

**UNIPAC- UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE  
UBERABA**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ALEXANDRE CORRÊA BONIFÁCIO**

**O NEOCONSTITUCIONALISMO ENFOCANDO OS DIREITOS E  
GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**Uberaba- MG**

**2014**

**ALEXANDRE CORRÊA BONIFÁCIO**

**O NEOCONSTITUCIONALISMO ENFOCANDO OS DIREITOS E  
GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UNIPAC – Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora Professora: Rossana Cussi Jerônimo.**

**Uberaba- MG**

**2014**

**ALEXANDRE CORRÊA BONIFÁCIO**

**O NEOCONSTITUCIONALISMO ENFOCANDO OS DIREITOS E  
GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UNIPAC– Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora Professora: Rossana Cussi Jerônimo.**

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

**Prof. \_\_\_\_\_.**

**Universidade Presidente Antônio Carlos de Uberaba- UNIPAC**

**Prof. \_\_\_\_\_.**

**Universidade Presidente Antônio Carlos de Uberaba- UNIPAC**

**Prof. Me. \_\_\_\_\_.**

**Universidade Presidente Antônio Carlos de Uberaba- UNIPAC**

## Sumário:

<b>Introdução.....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo 1: Marcos do Neoconstitucionalismo.....</b>	<b>18</b>
1.1- Marco Filosófico.....	18
1.2- Marco Histórico.....	25
1.3- Marco Teórico.....	26
1.1.2-Interpretação Moral do Texto Constitucional.....	27
1.1.1-Relação Entre o Direito e os Valores.....	29
<b>Capítulo 2: Neoconstitucionalismo e seus Reflexos na Constituição Brasileira de 1988.....</b>	<b>34</b>
<b>Capítulo 3: Constitucionalização de Princípios Fundamentais.....</b>	<b>37</b>
3.2- Dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.....	38
3.3-Dos princípios reitores de matérias infraconstitucionais.....	42
3.3.1-Princípios constitucionais reitores do direito penal e processual penal.....	43
3.3.2- Princípios constitucionais de Direito Internacional.....	47
3.3.3- Princípios constitucionais Reitores da ordem econômica e financeira da República Federativa do Brasil.....	48
3.3.4- Princípios reitores da Administração Pública.....	50
Considerações Finais.....	53
<b>Referências.....</b>	<b>55</b>

Dedico este trabalho ao Senhor Jesus, que tanto me abençoou, aos meus pais e à minha esposa, pelo apoio oferecido durante estes pequenos passos percorridos sobre a estrada da vida.

“Porque eu v<sup>o</sup>-lo digo em verdade: se tivésseis fé como um grão de mostarda, diríeis a esta montanha: transporta-te daqui para ali, e ela se transportaria, e nada vos seria impossível”.

(São Mateus, 17: 14-20).

## **AGRADECIMENTOS**

**Agradeço ao Excelso Criador e ao seu filho unigênito Jesus Cristo, por derramar sobre mim as bênçãos que me permitiram lograr alcançar tão impossível objetivo.**

**Agradeço aos meus pais Lúcia e Antônio e a minha esposa Fernanda, por todo o aparato que me ofertaram.**

**Agradeço a minha orientadora a professora Rossana Cussi Jerônimo pela oportunidade de desenvolver este tema.**

**A todos com quem compartilhei importantes conhecimentos.**

## RESUMO

O neoconstitucionalismo, indubitavelmente, é um tema muito importante e vem se manifestando mediante os trabalhos de muitos estudiosos do campo do Direito Constitucional. Este instituto abarca tamanha relevância, por permear os aspectos mais sensíveis do Direito Constitucional, revelando as tendências atuais e os progressos que o constitucionalismo logrou alcançar ao longo de sua trajetória histórica. Abstendo-se de uma roupagem predominantemente positivista, que “enclausurava o Direito e a Justiça na masmorra da letra fria da Lei”, este novel modelo jurídico-constitucional comporta-se de maneira mais maleável e abrangente, tendo por escopo alcançar a justiça substancial. Como alguns dos caracteres mais relevantes do neoconstitucionalismo, podem ser apontados: a constitucionalização de princípios fundamentais; a atribuição de força normativa às Constituições; a adoção do princípio da supremacia da Constituição; e a constitucionalização dos direitos fundamentais. Diante desse contexto, o presente Trabalho de Conclusão de Curso, sem a pretensão de esgotar o tema, o que seria impossível nessa oportunidade, busca mostrar, sucintamente, a evolução do neoconstitucionalismo, seus principais contornos e sua importância perante o constitucionalismo hodierno.

Palavras Chaves: neoconstitucionalismo, Constituição, direitos fundamentais, aspectos.

## ABSTRACT

The neoconstitucionalismo, undoubtedly, is a very important subject and is manifesting through the work of many scholars of Constitutional law. This Institute covers such relevance, for more sensitive aspects permeate constitutional law, revealing current trends and progress that constitutionalism was able to achieve throughout its historical trajectory. Refraining from a predominantly positivist garb, which "hemmed the law and Justice in the Dungeon of the cold letter of the law", this novel legal-constitutional model behaves in a more flexible and comprehensive, with the scope to achieve substantial justice. As some of the most relevant characters of neoconstitucionalismo, can be singled out: the constitutionalisation of fundamental principles; the role of normative force to Constitutions; the adoption of the principle of supremacy of the Constitution; and the constitutionalisation of fundamental rights. In this context, the present monography, without the pretension of exhausting the subject, which would be impossible on this opportunity, seeks to show briefly the evolution of neoconstitucionalismo, its main contours and its importance to the modern constitutionalism.

**Key words:** neoconstitucionalismo, Constitution, fundamental rights aspects.

## OBJETIVO

Analisar as questões que norteiam o Neoconstitucionalismo, algumas de suas principais nuances, contradições e características em geral.

Desbravar novos horizontes no que atine a forma como o constitucionalismo se situa na hodierna conjuntura.

Demonstrar a irradiação da essência constitucional sobre todo o ordenamento jurídico e como os princípios, os direitos e garantias fundamentais se transmutaram e passaram a constituir o sustentáculo do Estado constitucional de direito, trazendo uma nova e revolucionária realidade jurídica, que prima pelos direitos humanos, pela aplicação da moral e da ética em todo o movimentar jurídico.

Evidenciar os aspectos negativos que podem surgir de uma utilização imprudente de todo esse novo regime bem como demonstrar os perigos que rondam uma camuflada tentativa de burlar esse novo sistema em prol de finalidades outras, que não em benefício geral.

Trazer á tona as perspectivas apresentadas pela nova ordem, em que reina o Estado constitucional de direito, mergulhando com a maior minúcia possível no interior de seus caracteres e de suas especificidades.

Contemplar as aquisições auferidas mediante pretéritas batalhas, de maneira a compreender os reais benefícios que se logrou adquirir e buscar vislumbrar as lacunas remanescentes, avaliando possíveis ferramentas adequadas para ajustar eventuais disparidades insertas no novel modelo constitucional.

Adentrar nos meandros do neoconstitucionalismo, de modo a captar a natureza de seus reflexos na vida das atuais e, quiçá, das futuras gerações, empreendendo, assim, uma pesquisa, respaldada pelos posicionamentos de renomados autores cujas reputações os precedem, acerca das tonalidades que denota e traduz.

Entender a dissonância dos ideais dessa nova e promissora conjuntura, frente às mazelas sociais ainda persistentes, visualizando a questão da ineficácia, ou eficácia parcial, do novo modelo, vislumbrando possíveis causas responsáveis e lançar mão de esforços tendentes a encontrar soluções plausíveis o suficiente para trazer resultados satisfatórios e eficazes.

## Introdução

Antes de adentrar o mérito do que seria o Neoconstitucionalismo, cumpre por bem fazer breve referência ao que se considera como constitucionalismo.

O constitucionalismo, como todos os institutos humanos, não é algo estático, que se engessa frente aos acontecimentos. Ao contrário, é metamorfoseado ininterruptamente e adquire novas roupagens conforme o momento histórico em que se insere.

Ao longo de toda a história houveram contextos os mais variados, nos quais é possível auferir uma gama imensurável de transformações sócio-econômico-culturais, implementadas pelo constitucionalismo vigente.

Dentre os marcos mais importantes do constitucionalismo podem ser citados: a instituição da Magna Carta em 1215, a criação da Constituição americana em 1787, a Revolução Francesa em 1789 e a criação da Constituição francesa de 1791.<sup>1</sup>

Segundo Canotilho o Constitucionalismo é uma:

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. Neste sentido o Constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. È, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como dos temas da democracia ou como a teoria do liberalismo.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> **BARROSO**, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil](#). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 maio 2014.

<sup>2</sup> **CANOTILHO**, J. J. Gomes *Direito Constitucional e Teoria Da Constituição*, 7º Ed., p. 51 apud **LENZA**, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 17º Ed. 2013, P. 58.

Kildare Gonçalves Carvalho<sup>3</sup> estabelece que o constitucionalismo:

“... em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo enfeixado na Constituição e que se encontra acima dos detentores do poder; já em termos sociológicos, representa um movimento social que dá sustentação a limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado.”

André Ramos Tavares aduz que:

“... numa segunda acepção, é identificado como a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível para identificar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. “Numa vertente mais restrita o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado estado”<sup>4</sup>

O constitucionalismo, inobstante as belíssimas descrições feitas pelos renomados autores supracitados, revestiu-se, outrora, de caracteres sobremaneira díspares daqueles que hodiernamente o constitui. A juridicidade exacerbada era uma constante, aos moldes do positivismo, teoria segundo a qual, direito legítimo é aquele que se apresenta escrito, sem se ater a juízos de valor.

Restringia-se, assim, o constitucionalismo, a questões e institutos estruturais, econômicos e funcionais, deixando para o legislador infraconstitucional, a incumbência de tratar de matérias mais próximas da realidade social e das questões fáticas.

Inobstante, assim como ocorre com todos os institutos humanos, o constitucionalismo evoluiu, paulatina e substancialmente, envolvendo-se em novas roupagens e passando a apresentar novas especificidades.

Com a Segunda Grande Guerra Mundial, foram cometidas indelévels atrocidades e perpetradas inenarráveis violações aos direitos humanos. Milhões de

---

<sup>3</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo, 12º Ed. P. 211 apud LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 17º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

<sup>4</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 4º Ed. P. 1 apud LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 17º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

pessoas foram mortas de forma cruelíssima, sendo tentada uma verdadeira limpeza étnica.<sup>5</sup>

Devido ao fato de que, a maioria dos Estados soberanos ficou assustada com a proporção dos danos causados a humanidade e a implausibilidade de que tais eventos voltassem a ocorrer, em 10 de dezembro de 1948, foi promulgada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, (a Resolução de número 217) a Declaração Universal Dos Direitos Humanos, onde foram fixadas várias diretrizes a serem observadas a partir de então, com o escopo de coibir futuros propósitos destrutivos em face da humanidade.

Como pujante exemplo da imensurável importância de citada declaração, é, sobremaneira, plausível transcrever o seu preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado com a mais alta aspiração do homem comum, considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, a rebelião contra tirania e opressão, considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, a Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com os objetivos de que, cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter Nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e

---

<sup>5</sup>BARROSO, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil](#). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 maio 2014.

efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.<sup>6</sup>

Fazendo uma pormenorizada análise de tal postulado, resta nítida a densa carga valorativa que ela abarca e a amplitude dos compromissos que, por meio dela, os Estados-Membros sopesaram, fazendo emergir indelével responsabilidade de construir um mundo melhor e de não inculcar, nos mesmos erros, outrora perpetrados pela incúria, desamor e irracionalidade de alguns grupos e indivíduos historicamente apontados como “protagonistas da destruição”.

Mediante o “lindo poema” supracitado é fácil auferir a ideologia segundo a qual foi confeccionado e divisar as profundas marcas que macularam as memórias daqueles que presenciaram os tempos que o antecederam. Assim, é possível vislumbrar o alvorecer de um novo constitucionalismo que se espraia pelo novo mundo, imbuído de traumas, porém, envolto em vastas experiências que, por si sós, são capazes de darem origem a um mundo melhor e mais promissor, além de materializar-se em um espaço povoado por indivíduos deveras mais conscienciosos e amadurecidos pelos equívocos do passado e pela expansão de suas capacidades intelectuais.

Uma vez feita sintética explanação sobre o que pode ser entendido como constitucionalismo, pertine adentrar os meandros do neoconstitucionalismo, também definido como constitucionalismo hodierno, vez que se trata do veraz escopo do presente trabalho, trazendo a lume noções preambulares sobre referido instituto.

Os estudiosos passaram a desenvolver novas concepções acerca do instituto do constitucionalismo, iniciado o século XXI, sendo atualmente conceituada como “**neoconstitucionalismo** ou **pós-positivismo** ou, ainda, **constitucionalismo pós-moderno**”.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**- Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948;

<sup>7</sup> Pedro Lenza, Direito Constitucional Esquematizado, 17º Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

Procura-se, segundo as novas diretrizes, ir além de simplesmente limitar a concepção de constitucionalismo a noção de controle e limitação do poder estatal, mas alcançar a efetividade e concreção dos ditames constitucionais, abstendo-se a Norma Maior de apresentar caracteres simplesmente poéticos e inócuos, que não acontecem no plano fático, mormente em face dos anseios de concreção das garantias e dos direitos fundamentais.<sup>8</sup>

Nas palavras de Walber de Moura Agra:<sup>9</sup>

o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo, podendo ser mencionados dentre suas principais características: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

Pedro Lenza, manifestando seu posicionamento sobre referido aspecto aduz:

No Estado Constitucional de Direito supera-se a idéia de Estado legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A lei, e de modo geral, os poderes públicos, então, devem, não só observar a forma prescrita na constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A Constituição, assim, adquire, de vez o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup>BARROSO, Luís Roberto, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)” e Écio Otto e Susanna Pozzolo, (Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição), 3º ED., p. 15 a 62, Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

<sup>9</sup>AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional, 4º Ed.; p. 31 apud LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, pg. 55, 17º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 64

<sup>10</sup>LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, na 17º edição, pg. 65, editora Saraiva, 2013.

Neste patamar contextual, uma vez constitucionalizados os princípios e valores, a enorme e expressiva dificuldade com a qual o neoconstitucionalismo se depara, passa a ser a concreta e efetiva aplicação dos novéis institutos.

Dentro desta nova realidade, procura-se auferir um constitucionalismo social, aditado a outro solidário e fraterno, que logra metamorfosear para o mundo tátil e concreto, aquilo que, até então, só existia nas regiões subjetivas dos indivíduos, ou seja, em seus corações e em suas mentes, como resultado das aspirações sociais.

O direito constitucional do presente, não mais é aquele alheio aos anseios sociais, aquele indiferente, que não se envolvia nas peripécias das quais a sociedade era alvo.

O constitucionalismo outrora já consistiu em mero e institucionalizado instrumento de opressão social e do despotismo de homens orgulhosos e fanáticos pelo poder. Fora alhures, mecanismo revestido de roupagem jurídica, porém despido de valores como a justiça, a honra e a legitimidade, dando ensejo, assim, a atrocidades justificadas pela crisálida da legalidade fria e indiferente, que matava e destruía denotando falsas aparências de justiça pública.

Homens como Hitler, desmaterializaram sonhos; fulminaram personalidades; destroçaram corpos e almas, fazendo eclodir o sentimento de impunidade legalizada, de descrença e injustiça.

Todas estas abomináveis ações foram perpetradas sob o fulcro jurídico, com a sanção da lei e da própria Constituição, tornando legais (mas não legítimos) os atos que as constituíram.

Embasado em toda essa gama de eventos danosos é que se originou e emergiu um novo ideal de construir um mundo melhor e menos cruel, nascendo, mediante as noções e experiências auferidas, uma nova e radiante luz, que clareia as mentes e culmina com práticas mais prudentes e racionais, quando das relações interpessoais e coletivas.

O Direito Constitucional hodierno volta-se para o bem da sociedade, não mais atuando em detrimento da mesma, e busca consagrar anelos milenares irradiados por todos os indivíduos ao longo de sua existência.

Neste ínterim, o supracitado direito, impõe a frenagem dos ímpetus políticos, traçando parâmetros e diretrizes compulsórias a serem observados pelos governantes, quando de suas práticas legislativas e governamentais, bem como da administração do Estado e de suas possíveis subdivisões.

Surgiu assim um princípio basal, denominado por diversos doutrinadores, como supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Forçando, assim, a submissão de todo o conjunto legal, aos ditames da Constituição.

Alinhavado em referida diretriz, a Carta Maior estabelece todas as linhas a serem percorridas pela totalidade da legislação infraconstitucional.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup>Écio Otto e Susanna Pozzolo, (Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição), 3º ED., p. 65 a 113, Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

## CAPÍTULO 1

### MARCOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo costuma ser dividido, dentre outros autores, por Luiz Roberto Barroso, renomado constitucionalista e então Ministro do Supremo Tribunal Federal, em três marcos principais, que traduzem os pontos mais fundamentais que caracterizam o percurso deste novel instituto, quais sejam: marco histórico, marco filosófico e marco teórico.

#### I-Marco filosófico

O marco filosófico está relacionado com a superação do positivismo. Este movimento dominou a área do conhecimento jurídico por vasto tempo e cimentou verdades tidas, durante este interregno, como absolutas nas mentes de muitos dos mais ilustres filósofos e cientistas do Direito.

Acreditava-se veementemente que o Direito é uma ciência que carece de pureza, devendo assim continuar. Afirmando-se que preocupações com juízos de valor, questões éticas e morais fariam com que o Direito restasse maculado, conspurcado, perdendo sua genuinidade, tornando-se propenso a adquirir vícios indesejosos.

Áreas apartadas do Direito deveriam se incumbir de cuidar de questões de baixa monta como estas ditas morais, preparando os alicerces antes da incidência do Direito no caso concreto e no mundo dos fatos. A ciência jurídica, para não ser desvirtuada, deveria se adequar a norma, trazendo segurança jurídica e uma veraz justiça embasada no Direito.

Cria-se que juízos de valor dariam azo a desmandos e interpretações viciosas dos institutos jurídicos, oferecendo aos aplicadores das normas, ferramentas capazes de atender a interesses pessoais e levar o ordenamento a servir de mola propulsora da própria destruição do Estado e das massas fragilizadas.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> **BARROSO**, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil](#). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 de maio 2014.

Luiz Roberto Barroso ilustra a esse respeito:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o póspositivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, Agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.<sup>13</sup>

Cynara Monteiro Mariano, sobre esta perspectiva, também ilustra seu entendimento:

A abordagem dogmática do positivismo que originou a concepção formalista/normativista, iniciou-se na Sociologia de Comte. Mas Pareto e Weber foram os mais rígidos defensores da condenação de qualquer contaminação da ciência pelos juízos de valor. Ambos acreditavam que compete ao cientista a responsabilidade de preservar o caráter neutro do conhecimento, de modo a impedir a corrupção do saber científico, pelos valores, assim reputados por eles. Como irracionais. Em Pareto e em Werber, como analisa Norberto Bóbbio:

a feroz defesa de uma ciência destituída de procedimentos valorativos caminha *pari passu* com uma concepção fundamentalmente irracionalista do universo ético: a ética do cientista consiste, precisamente, na defesa do único e limitado reduto da razão, como se revela na enunciação dos juízos de valor.<sup>14</sup>

Um dos mais ferrenhos e contumazes defensores deste movimento, (que faz parte do grupo dos filósofos supracitados) e um dos que o defendeu de forma mais ardorosa, foi Kelsen, filósofo austríaco, mundialmente conhecido, por sua obra: Teoria Pura do Direito.

---

<sup>13</sup> **BARROSO**, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi](#), Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 de maio 2014.

<sup>14</sup> **MARIANO**, Cynara Monteiro. Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário (Neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte Permanente?) – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pg. 27/8.

Referido filósofo, pregava que o direito deve ser puro, genuíno, sem misturas, e impurezas inoculadas por outras ciências e outros institutos humanos, que viriam a desvirtuar e debilitar a pujança e grandiosidade da ciência jurídica.

Kelsen cria que o direito não deve se ocupar com questões somenos como justiça, moral e equidade, sendo completo e acabado pelo simples fato de ter sido confeccionado pelo órgão competente, respondendo, por sua vez ao requisito da legalidade, o que, por si só já basta.

Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, explicitou:

A Teoria Pura Do Direito é uma teoria do direito positivo. Tão somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional e internacional de normas jurídicas. Com o escopo de alcançar maior objetividade de cunho científico, o movimento positivista igualou a lei ao Direito, distanciando-o da filosofia e de questionamentos como justiça e legitimidade, tendo elevada posição hierárquica no entendimento jurídico da primeira metade do século XX. Como teoria, ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder a pergunta “o que é” e “como é” e não a pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. É ciência do direito e não política do direito. Quando se intitula Teoria “Pura” do direito é porque se orienta apenas para o conhecimento do Direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo que não pertence a este exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro. Mas um olhar sobre a ciência do direito tradicional, da maneira como se desenvolveu no decorrer dos séculos XIX e XX, mostra claramente como isto está longe de corresponder à exigência da pureza. De maneira desprovida de todo espírito crítico, o direito se mesclou à psicologia, à biologia, à ética e à teologia. Hoje em dia não existe quase nenhuma ciência especial, em cujos limites o cultor do direito se ache incompetente. Sim, ele acha que pode melhorar sua visão do conhecimento, justamente pedindo emprestado a outras disciplinas. “Com isso, naturalmente, a verdadeira ciência do direito se perde”.<sup>15</sup>

Adotando referido posicionamento, Kelsen explanava sua convicção de que o direito não deve deixar espaço para que o juiz (Estado) use de seu arbítrio para julgar e se utilize de mecanismos que lhe confeririam poderes superiores aos que deve possuir para dizer o direito, desvirtuando os objetivos a serem alcançados por essa ciência.

Assim, questões como justiça, solidariedade, moral, ficariam sob a égide científica da Ética, da Antropologia, da sociologia, entre outras que abarcam maior pertinência na abordagem de referidas questões. Sua derrocada é associada ao fracasso do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, tendo, supracitados regimes

---

<sup>15</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura Do Direito: introdução a problemática científica do direito*; tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2°. Ed. Ver. da tradução.- São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2002, pg. 51-2.

promovido, sob a guarnição da legalidade, a barbárie e o massacre desmedidos, de milhões de seres humanos.

Importantíssimo trazer a baila, alguns apontamentos de Cynara Monteiro Mariano, que aborda o tema de maneira interessante:

Kelsen, inspirado pelo contexto cultural da época, em que as ciências sociais utilizavam-se do método e raciocínio próprio das ciências da natureza, perseguiu esse mesmo objetivo no campo do direito e, assim, formulou a sua teoria pura que representou um verdadeiro divisor de águas na filosofia do direito. Essa concepção teve pressupostos filosóficos na Escola neokantiana, segundo a qual o importante era o método. Somente com rigor metodológico poder-se-ia fazer ciência. Tendo em vista o caráter meramente descritivo de sua concepção sobre o direito, kelsen elegeu as normas jurídicas como seu objeto de estudo, construindo uma teoria formal, desvinculada da metafísica e dos valores, e profundamente obstinada em propor uma separação entre juízos de fato e juízos de valor, de modo a coibir que esses últimos “corrompessem” a pureza da pesquisa científica. Já no prefácio da Teoria Geral do Direito e do Estado, afirmou o pensador austríaco:

{...} “chamando tal doutrina de “teoria pura do direito”, pretende-se dizer que ela permanece livre de todos os elementos estranhos ao método específico da ciência cujo único objetivo é o conhecimento do direito, e não a sua formação. Uma ciência deve descrever o próprio objeto como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ou não deveria ser, com base em alguns juízos de valor específicos. Este último é um problema político e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade que se ocupa dos valores e não é um objeto da ciência, a qual se ocupa da realidade”.

“Também em Kelsen, portanto, assim como em Weber e Pareto, houve uma concepção irracionalista dos valores. Ele acreditava que para ter êxito, a ciência jurídica deveria ser neutra, ou seja, avaliativa. Em consequência, como conclui Bobbio, para não se deixar influenciar pelas próprias preferências ético-políticas, o cientista Kelseniano deveria renunciar a pretensão de oferecer receitas para a ação de modo que a tarefa da ciência seria apenas a de descrever e não prescrever.<sup>16</sup>

É nesta conjuntura que emerge a noção de pós-positivismo como marco filosófico do que tem sido denominado como neoconstitucionalismo. O pós-positivismo objetiva suplantar a legalidade estrita, sem, no entanto, menosprezar o direito posto. Busca realizar uma interpretação moral do direito, mas, sem se utilizar de abstratvismos.

No grupo das novéis idéias surgidas com o novo entendimento, encontram-se a atribuição de força normativa aos princípios e a conceituação de suas inter-relações com as regras e os valores; a formação de uma novíssima e diferente hermenêutica

---

<sup>16</sup>MARIANO, Cynara Monteiro. Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário (Neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte Permanente?) – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pg. 28/9.

constitucional; a reafirmação de uma razão prática e do argumento jurídico; a ascensão de uma teoria dos direitos e garantias fundamentais alicerçada sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, ocorrendo, neste contexto, uma intertextualização entre a filosofia e o Direito.

Com o ocaso deste movimento, materializaram-se tendências mais voltadas para os direitos fundamentais e para o Direito-Ética. Pode-se vislumbrar a eclosão de uma humanização do direito, que pretenderia conceber um direito e uma ciência jurídica que laborem em prol do homem, e não homens que trabalhem em prol do direito ou da ciência.

Passaram com o findar-se do movimento positivista a se tornar inaceitáveis esses entendimentos, que alienavam os indivíduos da seara do saber jurídico e que faziam do homem, um mero e singelo acessório perante o estudo científico do Direito.

Nítido, como o sol ao meio dia, é o fato de que o homem existe sem que exista o Direito, mas o contrário não pode ser concebido. Pois, como é cediço, este último surge, em meio ao caos social, como um instituto voltado a salvaguardar os bens humanos mais importantes e fundamentais, frente à imensurável gama de distúrbios e controvérsias que eclodem no seio social.<sup>17</sup>

Sob a roupagem de um direito puro e genuíno, já ocorreram inefáveis e crudelíssimas violações aos, hoje reconhecidos, direitos humanos fundamentais. Em tempos de governos despóticos e monárquicos foram perpetradas as mais inaceitáveis degradações humanas, atos acobertados por uma legalidade desumanizada e despida de valorização do homem. Com fulcro nestes apontamentos, revela-se por demais pertinente, trazer a lume, poderoso exemplo demonstrador das atrocidades outrora cometidas sob a vestimenta da legalidade estrita. Michel Foucault, na sua obra VIGIAR E PUNIR transcreveu impressionante evento que ocorreu por volta de 1757, em que um homem foi submetido aos mais covardes meios de tortura, até sua morte:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa

---

<sup>17</sup>MARIANO, Cynara Monteiro. Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário (Neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte Permanente?) – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 19 a 55).

carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [ em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e as partes que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e, a seguir, seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.<sup>18</sup>

Não mais se concebe a possibilidade de serem aplicadas penas e julgamentos arbitrários e contrários a dignidade da pessoa humana, como já ocorrera de forma contumaz e natural em tempos mais brutais e violentos.

Houve momentos em que um indivíduo poderia ser condenado com fulcro, única e simplesmente em uma denúncia anônima, ou pura e simplesmente com base em sua aparência física ou condição social.

Nesta época de atrocidades desmedidas, era possível que uma pessoa fosse torturada para que confessasse a suposta perpetração de um crime e, uma vez confessado, fosse torturada para conhecer o verdadeiro significado da dor, para que morresse mil mortes em uma.

Na etapa evolutiva em que se encontravam os seres humanos, todos estes hediondos castigos eram perpetrados com a anuência da sociedade, que muitas vezes vislumbrava e se felicitava perante a destruição de seu semelhante. Cria-se que uma pessoa poderia ser purificada por meio de castigos físicos e adotava-se a vingança contra o corpo orgânico.

Com o transcorrer do tempo, o amadurecimento aflorou, deixando espaço a novas noções de justiça, honra e sobre mecanismos de controle e punição pela prática de crimes. Materializou-se no terreno da mente humana, a concepção de dignidade da pessoa humana e abriram-se espaços a visualizações mais apuradas e evoluídas, no sentido de justiça material, direitos humanos fundamentais, ressocialização, etc.

Uma teoria como a positivista, só fez fermentar tais tendências psicóticas de alguns supostos aplicadores da lei. Uma vez que se cria que a lei não deveria se ocupar com questões como justiça e valores, a mesma apresentava-se como instrumento poderoso para que os mais fortes oprimissem os mais fracos e que os interesses dos mais poderosos sobrepujassem os dos mais débeis.

---

<sup>18</sup>FOLCALT, Michel. *Vigiar E Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. 36ª edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, pg. 09.

Por todos estes horrendos eventos supracitados, é possível, sem muita dificuldade, compreender a natureza contextual que caracterizava as relações sociais e os mecanismos jurisdicionais e penais de referida época.

Percebe-se que a desumanidade era a regra, e tudo que hoje se apresentaria como inconcebível, ocorria de modo trivial. Os indivíduos estavam acostumados com o terror, a ponto de aplaudirem o espetáculo da carnificina humana.

É Imprescindível dispensar atenção à questão das inúmeras guerras já ocorridas ao longo da história. Os homens, em momentos de maior brutalidade, revelaram substancial tendência à belicosidade.

Muitas vezes, por ambição e torpeza, disponibilizaram-se a destruir tudo que se colocava em sua frente para alcançar seus objetivos, sem, muitas vezes, mensurar os nefastos resultados de suas ações.

Diante do citado contexto, forçoso era que, com o passar do tempo, este sistema destruísse a si mesmo, estando os homens dotados da capacidade evolutiva e, por isso, não podendo permanecer perenemente, em tão degradante período de sua trajetória evolutiva.

Hoje, revela-se reinante o entendimento de que, um movimento áspero e insensível perante o campo subjetivo dos homens, como se mostrou o positivismo, teve suas vantagens e seus benefícios em meio a sociedades mais rudes e cujos sentimentos eram mais endurecidos.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário (Neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte Permanente?) – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pg. 19 a 40.

Todavia, desenvolvidos referidos sentimentos pela força inexorável e avassaladora do tempo, abriram-se espaços a compreensões e valores, mais, apurados e voltados para a essência e importância dos seres humanos.<sup>20</sup>

## II- Marco histórico

O marco histórico do positivismo se localiza em um contexto diferente, porém, não totalmente separado do filosófico. Com a incidência da Segunda Grande Guerra Mundial, foram cometidas um sem número de atrocidades que deixaram marcas indeléveis nas memórias humanas.

Doravante, passou-se a divisar a imprescindibilidade da adoção de uma nova postura, por parte dos seres humanos, com o fulcro de coibir novas tentativas de perpetrar semelhantes atrocidades.

Foi neste íterim que os países vencedores da Grande Guerra se uniram para planejar os mecanismos adequados para lograr alcançar tal escopo. Terminada a Guerra, pouco tempo depois, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada, pela Assembléia Geral das Nações Unidas a Resolução de número 217, denominada como: Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento capaz de se constituir no veículo conducente ao novo mundo, sob a perspectiva da paz.<sup>21</sup>

No que concerne ao marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil, Luiz Roberto Barroso, em artigo publicado afirma:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem

---

<sup>20</sup>FOLCALT, Michel. *Vigiar E Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. 36ª edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 9 a 291).

<sup>21</sup>**BARROSO**, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi](#), Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 maio 2014.

sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.<sup>22</sup>

### III. Marco teórico

O marco teórico do positivismo tem por essência a adoção de concepções revolucionárias que dotaram o Direito Constitucional, de uma nova roupagem, tendo como exemplo: o reconhecimento da força normativa da Constituição; expansão da incidência constitucional; os novos dogmas de interpretação constitucional; a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento; a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais e a interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional sob a luz da Constituição.

Sob o prisma da força normativa, é possível concluir que a norma constitucional passa a abarcar em seu bojo um status de norma jurídica, revestindo-se do instituto da imperatividade, permitindo a sua implementação cogente no caso do descumprimento, como ocorre com as demais normas.

Passa, assim a ser possível a aplicação direta de dispositivos constitucionais sem a necessidade de processos dificultosos para tanto. Para ilustrar pertine trazer a lume o posicionamento de **Luiz Roberto barroso**, que muito bem explica o desenvolver de referido tema:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi à atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do

---

<sup>22</sup> **BARROSO**, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi](#), Teresina, [ano 10, n. 851, 1 nov. 2005](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 de maio 2014.

administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.<sup>23</sup>

## 1.2 Interpretação moral do texto constitucional

Ao abordar a questão da interpretação moral da Constituição, mostra-se sobremaneira pertinente, transcrever o instituto conhecido como filtragem constitucional, oriundo do entendimento de alguns estudiosos do Direito, para que se possa compreender de maneira inequívoca o sentido da inserção da moral na exegese constitucional.

O complexo processo qualificado como filtragem constitucional comporta-se como se a essência constitucional, repleta de seus densos valores e de sua avançada moral, fosse irradiada, ventilada sobre todo o ordenamento jurídico, de tal maneira que passa a funcionar como pujantes “anticorpos” que combatem dos organismos normativos e das instituições juridicamente regidas, os “vírus” da ilegalidade desenfreada, da improbidade, da corrupção e a implementar as conquistas sociais já alcançadas.

O espírito constitucional, nesse mesmo contexto fático, imiscui-se, infiltra-se, permeia os núcleos de todos os mecanismos, normas, regras, leis, portarias, resoluções sob sua égide, traçando nortes, impondo diretrizes, delineando parâmetros a serem minuciosa e compulsoriamente observados quando da aplicação do Direito no mundo dos fatos.

Uma vez desrespeitados os delineamentos constitucionalmente realizados, executam-se mecanismos repressivos inibitórios de tais irregularidades e tendentes a coibir a desnaturação dos preceitos constitucionais, impedindo seu conseqüente enfraquecimento. Como exemplo de referidos mecanismos de controle, existem a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação

---

<sup>23</sup> **BARROSO**, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi](#), Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 de maio 2014.

declaratória de inconstitucionalidade por omissão e a ação de descumprimento de preceito fundamental, todos inseridos no texto da Constituição Federal brasileira de 1988.<sup>24</sup>

Com o escopo de conferir maior credibilidade aos argumentos supracitados, ora se transcreve o entendimento de Écio Otto:

O delineamento de uma caracterização que configurou o ordenamento jurídico assentado em uma nova dimensão do princípio da legalidade, mediatizado, agora, desde a supremacia normativa da Constituição, exercerá um empuxo sobre todas as atividades do Estado, fazendo com que as mesmas fiquem submetidas à “força” de atração da Constituição que regulará, inclusive o caráter de validade da produção legislativa emanada de um parlamento democraticamente eleito, operacionalizado desde um eventual controle de constitucionalidade. Neste panorama, os problemas de ciência constitucional se transmutarão a problemas de política constitucional.<sup>25</sup>

Écio Otto prossegue acerca do tema:

com a superação da imagem débil da juridicidade constitucional caracterizada no período liberal e a afirmação, por parte do Estado social de direito, do caráter normativo das constituições, que passará a integrar um plano de juridicidade superior, como forma de assegurar o possível normativo que estava, indubitavelmente, suprimido em face da prevalência restrita do juridicamente regulado, ficou evidenciada a necessária consolidação de um modelo de Estado que pudesse imprimir em sua fórmula a constitucionalização da validade jurídica sob os contornos da dinamização inerente os conteúdos de direito condensados no dever ser (legitimador) da soberania popular. Em particular a extensão epistêmico-normativa e conceitual do princípio da dignidade da pessoa humana- o qual requeria a real estruturação democrática do próprio Estado- imprimirá a necessidade de institucionalizar a proteção de direitos pós-materiais, os quais serão garantidos, agora, a partir da forma política de Estado concebida como Estado Democrático de Direito.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> OTTO, Écio e POZZOLO Susanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição, 3º ED. pg. 65 a 103 - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

<sup>25</sup> OTTO, Écio e POZZOLO Susanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição, 3º ED. pg. 21- Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

<sup>26</sup> OTTO, Écio e POZZOLO Susanna, Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição, 3º ED. pg. 21- Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

## 1.1 A relação entre o Direito e os valores

Consoante fora exposto retro, a teoria propalada pelo movimento positivista jurídico formalista, que encontrou como mais ferrenhos e obstinados defensores, Weber e Kelsen, compreendeu um embasamento do sistema jurídico por meio de princípios situados internamente ao próprio sistema, separando, dessa maneira, qualquer influxo de sistemas normativos alienígenas ao sistema jurídico sobre o Direito. Dessa forma, não se concebia nenhuma intromissão de outros institutos, princípios, diretriz ou nortes sobre o Direito, que não fossem incontestável e intrinsecamente jungidos ao mesmo.

Deste modo, não se vislumbrava como aceitável, que caracteres distintos dos do sistema jurídico, se imiscuíssem no âmago do mesmo, retirando-se-lhe a natureza genuína e conspurcando sua essência.

É como dizer que era defeso que se operasse uma intertextualidade entre matérias que se diferissem pela sua natureza ou caráter, a exemplo da ética perante o direito e da política perante ambos, ocupando-se, assim, cada disciplina, daquilo que, como regra, lhe competia.

Referido posicionamento, culminou, durante vasto tempo, com o menosprezo aos valores e no desprezo pela cultura jurídica no que tange ao conteúdo da norma e a finalidade do Direito.

Esse contexto, que influiu sobremaneira nas mentalidades de vasto grupo de pensadores do Direito, obviamente, fermentou o enfraquecimento e a crise do direito, no que concerne a sua legitimidade, bem como tornou débil legitimidade dos Poderes e do próprio Estado, fatos cujos reflexos podem ser vislumbrados até mesmo nos dias de hoje.

Tal ocorre, uma vez que o desrespeito e o desdenho aos valores, por parte dos protagonistas do direito, deu azo a uma conjuntura de substancial distanciamento entre as ações de criação e implementação das normas de caráter jurídico e os anelos da sociedade de palpar a realização da justiça, da legitimidade do direito e da dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, é sobremaneira plausível concluir que a legitimidade só se materializa no mundo fático, uma vez que se direciona a fatores principiológicos externos ao sistema com o qual se interage, pelo fato lógico de que um sistema naturalmente humano, não pode abarcar completude em si mesmo, abstendo-se, assim, de se movimentar em direção aos fatores teleológicos que o trouxeram ao campo da existência.

O Direito não existe e nem foi criado por si mesmo e nem para si. O que o trouxe a seara da existência, foram às necessidades que os indivíduos apresentaram de que existissem regramentos que trouxessem regularidade e justiça para as relações interpessoais. Sendo patente que sem estes regramentos reinaria o caos e a desordem, podendo ocorrer, em uma visão mais drástica, até mesmo a extinção dos homens, restando mergulhados em um “mar de sangue”.

As teses de Kelsen e de outros contumazes defensores do positivismo são frágeis e insuficientes devido à ausência de legitimidade que as justifique. É, pois insuficiente que um sistema, como esse defendido, se justifique sob parâmetros unilaterais e se utilizando de si mesmo para tal empresa, olvidando-se de que é um conjunto de institutos criados pelo homem e para o homem, devendo, assim, se hidratar, bebendo nas águas dos conflituosos impasses que brotam no seio social.

Ou seja, deve movimentar-se em plena consonância com a realidade que permeia o campo, muitas vezes minado, do existir humano, extraíndo seus nortes e suas diretrizes de pontos que logrem justificar de forma utilitária, a sua própria criação.

A cultura do positivismo, que equipara a legitimidade a própria norma- com a simples legalidade formal e procedimental- pode, com toda a segurança ser compreendida como contrária a democracia e anti-pluralística, uma vez que pretende tratar o direito como se ciência exata fosse e que se esquece de que as pessoas são diferentes e suas culturas, seus contextos sociais, suas concepções e suas éticas são desmedidamente distintas.

Desta maneira, qualquer tentativa de se aplicar a todos, a literalidade da Lei, de modo absoluto e estático, com ausência de maleabilidade, pode ser vista como ingênua e, até mesmo, desumana.

É tranqüilo contemplar o fato de que, caso se queira igualar, de forma absoluta, a situação dos homens, necessário seria, que se iguallassem, também, suas condições econômicas, educacionais, culturais.

Seria imprescindível, para tal equiparação, que se nivelassem as possibilidades de todos os indivíduos de estudarem nas melhores escolas e universidades; de comerem nos mesmos restaurantes; realizarem os mesmos intercâmbios culturais; realizarem as mesmas viagens internacionais; terem acesso aos mesmos sistemas de saúde; usufruírem dos mesmos entretenimentos e etc.

Como é patentemente impossível igualar as condições humanas, é fundamental que os legisladores, os julgadores e todos aqueles que, de alguma forma apliquem o direito, utilizem-se da equidade, dissecando cada caso específico e aplicando ao mesmo uma justiça substancial e material equânime.

Assim, é possível munir o direito da maleabilidade de que necessita para justificar sua existência e conferir-lhe a legitimidade de que carece. É fundamental que assim seja para que o direito, como ciência humana que é, seja manuseado como instrumento cirúrgico, para seccionar os cânceres comportamentais que, porventura, manifestarem-se quando da interação entre pessoas.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> OTTO, Écio e POZZOLO Susanna, Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição, 3º ED. pg. 19 a 50 - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

Cynara Monteiro Mariano, prestando esclarecedor comentário a este respeito, afirma:

A tradição positivista que identifica a legitimidade com a mera legalidade procedimental é, portanto, hostil a democracia e possui equívocos em suas formulações. Em primeiro lugar, destaca-se que, sendo o direito espécie do gênero ética, a ciência do direito não pode se furtar aos juízos de valor, excluídos da doutrina positivista. Sati Romano já mostrara a impossibilidade de dimensionar o quantum de moral, de economia, de hábitos sociais, etc., que se contém no direito. A ética, por seu turno, corresponde ao conjunto de todas as formas de normatividades vigentes nas agrupações humanas, sendo gênero do qual são espécies o direito e a moral.<sup>28</sup>

Como já restou bem demonstrado, o positivismo se caracteriza pela sua neutralidade valorativa. Este aspecto apresenta-se como, um dos motivos que ensejaram o neoconstitucionalismo, segundo o qual, o movimento positivista dispensa diminuto espaço à teoria, retendo o conhecimento jurídico em um reduto arcaico, obsoleto, cujo âmago era composto da hegemonia absoluta do caráter científico e descritivo do direito. Este, que obrigava a ocorrência da neutralidade valorativa é o aspecto fundamental que é vigorosamente combatido pelas ideologias neoconstitucionalistas.

No Estado constitucional de direito, repleto de princípios e valores, para ser concebido, conforme este entendimento necessita de uma abordagem de abrangência moral, de forma que se estenda para além de suas próprias fronteiras, para ser compreendido.

A tratativa exigida por parte do direito constitucional, de maneira alguma poderia, assim, consistir em uma teoria que procura ser metodológica, ou seja, que expulsou de seu bojo a avaliação dos valores e princípios morais.

Desta maneira positivismo jurídico se apresenta como totalmente inadequado, uma vez que impõe a exclusão dos conflitos éticos e morais, com a finalidade de tornar viável uma abordagem despida de valores, como se estranhos ao direito fossem, sendo que estes mesmos que, na verdade estão intrinsecamente unidos ao direito.

---

<sup>28</sup>(Cynara Monteiro Mariano. Legitimidade do Direito E Do Poder Judiciário- (NEOCONSTITUCIONALISMO OU PODER CONSTITUINTE PERMANENTE?) – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pg. 58.

O distanciamento entre direito e moral, característica do positivismo mais extremo, não apresentaria uma compatibilidade com um Estado que pretendesse ser constitucional, que seria tão justo a ponto de afastar a incidência de uma norma, com o escopo de evitar a ocorrência de uma desastrada falha institucional e alcançando a equidade, a razoabilidade e a proporcionalidade perante o caso concreto.<sup>29</sup>

A esse respeito, cumpre por bem apontar a abordagem de Écio Otto e Susanna Pozzolo, que aduzem:

A abordagem requerida pelo direito constitucional, não poderia, portanto, ser aquela de uma teoria que pretende ser científica, ou seja, de uma ciência que expulsou de seu próprio horizonte a análise dos valores morais. Eis, então, que o positivismo jurídico-particularmente aquele metodológico- se revela inadequado, enquanto requer ao teórico, que finge não tomar posição em relação aos conflitos éticos de vez em quando em jogo, a fim de viabilizar uma descrição não valorativa do direito positivo. A separação entre discurso jurídico e discurso moral, típica do positivismo jurídico metodológico, não seria compatível com o estudo do Direito do Estado Constitucional, que teria tamanha pretensão de justiça capaz de privar de juridicidade, seja uma norma individual, seja todo o sistema, uma vez que ultrapassem um determinado limiar de iniquidade.<sup>30</sup>

O sistema adotado pelo Estado de Direito, mediante o combate a intenções de inserir valores como a justiça onde somente reinava o princípio da legalidade, de alguma maneira tornou proveitoso ao projeto de separação entre Direito e Justiça, contribuindo para uma tratativa do tipo positivista.

Convergindo-se para um modelo de Estado Constitucional de Direito, em sentido oposto, recupera este vínculo entre direito e justiça e repele um tratamento simplesmente superficial e descritivo, onde não se procura atingir as finalidades mais essenciais aos anseios subjetivos.

---

<sup>29</sup>Écio Otto e Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*, 3º ED., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

<sup>30</sup>Écio Otto e Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*, 3º ED., pg. 72- Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

O neoconstitucionalismo inicia-se do reconhecimento de que, no segundo pós-guerra, as constituições são caracterizadas por preverem uma gama de direitos fundamentais e princípios e por serem extensas e concentradas.

Por esses caracteres, não seria, o positivismo jurídico, adequado para delinear-los, uma vez que estaria intrinsecamente unido a um Estado de Direito anacrônico, a concepção de hegemonia da lei ordinária, a supremacia da vontade do legislador sobre a justiça, ou seja, ao totalitarismo do politicamente convencido em detrimento de uma abordagem que logre atingir a substancialidade das questões incidentes no núcleo do sistema social.<sup>31</sup>

Abarca enorme pertinência trazer a lume as palavras de Écio Otto e Susanna Pozzolo, que discorrem sobre o tema:

A crítica neoconstitucionalista parte da constatação de que as constituições do segundo pós-guerra se caracterizam pela previsão de um grande número de princípios e direitos fundamentais, e são constituições longas e densas. Por essas características, o positivismo jurídico não seria adequado para descrevê-las, já que seria indissociavelmente ligado ao Estado de Direito oitocentista, a supremacia da lei o ligado ao Estado de Direito oitocentista, a supremacia da lei ordinária, no sistema das fontes, a supremacia da vontade do legislador sobre a justiça, em suma (e aparentemente de modo paradoxal): ao governo dos homens ao invés do governo do direito. O Estado Constitucional contemporâneo, ao contrário, vê: (1) a supremacia da Constituição sobre a lei ordinária e, portanto, (2) a subordinação da vontade legislativa ao conteúdo de justiça constitucionalmente previsto: a Constituição não constitui mero invólucro político e de inspiração para o sistema e nem ao menos um simples e posterior gral de formalidade, mas sim introduz um vínculo substancial a criação do direito positivo, que é (3) rígida e (4) garantida.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> ESTEFAN, André e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado, Parte Geral- 2º Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86 a 89.

<sup>32</sup> Écio Otto e Susanna Pozzolo, Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição, 3º ED., - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

## CAPÍTULO 2

# NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS REFLEXOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988 expressa grande compatibilidade com os novos rumos que o constitucionalismo tem tomado e sua base teórica afiniza-se sobremaneira com o neoconstitucionalismo. Sobre isto, é importante traduzir o posicionamento de Luís Roberto Barroso:

a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso.<sup>33</sup>

Após séculos de alienação social no Brasil, a nova realidade exigiu um constitucionalismo mais voltado aos anseios sociais. O Brasil, com a Constituição de 1988- que também é considerada como o marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil- passou a adotar uma realidade político-jurídico-social bem distinta das constituições antecedentes.

A nova Carta Política, também conhecida como Constituição Cidadã, como principais características, passou a agasalhar direitos e garantias fundamentais e princípios basilares e fundamentais do Direito além de permitir sua aplicabilidade imediata.

Inobstante as barreiras que dificultam a eficácia das ideologias contidas no texto da constituição federal de 1988, como tudo na história da humanidade, a ascensão da realidade brasileira, também tem seu ponto de partida, o seu começo.

---

<sup>33</sup> **BARROSO**, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil](#). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 maio 2014.

O Brasil é, por essência, um país em estado de defasagem. Não se pode, com relação ao mesmo, exigir que exista um quadro político, social e econômico exemplar como nos Estados Unidos, país que se inaugurou de forma livre e consensual, por vontade e imposição de seu povo com sua Constituição de 1787. O território brasileiro, com a destruição de milhões de vidas nativas, foi dominado, explorado e saqueado por diversos países invasores, ensejando uma estrutura desnivelada.

A Carta Magna de 1988 abarca uma gama gigantesca de feições, valores, ideologias, anseios e princípios, que, como é patente, foram sendo aglutinados, em grande parte, de maneira cruenta e mediante sucessivos, lentos e dolorosos processos sócio-político-econômicos, corridos ao longo da história brasileira, desde suas origens, e ao longo da história mundial, que influenciou sobremaneira naquela.

Como já ocorreu em outras partes do mundo, e ainda ocorre, o Brasil esteve, durante um interregno considerável de tempo, sob a égide daqueles países que já galgavam altos poderes bélicos, econômicos e políticos, podendo, assim, esses, colocarem sob seus jugos, aqueles que não logravam tamanho potencial.

Quando se quer fazer uma análise do Brasil, sob os aspectos de sua evolução na seara jurídica, econômica, social e política, é necessário que não se olvide das peculiaridades intrínsecas que nortearam todo esse conjunto colossal de aspectos e acontecimentos que se posicionaram como invólucro de todo este processo.

O Brasil sofreu de males, relativamente incuráveis, ao longo de sua história. Desde o momento em que os portugueses desembarcaram, por engano, em suas terras, atrozes acontecimentos foram incidindo e sendo perpetradas imensuráveis ações, cujas marcas, hodiernamente, ainda perseveram.

Com a colonização do território brasileiro, milhões de vidas nativas foram exterminadas e outros milhões de pessoas foram escravizadas e tratadas sem a menor dignidade humana ao longo dos séculos. Desde o “descobrimento”, o Brasil serviu de albergue para alojar enorme população estrangeira, que desembarcava em suas terras, com o escopo de beber em suas fontes, se locupletar e se apoderar de todos os seus recursos naturais, sem nenhuma restituição dos mesmos.

Muitas vezes, criminosos banidos de seus países, vinham para o território brasileiro, com a intenção de se enriquecer de maneira fácil e desonesta. Todo esse quadro, ao que tudo indica, influiu substancialmente no caráter de toda a sociedade brasileira, deixando marcas, até hoje, indeléveis.

Mergulhado neste mar de imperfeições institucionais, materializa-se no âmbito jurídico brasileiro, um constitucionalismo disforme, descompassado e voltado ao elitismo, ou seja, o constitucionalismo surgido posicionava-se como poderoso e encorpado instrumento de opressão, desigualdade e injustiça. Quadro este em que os mais fortes oprimiam e sobrepujavam os menos fortes; em que o direito servia como “chicote” para adestrar os menos favorecidos pela sorte, de modo que se conformassem com a subserviência e que chancelassem o despotismo violentamente imposto pela classe dominante.

No campo de atuação deste sistema, o poder econômico, comportava-se de forma centrípeta e centrífuga ao mesmo tempo. Centrípeta com relação à aglutinação, convergência do poder econômico nas mãos da minoria, sendo que esta subjugava a maioria e centrífuga no que tange o distanciamento do poderio econômico do domínio da maioria.

Supracitada questão deu azo a que se implementassem quadros de grande injustiça, desigualdade social, pobreza e inconformidade.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> **BARROSO**, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil](#). **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 10, n. 851, 1 nov. 2005](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 maio 2014.

### CAPÍTULO 3

## CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Como uma das mais importantes características da nova realidade constitucional brasileira é de se apontar a constitucionalização de princípios e sua elevação ao caráter de fundamentalidade.

Em um primeiro momento, a título de ilustração, pertine definir o que se pode entender como princípio, para, somente assim se compreender a extensão da importância deste tema.

Princípios podem ser definidos como mandamentos nucleares que traçam parâmetros, diretrizes, nortes a serem observados, acatados e respeitados, quando da criação ou da aplicação do direito. Pode-se dizer que são mandamentos nucleares, essenciais que compõem o âmago, o núcleo, o espaço mais fundamental da norma, conferindo-lhe espírito, energia e vitalidade, revestindo-a de um caráter que se transporta para além da letra fria da lei.

Na lição Celso Ribeiro Bastos:<sup>35</sup>

Pode-se dizer que os princípios são regras-mestras dentro do sistema positivo, cabendo ao interprete buscar identificar as estruturas básicas, os fundamentos, os alicerces do sistema em análise: “os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta a proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa, ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas.”

Inicialmente, pertine trazer a lume os princípios (mandamentos nucleares) que orientam o próprio Texto Maior, para, posteriormente, apontar os princípios que,

---

<sup>35</sup>BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional, 14° Ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 143-144 apud NUNES, Rizzatto, Manual De Introdução Ao Estudo Do Direito; 9° Ed.- São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 200-1.

inobstante não se revistam de natureza e essência propriamente constitucionais, estão albergados no corpo da Carta Magna e preenchem sua essência mais genérica, tendo como uma de suas mais variadas funções, completarem a abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da própria República Federativa Do Brasil (Artigo 1º, III, CF)<sup>36</sup>.

Estes princípios que serão abordados alhures, são aqueles que, embora constitucionalizados, irradiam-se sobre matérias específicas como o Direito Penal, Processual Penal, Previdenciário, Administrativo, trabalhista e etc.

### 3.2- Dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil

Nos termos do Art. 1.º da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil, é formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e constitui-se em Estado democrático de direito adotando como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.<sup>37</sup>

Analisando-se supracitado dispositivo, torna-se possível compreender a carga valorativa e principiológica que este abarca em seu bojo, traduzindo as características que a nova ordem constitucional brasileira passou a adotar com a constituição de 1988 e os propósitos que passou a assumir a partir de então.

Uma vez que adotou, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, o Estado não pode se furtar às suas obrigações e deixar de cumprir os objetivos fundamentais que um Estado democrático de direito, por sua natureza e especificidades, compulsoriamente deve alcançar.

Fundamentar-se na dignidade da pessoa humana é comprometer-se a tutelar os bens mais relevantes e imprescindíveis às pessoas; é combater veementemente a fome, a miséria, a mendicância e o desrespeito aos direitos humanos; é buscar incessantemente a consecução da isonomia substancial; é primar por oferecer às pessoas aquilo que indispensavelmente necessitam e para o que contribuem mediante onerosos tributos; é a concessão de um salário mínimo capaz de ofertar aos cidadãos, na conformidade do Artigo 7º, IV da Constituição Federal<sup>38</sup> brasileira, moradia, alimentação, educação,

---

<sup>36</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 1º, III.

<sup>37</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 1º, CAPUT.

<sup>38</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 7º, IV.

saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, e previdência social, com os reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo...

Inobstante as diversas facetas da conjuntura brasileira atual, sob a perspectiva da corrupção que se alastra como um “câncer” no âmbito da política e das instituições; da violência; do crescimento desenfreado da criminalidade, do tráfico contínuo de entorpecente; da miserabilidade que ainda se concentra densamente por diversos pontos do país; da precariedade da educação e da passividade da população que se aliena diante do colossal desrespeito aos seus direitos constitucionalmente garantidos ainda remanesce a esperança.

O despontar de uma nova ordem constitucional que prima pelos direitos humanos e o respeito aos indivíduos, não quer dizer que se chegou ao ocaso da guerra. Subsistem, ainda, inúmeras batalhas a serem travadas e muitas trincheiras a serem estendidas ao inimigo que sobrevive forte e sedento por prevalecer. Uma das maiores chagas que dificultam a definitiva implantação do novo modelo constitucional é a passividade e o conformismo da maioria das pessoas, que restam inertes frente às lutas que se-lhes apresentam e mostram-se silentes quando deveriam bradar contra as injustiças.

O neoconstitucionalismo, sendo uma revolução histórica, logicamente, não pode ser implantado em um curto interregno temporal, demandando paulatina e ininterrupta adaptação de suas especificidades de forma a varrer o obsoleto paradigma. Necessário se faz que haja uma conscientização dos indivíduos, de maneira a contemplarem coerentemente os seus direitos e as suas obrigações frente aos eventos políticos e jurídicos que incidem no seio social.

O constitucionalismo hodierno vem traduzir as conquistas conseguidas durante séculos de cruentas batalhas, tendo sido estas travadas por pessoas, ou grupos de pessoas, que não se curvaram, que não se acovardaram diante das muralhas da injustiça, mas que, ao invés disso, derrubaram-nas com as marretas do conhecimento, do cientificismo, da esperança e da coragem.

Os fundamentos da República Federativa do Brasil delineiam, traçam o que deve ser construído no jovem Estado brasileiro, sobre seus alicerces e em toda a extensão de sua inacabada edificação, estando em um momento histórico promissor,

munido de uma Constituição, humanizada, garantista, imbuída de valores, aspectos morais e princípios fundamentais, que lhe possibilitam maximizar, otimizar a poderosa influência da irradiação constitucional sobre o ordenamento jurídico.

Sob a égide do novo modelo, o Estado não mais pode se comportar de forma indiferente e irresponsável diante dos problemas de das dificuldades sociais. Forçoso é que, diante da aplicabilidade imediata de uma Constituição garantista como a brasileira, que regula um Estado democrático de direito, os grupos políticos e os administradores do Estado, tenham inafastáveis deveres e responsabilidades para com os seus representados. O Estado, assim, não pode se furtar aos compromissos assumidos e homologados pelo poder constituinte originário quando da promulgação da Constituição Federal. Devendo, portando, constituindo-se em um estado democrático de direito, obedecer às mesmas normas que estabelece aos cidadãos.

Torna-se perceptível que o constitucionalismo tem se constituído em ferramenta limitadora do poder, insurgindo-se contra as arbitrariedades e os abusos cometidos por monarcas, imperadores, governantes, revestindo-se de características as mais variáveis ao longo da história.

Com o despontar do século XXI surge este novo modelo constitucional, voltado ao escopo de inserir no constitucionalismo, além da socialidade, o aspecto fraternal e solidário. Para a compreensão do constitucionalismo hodierno é necessário que este seja examinado sob o enfoque da atribuição do caráter de supremacia conferido à Constituição; do reconhecimento de força normativa às suas normas; de constitucionalização de princípios e garantias fundamentais e de constitucionalização de todo o ordenamento jurídico com a ventilação do espírito constitucional sobre toda a abrangência do Direito.

A incorporação de direitos fundamentais no sistema jurídico, com sua positivação, traduz a inserção de direitos considerados inalienáveis e naturais do indivíduo, materializando o envolvimento do Direito em uma nova roupagem.

Todavia, não é toda e qualquer positivação que abarcará referida característica. É imprescindível demarcar seu caráter de fundamentalidade, traçando o seu perfil e elevando ao nível de superioridade normativa com sua elevação ao nível constitucional, sendo esta a norma suprema.

Inocorrendo, referida elevação, os direitos dos indivíduos não passarão de quimeras, fantasia, ilusões, que não se materializam no mundo dos eventos fáticos, ou que não existem senão como discursos políticos que objetivam persuadir os interlocutores. Dessa forma, tais direitos não se fortaleceriam pelo caráter constitucional, perdendo a força normativa e o respaldo constitucionais e o caráter de superioridade hierárquico-constitucional.

Se não existir Constituição, dificilmente haverá direitos fundamentais. Poderão até existir coisas semelhantes, no entanto, carecedoras do respaldo constitucional e despidas da plenitude de sua real essência.

A Constituição brasileira de 1988 traduz o novo modelo constitucional, na medida em que rompe significativamente com o antigo modelo e abarca em seu texto uma grande quantidade de direitos fundamentais, de princípios e valores de igual monta.

Prevendo como fundamento a cidadania, no Caput do seu artigo 1º, explicita que os cidadãos devem exercer plenamente seus direitos políticos e de forma participativa, contribuindo para as melhorias, cobrando seus direitos e cumprindo com seus deveres.

É um Estado que convoca seu povo para reivindicar, participar e unir forças para revolucionar e conquistar o que se deseja de um Estado Democrático de Direito. Tem-se, assim, o contrário do que existia no sistema anteriormente vigente, em que se impunha que os cidadãos fossem alienados e se abstivessem de se imiscuir nas questões políticas.

No tocante à soberania, inserta no conjunto dos fundamentos da República Federativa do Brasil, entende-se que o Brasil é um país soberano, dotado de independência e capaz de tomar suas próprias decisões sem a intromissão de estados estrangeiros.

Por mais supérfluo que pareça tal fundamento, ele traduz séculos de opressão e domínio aos quais o Estado brasileiro foi submetido, mediante colonizações, invasões e toda sorte de intervenção estrangeira. Ao ter como fundamento a soberania, o Brasil informa que não mais se submete a incursões e intromissões alienígenas, obedecendo, dentro de suas fronteiras, apenas aos seus interesses.

No que concerne aos valores do trabalho e da livre-iniciativa e ao pluralismo político, pode-se afirmar que o Estado brasileiro adota como fundamento um sistema pautado no trabalho constitucionalmente protegido, em harmonia com uma relativa liberdade na gestão econômica por parte do setor privado, de maneira que ambos coexistam equilibradamente, sem que um subjuguem ao outro, assim, torna-se possível a uns trabalharem dignamente <sup>39</sup>

### 3.3-Dos princípios reitores de matérias infraconstitucionais

Uma vez abordados de forma sucinta, algumas características dos princípios-fundamentos da República Federativa do Brasil, cumpre por bem, por não abarcar menos expressiva importância, tratar de alguns dos mais importantes princípios atinentes a outras matérias, como, por exemplo: o Direito Penal; Processual Penal; Administrativo; econômico para provar a força normativa da Constituição e sua supremacia perante todo o ordenamento jurídico.

A importância colossal de referida abordagem está no fato de que a constitucionalização de princípios considerados fundamentais e que regem matérias infraconstitucionais, é um dos aspectos mais cruciais do neoconstitucionalismo.

Apontada abordagem, cumpre o fundamental papel de manifestar o processo de filtragem constitucional, responsável por purificar o ordenamento, expurgando toda e qualquer impureza que venha a macular a sua consonância com a essência da Carta Maior.

De tal maneira é possível auferir a implementação dos valores constitucionais e constitucionalizados, realizando louvável papel de permear as normas infraconstitucionais com valores fundamentais e, ao mesmo tempo, agindo como poderoso anticorpo, isolar, destruir, desintegrar os vírus da injustiça, da burla, da ilegalidade e da inconstitucionalidade que porventura se encontrem presentes quando da aplicação do ordenamento.

---

<sup>39</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 1º INCS. I, II, III, IV e V e **JÚNIOR**, Gabriel Dezen, Constituição Federal Interpretada, Impetus, Niterói, RJ, 2010.

É possível, mediante citada abordagem, contemplar a irradiação, a ventilação dos comandos, dos valores, do espírito que envolve a Lei maior, sobre toda a extensão normativa existente no espaço sob sua jurisdição.

### 3.3.1- Princípios constitucionais reitores do Direito Penal e Processual

#### Penal

Sem sombra de dúvidas, com a evolução das noções de justiça e punição, difundiram-se inúmeras teorias e conceitos novos sobre tais institutos. Não mais se concebe a tortura e a destruição orgânica dos indivíduos como forma de reparação dos danos porventura causados a outrem. O Direito, como todos os aspectos atinentes aos seres humanos, evoluiu e passou a adotar mecanismos mais plausíveis de regulamentação dos conflitos intersubjetivos.

Atualmente, sob a égide do novo modelo constitucional, assentado sobre o princípio basal da dignidade da pessoa humana, busca-se sopesar os bens jurídicos de modo a não prejudicar os mais valiosos em benefício dos menos, adotando princípios como os da razoabilidade e da proporcionalidade e abstendo-se, assim, de cometer atos insanos e demasiadamente despidos de “Justiça” (na mais profunda acepção desta palavra).

Neste novo contexto, é possível apontar alguns princípios que são responsáveis por transmitir a essência constitucional aos Direitos Penal e Processual Penal, como, por exemplo: princípio do contraditório e da ampla defesa (Art. 5. Inciso LV); princípio da presunção do estado de inocência antes da sentença penal transitada em julgado (Art. 5. Inciso LVII, CF); princípio do juiz natural (Art. 5. Inciso LIII, CF); princípio da proibição de provas obtidas por meios ilícitos (Art. 5. inciso LVI, CF); princípio da publicidade (Art. 5. Inciso LX, CF); Princípio da proibição de juízo ou tribunal de exceção (Art.5. inciso XXXVII, CF) princípio da irretroatividade da lei penal (Art. 5. Inciso XL, CF); Princípio do devido processo legal (Art. 5º, inc. LIV, CF); princípio da autoridade competente (Art. 5º, inc. LIII, CF); princípio da individualização da pena (Art. 5º, inc. XLVI, CF); Princípio da legalidade (Art. 5º, inc. II e XXXIX, CF); princípio da inafastabilidade jurisdicional (Art. 5º, inc. XXXV, CF); princípio da pessoalidade da pena (Art. 5º, inc. XLV, CF); princípio da inviolabilidade domiciliar (Art. 5º, inc. XI, CF); princípio da isonomia (Art. 5º, inc. I, CF); princípio da inviolabilidade do direito a vida; a liberdade; a igualdade; a segurança e a propriedade (Art. 5º, Caput, CF).

<sup>40</sup>

Com o advento da Revolução Francesa, iniciada com a tomada da Bastilha (prisão política francesa), em 14 de julho de 1789, culminou com a mudança das diretrizes políticas, sociais e jurídicas de toda a parte ocidental do mundo.

<sup>40</sup> ~~JÚNIOR, Gabriel Dezen, Constituição Federal Interpretada, Impetus, Niterói, Rj, 2010.~~

Este acontecimento traduziu a convergência dos antigos anelos da emergente burguesia, por liberdade, igualdade e fraternidade, somada a uma concessão de mecanismos que permitiriam findarem-se os excessos absolutistas da monarquia.

No quadro jurídico, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem e Do Cidadão, a responsável por viabilizar, ainda em 1789, com influxo na Revolução Americana ocorrida em 1786 aditada aos ideais filosóficos do Iluminismo, agrupar, de maneira centrípeta, os princípios supracitados.

Restou previsto em seu artigo 1º, que “todos os homens nascem e são livres e iguais em direitos e obrigações” e que “as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

Fora subtraído das mãos do monarca o poder absoluto e entregue parte dele à nação, passando o mesmo a ser materializado mediante a lei, fato resultante do desejo coletivo, inspirando-se no benefício geral, aceitando-se que todos os integrantes da sociedade disputassem para a formação de um novel sistema.

Foram inclusas em seu texto, garantias contra arbitrariedades, prisões injustificadas e arbitrarias; fora, também, consagrada a uma maior proporcionalidade entre o delito perpetrado e a pena cominada ao agente, emergiram princípios como o da anterioridade da lei penal e o princípio da legalidade; corporifica a noção de presunção de inocência e insere-se um sistema de maior repúdio a prisões cruéis e degradantes.

Neste contexto, claro como o sol, torna-se a lei o alicerce dos direitos fundamentais do homem e do cidadão. Contemplava-se neste importante documento, a realização de anseios milenares, notadamente dos ideais iluministas, materializando-se como instrumento democrático.

Assim, eclodiram as aspirações iluministas por um sistema mais dotado de racionalidade e vislumbrou-se o mecanismo munido das condições de conferir segurança nas transações jurídicas e subtrair ao monarca o poder de dominar e subjugar as pessoas de modo despótico e desmedido, munindo os indivíduos de meio capazes de lhes conferir proteção em face de tais desmandos.<sup>41</sup>

Segundo André Estefan e Victor Eduardo Gonçalves:

Foi, portanto, a lei, neste importante momento histórico, o sustentáculo dos direitos fundamentais do homem. Via-se nela, enquanto instrumento democrático, a realização do ideal iluminista da razão e o meio capaz de produzir segurança nas relações jurídicas e de livrar os cidadãos do arbítrio dos monarcas. Ninguém poderia a ela se

---

<sup>41</sup> Estefan, André e Gonçalves, Victor Eduardo, Direito Penal Esquematizado, Parte Geral, 2º Ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

sobrepor, exigindo-se o mais absoluto cuidado de seus aplicadores, para que não fizessem mais do que exprimir a sua vontade.<sup>42</sup>

No entanto, não se chegou ao ápice do progresso humano. Como uma visão que observa e avalia os eventos sob um prisma mais dilatado, é possível auferir que a Revolução Francesa foi um passo a mais na jornada evolutiva dos povos sob sua influência.

Muito, ainda, precisaria ser conseguido para que houvesse avanços mais concretos e para que a justiça, num primeiro momento, formal, convertesse-se em uma justiça material, tátil.

Com Revolução Francesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão, logrou-se auferir um avanço estratosférico, mas, ainda, pouco efetivo e de distribuição pouco isonômica, uma vez que os benefícios favoreceram a burguesia que caminhava rumo à ascensão em detrimento das massas, da coletividade.

A derrocada desse modelo, que primava por um Estado onipotentemente legalista, não exigiu vasto lapso temporal; os desmandos do monarca deram azo aos exageros do legislador, que restava munido de poderes quase ilimitados, colocando-se na mesma posição do antigo algoz.

O surgimento de Constituições mais avançadas e melhor elaboradas e a contínua aderência ao seu poder normativo impulsionaram uma verdadeira transformação nas bases do sistema até então vigente.

Assim, o foco passou a se dirigir ao propósito de contensão da hegemonia e do poderio estatal de maneira generalizada, dando vazão a mecanismos inibitórios e regulatórios do seu domínio.

Com todos os progressos havidos, o Direito Penal, até então punitivo, passou a revestir-se, de caráter constitucional, abarcando em seu corpo outros valores, até então ausentes.

Hodiernamente, o ordenamento jurídico, principalmente no âmbito penal, passa a ser interpretado e conformizado aos princípios, valores e fins constitucionais, de forma que restou superada a fase de absolutismo legislativo, trasladando-se do Estado Legal de Direito para um Estado Constitucional Democrático de Direito, primando-se, em demasia, pela dignidade da pessoa humana.

Sob esta perspectiva, hoje reina um direito penal mais humanizado e voltado para soluções menos drásticas para solucionar os conflitos sociais, de modo a evitar a vingança e optar por soluções menos brutais que aquelas utilizadas no pretérito.

---

<sup>42</sup>Estefan, André e Gonçalves, Victor Eduardo, Direito Penal Esquematizado, Parte Geral, 2º Ed., pg. 86, São Paulo, Saraiva, 2013.

Com foco específico na Constituição brasileira de 1988, é possível concluir que referido diploma, albergou em seu corpo estas novas tendências ditas neoconstitucionais, voltadas para um equilíbrio uniforme entre todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, retornando à questão da constitucionalização de princípios, pode-se dizer que o texto constitucional brasileiro de 1988 teve em si constitucionalizados, inúmeros princípios de direito. No que tange a área penal, aqueles que foram supra colocados são os principais que tiveram suas naturezas banhadas pela essência constitucional e restaram revestidos do poder e da hierarquia constitucionais.

Por referidos princípios, não mais se concebe o emprego indiscriminado da violência, como meio de aplacar a criminalidade e de sufocar o ímpeto criminoso. Sob as diretrizes dos direitos humanos, impostos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948, a Carta Magna brasileira de 88 passou a emitir comandos a serem observados pela universalidade do ordenamento jurídico nacional.

Está-se diante de um direito penal que, pelo menos em tese, almeja dirimir a brutalidade das penas cruéis e empreender a repressão aditada à ressocialização e à reinserção social.

Naturalmente, podem surgir inúmeras indagações, sobre a eficácia material deste novo sistema; se realmente chegou-se a tão belo universo, uma vez que, na prática, ainda se contemplam, constantemente, as mesmas barbáries outrora praticadas.

A resposta a tal indagação talvez não seja a mais prazerosa, no entanto, pode-se dizer que é bem racional. Ora, grandes e substanciais mudanças e revoluções ocorridas no caráter e nos institutos humanos, jamais acontecem em um lapso ínfimo de tempo, para que isso ocorra é necessário que transcorra um interregno considerável de tempo, de modo que os avanços havidos absorvam o amadurecimento suficiente.

Embora, talvez, não pareça, a conjuntura constitucional hodierna está revestida de uma roupagem substancialmente promissora, se comparada àquela reinante em outros momentos históricos. A constitucionalização dos princípios supramencionados consiste em verdadeira revolução, pois, antes de se reportar à letra fria da lei, o implementador do direito penal e processual penal, deve, compulsoriamente, munir-se das orientações e dos mecanismos hierarquicamente impostos pela Lei Maior que é a Constituição, sob pena de nulidade absoluta do ato.

Para palpar a maior efetividade dos ditames constitucionais e lograr a incorporação dos novos institutos ao mundo dos fatos, universo material dos indivíduos, é necessário, que haja luta, esforço, cobrança por parte das grandes massas e união entre todos com o escopo de transpor as gigantescas barreiras que, ainda, obstam a realização dos anseios sociais.<sup>43</sup>

<sup>43</sup>~~Estefan, André e Gonçalves, Victor Eduardo, Direito Penal Esquematizado, Parte Geral, 2º Ed., São Paulo, Saraiva, 2013~~

Na importante lição de André Estefan e Victor Eduardo Gonçalves:

No estágio atual da Ciência do Direito, converge-se para a idéia de que os princípios não podem ser considerados apenas como meras aspirações ou vagas diretrizes, pois contêm inegável força normativa. Entende-se, neste sentido, que o sistema jurídico, no que tange as normas que o compõem, compreende um conjunto de princípios e regras, equilibradamente distribuídos, sendo aqueles os núcleos e estas, os satélites que gravitam ao seu redor. Aos princípios, portanto, incumbe servir como a expressão primeira dos valores fundamentais, incorporados em nossa sociedade por intermédio da Constituição, atuando como moldes a exprimirem o ideal de justiça e às regras corresponde à tarefa de propiciar certeza e conferir segurança jurídica na atuação cotidiana do sistema <sup>44</sup>.

### 3.3.2- Princípios constitucionais de Direito Internacional

No tocante a constitucionalização de princípios de calibre internacional, é sobremaneira pertinente transcrever o dispositivo infra, integrante da Constituição brasileira de 1988, com o escopo de fazer compreender a irradiação da essência constitucional sobre princípios fundamentais de âmbito internacional:

Conforme o Artigo 4º Da Constituição Federal de 1988 “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais...” pelos princípios:<sup>45</sup>: “independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político”.

Visualizando, com minúcia, os princípios em epígrafe, sem muita dificuldade se percebe a imensa carga valorativa que abarcam e os ideais que eles traduzem, permitindo, assim que se torne possível compreender a extensão de sua importância e a indispensabilidade de suas existências.

Pela experiência cotidiana, não se mostra estranho o fato de que tais princípios são, de certa maneira, desprezados e subestimados em sua importância, uma vez que muitos desconhecem sua relevância e imprescindibilidade.

O mundo já foi atormentado por inúmeras guerras onde se perderam incontáveis vidas humanas. A todo o momento havia países planejavam invadir outros territórios almejando dominá-los. Genocídios foram perpetrados por objetivos

---

<sup>44</sup> André Estefan e Victor Eduardo Gonçalves, Direito Penal Esquematizado, Parte Geral, 2º Ed., pg. 92, São Paulo, Saraiva, 2013.

<sup>45</sup> Senado Federal- Constituição Federal de 1988, Artigo 4º e incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X.

egoísticos; bombas foram lançadas, remanescendo, tão somente, o temor e a inquietude. Não reinava, como hoje, uma compreensão mais densa e concreta sobre a soberania nacional; Os direitos humanos eram desprezados e não subsistia um propósito no sentido de se incentivar e se proporcionar a solidariedade entre os Estados.

Em face deste quadro, resta nítida a importância dos princípios de Direito Internacional que se encontram albergados pela Constituição brasileira de 1988. Tais dispositivos traçam os parâmetros do que se espera das relações entre entes soberanos.

Diante dos indelévels traumas sofridos pela humanidade, preponderando a Segunda Guerra Mundial, que terminou em 1945, atualmente ocorrem relações mais amistosas entre a maioria dos Estados Soberanos, sendo possível uma coexistência mais amena e pacífica.

Assim, como tradutora do neoconstitucionalismo, a Carta Magna de 1988 conferiu aos princípios de direito internacional, o poderio e importância de que, sem sombra de dúvidas, fazem jus, envolvendo-os da concretude e amplitude de que carecem.

É neste conjunto de coisas e incidências, que atua a força normativa da Constituição; que ocorre a ventilação dos valores e da moral constitucional sobre o ordenamento; a explosão do espírito constitucional, com a consequente dispersão de suas fagulhas sobre todos os corpos e mecanismos jurídicos, com a consequente influência dos mesmos; sob estes parâmetros que ocorre a filtragem constitucional que resulta na purificação do sistema e na multiplicação e dispersão das moléculas e átomos constitucionais com a resultante e positiva contaminação de todos os aspectos atinentes ao Direito e tudo que ao mesmo se relaciona, características estas que descrevem as faces do constitucionalismo pós-moderno.<sup>46</sup>

### 3.3.3- Princípios constitucionais reitores da ordem econômica e financeira da República Federativa do Brasil

Quando se aborda a questão da constitucionalização do ordenamento jurídico, torna-se imprescindível retratar a sua incidência no âmbito da ordem econômica e financeira; afinal, esta consiste em uma das áreas de maior relevância para a existência do próprio Estado.

---

<sup>46</sup> **JÚNIOR**, Gabriel Dezen, Constituição Federal Interpretada, Impetus, Niterói, Rj, 2010.

Todas as interações econômicas e financeiras ocorridas dentro de um Estado e em conjunto com outros são de fundamental importância para que haja crescimento, qualidade de vida e capital para financiar todos os setores do país.

No entanto, é preciso que haja um complexo e encorpado conjunto de princípios a traçarem os nortes de todas estas multifacetárias interações ocorridas em todos os âmbitos da sociedade.

Ora, em um mundo altamente globalizado e integracionista, em que a sede pelo consumo cresce de modo desenfreado, faz-se imprescindível que haja mecanismos que delineiem os melhores rumos a serem percorridos para se evitar o caos e se chegar a um equilíbrio socioeconômico.

Atualmente não mais se concebe a existência de um Ente Soberano e Democrático de Direito, que se mantenha de forma inerte frente ao que se passa no seio da sociedade; deixando que o setor privado interaja com plena liberdade na consecução de seus objetivos econômicos.

Se assim fosse haveria uma relação predatória, em que os mais bem estruturados subjugariam os menos favorecidos pelos mercados de consumo, ensejando o surgimento desenfreado de cartéis, monopólios e toda sorte de e toda sorte de exageros economicamente prejudiciais.

Na abordagem desta questão, de suma importância é salientar a indispensabilidade da intervenção estatal na economia tendente a controlar a circulação de capitais estrangeiros no setor interno do país e evitar que empresas ou entidades alienígenas façam transações especulativas tendentes a um benefício unilateral de modo a prejudicar a estrutura financeira e econômica do país.

Atualmente, nas relações de consumo, evidencia-se uma verdadeira guerra em prol do lucro incessante, fascinando cada vez mais os indivíduos e os persuadindo a comprarem imensurável quantidade de diversos produtos e utilidades, muitos dos quais, desnecessários e inúteis, o que não importa, pois, ininterruptamente se aperfeiçoam os métodos propagandísticos que logram persuadir as pessoas a se engajarem no frenesi consumista.

No interior deste complexo meio de interação entre a oferta e a procura, amiúde são desprezadas questões de incomensurável relevância para a sociedade como um todo; havendo profundas lesões aos direitos consumeristas, em que, a todo instante os consumidores são prejudicados pela aquisição de produtos e serviços insalubres, perigosos ou/e sem a qualidade adequada frente ao preço paga.

Esta busca incessante pelo lucro, na maioria das vezes, ocorre em detrimento do meio ambiente, bem inalienável, de valor inauferível e de importância vital para os seres humanos. A degradação do meio ambiente, com a acumulação estratosférica de lixo, resíduos tóxicos; com o lamentável e desmedido desmatamento; com a emissão de toneladas de gases tóxicos anualmente, fere de forma indelével, o desenvolvimento sustentável. Desenvolvimento este que permitiria o crescimento coerente e equilibrado, de forma a garantir a existência digna e saudável das presentes e futuras gerações.

Na abordagem do novo modelo ora em comento, imprescindível se torna, mencionar a grandeza e a densa carga valorativa, de que são imbuídos os princípios abrigados pelos incisos do Caput do Artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que permitem divisar um concreto exemplo daquilo que o novo paradigma constitucional se propõe a implementar.

O dispositivo aludido em epígrafe expressa, claramente, que a Ordem Econômica e Financeira alicerça-se na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tendo por escopo a dignidade e a justiça social, inobstante, ainda estabelece a observação dos princípios da: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência, defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Pelo exposto nota-se a grande programaticidade contida no dispositivo aludido. Inobstante, ainda estejam distantes de uma concreta efetivação, os princípios ali contidos, traduzem as características daquilo que se objetiva alcançar e, em maior ou menor grau, comandam as relações econômicas e financeiras, combatendo os excessos e ajustando as discrepâncias reinantes no contexto brasileiro.<sup>47</sup>

### 3.3.4- Dos princípios constitucionais reitores da Administração Pública

Ainda na tratativa da questão da constitucionalização de princípios e valores, marcante se mostra a irradiação do poder e essência constitucionais sobre a Administração Pública brasileira, aspecto este que se adensa frente às novas tendências constitucionais e traduzem a filtragem constitucional e a purificação do sistema.

Como pujante exemplo do que fora supracitado, o “Artigo 37, Caput, da Constituição Federal de 1988”<sup>48</sup> abarca em seu bojo um rol de princípios de suma importância e que incidem sobre toda a Administração Pública, como fortes instrumentos para a consecução dos objetivos trazidos pelo novo regime constitucional.

---

<sup>47</sup> **JÚNIOR**, Gabriel Dezen, Constituição Federal Interpretada, Impetus, Niterói, RJ, 2010 e **LENZA**, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, na 17<sup>o</sup> edição, editora Saraiva, 2013.

<sup>48</sup> Constituição Federal de 1988, Artigo 37 Caput.

Pela inteligência do supracitado dispositivo, se extrai que toda a Administração Pública, em todas as suas nuances e em todos os seus âmbitos de atuação, deverá, impreterivelmente observar os princípios da “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, obviamente, associados a todos os outros princípios albergados pela Carta maior.<sup>49</sup>

Segundo Gabriel Dezen Junior:

princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública, segundo José dos Santos Carvalho filho. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado. A partir da opção da Constituição vigente de identificar vários deles, são divididos, atualmente, em princípios expressos e princípios implícitos ou reconhecidos.<sup>50</sup>

Prosseguindo o mesmo autor, a título de exemplo, interpreta o princípio da moralidade, contido no Artigo 37 da CF/88:

o princípio da moralidade tem o significado de ser um conjunto de regras de conduta tirado da disciplina interior da Administração, sendo que a probidade administrativa é uma forma de moralidade. Impõe que o administrador público não dispensa os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios da conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.<sup>51</sup>

José dos Santos Carvalho Filho ensina que:

esse princípio incide não somente nas relações entre a Administração com os administrados, mas também internamente, nas relações entre a Administração e os agentes que a integram.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado, 9º. Ed., - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método; 2012/;

<sup>50</sup>JÚNIOR, Gabriel Dezen, Constituição Federal Interpretada, Impetus, Niterói, RJ, 2010, pg. 503.

<sup>51</sup>JÚNIOR, Gabriel Dezen, Constituição Federal Interpretada, Impetus, Niterói, RJ, 2010, pg. 503.

<sup>52</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006 apud JÚNIOR, Gabriel Dezen, Constituição Federal Interpretada, Impetus, Niterói, RJ, 2010, pg. 503.

Perante a conhecidíssima corrupção, atuante em setores como política e economia, não poderia haver outra postura que não a de se buscar a correção de distúrbios e desequilíbrios existentes em seu meio.

Em um Estado como o brasileiro, onde sempre se fez presente a corrupção e a desonestidade; onde sempre reinou a indiferença e a passividade diante das deturpações do sistema, urgia se estabelecesse parâmetros de conduta a serem acatados pelos administradores do Estado, fitando coibir os desenfreados desvios de finalidade e os contínuos oportunismos havidos.

Não seria lícito que se alimentassem vorazes tendências voltadas para o proveito pessoal e destituídas de propósito de bem estar social. Carecia o Estado brasileiro, de nortes compulsórios a serem traçados pela CF/88. É patente que os princípios constitucionais reitores da Administração Pública brasileira não estão imbuídos de plena eficácia, restando, inúmeras vezes, inócuos. Todavia, são um grande passo rumo à revolução do sistema e a consecução da descontaminação da gestão pública, com a diminuição da improbidade e maior punição dos ímprobos.

Exige a nova Constituição de 1988, que haja uma administração, não somente mais honesta, mas também voltada a um atuar mais eficiente, produtivo, embasado na legalidade e obediente as suas finalidades constitucionalmente descritas. É imprescindível um trabalho mais rentável e mais capaz de atender as necessidades dos administrados, atendendo a medida do possível e do essencial.

Di Pietro salienta que:

O princípio da eficiência não se sobrepõe ao princípio da legalidade, mas está nivelado a ele e aos demais que norteiam a Administração Pública. Para José Eduardo Martins Cardozo, a Administração estará sendo eficiente se aproveitar da forma mais adequada o que se encontra disponível (ação instrumental eficiente), visando chegar ao melhor resultado possível em relação aos fins que almeja (resultado final eficiente).<sup>53</sup>

Alexandre de Moraes enumera as características do princípio da eficiência:

direcionamento da atividade e dos serviços públicos a efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população (e isso aparece claramente na nova redação do Artigo 37, par. 3º), eficácia, desburocratização e busca da qualidade.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup>PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Parcerias na Administração Pública- Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas. São Paulo: Atlas, 1999 apud JÚNIOR, Gabriel Dezen. CONSTITUIÇÃO FEDERAL INTERPRETADA, Impetus, Niterói, RJ, 2010, p. 504.

<sup>54</sup>MORÃES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000 apud JÚNIOR, Gabriel Dezen. CONSTITUIÇÃO FEDERAL INTERPRETADA, Impetus, Niterói, RJ, 2010, pg. 504.

## Considerações Finais

A meta do presente trabalho não foi a de esgotar o tema, nem poderia dada a sua expressiva importância dentro do conhecimento jurídico. O que se tenta demonstrar é a natureza da nova conjuntura que se nos apresenta devido ao neoconstitucionalismo.

Este novel paradigma tem por base o reconhecimento e aplicabilidade do princípio da dignidade humana, e procura irradiar os valores e o espírito constitucional em face de todos os institutos jurídicos e sociais, logrando, assim, concretizar os milenares anseios das sociedades humanas.

Caracteriza-se a nova estrutura como materializadora dos preceitos constitucionais, auferindo resultados mais concretos e táteis a serem imediatamente usufruídos pelos indivíduos.

Através da nova roupagem de que se reveste o constitucionalismo, todo o direito passa a se submeter à Constituição e a obedecer aos seus ditames, materializando o que pode ser definido como supremacia da Constituição. Logra-se juridicizar e constitucionalizar princípios como justiça, solidariedade, fraternidade, dignidade humana e tantos outros de igual monta, permitindo, não um fim, mas um começo do progresso que se espera que a humanidade alcance.

Hodiernamente, não mais se concebe a existência de determinados sistemas, que pela sua natural desnaturação, perderam sua razão de existir, dando ensejo ao surgimento de mais plausíveis institutos. Como exemplo disso apresenta-se o direito constitucional, mais humanizado, coeso para com os apelos sociais e imbuído de caráter valorativo, além de incorporar princípios tradutores de grande abrangência moral.

Logicamente, a consecução fática dos novos ditames constitucionais requer vultosos esforços. No entanto, as dificuldades presentes não mais consistem, pelo menos em grande parte, em atitudes bélicas ou cruentas, mas, indubitavelmente, em batalhas morais, em que os homens lutam para sobrepujar suas más tendências e desarraigam de seu âmago, a nefasta tendência à destruição, egoísmo e ambição, desenfreados que culminam no caos e na beligerância.

Imprescindível, hoje, que cada um procure fazer a sua parte e dispensar a sua contribuição para que se logre realizar materialmente os preceitos constitucionais e distribuir equitativamente suas benesses, de modo que nenhum filho da nação seja deserdado, ou, seja dito bastardo.

É patente que a má distribuição de recursos assola o Brasil, como boa parte dos países subdesenvolvidos; que a corrupção lastra-se como um câncer pelas instituições brasileiras; que as mazelas sociais ainda se desenvolvem e se qualificam; que são confeccionados poderosíssimos mecanismos tendentes a burlar o sistema emergente e frustrar a aplicabilidade de seus mecanismos.

É explícito que a fome ainda, por incrível que pareça, ainda mata e debilita milhares de pessoas; que a saúde pública está um caos, por falta de recursos que são claramente desviados; que a política está repleta de eleitos que adotam finalidades outras que não o bem do povo; que o sistema penitenciário brasileiro está falido, repleto de homens animalizados e sem apoio governamental, pelo simples fato de não ser um campo promissor à aquisição de votos.

No entanto, é fundamental que os cidadãos honrados e desejosos da implantação do novo modelo constitucional, não desanimem e não abandonem a frente de batalha, mas, em sentido contrário, avancem, marchem, laborem arduamente e transponham os obstáculos remanescentes.

Por mais colossais que pareçam, os entraves presentes não passam de sombras deixadas pelos obstáculos que os criaram. O que de antemão precisou ser construído, agora somente necessita ser aplicado, carecendo somente do somatório das forças morais e intelectuais dos homens, convergentes para um propósito comum, que é a implantação da nova ordem constitucional.

## Referências:

AGRA, Walber de Moura, citado por Pedro Lenza em sua obra Direito Constitucional Esquemático, pg. 55, 14 ed., 2010;

BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de direito constitucional, 14. Ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pg.143-4;

BARROSO, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil](#). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 maio 2014.

BARROSO, Luís Roberto. [Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil](#). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 maio 2014 e Na Obra de OTTO, Écio e POZZOLO, Susanna, (Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição), 3º ED., p. 15 a 62, Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves, citado no livro Direito Constitucional Esquemático de Pedro Lenza, São Paulo: Saraiva, pg. 50, 14 ed., 2010;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006 apud JÚNIOR, Gabriel Dezen, (CONSTITUIÇÃO FEDERAL INTERPRETADA, Impetus, Niterói, RJ, 2010, pg. 503;).

<sup>1</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes Direito Constitucional e Teoria Da Constituição, 7º Ed., p. 51 apud LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático, 17º Ed. 2013, P. 58.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 1º, III.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 1º, CAPUT.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 7º, IV.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 1º, III.

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**- Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948;

ESTEFAN, André e **Gonçalves**, Victor Eduardo, Direito Penal Esquemático, Parte Geral, 2º Ed., pg. 86, São Paulo, Saraiva, 2013;

**ESTEFAN**, André e **GONÇALVES**, Victor Eduardo, Direito Penal Esquematizado, Parte Geral, 2º Ed., pg. 92, São Paulo, Saraiva, 2013.

**ESTEFAN**, André e **Gonçalves**, Victor Eduardo, Direito Penal Esquematizado, Parte Geral, 2º Ed., pg. 92, São Paulo, Saraiva, 2013;

**ESTEFAN**, André e **GONÇALVES**, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado, Parte Geral- 2º Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86 a 89.

**FOLCALT**, Michel. Vigiar E Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 36º edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, pg. 9;

**FOLCALT**, Michel. Vigiar E Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 36º edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, pg. 9;

**FOLCALT**, Michel. Vigiar E Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 36º edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 9 a 291;

**JÚNIOR**, Gabriel Dezen, Constituição Federal Interpretada, Impetus, Niterói, RJ, 2010, Pg. 503;

**JÚNIOR**, Gabriel Dezen, Constituição Federal Interpretada, Impetus, Niterói, Rj, 2010, Pg. 504;

**KELSEN**, Hans, Teoria Pura Do Direito: introdução à problemática científica do Direito/; tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2º. Ed. Ver: da tradução. - São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2002, pg. 51/2;

**LENZA**, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado; pg. 49; 14º Ed., editora Saraiva, 2010;

**LENZA**, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, na 17º edição, pg. 65, editora Saraiva, 2013;

**LENZA**, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, na 17º edição, pg. 159, editora Saraiva, 2013;

**LENZA**, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, na 17º edição, pg. 160, editora Saraiva, 2013;

**LENZA**, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, na 17º edição, pg. 161/2, editora Saraiva, 2013.

**LENZA**, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 17º Ed. São Paulo: Saraiva 2013, pg. 63.

**MARIANO, CYNARA MONTEIRO, LEGITIMIDADE DO DIREITO E DO PODER JUDICIÁRIO- (NEOCONSTITUCIONALISMO OU PODER CONSTITUINTE PERMANENTE?)** – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pg. 27/8.

**MARIANO, CYNARA MONTEIRO. LEGITIMIDADE DO DIREITO E DO PODER JUDICIÁRIO (NEOCONSTITUCIONALISMO OU PODER CONSTITUINTE PERMANENTE?)** - – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pg. 28/9;

**MARIANO, Cynara Monteiro. Legitimidade do Direito E Do Poder Judiciário- (NEOCONSTITUCIONALISMO OU PODER CONSTITUINTE PERMANENTE?)** – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pg. 58;

**MARIANO, Cynara Monteiro. LEGITIMIDADE DO DIREITO E DO PODER JUDICIÁRIO- (NEOCONSTITUCIONALISMO OU PODER CONSTITUINTE PERMANENTE?)** – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 19 a 55;

**MORÃES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2000 apud **JÚNIOR, Gabriel Dezen. CONSTITUIÇÃO FEDERAL INTERPRETADA, Impetus, Niterói, RJ, 2010, pg. 504.**

**NUNES, Rizzatto, MANUAL DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO; 9º Ed.;** Saraiva, 2009, pg. 200-1;

**OTTO, Écio e POZZOLO, Susanna, Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição, 3º ED., pg. 72-** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

**OTTO, Écio e POZZOLO, Susanna, Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição, 3º ED. pg. 21-** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012;

**OTTO, Écio e POZZOLO, Susanna, Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição, 3º ED., pg. 73-** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

**OTTO, Écio e POZZOLO Susanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição, 3º ED. pg. 65 a 103 -** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

**OTTO, Écio e POZZOLO, Susanna, (Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição), 3º ED., p. 65 a 113,** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

**PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo Direito Constitucional Descomplicado, 9º. Ed., pag. 73 -** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método; 2012/10;

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo em sua obra Direito Constitucional Descomplicado, 9º. Ed., pag. 75 - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método; 2012;

PAULO, Vicente e Alexandrino, Marcelo, Direito Constitucional Descomplicado, 9º. Ed., pag. 74/5 - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método; 2012;

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Parcerias na Administração Pública- Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas. São Paulo: Atlas, 1999 apud JÚNIOR, Gabriel Dezen, CONSTITUIÇÃO FEDERAL INTERPRETADA, Impetus, Niterói, RJ, 2010, p. 504;

Resolução de número 217- Declaração Universal Dos Direitos Humanos;

Senado Federal- Constituição Federal de 1988, Artigo 4º e incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X.