

## NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA NOVA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

**Gabriel Silvério da Silva<sup>1</sup>**

**Fabíola Pessoa de Almeida<sup>2</sup>**

**Fabício Dias Teixeira<sup>3</sup>**

**Fabício Adriano Alves<sup>4</sup>**

**Douglas Caetano Vieira<sup>5</sup>**

**Rita de Cássia Ferreira Pedrosa Lazaroni<sup>6</sup>**

**Mario Marcos Valente Rodrigues<sup>7</sup>**

mariomarcosvr@yahoo.com.br

**ÁREA DE CONHECIMENTO:** Ciências Sociais Aplicadas

### RESUMO

A Constituição é, sem dúvidas, a mais importante das leis que regem um Estado Democrático de Direito. Este tema é um assunto que gera inúmeros debates, pois ele se refere a principal fonte de princípios fundamentais, organização do Estado, entre outros que uma nação possui. Portanto, encontra-se diversos trabalhos sobre este conteúdo nas mais distintas fontes de pesquisas. Sabendo disto, este artigo possui como objetivo principal explicitar sobre os processos em que o Direito passou, focando nas Constituições, até chegar ao molde atual, denominado de Neoconstitucionalismo, buscando instigar o conhecimento e a discussão sobre este assunto. Também, considerando como objetivo secundário, este presente artigo procura amparar, com uma linguagem simples, pessoas que estão no início de sua jornada acadêmica. Visando que este não possui intenção de encerrar a temática.

**PALAVRAS-CHAVE:** normas, constituição, direito, interpretação, neoconstitucionalismo.

### 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Vértice- UNIVÉRTIX

<sup>2</sup> Professor da Faculdade Univértix

<sup>3</sup> Professor da Faculdade Univértix

<sup>4</sup> Professor da Faculdade Univértix

<sup>5</sup> Professor da Faculdade Univértix

<sup>6</sup> Professor da Faculdade Univértix

<sup>7</sup> Advogado – Professor da Faculdade Univértix

Após o término da Segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX, a Europa passou por um longo processo de constitucionalização (BARROSO,2010), este que buscava mesclar a Constituição com a Democracia, gerando uma nova forma de organização política conhecida como o Estado Democrático de Direito.

A primeira e considerada principal Constituição que serviu como referência e modelo para várias outras, incluindo a vigente no Brasil, fora a Constituição de Bonn de 1949 na Alemanha (BARROSO,2010). Esta, muito embasada na Constituição de Weimar de 1919, a mesma que foi o norte da Constituição Brasileira de 1934 (JURIDICO,2019). Outra referência seria também da Constituição Italiana de 1947 que trouxe, em sequência, a instalação de sua Corte Constitucional em 1956 (BARROSO,2010).

Joici Antônia Ziegler et al (2017) diz sobre o Brasil, este que também passou pelo processo de reconstitucionalização, devido ao período marcado por violência, intolerância na segunda metade do século XX, transformou-se de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito em menos de uma geração. A promulgada Carta Magna Brasileira de 1988 trouxe consigo assuntos de maior e menor gravidade em seu texto, denominando assim sua extensão como analítica.

Estes exemplos explanados acima, dão-se a entender de que grandes conflitos aconteceram para que fossem realizadas estas “conquistas Constitucionais”. Um dos mais agravantes ensejos destes conflitos é o positivismo, ou seja, equiparar o Direito à Lei, a matéria escrita, afastando a Filosofia e assuntos relacionados a Legitimidade e Justiça. Esta matéria escrita foi a fonte dominante do Direito na primeira metade do século XX. Em seguida, será clarificado e fundamentado o processo que o Direito traçou rumo ao positivismo e como ele se abdicou, parcialmente, desta modalidade.

Após este breve apanhado, compreende que para que certos erros não sejam acometidos novamente, é necessário que haja uma nova forma de se interpretar e aplicar a norma, portanto a norma jurídica deve ser concreta e flexível. Passam

então a existir novos meios de aplicar a norma. Não limitando somente ao sentido literal escrito.

Após buscar a interpretação de Luís Barroso, é evidente que todas as normas existentes hoje são de fundamental importância para o bem-estar social, porém muitas não eram tratadas com total seriedade ou eram formuladas de forma contra princípios fundamentais, o que acarretava diversos conflitos no âmbito jurídico. Havendo esta conclusão, este artigo propõe buscar responder a seguinte questão: Por que as normas devem ser tratadas de forma a que elas tenham um poder e representatividade maior do que a lei mecânica em si?

Essa exposição possui como objetivo principal demonstrar a importância do estudo da Constituição, o porquê de sua norma precisar ser interpretada de forma flexível a fim de promover a justiça. Como objetivo secundário, este mesmo tentará trazer o conteúdo com uma linguagem simplificada a fim de promover o entendimento para aqueles que estão no início de sua jornada acadêmica.

O trabalho pretende debater assuntos relacionados a este tema, utilizando como fontes artigos científicos e livros de diferentes autores. Este possui o intuito contribuir para o aprendizado sobre o assunto, de forma que não possa ser interpretado como algo que encerre a temática.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1 Contexto Histórico e Filosófico: Jusnaturalismo ou Direito Natural

Conhecido também como Direito Natural, este é o modo mais antigo que o Direito atua sobre a sociedade. Vanessa Massaro (2017) conceitua este como uma norma universal e válida que pressupõe qualquer tipo de direito positivado.

Thomas Hobbes em sua obra “Leviatã” conceitua da seguinte maneira: “O direito natural, que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada um possui de usar seu próprio poder da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida.” (HOBBS, 2001)

## 2.2 Positivismo Jurídico

De acordo com Fernando Colussi (2015), nesta doutrina, o Direito é delegado ao Estado, este que através de seu órgão competente, irá validar as normas positivadas, ou seja, escritas, sem que haja margem a interpretações, por exemplo: se a lei define algo com errado, assim será. Este não permite que seja utilizados outros meios, tais como moral, ética, política, entre outros. Este autor também afirma que este método não admite as teorias dualistas, estas que mesclam o direito natural com o positivado.

Este meio fora adotado e defendido pelo argumento que o jus-naturalismo, ou Direito Natural é metafísico (BARROSO,2010). Metafísico, segundo Aristóteles, significa fora da física, inalcançável, e anticientífico, em outras palavras, sem base concreta.

## 2.3 Pós-positivismo

Sobre os motivos do fim do positivismo, Colussi (2015, p.1) diz:

As críticas feitas à esta rígida doutrina não poderiam ser outras: ao seguir o positivismo jurídico, aplicar-se-á a lei de forma mecânica, sem que sejam analisadas suas nuances e, principalmente, a intenção do legislador ao criá-la. E mais, em fazê-lo, os juízes ficam vedados de fazer qualquer julgamento moral do caso *sub judice*, já que, no caso em que determinado comportamento possui previsão legal, basta ao magistrado que apenas aplique a lei.

Colussi ainda diz, se o direito for interpretado somente de forma mecânica e separado da moral, ele não conseguirá acompanhar as mudanças da sociedade que, por sinal, esta é uma das principais funções do Direito.

Também é possível concluir que “sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade” (BARROSO,2010).

André Gualtieri (2012) conceitua o pós-positivismo como um método que busca aprimorar o positivismo jurídico. Pois este enfatiza a necessidade de se justificar racionalmente todas as decisões jurídicas. Na visão de Robert Alexy

(2013), é necessário que o Direito e Moral se entrelacem, para que as decisões tomadas a partir das normas, ainda positivadas, possam ser justificadas e corrigidas, se necessário.

A respeito do pós-positivismo, Alexy afirma que “é defeituoso sustentar com argumentação a instalação ou a manutenção de uma ordem social sem que os legisladores apresentem raciocínios com vistas à formação do convencimento acerca das suas virtudes” (PASOLD, 2013).

### **3. METODOLOGIA**

#### **3.1. Apresentação de conceitos básicos**

Pretende-se enaltecer com o presente trabalho um novo sistema de interpretação das normas Constitucionais, de forma a proteger os novos direitos ainda não alcançados pela letra da lei.

É necessário, porém, averiguar se o fatídico fenômeno desta nova hermenêutica não estaria em rota de colisão com as próprias disposições Constitucionais, ou seja, se haveria eventual exagero do judiciário em suas competências.

Nesta esteira, para melhor compreensão do exegeta, o estudo necessita de uma conceituação minuciosa em suas ideias basilares, para que sejam aclaradas as análises finais quando se comparar o ativismo judicial com a separação dos poderes.

Por essa razão, a metodologia básica consiste na revisão bibliográfica, colacionando os entendimentos de renomados juristas e doutrinadores, analisando suas divergências e convergências, com objetivo de enriquecer o estudo em apreço.

### **4. RESULTADOS E DISCUSSÕES**

#### **4.1. Novo Modelo de Constituição**

Barroso (2010) diz que alguns fenômenos em específico revolucionaram o modo de se ver uma Constituição, esta que mescla a lei positivada com a Moral, trouxe: a necessidade do reconhecimento de sua força normativa; a sua expansão no ordenamento jurídico; por fim, uma nova interpretação e aplicação da mesma.

Até a metade do século XX, a Constituição era vista apenas como um “documento essencialmente político, servindo de convite para a atuação dos Poderes públicos” (BARROSO, 2010). Porém, após a queda parcial do positivismo, o termo neoconstitucionalismo veio a ser utilizado para moldar as Constituições.

No ano de 2009, um discurso em Comemoração de 60 anos da criação da Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha em 1949, veio a ser a primeira referência deste marco, pois ela trazia em si toda a ideia de Estado Constitucional de Direito, sendo suas principais características: (i) aplicação de princípios elementares para um sistema jurídico constitucionalizado, (ii) a ponderação das normas jurídicas, (iii) compreende que a Constituição reflete em todo ordenamento jurídico, (iv) enfatizando o vínculo entre Direito e Moral.

Mas antes desta, como diz o jurista Gilmar Mendes, também na Alemanha, houve a Constituição de Weimar em 1919, sendo a pioneira a trazer princípios como estes citados.

RODAS, ao citar Gilmar Mendes assevera (2019, p.1):

“É a primeira constituição democrática alemã. É pioneira tanto no estabelecimento dos direitos fundamentais como dos sociais. Vai ter influência em várias constituições a partir de então, como da do Brasil de 1934, que será a primeira que irá tratar dos direitos sociais”.

Sua expansão Jurídica se dá, segundo Barroso (2010), pelo novo modelo de Constituição que fora adotado na maioria dos Estados Democrático de Direito, este que constitucionalizada os direitos básicos e fundamentais ficando imune aos processos políticos, em outras palavras, não seria o político eleito pela população que se encarregaria ou deixaria de aplicar tais direitos fundamentais, pois estes princípios estariam a partir desse protegidos pelo sistema Judiciário.

A interpretação e aplicação desta seria, de acordo com Barroso (2010, p.10):

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico.

Portanto, vale ressaltar, que a norma Constitucional está localizada em um nível superior das demais normas, pois, segundo Kelsen(2009), o ordenamento jurídico não se trata de normas localizadas em um mesmo plano, ao contrário, é uma construção em distintas camadas nas quais a norma se ramifica em diferentes patamares, até que se prenda a norma fundamental. Por tal afirmação que Barroso enfatiza a necessidade do neoconstitucionalismo.

Após esta construção histórica e filosófica, tem-se a necessidade de conceituar o termo neoconstitucionalismo, este que possui distintas ideias.

## 4.2 Neoconstitucionalismo

Sobre Neoconstitucionalismo, afirmou COSTA (2014, p.1):

É possível definir o movimento neoconstitucionalista como um conjunto de alterações ocorridas no Direito Constitucional contemporâneo, transformando a maneira de examinar o texto constitucional e seu papel na compreensão do ordenamento jurídico. Passa a Constituição, a partir da revolução paradigmática que tal fenômeno proporciona, a ter uma força normativa reconhecida, assentada no caráter vinculativo e obrigatório de seus enunciados.

Os autores Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho (2011), conceituam como uma mudança no Direito Constitucional, podendo se opor ou estar de acordo com o Constitucionalismo clássico, mas em suma, adotando a perspectiva filosófica do pós-positivismo. Estes mesmos autores afirmam que o neoconstitucionalismo é a metodologia com que se interpreta a Constituição, utilizando o pós-positivismo como alicerce para essa aplicação, pois este pode ser encarado como o meio teórico.

O objetivo do neoconstitucionalismo é garantir que sejam efetivos os direitos fundamentais, mesmo sem existência de lei que o rege, e este só foi possível quando se passou a enxergar a Constituição como uma norma jurídica, e não mais como uma carta política.

E como consequência, segundo Emílio Sobrinho (2012), desse então chamado reconhecimento da força normativa, ressaltando o caráter supremo das normas, que no decorrer do texto Constitucional ganham o *status* de norma das normas, conforme elucida Bonavides no seguinte trecho que fora utilizado por Sobrinho:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria institucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma *normarum*, ou seja, norma das normas.

Nas Palavras de Luís Flávio Gomes (2008), o neoconstitucionalismo é um movimento de revalorização do direito Constitucional, trazendo uma abordagem totalmente diferente da anterior no quesito da constituição.

## **6. CONCLUSÃO**

Estudando o tema abordado por este trabalho, entende-se que o Direito Constitucional passou por diversas fases para que alcançasse o nível atual, este ainda em desenvolvimento.

As normas jurídicas deixaram de seguir, parcialmente, a doutrina do positivismo, pois este pregava a leitura e aplicação das normas no seu sentido mecânico e literal, o que acarretava diversos conflitos e não atendia as necessidades demandadas pela sociedade (GUALTIERI,2012). Uma norma que, em sua aplicação, não pode ser debatida e flexibilizada para que solucione diferentes casos não estaria buscando promover a justiça.

Segundo tal premissa, pode-se concluir que o neoconstitucionalismo junto a sua base teórica, pós-positivismo, é de extrema importância para a aplicação mais justa, precisa, flexível, a fim de encerrar tipos distintos de conflitos, fazendo jus ao dever do Direito ter de acompanhar a sociedade, sanando eventuais problemas, garantindo uma melhor organização social.

## **6. REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: < [http://www.luísrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luísrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf) > Data de Acesso: 17/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Discurso proferido em 25.08.2009 na Embaixada da República Federal da Alemanha por ocasião dos 60 anos da lei Fundamental de Bonn**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf> > Data de acesso: 19/08/2020

COLUSSI, Fernando Augusto Melo. **Positivismo Jurídico: Definições e Críticas**. Disponível em: < <https://fernandocolussi.jusbrasil.com.br/artigos/183838243/positivismo-juridico-definicoes-e-criticas> >. Data de Acesso: 18/08/2020.

COSTA, Lucas Sales da. **Neoconstitucionalismo: definição, origem e marcos Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF: 19 ago 2020. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38476/neoconstitucionalismo-definicao-origem-e-marcos> >. Data de acesso: 19/08/2020.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1> > Data de Acesso: 17/08/2020.

GUALTIERI, André. **Pós-Positivismo**. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=6u73Hb7afu0> >. Data de Acesso: 18/08/2020.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

JUNIOR, Orlando Zanon Junior; PASOLD, Luis Cesar. **Pós-positivismo 1: A Versão Procedimentalista de Alexy**. Disponível em: < <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/2477/1897/> > Data de Acesso: 19/08/2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda, 2009.

MASSARO, Vanessa. **Reflexões sobre o jusnaturalismo**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/39884> >. Data de Acesso 18/08/2020.

RODAS, Sergio. **Constituição alemã de Weimar inovou ao estabelecer direitos sociais**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-ago-06/constituicao-weimar-inovou-estabelecer-direitos-sociais#> >. Data de acesso: 18/08/2020.

ROSSI, Júlio Cesar. **Neoconstitucionalismo e o pós-positivismo à brasileira**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-out-12/diario-classe-neoconstitucionalismo-pos-positivismo-brasileira> >. Data de Acesso: 18/08/2020.

SOBRINHO, Emílio Gutierrez. **Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/22345> > Data de Acesso: 19/08/2020.

