeira dimensão, ou seja, nasceu uma liberdade positiva que, em último aspecto, foi fruto da necessidade de um Estado que, ao mesmo tempo em que se via compelido ao respeito pelas liberdades dos particulares, tinha a obrigação de ser o provedor ou garantidor de algumas prestações de cunho econômico, social e cultural. É o aspecto sob o qual formou-se uma “obrigação de fazer” dos poderes públicos, retirando-o da letargia que se viu no início do constitucionalismo moderno e que foi reproduzido por declarações de direitos surgidas naquela época.

²³⁹ NOVAES, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 69.

²⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003.

O século XX marca o momento em que as atenções voltam-se para a normatização dos direitos de cunho social, ao contrário de períodos anteriores marcado pela ausência de preocupação do Estado no que tange a esses direitos, no entanto, em seu início, esse processo de constitucionalização ao lado dos clássicos direitos de liberdade, assumia tão-somente “[...] uma natureza essencialmente proclamatória, programática ou meramente sinalizante de um compromisso político e de aspirações sociais que remetiam para posterior e decisiva actividade do legislador ordinário”²⁴¹.

Conforme anota Bonavides²⁴², os direitos sociais passaram, nos seus primórdios, por um momento de baixa normatividade, refletindo-se muito mais como formulações especulativas de cunho ideológico-filosófico do que de normas dotadas de verdadeira efetividade. Isso se deu em função da própria características de tais direitos, que é a exigência de prestações materiais do Estado, que dependem de recursos e meios para serem implementadas. Passado a fase de “baixa juridicidade”, seguiu-se o momento em que tais direitos sociais começaram a ser tratados como normas programáticas, portanto, também carentes de concretude. A situação começa a apresentar novo prospecto com a previsão nas Constituições, inclusive a do Brasil, de preceitos que impõem uma aplicabilidade imediata, efetividade e justiciabilidade aos direitos fundamentais²⁴³. A Constituição, no segundo pós-guerra, demonstrou sua força normativa, pois os direitos fundamentais, neles incluídos os direitos sociais, passaram a ser direitos justiciáveis, uma vez que previstos em norma de caráter supremo, formal e materialmente²⁴⁴.

O rol de direitos sociais expresso na Carta Constitucional brasileira é bastante extenso e minucioso (a título de exemplo, o artigo 7º da CF tem 34 incisos), denotando uma clara postura de prestígio e de preocupação com a garantia de um patamar mínimo civilizatório, também denominado de mínimo existencial.

A proclamação dos direitos sociais reflete o amadurecimento da sociedade que percebe que o bem estar somente será atingido se houver uma busca por uma igualdade material e, para além disso, uma “liberdade através ou por meio do Estado”²⁴⁵.

²⁴¹ NOVAES, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 70.

²⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 564.

²⁴³ Art. 5º

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁴⁴ NOVAES, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 67, pp. 70-71.

²⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.29.

2.2.3 Direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos de terceira geração consolidam-se no fim do século XX e representam uma preocupação com direitos fundamentais para muito além dos princípios da liberdade e igualdade. Trata-se de tentar cristalizar direitos sob a dimensão da fraternidade, ou como prefere nominar Lenza²⁴⁶, sob a dimensão da solidariedade. Tal situação será visualizada em função de se ter como destinatários dos direitos de terceira geração o gênero humano e não uma coletividade, grupo ou mesmo o indivíduo singularmente considerado. A preocupação volta-se ao homem enquanto ser que está inserido em um mundo que, nas últimas décadas, passou por imensas transformações tecnológicas, científicas, econômicas e sociais e que, em consequência disso, acabou gerando novas necessidades, problemas e preocupações. Ultrapassa-se a dimensão pessoal dos indivíduos para se criarem direitos dotados de grande parcela de “humanismo e universalidade”²⁴⁷, tutelando-se com isso, direitos denominados transindividuais, de titularidade coletiva, quase sempre indefinida ou indeterminável.

Diferenciam-se dos direitos de segunda geração, pois esses guardam entre os seus fins a ideia de realização de justiça social, tendo por destinatários pessoas individualmente consideradas, ao revés, os direitos de terceira geração, em que pese terem um cunho social muito grande, como aliás é próprio de qualquer ramo do direito, encontram como destinatário o ser humano (gênero), portanto, tem uma dimensão muito mais ampla, exigindo para sua efetivação, esforços e responsabilidades, até mesmo, em escala mundial.

Os direitos de terceira geração podem ser listados como aqueles referentes ao direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento do indivíduo e do Estado, ao patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Uma última ressalva deve ser feita, e diz respeito a sua positivação, haja vista que os direitos de terceira geração ainda não foram suficientemente consagrados pelas

²⁴⁶ LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 960. Este termo é também utilizado por Etienne-R. Mbaya, cuja manuscrito inédito foi referido por Paulo Bonavides. p.570. Neste mesmo sentido SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 43.

²⁴⁷ LENZA, Pedro. op. cit., p. 960.

Constituições dos Estados, encontrando nos documentos transnacionais e tratados internacionais grande parte de seu reconhecimento²⁴⁸.

2.2.4 Direitos fundamentais de quarta geração ²⁴⁹

Os direitos de quarta geração seriam aqueles surgidos em meio ao neoliberalismo, cuja característica repousaria na ideia de “globalização política”²⁵⁰. Na perspectiva de Norberto Bobbio²⁵¹, no que é seguido por Lenza²⁵², os direitos de quarta geração estariam ligados aos avanços no campo das pesquisas biológicas, cujo objetivo seria o de limitar e minimizar os efeitos traumáticos da manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo.

Não existe homogeneidade no tratamento das diversas gerações de direitos, o que nos impede de compreendermos ou classificarmos, adequada e unanimemente, os direitos situados além da terceira geração. Contudo, há que se referir a notável posição de Bonavides²⁵³, na qual nos filiamos, quanto à existência de uma quarta geração de direitos, para quem, seriam o direito à democracia (direta), o direito ao pluralismo e o direito à informação, sendo que os mesmos corresponderiam a uma fase de institucionalização do Estado social.

Conforme pondera Ingo Sarlet²⁵⁴, os direitos de quarta geração ainda são carecedores de reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, em seu atual estágio, de uma esperança de um mundo melhor para o futuro da humanidade. Esperamos sinceramente que esse quadro, em um momento próximo, seja outro.

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. op., cit., p. 48.

²⁴⁹ No presente momento optamos por fazermos as considerações até os direitos de quarta geração, pois não existe unanimidade acerca da natureza jurídica dos mesmos, nem tampouco, uma literatura vasta e homogênea sobre o assunto. Para alguns autores, os direitos de quarta ou mesmo de uma quinta geração, seriam tão somente um desdobramento dos direitos fundamentais das três gerações anteriores que passaram por um processo evolutivo, sendo apenas uma variação daqueles, inexistindo portanto, novas gerações de direitos além daquelas já elucidadas. Para outros, no entanto, parte-se da premissa de que o desenvolvimento natural da espécie humana faz com que surjam novas necessidades acarretando o surgimento de novas e novas gerações de direitos, entendimento ao qual nos filiamos.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

²⁵¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.07.

²⁵² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. [s. d], p. 960 e ss.

²⁵³ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 571.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 51.

Em importante manifestação acerca da existência das clássicas gerações de direitos, o Supremo Tribunal Federal²⁵⁵, em voto da lavra do ministro Celso de Mello, proclamou que:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civil e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Deixando de lado a controvérsia sobre a existência de uma quarta ou mesmo, quinta geração de direitos, o importante é percebermos que houve um longo processo de maturação, consagração, positivação e até mesmo de compreensão do alcance e importância dos direitos fundamentais, fruto de reivindicações concretas decorrentes de momento de injustiças, desigualdades e agressões a bens essenciais do ser humano. Como leciona Norberto Bobbio²⁵⁶ “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

Esse processo foi marcado por momentos de avanços, mas não sem ter sido entrecortado por retrocessos. Superamos a fase em que as declarações de direitos ostentavam apenas e tão somente um caráter ideológico e filosófico. Avançamos também em relação aos direitos sociais, ultrapassando o estigma de que os mesmos seriam apenas normas programáticas, tentando alcançar uma justiça social. Demos as nossas Constituições o poder normativo necessário para que houvesse a conformação da realidade segundo os seus preceitos, para por fim, mesmo diante de direitos que são mutáveis e materialmente abertos, sempre mantermos a permanente atualidade de sua essência: a igualdade, a liberdade e o respeito a dignidade humana.

²⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, MS 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 17-11-1995, p. 39206.

²⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

Um breve estudo sobre o desenvolvimento dos direitos fundamentais ao longo da história, faz com que tenhamos a impressão de que chegamos a um momento de ápice do reconhecimento a tais direitos e que, depois de um tortuoso processo de reconhecimento, os mesmos estariam infensos ou imunes a novos retrocessos, principalmente por que as Constituições ocidentais verbalizam da dignidade da pessoa humana a princípio fundante dos Estados de Direito. Mas a realidade da sociedade atual é que temos visto que a Constituição, que é o instrumento com qual fazemos a ligação necessária quando se trata da proteção das liberdades, já não ostenta os mesmos designativos de tempos atrás. Vemos dissonâncias e incertezas jurídicas quando o assunto é a maior efetividade dos direitos fundamentais, que por vezes, acaba se tornando um objetivo distante. Por que a proteção aos direitos fundamentais pode se mostrar tão diferente se o ser humano é igual em qualquer parte do mundo? Por que não tentarmos estabelecer um mesmo discurso sobre direitos fundamentais? É isso que o transconstitucionalismo tentará nos propor, essa adequação aos novos tempos e às novas perspectivas da sociedade moderna globalizada.

3 SUPLANTAMOS O CONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUIÇÃO?

Para respondermos a esta indagação, foi necessário compreendermos, conforme proposto nas linhas pretéritas, a exata localização histórica do constitucionalismo e a precisa conceituação semântica da Constituição. Puxamos um fio de novelo que, na nossa ilustração, metaforicamente, desempenha o papel da Constituição. A ponta foi justamente o início do movimento do constitucionalismo. Percorreremos toda sua extensão, que representa o período de fortalecimento da mesma, reconhecendo as fases de consolidação dos direitos fundamentais (que se iniciam com os denominados de 1ª geração e que até os dias atuais não param de se desenvolver) e concluímos o seu desenrolar no momento de crise do constitucionalismo. A partir de então, surgem os questionamentos sobre o que restou da importância e das reais funções da Constituição, bem como, se o constitucionalismo moderno encontrou seu derradeiro final.

Precisamos saber como a Constituição se portará diante das novas possibilidades da sociedade moderna para, então estarmos aptos a arriscar uma resposta ao que se questiona.

O constitucionalismo moderno acabou também por desenvolver as premissas, no plano internacional, da soberania dos Estados como à concebemos por várias décadas, onde esta seria a responsável pela horizontalidade/igualdade das relações estabelecidas entre os entes e, no plano interno, pelo exercício das competências legislativas, executivas e judiciárias, organizadas por um instrumento normativo central, justamente a Constituição, em torno do qual gravitaria e dependeria, toda a ordem normativa, que dela retiraria seu fundamento de validade. Percebe-se, neste período, uma predileção pela teoria piramidal Kelseniana quanto à organização hierárquica constitucional interna elevada em suas últimas consequências, bem como, à tradicional associação Constituição-Estado a qual nos referimos em nossos estudos em tempos pretéritos.

Outro elemento percebido durante o constitucionalismo foi a ideia de que os problemas estatais (principalmente os que diziam respeito às liberdades fundamentais), portanto, aqueles que se davam dentro de um território espacial delimitado, encontrariam na Constituição do Estado - no seu direito interno - a única e mais adequada solução. Contudo, a evolução da sociedade moderna trouxe consigo conflitos que extrapolam, em muito, aquele âmbito restrito estatal territorial. Diante desse cenário, floresceu a necessidade de uma

univossidade sobre as decisões que envolvessem tais assuntos, para que se possa começar a desenvolver um patamar mínimo de garantia dos direitos fundamentais em qualquer espaço do globo terrestre.

Esta associação de problema-solução que se fez com a Constituição, acabou por transformá-la em uma “atriz constitucional” que desempenhava um papel principal em torno do qual gravitava todas as questões que envolvessem os indivíduos desse Estado.

Assim, à medida que a importância da Constituição nas diversas ordens jurídicas mundiais foi ganhando contornos mais decisivos, ocorreu o fenômeno da associação inapropriada da sua terminologia a qualquer “instrumento” que almejasse “ser grandioso” e que se propusesse a ser o remédio para quase todos os males surgidos no seio da sociedade. Neste momento passamos a lidar com a banalização do termo Constituição, que se viu associado à situações que nem de longe assemelhavam-se a seu real significado ou desempenhassem suas funções precípuas. Esse foi um dos elementos que, segundo o que afirmamos em linhas pretéritas, também contribuíram para a crise do constitucionalismo.

Outro aspecto que também deve ser associado a esta crise, é de que a Constituição não consegue, *de per si*, dar condições suficientes para uma completa efetividade dos direitos fundamentais. Começamos pela própria noção de que os nacionais, que são as pessoas que mantêm com o Estado um vínculo jurídico-político, ou encontram neste *status* a condição determinante para ser um indivíduo destinatário ou não, da proteção dispensada aos seus direitos por parte deste mesmo Estado. Como conseguiríamos adequar esse pensamento à noção de que o cidadão deve ter os seus direitos fundamentais protegidos além da órbita territorial estatal? A mesma questão posta sob outra ótica, como estabelecer um mesmo nível de proteção aos direitos fundamentais em todos os Estados do mundo, independentemente de onde esse indivíduo esteja ou que nacionalidade tenha, ou melhor, tentarmos estabelecer, um mesmo nível de proteção aos direitos fundamentais em qualquer espaço do globo terrestre? Como exigirmos que os entes estatais falem a “mesma língua” quando se trata da garantia dos direitos fundamentais a qual todos que ostentam a condição humana são, ou deveriam ser, destinatários? Muitos são os questionamentos surgidos por conta da crise do constitucionalismo os quais tentaremos, através do entendimento sobre a teoria do transconstitucionalismo, refazer o caminho para as suas respostas.

Somado a toda essa conjuntura narrada, temos ainda o problema do alcance da estatal na esfera internacional. Essa, tem ligação direta com a questão da eficácia dos direitos fundamentais, pois quando tratamos do transconstitucionalismo, estamos obrigatoriamente

ultrapassando as fronteiras estatais e repensando o papel de todos os entes extra-estatais, organizações e funções estatais, principalmente da jurisdicional constitucional. Na verdade, os problemas relacionados aos direitos fundamentais não conseguem serem visto unicamente dentro das fronteiras de um Estado soberano e por isso, teremos que desvendar o papel desempenhado pela Constituição e Tribunais Constitucionais perante a proposta de uma maior efetividade deles para além dos limites territoriais e isso, com absoluta certeza, põe em discussão a própria existência da soberania estatal, já que as decisões dos tribunais supranacionais, em muitos casos, sobrepõe-se às decisões provenientes das cortes máximas estatais internas.

Segundo Preuss²⁵⁷ a fonte da autoridade do Estado repousou no uso legítimo da força sob os indivíduos no seu território, independentemente de seus méritos pessoais, capacidade ou condição, o que representaria a própria soberania desse ente. Assim, o território definiria a sua soberania, o que para nós, poderia ser uma explicação do próprio declínio desse atributo, a medida que a territorialidade, no cenário de concorrência mundial de cortes e normas, está a se tornar poroso. Indo além, em um segundo momento, com as Revoluções do século XVIII, a soberania passou do território ao povo que se autogovernava por meio da Constituição. Já num terceiro momento, a coletividade passa a interagir com outras comunidades e ter que compartilhar o controle de suas vidas em escala global, para fora dos limites territoriais do Estado. É com base na necessidade da interação entre atores globais variados que Preuss questiona sobre a precisão de outros instrumentos além da Constituição, questão essa a qual nos reportaremos mais à frente.

A perspectiva de ordens transnacionais (a exemplo da *lex mercatória* e da *Lex digitalis*) na sociedade hodierna, também contribuem para a crise da soberania e da Constituição estatal, pois pretendem construir ordens afastadas dessas figuras, como se fossem completamente autónomas, demonstrando que setores sociais, apartados do Estado-Nação, produzem normas, formando um ordenamento jurídico *sui generis* - o direito global²⁵⁸. Essa independência em relação ao Estado pode ser sentida principalmente em assuntos relacionados ao comércio, meio ambiente, trabalho (com as empresas multinacionais), esporte e direitos humanos.

²⁵⁷ PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood. In: *The Twilight of Constitutionalism?* pp. 41-65, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, p. 46 e ss.

²⁵⁸ TEUBNER, Gunther. A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humana*. v. 14, n. 33, pp. 9-31. Piracicaba: Unimep, jan.-abr. 2003.

Ferrajoli ²⁵⁹ explicita que a crise do Estado enquanto sujeito soberano vem tanto de cima quanto de baixo, nos seguintes termos:

De cima, por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais (a Comunidade Européia, a OTAN, a ONU e as muitas outras organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, combate à grande criminalidade-, que no passado tinham sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado. De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de forma muitas vezes violenta, pelo próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, e que tornam sempre mais difícil e precário o cumprimento das outras duas grandes funções historicamente desempenhadas pelo Estado: a da unificação nacional e a da pacificação interna.

Continua Ferrajoli ²⁶⁰ a argumentar que o Estado soberano “já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes”, onde o adjetivo “grande” é utilizado para referir-se à maioria de suas atuais funções administrativas, que exigiriam formas de autonomia incompatível com o modelo centralizador dos velhos tempos, e ainda, “pequeno” no sentido de que não é suficiente para exercer as atuais funções de governo e tutela provenientes da interdependência entre os povos. Aduz, com razão, que nenhum dos anseios da sociedade moderna poderá ser alcançado fora do Direito Internacional, já que viver não é mais uma simples questão de trabalho para a sobrevivência, mas que passa a depender de uma conjuntura de fatores resultantes do progresso da humanidade e da interdependência resultante da integração global.

Independentemente de querermos ou não essa interdependência, ela ocorrerá em todos os planos: econômico, ambiental, de produção, cultural, tecnológico, de comunicações etc, e teremos que lidar com as consequências daí advindas.

São interessantes as ponderações trazidas pelo referido Ferrajoli²⁶¹, principalmente quando defende a necessidade, diante da crise da soberania, de um constitucionalismo mundial, cuja preocupação repousa no fortalecimento da integração nacional baseada no direito com o deslocamento do constitucionalismo tradicional ligado ao Estado, para o plano internacional.

Outro não é o entendimento de Grimm²⁶², para quem a proposta de

²⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 48.

²⁶⁰ id., *ibid.*, p. 50 e ss.

²⁶¹ id., *ibid.*, p. 53.

²⁶² GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in Changel World. *In: The Twilight of Constitutionalism?*. pp. 21-41, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, p. 35 e ss.

constitucionalismo global, repousa no processo de constitucionalização além do Estado por causa de políticas e documentos internacionais, parcerias público-privadas estabelecidas também internacionalmente e de atores privados globalmente ativos. Voltando-se justamente para os atores privados globais, o autor descreve a proposta de um constitucionalismo social tendente a regular a atuação deles por meio de uma Constituição Social, mas questiona como isso poderia ser alcançado na ausência de um equivalente estatal em nível supranacional com amplos poderes regulamentares. Isso sem falar no problema da legitimação democrática, já que os agentes privados globais se submetem a regras criadas por eles mesmos. O próprio autor reconhece a dificuldade em se instalar um modelo de governação democrática a nível mundial. Cita o próprio caso da União Europeia (UE), que mesmo sendo uma organização *sui generes* não encontra nos seus atos legitimação democrática. Outras entidades internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização Mundial do Comércio (OMC), Fundo Monetário Internacional (FMI), em que pese terem contribuído para o estabelecimento de relações internacionais, não exercem poder público a nível global, também por causa do caráter não democrático de seus regulamentos.

Assim sendo, para Grimm²⁶³, mesmo com a perspectiva da atuação de agentes privados globais, deve-se dar ênfase aos Estados em que a prestação de contas do poder público e a legitimação democrática são mais fortes a nível nacional do que internacional. Não se está com isso restaurando o Estado-Nação tradicional, tão somente ressaltando que a sua política internacional deverá ser desenvolvida, de modo que haja uma aproximação com os atores privados globais, mas que aos Estados ainda caiba ser a fonte maior de legitimação dessas organizações internacionais.

Dado o exposto, ousaríamos propor somente, sem a necessidade de superar o constitucionalismo moderno, uma interação, acoplamento ou diálogo, tendente ao aprendizado recíproco entre todas as ordens jurídicas, nela incluindo a transnacional, o que por si só já poderia representar o início de uma adequação desse movimento às exigências do plano internacional.

Em meio ao que se afirma sobre a interdependência, ligação e influência mútua entre os Estados atuais em todos os setores da vida moderna global, não podemos nos eximir de tecer algumas observações sobre a relação entre o direito comunitário e o ordenamento jurídico interno dos Estados-membros da UE, visto que as nossas discussões também devem

²⁶³ GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in Changel World. In: *The Twilight of Constitutionalism?*. pp. 21-41, New York: Petra Dobner and Martin Loughlin, 2010, p. 39-41.

abarcando o papel desempenhado pela Constituição na chamada nova conjuntura global de uma comunidade de Estados, além do que, essa organização é mais um dos elementos, talvez um dos principais, que põe em cheque o alcance da soberania dos Estados dela componentes.

Utilizaremos, de forma mais enfática, a União Europeia, por tratar-se do exemplo mais corrente de supranacionalização, o que nos obrigará, neste contexto de abertura internacional, principalmente no que toca às fontes do direito, mais uma vez, a superação da visão piramidal do ordenamento jurídico.

Na UE, a adesão dos Estados-membros à essa comunidade representa a possibilidade de aplicação do direito proveniente dessa organização no ordenamento jurídico interno. Ainda, sob outro aspecto, a soberania desses Estados (que se projeta, entre outros, nas decisões dos seus Tribunais Constitucionais), será co-participada, transferida, mitigada ou resultará em uma “partilha de poderes”²⁶⁴.

Em termos exemplificativos, o Tratado da União Europeia impõe aos seus Estados membros o cumprimento das obrigações dela provenientes, sendo que os mesmos deverão tomar medidas tendentes a assegurar, ou melhor, dar efetividade as obrigações comunitárias, sob pena de ter que sujeitar-se ao Tribunal de Justiça dessa comunidade. Canotilho²⁶⁵ ao se referir a abertura de Portugal à Comunidade Europeia descreve que “a abertura internacional pressuporá, indissolúvelmente, a abertura da Constituição que deixa de ter a pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional”. O Estado, por meio de sua Constituição, não será a única fonte normativa dentro de seu território.

Além disso, ao tratarmos das fontes do direito, não resta dúvidas de que os Estados membros que compõem a União Europeia passaram a ter que lidar com uma nova fonte normativa: os tratados institutivos e as disposições comunitárias, onde vige o princípio da especialidade ou da competência prevalente, que em termos sumários significa: a normativa comunitária tem prevalência em relação à legislação estatal. Cabe observar que esse princípio tão somente pressupõe prioridade na aplicação do direito comunitário ao caso concreto e não a derrogação dos dispositivos do direito interno com ele incompatíveis. Estar-se-á diante de uma inaplicabilidade dos preceitos constitucionais internos. Esse aspecto pode ser colocado como um dos fortes elementos de mitigação da soberania estatal, já que uma de suas funções estatais, a legislativa, será parcialmente minorada.

²⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 367.

²⁶⁵ id., *ibid.*, p. 369.

Insta ainda mencionar que o problema que se coloca a esse direito europeu vinculativo dos Estados é que a União Europeia não é um Estado constitucional soberano, não possui uma Constituição própria, não é uma forma de organização federativa ou confederativa, ainda, a legitimidade dos órgãos executivo dessa comunidade é fruto dos governos dos Estados-membros, portanto, sem que o poder político tenha passado por procedimentos democráticos capazes de os legitimar, que é a conhecida crítica do déficit democrático europeu²⁶⁶. A criação da UE partiu de seus próprios membros, através de um tratado celebrado de acordo com a Lei Internacional, não tendo uma Constituição criada em termos democráticos, como há de ser toda Constituição.

Diante da organização da UE nos deparamos com algumas agruras provenientes das dificuldades de se articular as cartas de direitos dos Estados e aquelas provenientes da CEDH e CDFUE, e ainda da própria concorrência entre decisões judiciais dos Tribunais Constitucionais, do TJUE e do TEDH. Ao que tudo indica, a UE adotou o denominado *judicial dialogue*, revelando uma preferência pela formação *standards* de proteção, como se fossem mandatos de otimização, mas sem se perder a interculturalidade própria dos Estados-membros que o compõem²⁶⁷. Neste particular teremos que tecer aplausos a teoria do *judicial dialogue*, já que em muito se aproxima da teoria do transconstitucionalismo, no ponto em propõe soluções à concorrência de instâncias através do recurso à jurisprudências de tribunais estrangeiros e ao direito comparado por parte daquele a quem caberá o *decisum*, sem anular contudo, o elemento cultural de cada ordenamento jurídico nacional²⁶⁸.

Em que pese termos nos referido ao *judicial dialogue* no contexto da UE, trata-se de uma realidade que poderá ser vivenciada além dos atores europeus. Na verdade, tem sido um necessidade proveniente do entreccho do transnacionalismo (termo aqui utilizado em sua acepção ampla), e que representará, principalmente nos assuntos relacionados a meio ambiente e combate ao terrorismo, importante instrumento de integração entre as múltiplas cortes globais²⁶⁹.

Percebe-se que Constituição não desempenha o mesmo desiderato de outrora e em meios a discussões cujo tema central é a adaptação da mesma a essa nova e complexa

²⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1374.

²⁶⁷ SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 23.

²⁶⁸ id., *ibid.*, p. 23 e ss.

²⁶⁹ SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 23 e ss.

conjuntura global, surgem teorias como a do constitucionalismo global, do transconstitucionalismo e da internormatividade, constitucionalismo multinível, *judicial dialogue*, entre outros, para tentar equacionar o problema.

O transconstitucionalismo põe em pauta a relação entre as ordens jurídicas diversas, inclusive dos Estados-membros e a ordem comunitária, bem como, do tribunais constitucionais desses Estados e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), sobretudo porque existe uma diversidade jurídica muito grande entre as mesmas. Conforme propõe Neves ²⁷⁰, em que pese haver uma primazia do direito europeu, essa hierarquia é entrelaçada, com ordens jurídicas que se observam reciprocamente. É um aprendizado mútuo que se dá sob uma espécie de conservação. A teoria em questão, não nutre a pretensão de dizer qual é o ordenamento ou órgão prevalente, mas sim, tentar harmonizar as decisões que dizem respeito a direitos fundamentais, majorando o grau de efetividade e prevalência da dignidade humana.

Corroborando com o que se afirma, Weiler²⁷¹ descreve que o transconstitucionalismo presente na UE quer significar que “o discurso constitucional na Europa deve ser concebido como uma conversação de muitos atores em uma comunidade interpretativa constitucional, antes que como uma estrutura hierárquica com o TJCE no topo”.

Ademais, quando se fala em sobreposição de ordenamentos jurídicos que consagram direitos fundamentais, não podemos deixar de referir que há sempre a possibilidade de se optar pela formação dos chamados standards que se mostram como um contraponto ao modelo hierarquizado de catálogos de direitos, tendo sido, inclusive, essa a posição da União Europeia ²⁷².

Se considerarmos isoladamente cada uma das questões postas acima, talvez não consigamos entender o alcance dos problemas propostos, mas à medida que associamos todas as variantes explanadas, chegamos à conclusão de que não podemos ignorar a necessidade da promoção de uma univossidade de discurso (e atitudes) sobre os direitos fundamentais. Neste enredo não podemos deixar de creditar os méritos ao Direito Internacional, que trouxe os primeiros aportes sobre o relacionamento necessário entre os entes soberanos estatais, bem como, a ampliação do espectro de abrangência dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos e da necessidade dos *standards*.

²⁷⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 153-155.

²⁷¹ Weiler apud NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 154.

²⁷² Nesse sentido é o entendimento de SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 23.

Assim sendo, o primeiro passo no percurso de uma univossidade em torno das questões que envolvem os direitos fundamentais foi proposta por este Direito Internacional, muito antes de qualquer processo de constitucionalismo global, transconstitucionalismo, transnacionalização, constitucionalismo multinível, interconstitucionalidade etc e já nos dava pistas de que havia a necessidade de se estabelecerem *standards* mínimos de proteção aos direitos dos indivíduos. Esse ramo do direito inaugurou novos parâmetros teóricos através da relação necessária entre as Nações, da superação das estritas fronteiras territoriais, da insuperável interdependência econômica e política dos Estados, das exigências decorrentes dos avanços das comunicações e dos transportes e da própria imposição de que “os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de ‘Estados de direito democráticos, sociais e ambientais’, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente ‘amigos’ e ‘cooperantes’ no plano externo”²⁷³.

Esta última proposta, de Estados cooperantes no plano externo, vem atrelada a defesa de um *jus cogens* internacional, que representaria um parâmetro de validade das Constituições dos entes estatais e que, por isso, não poderiam ser violados ou contrariados. Esse é um dos elementos que nos dias atuais têm sido levantado como alicerce da proposta de um constitucionalismo global, que entre outros, superaria o constitucionalismo nacional²⁷⁴.

Dada a importância do assunto, vamos fazer um pequeno adendo retrospectivo sobre o processo de internacionalização dos direitos fundamentais, que originou-se no segundo pós guerra, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, após termos tido a execrável experiência do holocausto. Essa declaração não só foi considerada a precursora no que toca ao processo de internacionalização dos direitos humanos (nos valeremos neste momento desta terminologia, por ser a mais indicada quando tratamos de direitos fundamentais sob a roupagem internacional), mas também, como a responsável por implementar a noção de verdadeira universalização aos direitos fundamentais. Neste sentido, já concordamos em momento pretérito com Norberto Bobbio, que defende, com razão, tal assertiva.

Esse processo de internacionalização e, por que não dizer, de preocupação com os direitos fundamentais passou a ser compartilhado por quase todos os Estados do mundo, e os problemas sobre tais direitos tinham como fonte primeira de suas soluções as respectivas

²⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.369.

²⁷⁴ id., *ibid.*, p. 1.370 e ss.

cortes constitucionais, soluções essas que se mostram diferentes conforme a cultura e os valores do local em que se dão.

A necessidade de se ter um discurso único sobre os direitos fundamentais e, acima de tudo, o mesmo nível de proteção em todas as ordens jurídico-constitucionais do mundo sobressaiu-se na sociedade mundial globalizada. O homem, em que pese ser um ser dotado de especificidades culturais do seu meio, em essência é o mesmo independentemente do Estado em que viva, por isso, merece que os seus direitos fundamentais sejam respeitados e resguardados na mesma medida em qualquer local do mundo. Pelo menos em teoria é o que se pretende.

Feitas todas essas considerações, não há lugar para dúvidas sobre a crise do constitucionalismo, mas afirmar que o suplantamos é deveras temerário. Se concordássemos com tal afirmativa, estaríamos atestando que a nossa compreensão acerca do movimento constitucional não foi profundo o suficiente para entendermos sua magnitude e importância.

É certo que todos esses elementos sugeridos pelo Direito Internacional, tais como a crise do constitucionalismo, e a proposta de um constitucionalismo global, não são suficientes para afastar o constitucionalismo moderno. Mesmo que o constitucionalismo global consiga desenvolver-se, tal teoria não conseguirá retirar ou neutralizar os avanços que com aquele movimento alcançamos, ao contrário, manter-se-á os méritos das mudanças que foram implementadas a partir do século XVIII. Propõe-se tão somente, para adequar o constitucionalismo moderno aos tempos atuais, uma nova forma de solução dos problemas sobre direitos fundamentais decorrentes da sociedade multicêntrica mundial.

Quanto ao Direito Internacional, que esteve sempre atrelado à Constituição dos Estados, em alguns pontos avança, como no caso em que os Tratados Internacionais prescrevem e elastecem a proteção aos direitos humanos, mas em outros aspectos retrocede, pois depende, em maior ou menor grau, de uma “autorização” e adequação à Constituição para a sua perfeita conformação e ingresso no ordenamento jurídico interno. No entanto, o Direito Internacional convive e pode desenvolver-se plenamente nos termos da constitucionalismo moderno, haja vista ter formado suas premissas sob a égide desse movimento, novamente, basta uma adequação para superarmos as adversidades decorrentes da mundialização. Além disso, não temos ainda uma ordem jurídica internacional mundial, mesmo que o supranacionalismo, em partes, a ele se assemelhe. Aqui, reside outro problema, pois à medida que falamos em ordem jurídica internacional mundial, inevitavelmente já a associamos à criação de um Estado igualmente global com um governo central, ou seja, passamos de uma organização estadual para uma outra organização em nível superior,

somente alterando-se com isso, o nível do governo e elasticando sua fronteira territorial. Não estaríamos portanto, propondo soluções ao inter relacionamento entre os entes, somente transmutando-o para um outro tipo de Estado maior que absorveria todos os que o compuseram. Solução essa que dificilmente seria alcançada de forma harmoniosa.

A defesa da existência do transconstitucionalismo, pretende sim, apresentar uma visão mais moderna sobre o inter relacionamento entre os entes, estatais ou privados, adequando as normas constitucionais a novos limites e possibilidades, sem que com isso se tenha que superar o constitucionalismo moderno, muito menos a própria Constituição.

Não podemos negar que o grau de proteção que o Estado-Constitucional dá aos indivíduos que se encontram sob seu manto é determinado pela cultura e pelos valores considerados por essa sociedade, mercedores, segundo o seu juízo, de maior ou menor grau de importância. Essas particularidades não diminuem a força da teoria reveladora do transconstitucionalismo, pelo contrário, reforçam ainda mais a necessidade de se prestar atenção ao outro, pois dessas especificidades provêm as diferenças no tratamento dispensado aos direitos fundamentais que podem encontrar nesse olhar, o exemplo e o estímulo para se majorarem as garantias das liberdades fundamentais. Quando dizemos “diferenças no tratamento”, referimo-nos também às diversas instâncias em que os problemas podem ser suscitados, seja na esfera judicial, administrativa, governamental, transnacional, internacional etc. Não importa em que nível ou instância a discussão tenha sido suscitada, o que importa que é que percepção do outro faz com que eu veja qual foi a medida aplicada que trouxe uma maior proteção e coerência aos direitos fundamentais. Afinal, o homem, antes de ser o destinatário dos direitos fundamentais, é o motivo pelo qual existem tais direitos.

Conforme já exortado, na tentativa de se implantar um constitucionalismo global, algumas premissas acabaram influenciando o direito constitucional, tal como a necessidade de uma ordem imperativa de Direito Internacional (*jus cogens*) e a maximização da importância dos direitos humanos²⁷⁵. Mesmo que estas emergentes premissas teóricas tenham contribuído para repensar as próprias necessidades deônticas do Estado na órbita externa, os paradigmas do constitucionalismo, entre eles, a Constituição enquanto documento propulsor das liberdades fundamentais, continuam sendo mantidos, mesmo que carecedores de uma adequação, conforme é a proposta do transconstitucionalismo.

Ao mesmo tempo em que se consolidou a importância da Constituições nas diversas ordens jurídicas, sendo esse o instrumento que garantia ao Estado a autonomia

²⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1370.

interna e o exercício das competências soberanas na órbita internacional (baseado no modelo westfaliano), surge a exigência de um constitucionalismo global, que dentre suas ideias, a que se mostra mais relevante para nossos estudos é a de *standards* mínimos de proteção aos direitos fundamentais. O próprio *judicial dialogue* referido há pouco também se vale da noção do florescimento de *standard* de proteção aos *jusfundamentales*.

Em uma breve conclusão, podemos afirmar que em resposta ao questionamento título do presente item, a resposta é negativa. Não suplantamos o constitucionalismo ou a Constituição, mesmo que tenhamos que reconhecer que existe uma crise pela qual os dois têm passado. Entretanto, os paradigmas sob os quais o constitucionalismo se alicerçou não serão afastados pela simples ideia de um constitucionalismo global, pelo necessário relacionamento entre um pluralismo de ordenamentos estatais, ou ainda, pelo proclamado enfraquecimento da soberania estatal. Ao revés, a teoria do transconstitucionalismo, sem deixar de considerar todos os elementos listados como responsáveis pelo enfraquecimento do constitucionalismo moderno, não pretende suplantar tal movimento ou a Constituição dos Estados, apenas propor um diálogo entre aqueles que, através de uma decisão administrativa, judicial, legislativa, possam comprometer-se com a proteção dos direitos fundamentais em igual medida.

A falsa ilusão de que o constitucionalismo fora suplantado, vem da necessidade, surgida em meio aos elementos acima predispostos, de se superar a visão clássica da Constituição-Estado. Não que esse paradigma tenha perdido o seu valor ou espaço, ao contrário, continuamos dependentes das organizações e estruturas estatais constitucionais, mas é chegada a hora de repensar e superar a visão limitada da Constituição-Estado somente, como se só a ela coubesse o mister de elencar os direitos fundamentais e tentar dar-lhe a máxima efetividade. Em linhas pretéritas acabamos fazendo referência à Constituição em sentido material (aquela que não está necessariamente em um documento formal escrito), e esse conceito acaba por nos auxiliar a compreender que a Constituição poderá ser aberta ao diálogo e que o transconstitucionalismo repensa o *alter*, mas não pretende superar a Constituição ou criar algum instrumento jurídico que desempenhe o papel de última *ratio* na nova conjuntura mundial.

O transconstitucionalismo, conforme se verá mais à frente, tentará propor uma alternativa para se promover a ruptura destes antigos parâmetros, sem com isso, desprezarmos as referências estatais, culturais e sociais de cada um que se propõe a uma maior efetividade dos direitos fundamentais, dentro de uma necessária interação entre os diversos entes políticos

no mundo globalizado, tentando com isso, alcançar um sistema de “good governance”, sem, de forma alguma, minimizar o papel desempenhado pelas Constituições.

É fundamental que se faça um esclarecimento sobre a ideia da boa governança. Esse termo é utilizado para referir-se a um Estado preocupado com sustentabilidade, gerência consciente dos recursos públicos, Estado muito mais regulador do que provedor. Dizer que boa governança exige um “Estado magro” não significa afirmar que este estará afastado da preocupação primeira com os direitos fundamentais. Retiraremos da noção de boa governança aquilo que pode nos ser útil adaptar ao transconstitucionalismo: é preciso termos uma gerência orçamentária e financeira estatal consciente e adequada, para então falarmos em efetividade dos direitos fundamentais.

3.1 DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

A teoria do transconstitucionalismo foi proposta por Marcelo Neves em obra com idêntico título, cujo objetivo central foi o de esclarecer questões sobre os novos rumos do constitucionalismo na sociedade moderna atual e propor soluções aos problemas que perpassam as diversas ordens jurídicas surgidas nesse cenário.

Antes de adentrarmos na definição sobre o objeto final do nosso estudo, precisamos fazer alguns esclarecimentos sobre a teoria da interconstitucionalidade, já que a mesma apresenta pontos de convergência com o transconstitucionalismo, mas como ele não se confunde.

3.1.1 Dos pontos de aproximação e das diferenças entre as teorias do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade

A similitude entre as duas teorias pode ser percebida à medida que ambas tratam do relacionamento obrigatório entre as próprias Constituições dos Estados soberanos e, entre elas e as normas supraestatais num mesmo espaço político ou ainda, das decisões e atos provenientes dos Tribunais Constitucionais, supranacionais e órgãos políticos.

Tanto o transconstitucionalismo quanto a interconstitucionalidade mostram-se como respostas à concorrência de ordenamentos jurídicos, das decisões por vezes discrepantes sobre um mesmo assunto provenientes dos Tribunais Superiores, dos efeitos da globalização

sobre o relacionamento entre os Estados, das sociedades multiculturais, do surgimento de entes supranacionais e enfraquecimento e/ou releitura da soberania estatal.

Quem primeiro se valeu da nomenclatura interconstitucionalidade foi o autor Francisco Lucas Pires²⁷⁶ na sua obra *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. De forma acertada discorreu sobre o percurso realizado a mãos dadas entre o Estado-nação e a Constituição democrática por toda a modernidade até que ambos chegassem à maturidade: a autodeterminação. Continua o autor explicitando que, paradoxalmente à chegada da Constituição do Estado-nação democrático à idade adulta, há a crise da pós-modernidade, onde a Constituição “deixa de ser o fecho e a chave do mundo político-jurídico para resistir sobretudo como seu alicerce e piso térreo”²⁷⁷.

Para Lucas Pires²⁷⁸, os três clássicos elementos essenciais do Estado passam por uma profunda transformação, o território já não é mais estanque, os indivíduos menos exclusivos e a soberania não tão indivisível assim.

Dentro deste contexto, surgiu a necessidade de se desenvolver o ajuste de todos os elementos acima predispostos. Sugeriu-se então a teoria da interconstitucionalidade, com sua vocação ao relacionamento entre todas as contingências descritas nos tópicos anteriores.

A teoria da interconstitucionalidade foi desenvolvida com mais detalhes e afinco por Gomes Canotilho²⁷⁹ em seu livro “Brançosos” e *Interconstitucionalidade*, e ainda, em capítulo próprio na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

Segundo Canotilho²⁸⁰ “a teoria da interconstitucionalidade estuda as relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”. Trata-se de “uma forma específica da *interorganização* política e social.

Remanescem do constitucionalismo francês e americano as noções de legitimidade e titularidade do poder constituinte e que, começam a ganhar novos autores na interconstitucionalidade. O desenho a que somos remetido no contexto desta teoria é o de uma rede de constituições dos Estados soberanos, que deverão obrigatoriamente ter um convívio entre si e com as organizações supranacionais.

²⁷⁶ PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Coimbra: Almedina, 1997.

²⁷⁷ id., *ibid.*, p. 7-8.

²⁷⁸ id., *ibid.*.

²⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 263-279 (passim); id *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1426-1430.

²⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1425.

Interconstitucionalidade em termos resumido significa uma espécie de “articulação entre constituições” com a afirmação de poderes constituintes de formas e legitimidades diversas, bem como a compreensão da fenomenologia jurídica e política em meio ao pluralismo de ordenamentos e de normatividades ²⁸¹.

Trata-se de uma proposta que de certa forma aproxima-se muito do transconstitucionalismo pois tenta nos dar um norte acerca do diálogo entre os Tratados Europeus e as Constituições dos Estados-membros, no entanto, para Neves ²⁸² dela se diferencia pois o seu âmbito de abrangência estaria restrito ao caso europeu não abarcando um quadro assimétrico de relações entre entidades das mais variadas naturezas no contexto global, tal como é a proposta do transconstitucionalismo. Neste item, não haveria de ser diferente, posto que os precursores da teoria da interconstitucionalidade a propuseram como respostas às necessidades sentidas por eles mesmos em suas realidades jurídicas cotidianas, ou seja, dentro da organização da União Europeia.

A interconstitucionalidade tentará sugerir meios de se articular essa rede de Constituições. Diante de uma organização de estado do tipo federativo, à Constituição cabe o mister de engendrar todo o sistema de convívio e separação das competências entre os entes componentes, mas a quem cabe tal mister quando os envolvidos são Estados soberanos externamente?

A tentativa de se estabelecer uma Constituição europeia, que seria o instrumento apto a nós dar a resposta ao questionamento levantado, pelo menos em relação aos países componentes da União Europeia, encontrou resistências. Desta feita, a teoria da interconstitucionalidade se propôs a resolver os impasses de convivência entre os diversos centros de poder, à semelhança do que se passa com organizações federativas ou confederativas, onde se percebe que as normas, de origens variadas segundo as competências estabelecidas pelo ordenamento jurídico pátrio de cada uma delas, devem conviver e serem articuladas entre si.

O Estado, mesmo tendo que conviver com uma diversidade de “poderes constituintes”, com o desenho da pirâmide sendo desfeito e as regras de competência

²⁸¹ Neste sentido CANOTILHO, J. J. Gomes, na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003.

²⁸² Paulo Rangel faz um paralelo entre as nomenclaturas transconstitucionalismo e interconstitucionalismo e discorda do posicionamento de Marcelo Neves afirmando que “Na verdade, revisitando esse escrito dos idos de 2000 sobre o pensar de Lucas Pires, logo se nota que há todo um arsenal teórico para lidar com a fenomenologia da pluralidade de ordenamentos, de ordenamentos - sublinhe-se - que reconhecidamente são paralelos, desiguais e concorrentes. RANGEL, Paulo. Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. In: *Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976*, v. 1, pp. 151-174, Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 155.

ganhando novos contornos, ainda conservará uma de suas características mais relevantes, que é justamente a preservação da identidade do Estado feita por sua Constituição. Segundo Canotilho²⁸³, essa característica é denominada de “autoreferência” e sua descrição pode ser compreendida como a prerrogativa de manter, na contramão de todas as novas contingências, sua “identidade política e memória social”. Explica que:

Isto significa que os pluralismos e dinamismos da vida constitucional são captados através da identidade da referência, pois as regras e princípios constitucionais autodescritos num texto permanecem os mesmos, sem deixarem de estar abertos aos tempo através da flexibilização dos conteúdos.

Percebe-se pela digressão feita sobre a interconstitucionalidade que o objeto central de tal teoria é tentar propor soluções possíveis aos problemas relacionados principalmente com as competências do entes envolvidos e da própria convivência entre as Constituições dos Estados – a rede de relacionamento - e dessas com as normas provenientes de outras fontes. Uma das preocupações de tal teoria é tentar estabelecer, diante de decisões conflitantes, qual Tribunal ou ordenamento deverá prevalecer. Neste ponto reside a diferença central com o transconstitucionalismo. Conforme estudaremos nas próximas linhas, a proposta dessa último é harmonizar as decisões de forma que cada órgão responsável por uma decisão possa se valer do que já foi objeto de experiência por parte de outra instância, em outro Estado ou ente extraestatal. A preocupação aqui está centrada em dialogar e não prevalecer. Não se quer aqui preterir-se a Constituição ou criar-se outro documento equivalente a nível mundial. Ao revés. Veremos que a perspectiva proposta pelo transconstitucionalismo é uma abertura a tentar fazer funcionar o que para outros já foi implementado e obteve bons resultados.

Mesmo com a iminente alteração do fenótipo estatal onde a Constituição passa a desempenhar, aparentemente, em certos momentos, a condição de ordem jurídica parcial, no transconstitucionalismo nossa preocupação não tem a ver com estabelecimento de uma hierarquia entre as fontes normativas nacionais, supranacionais ou transnacionais. Os nossos olhos voltam-se ao relacionamento, baseado no aprendizado recíproco entre os mesmos. O que se pretende não é o embate, pelo contrário. Neste último item reside outra diferença entre as teorias.

²⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1426.

Há que se ressaltar que um dos pontos de aproximação entre o interconstitucionalismo e a transconstitucionalidade reside na "intersemeoticidade constitucional". O termo é utilizado por Canotilho²⁸⁴, que para explicar o seu significado nos remete aos ensinamentos de P. Häberle quanto à necessidade de uma compreensão *científico-cultural da Constituição*. A alusão que se faz a esse método de interpretação pode ser percebido à medida que há uma identidade cultural e social consagrada em cada um dos textos constitucionais dos Estados que compõem a União Europeia, que não poderá ser desprezada, e que culminará na formação de discursos e interpretações condizentes com a preservação da identidade cultural prescrita em cada carta constitucional e para além disso, fomentando o surgimento de uma identidade cultural europeia (esta última característica será viável no contexto da organização da União Europeia, portanto, mostrar-se-á presente somente na interconstitucionalidade).

Os textos constitucionais têm como objetivo descrever e preservar as características culturais de seus nacionais. Isso gerará uma diversidade cultural que não poderá ser desprezada. A intersemeoticidade revela a necessidade de uma hermenêutica europeia, praticada por diversos intérpretes, tendente a abarcar e harmonizar as identidades culturais de cada Estado²⁸⁵. As Constituições dos Estados tornaram-se o referencial cultural parcial da construção dessa nova hermenêutica europeia, esta última característica é específica da interconstitucionalidade, haja vista que tal teoria tomou como referencial a organização da União Europeia, o que acaba por fazer menção a essa organização, somente.

A intersemeioticidade representa o olhar e o respeito que se deve ter para com cada uma das Constituições dos Estados no que toca às suas especificidades e práticas culturais e sociais, o que é percebido tanto no interconstitucionalismo quanto no transconstitucionalismo, haja vista que nesse último caso, o respeito à identidade de cada Estado, representará a própria valorização da Constituição deste ente e, por entender que esse último proporrá uma abordagem voltada ao "aprendizado recíproco" ou "diálogo", sem necessidade de se estabelecer relações hierárquicas, órgão prevalente, ou ainda, uma hermenêutica específica europeia. Por isso à ela remetemos como proposta de uma solução mais condizente com uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

²⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. "*Brançosos*" e *Interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 276 e ss.

²⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. "*Brançosos*" e *Interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 278.

3.1.2 O transconstitucionalismo com especial referência aos direitos fundamentais

Causa-nos uma inquietude o desconhecimento sobre de quem seria a *ultima ratio* diante de um conflito posto que envolvesse, principalmente, direitos e garantias fundamentais. Quando se estuda o novo panorama constitucional mundial, depara-se com uma incerteza sobre qual decisão, norma ou órgão estatal ou extraestatal terá papel decisivo na resolução do referido conflito ou no mister de lhes atribuir uma maior efetividade. Talvez a maior de todas as inquietudes provenha da incerteza sobre a posição da Constituição frente ao panorama de crise do Constitucionalismo moderno, Tribunais supranacionais, integração entre os Estados, soberania co-participada, enfim, todos os elementos que de alguma forma contribuíram e contribuem para a formação do panorama jurídico contemporâneo.

Não podemos deixar de mencionar que vários autores apontam para os acontecimentos do dia 11 de setembro como o início da tomada de consciência de que um novo mundo se formaria a partir de então, constataríamos que existem aspirações ao poder provenientes de grupos que até então considerávamos como sendo apenas de pressão, que seríamos então, uma sociedade política²⁸⁶. A diversidade de grupos que almejam autonomia e poder é um dos fatores que desabrocham a necessidade de vínculos construtivos de aprendizagem, sob pena de os mesmos se autodestruírem. Também não podemos nos esquecer que o *judicial dialogue* é uma técnica importante para o combate ao terrorismo, assim também como o transconstitucionalismo, pois quase todos os Estados do mundo compartilham, após a fatídica data, o desejo por excluir de suas vidas a ameaça de um ataque terrorista.

Em um primeiro momento podemos equivocadamente achar que a proposta do transconstitucionalismo será a de tentar estabelecer de quem seria a palavra final, mas não é isso a que se propõe tal teoria. Veremos, conforme nosso estudo avance, que essa teoria alicerça-se sobre o diálogo entre ordens estatais, extraestatais, supranacionais e estatais, estatais e transnacionais etc. Não falaremos em um Tribunal, órgão ou ordem que deverá prevalecer sobre a outra, pelo contrário, a grande benesse do transconstitucionalismo é tentar superar as dificuldades advindas da convivência necessária entre todos os entes acima descritos, considerando sobremaneira a própria competência de cada um. As especificidades

²⁸⁶ Neste sentido é o entendimento de RANGEL, Paulo. Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. In: *Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976*, v. 1, pp. 151-174, Coimbra: Coimbra editora, 2012., p.159 e SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

serão respeitadas e valorizadas, aquilo que foi bom, razoável, e respeitou a dignidade da pessoa humana, servirá de paradigma para aquele que detém a competência para solver o problema posto.

Nas próximas linhas tentaremos traçar um panorama das principais propostas do transconstitucionalismo sem nos descurarmos da noção de que essa teoria dar-se-á em meio ao constitucionalismo moderno, preservando-se os seus ensinamentos e suas diretrizes, sem pretensão de qualquer substituição ou extinção desse movimento ou da Constituição propriamente dita, segundo nossa concepção. Trata-se apenas e tão somente de uma adaptação necessária aos novos tempos.

A emergência de ordens jurídicas supranacionais²⁸⁷ é uma realidade da qual não podemos nos furtar, sendo que a União Europeia ou mesmo o Mercosul mostram-se como fenômenos provenientes justamente dessa supranacionalização.

Conforme já se afirmou, o constitucionalismo nos remete à existência de uma Constituição e essa por sua vez, a um determinado Estado soberano que apresenta como elemento constitutivo uma base territorial delimitada. Nesta perspectiva, os problemas normativos também acabam por ter essa mesma dimensão territorial delimitada, cuja solução é posta pela Constituição do Estado. Entrementes, as relações ganharam ares de transterritorialidade e, principalmente no que toca aos problemas relacionados aos direitos fundamentais ou direitos humanos, comércio mundial e meio ambiente, a Constituição não se mostrou suficiente para os solucionar, já que esses mesmos problemas ultrapassaram as fronteiras do Estado. Fez-se necessário superar a visão de que a resolução das controvérsias somente estavam ligados ao direito constitucional do Estado.

O Estado, que no seu auge foi considerado providência, na atualidade, pode ser associado a mínimo e subsidiário, principalmente se considerarmos a crise econômica pela qual passa a Europa e os Estados Unidos nos últimos anos. Para além disso, temos o “esvaziamento constitucional”, onde ele perde a cada dia competências para a “global governance” ou para organizações de integração regional.

Devemos ainda inserir neste raciocínio acerca dos problemas sobre direitos fundamentais ou humanos uma perspectiva baseada nas consequências advindas da economia neoliberal. Não podemos nos alhear da ideia de que tais direitos necessitam de um suporte econômico para sua concretude, e, somado a isso, a chamada “fuga de capital” proveniente da

²⁸⁷ Valeremos-nos da expressão supranacional em termos genéricos, abarcando neste particular tanto os institutos internacionais, transnacionais e os supranacionais, ou seja, aqueles que apresentam como característica a ultrapassagem as fronteiras do Estado.

globalização deixa os Estados sem alguns dos seus aportes financeiros. Esta crise têm sido uma das causas ao suposto fim do Estado social ou providência. O paradigma de que o Estado deve enxugar cada vez mais²⁸⁸ nos coloca novamente frente à dificuldade da efetivação dos direitos fundamentais ou humanos. “O Estado deixou de ser o referente exclusivo dos materiais constitucionais”²⁸⁹ e é seguindo este raciocínio que introduziremos o transconstitucionalismo.

Neste contexto, surgem questionamentos acerca da (I) existência ou mesmo da manutenção do Estado que se assenta no princípio da soberania estatal, (II) sobre o papel que restou à Constituição principalmente no que tange ao Direitos fundamentais e ainda, (III) como relacionar ou harmonizar as constituições estatais das sociedades mundiais modernas, e ainda (IV) se será necessário criar um novo constitucionalismo na sociedade hodierna.

Para responder aos questionamentos acima dispostos, surgiu, a partir da perspectiva da emergência de ordens jurídicas transnacionais, internacionais e supranacionais, a discussão acerca de uma Constituição supranacional global, ou mesmo, “uma política interna mundial sem um governo mundial”, sendo que tal projeto poderia culminar no que se chama de “regime global de bem-estar”²⁹⁰. Para Preuss²⁹¹, a Constituição atual deve incluir as formações políticas não baseadas na territorialidade, portanto, uma espécie de Constituição da comunidade internacional capaz de produzir um horizonte normativo e cognitivo comum, que criará novas possibilidades de atuação e cooperação entre os entes.

Em crítica a esse suposto regime de “partilha de tarefas em um sistema de múltiplos níveis”, Neves²⁹² afirma que a ideia de Estado como organização central de um sistema político territorialmente segmentado onde há uma concorrência permanente entre as várias organizações (como no da política mundial) faz com que em nível global também haja a necessidade de uma Constituição estruturada em termos análogos a estas constituições dos Estados-nação, o que mostra-se como um projeto ideal e altamente complexo.

Há ainda quem defenda que os instrumentos normativos vigentes no Direito Internacional público deveriam alcançar o *status* constitucional nessa esfera global tal como a

288 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999, p. 20.

289 RANGEL, Paulo. Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. *In: Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976*, v. 1, pp. 151-174, Coimbra: Coimbra editora, 2012, p.153.

²⁹⁰ HABERMAS, apud NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 86.

²⁹¹ PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood. *In: The Twilight of Constitutionalism?* pp. 41-65, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, p. 61 e ss.

²⁹² NEVES, Marcelo. *op cit.*, p. 88.

Declaração universal dos direitos do homem.

Sugeriu-se ainda, conforme já explanado em momento pretérito, o chamado constitucionalismo global cujas características listadas foram: alicerçar o sistema jurídico-político através de relações horizontais entre os Estados e deste com o povo, à emergência de um núcleo material duro informado por valores, princípios e regras universais modelados nas declarações e documentos internacionais e por fim, a elevação da dignidade da pessoa humana como elemento indispensável desse novo constitucionalismo.

Para Kumm²⁹³, o alvorecer do constitucionalismo além do Estado escora-se, por exemplo, na necessidade de se ver a União Europeia e as Nações Unidas em termos constitucionais, atribuindo-se à govenança transnacional o *mister* de superar as deficiências do constitucionalismo moderno. Esse último, centra-se na noção de “estatismo” democrático, Estado e soberania. Segundo o autor, a noção de supremacia da Constituição é proveniente da vontade popular, independentemente do processo político ou jurídico de sua criação, motivo pelo qual, um Tratado Internacional também poderia ostentar essa condição, já que a sua aprovação se dá por procedimento determinado pelo direito interno, desde que se propusesse a concretizar os princípios constitucionais. Kumm defende que os Tratados da UE são a sua Constituição, que reivindica sua autoridade dos princípios constitucionais que ajuda a realizar. De igual modo, a CEDH é parte do corpo de direito constitucional europeu e a Carta das Nações Unidas representa a Constituição de uma comunidade global. Para ele o alvorecer do constitucionalismo será iminente se não abriremos as Constituições às novas perspectivas da realidade transnacional mundial, inclusive superando a visão de que a democracia não seria realizável em termos globais.

Entretanto, os pressupostos de um constitucionalismo nacional plasmado na soberania do Estado, ou pelo menos na ideia de soberania estatal, com independência de uns em relação aos outros, a existência de um vínculo jurídico do cidadão com o Estado (nacionalidade) e o multiculturalismo e o princípio democrático, continuam a ser alguns dos fatores que afastam o constitucionalismo global²⁹⁴.

Em meio a todas essas discussões, recorreremos ao transconstitucionalismo para tentar dar soluções suficientes aos questionamentos postos, cujo mérito reside, segundo a proposta de Neves²⁹⁵ em

²⁹³ KUMM, Mattias. The Best of Times and the Worst of Times. In: *The Twilight of Constitutionalism?* pp. 218-237. New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010, p. 220 e ss.

²⁹⁴ Neste sentido é o entendimento de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1369-1370.

²⁹⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 62.

[...] compreender a Constituição do Estado constitucional não apenas como filtro de irritações e influências recíprocas entre sistemas autônomos de comunicação, mas também como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente na política e no direito. Isso envolve entrelaçamentos como ‘pontes de transição’ entre ambos os sistemas, de tal maneira que pode desenvolver-se uma racionalidade transversal específica [...].

Essa descrição que alude acima, refere-se ao que se denomina de racionalidade transversal decorrente da figura do acoplamento estrutural, que é justamente o mecanismo de interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais, mais especificamente, entre direito e política.

Neves²⁹⁶ ao explicar a figura do acoplamento estrutural recebe influência de Niklas Luhman e o descreve utilizando, portanto, elementos Luhmannianos como sendo necessários

[...] à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras.

Toda explicação que Neves faz em sua obra de forma pormenorizada, tem o intuito de descrever a Constituição moderna, ou como prefere, a Constituição transversal, como sendo justamente o local de acoplamento estrutural e, ao mesmo tempo, como sendo o mecanismo de diferenciação entre direito e política. O autor continua toda a sua trajetória sobre a Constituição, descrevendo que tanto a política quanto o direito tem o que denomina de racionalidades particulares, que são a justiça e a democracia, respectivamente.

Pode ainda ser definido na perspectiva de Neves²⁹⁷ como a tentativa de “[...] aproximar ordens constitucionais com o propósito sinérgico de proteção dos direitos humanos em patamar internacional, criando-se laços de diálogo entre países sem olvidar o respeito cultural e jurídico de cada realidade”.

Parte-se da ideia de que não é necessário termos uma Constituição supranacional, pois esta representaria um transpasse de um ordenamento jurídico de âmbito estatal para um nível ‘superior’ que acabaria por abarcar/regular diversos Estados-nação, estando indiscutivelmente, diante da criação de um novo Estado mas com a diferença de que o

²⁹⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., p. 31 e ss.

²⁹⁷ PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. O transconstitucionalismo: atualidades constitucionais. In: *Revista Jus Navigandi*, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21398/o-transconstitucionalismo-atualidades-constitucionais>>. Acesso em: 20 maio 2012.

mesmo seria global. Esse novo Estado teria que ter os mesmos elementos constitutivos concebidos para o Estado clássico: povo, território e governo soberano. Não é isso que se pretende. Nem mesmo a criação de um Estado europeu ou Constituição da União Europeia foram levados adiante. Cada Estado soberano, em que pese tal adjetivo ter sido fragilizado, não pretende abrir mão daquilo que lhe resta em termos de autodeterminação.

A necessidade das chamadas “pontes de transição” é uma imposição proveniente da existência de várias ordens jurídicas, cada uma delas albergando todas as especificidades (identidades) próprias do Estado e suas estruturas de funcionamento, inclusive no que tange ao exercício das funções estatais (nelas se incluindo a função jurisdicional dentro do seu espaço territorial, e a ela nos referimos por se tratar de um ponto extremamente relevante no que toca as ‘pontes de transição’).

Não é novidade falarmos em harmonização de instrumentos jurídicos diversos, visto que no Direito Internacional vigora um sistema baseado na ratificação de um Tratado Internacional por um Estado signatário do mesmo, sendo que haverá uma ‘incorporação’ deste instrumento no ordenamento jurídico interno estatal. A título de exemplo podemos citar a Constituição Federal do Brasil de 1988, que em seu artigo 5.º, parágrafos 2.º e 3.º prescreve:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Neste mesmo sentido é a disposição do artigo 8.º, número 2, da Constituição da República Portuguesa:” 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

Entretanto, diante da nova ordem global, o mecanismo clássico da ratificação não se mostra como único meio de conexão entre os sistemas jurídicos, ou melhor, não é o meio suficiente para promover essa ligação ou “ponte de transição”, pelo contrário, há outras formas não dependentes da sobredita ratificação, entre elas destacam-se as decisões jurisdicionais²⁹⁸ que acabam por ser um importante centro de diálogo entre as ordens jurídicas estatais. Tal diálogo nem sempre traduz a ideia de cooperação, ao revés, há vários pontos de conflito entre os Tribunais internacionais, supranacionais ou mesmo nacionais.

²⁹⁸ Cf. Luhmann apud NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 71.

Eis um dos temas mais delicados da relação entre uma pluralidade de sistemas jurídicos e de decisões judiciais provenientes dos sobreditos Tribunais, pois basta verificar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), apesar da expressa disposição da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) de que os Estados europeus a ele vinculados devam respeitar as sentenças em que sejam partes, essa recepção/ aplicação ou mesmo respeito à decisão nem sempre é assim tão imediata ou simples.

Basta verificar o que ocorreu na sentença “Görgülü” do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) de 14.10.2004, onde se afirmou que há uma abertura ao Direito Internacional mas ressaltou-se a soberania da lei fundamental, ou seja, estabeleceu-se limites a aplicação das decisões do TEDH, portanto, há possibilidade de que o TCFA pondere em favor da sua Constituição em detrimento da CEDH e da decisão do TEDH²⁹⁹.

O Transconstitucionalismo proposto por Neves³⁰⁰ se caracteriza por ser um constitucionalismo relativo a soluções de problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente em diversas ordens, principalmente no que tange às questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos, onde no caso concreto, será indispensável a “conversação” constitucional. O entrelaçamento entre as ordens jurídicas diversas abre uma pluralidade de perspectivas para a solução dos problemas constitucionais. Este traduzir-se-á em um aprendizado normativo recíproco. Prossegue o autor afirmando que os ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais ou locais, mostram-se incapazes de oferecer de modo isolado uma resposta aos problemas normativos da sociedade mundial que são demasiado complexos.

O entrelaçamento de ordens jurídicas não decorre única e exclusivamente no âmbito de atuação de juízes ou Tribunais. Pode ocorrer, por exemplo, de uma incorporação de sentidos normativos extraídos de outras ordens jurídicas, ou mesmo de um intercâmbio

²⁹⁹ CEIA, Eleonora Mesquita. Tratados internacionais e constituições nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa. In: *Academia.edu*. Disponível em : <http://jus.academia.edu/emceia/Papers/157951/Tratados_internacionais_e_constituicoes_nacionais_na_jurisprudencia_constitucional_do_Brasil_e_da_Europa>. Acesso em : 20 maio 2012.

³⁰⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 125-131. O autor vai além ao explicar como funcionaria esse entrelaçamento: “... Ela permanece quanto um caso real é relevante tanto para o TJCE quanto para um ou mais dos tribunais estatais com função constitucional. Em primeiro lugar, a qualificação jurídica do suporte factício concreto exige a definição da norma jurídica qualificadora e, portanto, a escolha do(s) texto(s) normativo(s) que precisa(m) ser interpretado(s). O TJCE pode invocar texto(s) normativo(s) diverso(s) do(s) invocado(s) pelas respectivas cortes nacionais. Mas, inclusive se for(rem) invocado(s) o(s) mesmo(s) texto(s), a interpretação do(s) texto(s) normativo(s) em face do caso poderá levantar a resultados diversos quanto ao conteúdo normativo a aplicar, ou seja, a normas jurídicas diferentes” (p. 159).

informal entre legislativos, governos e administradores dos Estados³⁰¹.

Insta ainda demonstrar que o transconstitucionalismo também se mostra presente com ordens normativas que são construídas por atores ou organizações privadas ou quase públicos³⁰², que são justamente as normas que provêm de entes tais como a Federação Internacional de Futebol (FIFA), Organização Mundial de Comércio, Comitê Olímpico, organizações não governamentais etc., as chamadas normas transnacionais a qual Teubner se referiu.

A proposta de Neves³⁰³ parte do pressuposto de que será necessário uma nova teoria e dogmática de direito transconstitucional sugerindo a ideia de **transcendência** da Constituição, sendo este um dos maiores desafios de sua proposta. Sublinhamos a palavra transcendência não sem propósito, pois em que pese falar-se em uma nova teoria e dogmática do transconstitucionalismo que visa a superar a Constituição, isso só ocorre por que o conceito de Constituição está necessariamente vinculado à estatalidade da mesma, decorrendo tal ideia do Constitucionalismo moderno. Entretanto, como afirma Rangel³⁰⁴, e nisto concordamos, não há necessidade de superar a Constituição e sim estabelecer uma nova dinâmica das relações jurídico-constitucionais a partir da aceitação de que a Constituição tem como referente fundamental a comunidade política e não o Estado. Este, talvez, seja o único ponto em que proporemos um reparo a teoria de Neves, já que perfilhamos do entendimento de que não há necessidade de se superar a Constituição, ao contrário, manter-se-á as suas funções, mas não como única fonte normativa, adequando e atualizando-a ao diálogo. Expliquemos melhor nossa ideia.

A Constituição abriga o paradigma de íntima ligação com o Estado, segundo o que floresceu do próprio movimento constitucional moderno, sendo que esse possui elementos clássicos constitutivos que acabam determinando os únicos destinatários de seus preceitos (povo, território e governo soberano), entretanto, com o transconstitucionalismo poderemos propor que essa Constituição não fique somente atrelada a esses elementos de forma restrita, pois os problemas libertaram-se dos territórios e as pessoas não possuem só com eles os laços de pertença, dessa forma, será pela adequação da teoria da Constituição que se propiciará o florescer da corrente do transconstitucionalismo.

³⁰¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 118.

³⁰² Como exemplo, a decisão do Tribunal Arbitral de Esportes (TAS), proferida em 17 de maio de 2007, no qual negou-se a aplicação do direito nacional, extrato e comentário oferecidos por NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 117 e ss.

³⁰³ , Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009, p. 131.

³⁰⁴ RANGEL, Paulo. Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. In: *Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976*, v. 1, pp. 151-174, Coimbra: Coimbra editora, 2012, 156-157.

Em diversas passagens do nosso estudo, Neves declara que o Estado já não é o lugar exclusivo e privilegiado de solução dos conflitos, e nisso concordamos inteiramente. Queremos com isso dizer que o Estado passa pelo processo de desterritorialização. Assim, já que o Estado não é apto a solver todos os problemas, a Constituição também não o seria, deveria ser portanto, superada. Nesse ponto é que ousamos discordar. Devemos empreender esforços para retirar da Constituição o referencial exclusivo estatal, ainda mais diante de sua soberania co-participada, para então, conseguirmos dar a ela poderes e funções adequadas aos novos tempos e não tentar superá-la.

Segundo o proposto por Rangel³⁰⁵, o Estado perdeu poder e isso não se explica somente pelo fenômeno da desterritorialização. É decorrência do sentimento pessoal de pertença que os indivíduos desenvolveram com outras organizações diversas ao Estado, são as conexões pessoais com o futebol, com a igreja, com organizações não governamentais, com organizações supranacionais etc. Dessa última, extrai-se a noção de múltiplas cidadanias que os indivíduos almejam possuir, principalmente com a União Europeia. Os destinatários dos preceitos garantidores dos direitos fundamentais não devem estar atrelados somente à figura do Estado, já que a garantia deles pode advir de uma decisão de um Tribunal supranacional, por exemplo, ou ainda, da própria noção atual de que o cidadão pode ostentar a condição de europeu, como no caso da integração regional europeia.

Vê-se que a ligação que os indivíduos desenvolvem tem muito mais um componente pessoal do que territorial, e esse fator também fez com que o Estado diminuísse o seu poder, que antes poderia ser adjetivado como soberano dotado de território delimitado e que não deixava espaço para interferências em seu interior. Essa noção de Estado não é a mesma dos tempos globalizados, e se não repensarmos o conceito de Constituição, acabaremos retirando-lhe também o seu poder. Por que não adequá-la a ser um instrumento normativo apto ao diálogo com outras fontes normativas e instâncias estatais, internacionais ou supranacionais, justamente como reflexo do aprimoramento do constitucionalismo moderno das sociedades multicêntricas mundiais?

Se o Estado perdeu poder, atrelando-se a ele a Constituição acabaremos por retirar-lhe também o seu poder, por isso, se os desvincularmos, pelo menos parcialmente, conseguiremos mantê-la com suas prerrogativas e funções. Trata-se de uma tentativa que se aproxima, neste item em particular, da teoria da interconstitucionalidade, já que o que se propõe é amoldar suas dimensões à comunidade política moderna.

³⁰⁵ RANGEL, Paulo. Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. In: *Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976*, v. 1, pp. 151-174, Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 162-164.

Chegado aqui, impõem-se expor uma outra faceta do problema. Já dissemos atrás que o conceito oitocentista de Constituição alicerçou-se sobre a separação de poderes e o reconhecimento dos direitos fundamentais. Ao longo dos séculos absorvamos a concepção de que as Cartas Magnas alcançaram níveis de máxima inserção do indivíduo, mas o tempo, que é implacável, nos abriu os olhos a momentos de plena exclusão (voto censitário, regimes autoritários em pleno século XXI, *apartheid*, proibição das mulheres ao exercício dos direitos políticos, escravidão legal até o final do século XIX etc.), e é neste particular que repousa a noção de que o seu texto é anafado de ideologias que nasceram do constitucionalismo moderno e que, em que pese nos munirmos de otimismo, sem uma adequação de sua teoria as comunidades políticas modernas, não conseguiremos atingir a zênite do inclusivismo dos indivíduos.

Para tanto, abordamos em tempo pretérito a noção de Constituição em sentido material, e aceitar a sua ocorrência pode ser o caminho de sua abertura ao mundo político de diferentes instâncias normativas, que devem obrigatoriamente dialogar, tal qualmente é o que ensina Rangel³⁰⁶:

[...] As constituições hão-de combinar normativos formais e escritos com dinâmicas e práticas normativas não positivadas. As constituições serão, pois, ordens fragmentárias parcialmente escritas, parcialmente não escritas, com uma abertura, permeabilidade e porosidade estruturais. Essa natureza dispersa dos materiais constitucionais há-de reproduzir também a diversidade de níveis a que a diferentes matérias sujeitas a regulação são tratadas.

Talvez o que estejamos propondo seja deveras ousado, já que queremos, segundo a teoria do transconstitucionalismo, que os tópicos argumentativos fundantes de outras ordens jurídicas, tal como as Cartas de Direitos Fundamentais, as Constituição de outros Estados, os Tratados Internacionais, as sentenças proferidas por outros Tribunais Constitucionais, sejam também utilizados para solver os nossos problemas, principalmente por causa da plasticidade e intersemioticidade que a Constituição apresentará nessa visão transconstitucional. Quando defendemos a plasticidade da Constituição, tentamos ressaltar a capacidade de adequação e integração que se pode ter com outros sistemas jurídicos, ou mesmo, com as próprias normas constitucionais materiais, que se fazem presentes em outros documentos normativos, tal como os Tratados de Direitos Humanos, que em razão de sua matéria ostentarão esse *status*. Quanto a intersemioticidade, queremos demonstrar que os

³⁰⁶ RANGEL, Paulo. Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. In: *Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976*, v. 1, pp. 151-174, Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 167.

direitos fundamentais são diferentes conforme a cultura de cada Estado, basta compararmos o ocidente com o oriente, mas mesmo assim, entendemos que o princípio da dignidade poderá ser por eles compartilhado, pela via do “prestar atenção ao outro”, mesmo que as culturas mostrem-se completamente díspares.

Para que possamos ilustrar a figura do transconstitucionalismo, passamos a elencar, mesmo que brevemente, algumas decisões judiciais que o deixaram transparecer.

A primeira decisão que trataremos refere-se ao caso *Sahin v. Turkey*³⁰⁷. Ocorre que a estudante de medicina Leyla Sahin foi impedida por uma circular emitida pela Faculdade de medicina Cerrahpasa na Universidade de Istambul de frequentar aulas, palestras ou realizar provas por causa do uso do véu islâmico, sendo que o mesmo se dava em função da sua religião muçulmana. Após medidas disciplinares terem sido tomadas contra a aluna, a mesma recorreu ao Tribunal Administrativo de Istambul que considerou que a medida não era ilegal. Dessa decisão a aluna recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos contra a Turquia por violação à liberdade religiosa, de pensamento e de crença assegurados na Convenção Europeia de Direito Humanos. A CEDH decidiu que as restrições estabelecidas pela Turquia ao uso do véu islâmico eram justificadas pelo contexto especial daquele país que pretende promover o secularismo. Por tratar-se de uma questão sensível a discussão acerca de direitos humanos que encontram um leque de proteção nacional e supranacional, o transconstitucionalismo foi uma ferramenta necessária para se promover o diálogo entre as ordens jurídicas supra mencionadas, tentando-se portanto, estabelecer alguns limites a esse secularismo.

O segundo caso que trataremos refere-se ao Brasil e foi escolhido justamente por ser emblemático na literatura nacional. Ocorre que o art. 7.º³⁰⁸ da Convenção Americana de Direitos Humanos (já referido Pacto de São José da Costa Rica) apresenta uma redação que colide frontalmente com o art. 5.º, inciso LXVII³⁰⁹ da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF), visto que essa última possibilita a prisão civil do depositário infiel, ao contrário da disposição do Pacto de São José, que o proíbe. O Supremo Tribunal Federal em acórdão

³⁰⁷ Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=924673>>.

³⁰⁸ Pacto de São José da Costa Rica.

Art. 7º. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

³⁰⁹ Art. 5º. 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:

(...)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

proferido no HC 87.585/TO³¹⁰ declarou que os tratados possuem hierarquia supralegal, sendo que a Constituição admitiu a prisão, mas ficaria a cargo da legislação infraconstitucional regulamentá-la no sentido de sua permissão ou proibição. Assim, impediu-se a colisão do Pacto com a decisão do STF, promovendo-se o diálogo entre os mesmos.

Outro caso revelador do transconstitucionalismo no que toca ao diálogo entre cortes constitucionais, ou seja, a troca constitucional mediante menções recíprocas e expressas de decisões de Tribunais de outros Estados, podemos citar a Decisão da Corte sul-africana no caso *State v. Makwanyane*³¹¹, processo n. CCT/3/94, proferida em 06 de junho de 1995, cuja discussão tem como pano de fundo a pena de morte, que diante deste caso, foi declarada inconstitucional. Na decisão há expressa menção a decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entre outros³¹².

Sempre associamos o clássico constitucionalismo à presença de uma Constituição vinculada ao Estado e se nossa visão continuar sendo sem adaptações a conjuntura global atual, corremos o risco de afirmamos a extinção desse movimento. Claro

³¹⁰ Decisão do STF no HC 87585/TO Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 20 maio 2012.

Transcrevo alguns trechos da decisão de lavra do Ministro Marco Aurélio para melhor elucidar o caso:

[...] Vê-se daí considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de Direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”.

[...] Torna-se evidente, assim, que esse espaço de autonomia decisória, proporcionado, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, pela própria Constituição da República, poderá ser ocupado, de modo plenamente legítimo, pela normatividade emergente dos Tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ainda mais se lhe conferir, como preconiza, em seu douto voto, o eminente Ministro Gilmar Mendes, caráter de ‘supralegalidade’, ou então, com muito maior razão, se se lhes atribuiu, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional”

³¹¹ Disponível em: <<http://41.208.61.234/uhtbin/cgiisirsi/20120521200552/SIRSI/0/520/J-CCT3-94>>.

³¹² Transcrevo algumas passagens da decisão:

[35]“Customary international law and the ratification and accession to international agreements is dealt with in section 231 of the Constitution which sets the requirements for such law to be binding within South Africa. In the context of section 35(1), public international law would include non-binding as well as binding law. They may both be used under the section as tools of interpretation. International agreements and customary international law accordingly provide a framework within which Chapter Three can be evaluated and understood, and for that purpose, decisions of tribunals dealing with comparable instruments, such as the United Nations Committee on Human Rights, the Inter-American Commission on Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights, the European Commission on Human Rights, and the European Court of Human Rights, and in appropriate cases, reports of specialised agencies such as the International Labour Organisation may provide guidance as to the correct interpretation of particular provisions of Chapter Three.

“[40] The earliest litigation on the validity of the death sentence seems to have been pursued in the courts of the United States of America. It has been said there that the "Constitution itself poses the first obstacle to [the] argument that capital punishment is per se unconstitutional”.

que as coisas se alteraram, os problemas ultrapassaram fronteiras e a Constituição, que sempre esteve associado ao Estado, não está apta, por si só às respostas de que precisamos.

Se a Constituição, que sempre foi vista ligada ao conceito estatal, já não é a mesma, porque então não lhe damos a chance de continuar sendo o documento maior dentro de um Estado? Basta adequá-la às novas possibilidades surgidas em meio à globalização, internacionalização, supranacionalização e transnacionalização, por meio da implementação da teoria do transconstitucionalismo, uma vez que a dinâmica regulatória dos Estados terá que se adaptar à interação necessária entre os entes públicos e privados, Tribunais Constitucionais e Supranacionais e que com a presente teoria esse relacionamento tende a ser mais eficaz e harmonioso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de nosso trabalho fizemos uma vinculação necessária entre o Estado e a Constituição justamente como corolário da perspectiva do constitucionalismo moderno e, ao propor uma adequação dessa teoria aos novos tempos demarcado pelas mazelas da sociedade multicêntrica mundial, percorremos o caminho em direção ao transconstitucionalismo.

Dissemos atrás que o constitucionalismo foi o movimento, principalmente o que se deu no período moderno, responsável por construir a figura da Constituição moderna e essa limitou o poder político e elevou a ideário estatal a previsão e garantia dos direitos e liberdades fundamentais.

Afirmamos que a existência, no período antigo e medieval, de uma organização mínima do Estado já seria suficiente para percebermos a presença da Constituição, contudo, essa seria aquela que atende pela designação de histórica, cuja característica repousava na presença de uma simples ordenação social e política, característica de qualquer sociedade, e que, conseqüentemente, desempenhava uma função distinta da que passamos a conceber no período moderno: a Constituição surgida nesse momento seria o instrumento apto, dentro de determinado espaço territorial estatal, a tratar das questões relacionadas à organização, legitimação e fundação do poder político e, principalmente, reconheceria os direitos fundamentais, ou melhor, elevariam tais elementos a paradigmas insuplantáveis dos ordenamentos jurídicos estatais.

Neste ponto em particular, abrimos um parêntese: há de se ressaltar que durante o século XVIII e seguintes constitucionalizou-se aquilo que somente muito tempo depois passamos a ter consciência de que não refletiam o princípio da dignidade humana, a exemplo do voto censitário, da segregação racial e da escravidão. Dessa forma, pode ser que ainda hoje constitucionalizemos algumas situações que somente as gerações futuras perceberão serem inadequadas e desprovidas de qualquer noção de igualdade material entre os seres humanos. Torcemos para que não sejam nesses termos.

Com nosso estudo ousamos discorrer sobre soluções possíveis aos problemas surgidos em meio à globalização ou mundialização dispensando esforços sobre as questões que gravitam em torno dos direitos fundamentais, por isso, ao dedicarmos um capítulo específico sobre a evolução dos mesmos, foi possível concluir a indispensabilidade da ligação que tais direitos mantêm com o movimento constitucional moderno. Aliás, pudemos constatar

que a Constituição moderna, que é fruto desse movimento, somente conseguiria ser adjetivada de Lei Fundamental se abarcasse os direitos fundamentais.

Diante de um mundo globalizado, onde os problemas relacionados aos direitos fundamentais ganham ares de transterritorialidade e diante da nova realidade em que o Estado já não é o que era, foi impossível não travarmos uma discussão sobre os novos mecanismos aptos a atingir uma maior eficácia dos catálogos de direitos e, por vezes, até de se tentar superar o clássico constitucionalismo moderno, e conseqüentemente, a repensar a estrutura piramidal do ordenamento jurídico proposto por Hans Kelsen.

O problema da articulação dos instrumentos normativos nacionais, transnacionais ou supranacionais que consagram os direitos fundamentais mostrou-se como uma tarefa árdua e nem sempre retilínea. Diversas teorias surgiram, e, tentando atender às limitações espaciais que tínhamos, expomos os principais pontos sobre o *judicial dialogue*, o constitucionalismo global, o Direito Internacional, o constitucionalismo social, a interconstitucionalidade e o transconstitucionalismo.

Ao longo da nossa pesquisa, acabamos por eleger a teoria do transconstitucionalismo, já que essa baseia-se na necessidade de ponte de transição entre a política e o direito, justamente tendentes a entrelaçar, ou melhor, promover o diálogo entre as ordens nacionais, supranacionais, estaduais e internacionais. Tal mecanismo tem nas decisões de juízes e Tribunais papel protagonista, mas não podemos cingi-lo a esta única forma de manifestação, visto que esse intercâmbio pode ser feito pelo Poder Legislativo, Executivo e pelos administradores de Estados e até mesmo entre “ordens normativas” provenientes de agentes não governamentais.

Neste ponto em particular, não preconizamos a criação de um novo constitucionalismo, mas apenas uma visão renovada de tal movimento à luz das atuais necessidades surgidas da sociedade multicêntrica mundial. Sabemos, por todos os elementos explanados, que a Constituição já não pode ser vista como um instrumento de salvaguarda de todos os direitos fundamentais, ostentando como outrora uma localização de topo em uma pirâmide normativa. O papel dela deverá ser flexibilizado. Essa flexibilização não pode ser entendida como uma diminuição de sua importância, pelo contrário, será uma adaptação aos tempos, ou seja, em alguns momentos ela será considerada como uma Constituição parcial, em outros, continuará a ser a mesma norma responsável pela validade das legislações infraconstitucionais. Tudo isso como sucedâneo da necessidade de se ter um diálogo com outras ordens no intuito de se obter uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

Um dos grandes méritos da teoria do transconstitucionalismo é o respeito às especificidades culturais, sociais e étnicas de cada uma das ordens envolvidas no diálogo. Aprender com o outro faz parte do processo evolutivo individual do ser humano, então, por que não estendermos tal dogma para o mundo jurídico, já que os seus reflexos serão sentidos por cada indivíduo que depende de uma decisão ou norma proveniente desses entes que dialogam? Entendemos ser possível e necessário esse aprendizado mútuo. Um dos pontos que consideramos mais relevante na resposta a esse questionamento, seguindo-se o exemplo do próprio Direito Internacional, é a tentativa de se estabelecerem *standards* mínimos de proteção e garantia das liberdades.

Quando os direitos fundamentais surgiram, a doutrina os nominou de direitos de primeira dimensão ou geração, sua proclamação generalizada não foi algo automático e imediato. Pelo contrário, todo o movimento do constitucionalismo, que durou e dura séculos, foi um processo de lenta pulverização pelo mundo, onde os Estados começaram a espelhar-se nos demais para, em nível interno, também passarem a contemplar os direitos e garantias fundamentais. Ressalte-se que esse processo não foi concluído, pois muitos Estados, a exemplo do que ocorre com alguns do Oriente Médio, principalmente por uma questão cultural e religiosa, vêem os direitos fundamentais e os consagram de forma diversa da que nós os concebemos, ou seja, o processo de se estabelecer um *standard* mínimo ainda não obteve uma alcance geral e irrestrito. Pelo menos aos olhos dos Estados Ocidentais que se espelham no movimento constitucional liberal do século XVIII.

Outro mérito do transconstitucionalismo é não preocupar-se em estabelecer uma ordem prevalente ou a última *ratio* acerca do que se discute, pois ao implementar tal comportamento, o operador do Direito estará se valendo e respeitando as especificidades de seu ordenamento jurídico sem desprezar o que já deu certo em outro Estado que com ele está interligado em consequência da globalização. A Constituição tem a prerrogativa de ilustrar e representar as características dos indivíduos que possuem com o Estado o vínculo jurídico-político – os seus nacionais - mas não estará fechada à contribuição de outros Tribunais, entes políticos ou órgãos extra-estatais ou supra-estatais.

Em linhas pretéritas colocamos um questionamento acerca de como se pode estabelecer um nível mínimo de proteção aos direitos fundamentais do ser humano em um espaço territorial transcendente ao Estado e, feitas todas as considerações sobre o constitucionalismo e a sua crise, as incertezas sobre o atual papel da Constituição, o surgimento de ordens internacionais (não falamos aqui do Direito Internacional clássico),

transnacionais, supranacionais e a inquietude sobre de quem seria a última *ratio* diante de uma problema posto, chegamos a uma resposta que representará para nós, o nosso epílogo: de que precisamos vivenciar um constitucionalismo a luz do transconstitucionalismo, partindo-se do pressuposto de que o ser humano é o mesmo em qualquer tempo e lugar, respeitadas as culturas e práticas sociais que acabam por conferir-lhes o único ponto gerador de singularidades mas que não se mostram resistentes à soluções dos problemas à luz de princípios igualmente caros a qualquer pessoa, tempo e lugar, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Dessa forma estaremos repensando o constitucionalismo, sem a necessidade de se criar uma Constituição que abarcará todas as situações possíveis, até porque isso é impensável na sociedade mundial contemporânea, mas tentaremos manter a importância desse instrumento normativo, não como se fosse o único ou último expediente à superação das dificuldades, mas como mais um recurso pronto ao diálogo entre as diversas ordens estatais, extra ou supraestatais, propulsor do aprendizado recíproco por parte de quem tem a competência para solucionar as demandas, de forma que se estabeleça um patamar mínimo civilizatório de direitos fundamentais, em qualquer local do globo terrestre, bastando para isso, que o seu destinatário ostente a condição humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BARACHO, J. A. O. Teoria Geral do Constitucionalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 91 (1986), p. 5 e ss. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181702/1/000424691.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: *Consultor Jurídico*, 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil>. Acesso em: 12 maio 2012.

_____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade*, Coimbra: Almedina, 2006.

BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Historia del derecho natural: un ensayo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale; Gaetano Lo Mônaco. 11. ed., v. 1. Brasília: Editora UnB, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional*. In: CANOTILHO, Gomes J. J.; STRECK, Lênio. *Entre discursos e culturas jurídicas* (coord.). Coimbra: Studia Iuridica, n. 89, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Estado de Direito* (Coleção Fundação Mario Soares). Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. *A Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador: contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

_____. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____; SILVA, Suzana Tavares da. *Metódica Multinível: "Spill-over effects" e interpretação conforme o direito da União Europeia*. In: *Revista de legislação e de Jurisprudência*. Coimbra: Coimbra editora, n. 3955, pp. 182-199, mar.-abr. 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 6. ed. Belo Horizonte: Delrey, 1999.

CEIA, Eleonora Mesquita. Tratados internacionais e constituições nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa. In: *Academia.edu*. Disponível em : <http://jus.academia.edu/emceia/Papers/157951/Tratados_internacionais_e_constituicoes_nacionais_na_jurisprudencia_constitucional_do_Brasil_e_da_Europa>. Acesso em : 20 maio 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização*, Lisboa: Quid Juris, 2009.

COUTINHO, Pedro Oliveira. O controle do poder e a idéia de Constituição. In: *Lex Humana*, n. 1, pp. 250-297. Petrópolis, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 8. ed. 8. reimpr. Madrid: Taurus Humanidades, 1992.

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução Emílio Peluso Neder Meyer. In: *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, pp. 02-11, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FORNOS, Iván Escobar. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Nicaragua: Hispamer, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. *De la Antigüedad a nuestros días*. Traducción Manuel Martínez Neira. Madri: Trota. 2001.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in Changel World. *In: The Twilight of Constitutionalism?* pp. 21-41. New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Traducción Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70. 2012.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* (contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude). Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

KUMM, Mattias. The Best of Times and the Worst of Times. *In: The Twilight of Constitutionalism?* pp. 218-237. New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel, 1979.

LUCAS PIRES, Francisco. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina, 1997.

MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Brasília: editora UnB, 11 ed. [s. d.], p. 247.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción José Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Nova, 1946.

MEXICO, Constituição Mexicana. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>> Acesso em: 28 abr. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Lisboa: Livraria Petrony. 1976.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, [s. d.].

_____. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. 4, 2012.

MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*. Madri: Tecnos. 1998. p. 23.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009.

_____. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino-Americana. In: *Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976*, v. 1, p. 107-150. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

NOVAES, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Constitucionalismo Multinível: contribuição para compreensão da interconstitucionalidade no Estado Constitucional. In: *Revista eletrônica do Direito do Estado (REDE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, abr.-maio-jun., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

OTERO, Paulo. Direitos econômicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. *In: Tribunal Constitucional: 35 aniversário da Constituição de 1976*, v. 1, pp. 37-55, Coimbra: Coimbra editora, 2012.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. O transconstitucionalismo: atualidades constitucionais. *In: Revista Jus navigandi*, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21398/o-transconstitucionalismo-atualidades-constitucionais>>. Acesso em: 20 maio 2012.

PIRES, Francisco Lucas. Introdução ao Direito Constitucional Europeu...

PORTUGAL. Constituição. Lisboa: 1976.

PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood. *In: The Twilight of Constitutionalism?* pp. 41-65, New York: Petra Dobner and Martin Loughlin, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra. 2010.

RANGEL, Paulo. Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. *In: Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976*. v. 1, pp. 151-174, Coimbra: Coimbra editora, 2012.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. Estado, democracia e globalização. *In: Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial*. Brasília: [s. n.], v. 5, n. 1, pp. 1-19, jan.-jun. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Teoria da Constituição e estado democrático de direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente? [s. l.] In: *Revista Doutrina*, n. 13, pp. 280-310, 2002.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEUBNER, Gunther. A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, v. 14, n. 33, pp. 9-31. Piracicaba: Unimep, jan.-abr. 2003.

_____. Fragmented Foundations. In: *The Twilight of Constitutionalism?*. pp. 345-361, New York: Petra Dobner an Martin Loughlin, 2010.

TEUBNER, Gunther. A lei em tempos de globalização: entrevista com Gunther Teubner. [18 de setembro de 2009]. Tradução Benno Dischinger. *Jornal II Manifesto*. Entrevista concedida a Giuliano Battiston. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-antiores/26013-a-lei-em-tempos-de-globalizacao-entrevista-com-gunther-teubner>>. Acesso em: 15 dez. 2013.