NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

PROF.º UBIRAJARA COELHO NETO

1. INTRODUÇÃO;
2. MARCO HISTÓRICO;
3. MARCO FILOSÓFICO;
4. MARCO TEÓRICO:

4.1 FATORES REAIS DO PODER E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO (LASSALLE & HESSE):

4.1.1 LASSALLE E HESSE E A CONJUNTURA DE CADA ÉPOCA:

a) LASSALLE: O QUE É UMA CONSTITUIÇÃO;

b) HESSE: FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

4.2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL;

4.3 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

PROF.º UBIRAJARA COELHO NETO

1. INTRODUÇÃO

Uma boa **explicação** para o recurso recorrente aos **prefixos *pós*** e ***neo*** (pós-positivismo e neoconstitucionalismo):

Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é.

NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

PROF.º UBIRAJARA COELHO NETO

2. MARCO HISTÓRICO

O marco histórico do **novo direito constitucional**, na **Europa continental**, foi o **constitucionalismo** do **pós-guerra**, especialmente na **Alemanha** e na **Itália**:

> A aproximação das idéias de **constitucionalismo** e de **democracia** produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Principal referência: Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã, de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal – 1951).

No **Brasil**, foi a **CF/88** e o processo de **redemocratização** que ela ajudou a protagonizar:

> Mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. Destituiu-se por *impeachment* um Presidente, grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara, foram afastados Senadores, foi eleito um Presidente de oposição, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios.

NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

PROF.º UBIRAJARA COELHO NETO

3. MARCO FILOSÓFICO

Pós-positivismo. Debate acerca de sua caracterização situa-se na **confluência** das 2 correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: **jusnaturalismo** e **positivismo**.

- **Jusnaturalismo** moderno, desenvolvido a partir do século **XVI**, **aproximou** a **lei** da **razão** e transformou-se na **filosofia natural** do **Direito** (crença em **princípios** de **justiça universalmente válidos**).
- **Positivismo** **equiparou** o **Direito** à **lei**, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da 1ª metade do século **XX** (decadência associada à derrota do **fascismo** e do **nazismo**).

Ao fim da 2ª Guerra, a **ética** e os **valores** começam a retornar ao Direito.

- A **superação** histórica do **jusnaturalismo** e o **fracasso político** do **positivismo** abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua **função social** e sua **interpretação**. O **PÓS-POSITIVISMO** busca ir **além** da **legalidade estrita**, mas **não despreza** o **direito** posto; procura empreender uma **leitura moral** do **Direito**, mas sem recorrer a categorias **metafísicas**.

4. MARCO TEÓRICO:

Três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional:

a) o **reconhecimento** de **força normativa** à **Constituição**;

b) a **expansão** da **jurisdição constitucional**;

c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da **interpretação constitucional**.

A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

PROF.º UBIRAJARA COELHO NETO

4. MARCO TEÓRICO:

4.1 FATORES REAIS DO PODER E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO (LASSALLE E HESSE)

Uma das grandes **mudanças** de **paradigma** ocorridas ao longo do século **XX** foi a **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.

Com a **reconstitucionalização** que sobreveio à **2ª Guerra**, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na **Alemanha** e, com maior retardo, na **Itália**, e, bem mais à frente, em **Portugal** e na **Espanha**.

Atualmente, passou a ser **premissa** do estudo da **Constituição** o reconhecimento de sua **força normativa**, do caráter **vinculativo** e **obrigatório** de suas **disposições**: as **normas constitucionais** são dotadas de **imperatividade**, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua **inobservância** há de deflagrar os **mecanismos** próprios de **coação**, de **cumprimento** forçado.

O debate acerca da **força normativa** só chegou ao **Brasil**, de maneira consistente, ao longo da década de **80**, tendo enfrentado as resistências previsíveis.

Palestras proferidas por **Ferdinand Lassalle** e **Konrad Hesse**, resultando nas obras: ***Que é uma Constituição*** e ***A força normativa da Constituição***, buscando compreender, os **conceitos** de **Constituição** e os **conceitos** de **sociedade civil**.

4. MARCO TEÓRICO:

4.1.2 LASSALLE E HESSE E A CONJUNTURA DE CADA ÉPOCA:

Lassalle faz referência à **monarquia**, **aristocracia**, a **legislação eleitoral** da **Prússia** de **1849**, bem como utiliza como referência histórica a **constituição feudal** e dos **regimes absolutistas**.

Nasceu em **1825**, foi contemporâneo de **Marx**, com quem esteve junto em vários momentos da história da **esquerda** na **Europa** e episódios da **unificação Alemã**. Era **advogado**, **militante socialista**, teve uma relação **não** muito **amigável** com **Marx**.

Hesse, em **1959**, já pode ter como referência histórica, no caso específico da **Alemanha**, a ***Constituição*** *de* ***Weimar*** e a ***Lei Fundamental*** (experiências do **pós-guerra** / constitucionalismo **norte-americano**).

Nasceu em **1919**, na mesma cidade em que nasceu **Kant**, na **Prússia Oriental**, na **Rússia**. **Advogado** (**1950**) e **professor** de Direito **Público** e **Eclesiástico** da Universidade de **Freiburg**, Alemanha, e **presidente** da **Corte Constitucional Alemã**. Sua **obra** - ***A força normativa da Constituição*** - **resultado** de palestra proferida na **Universidade** de **Freiburg**, (**1959** - tradução de **Gilmar Mendes** - **1991**).

4. MARCO TEÓRICO:

a) LASSALLE: O QUE É UMA CONSTITUIÇÃO

Inicia sua **exposição** com uma **insistente indagação**: "**Que é** uma **constituição**? **Onde encontrar** a verdadeira **essência**, o verdadeiro **conceito** de uma **constituição**?".

Para responder propõe um **método comparativo** entre **Lei** e **Constituição**.

A **Constituição**, considerada como a **Lei Fundamental**, deverá apresentar as seguintes **características**:

- que seja uma **lei básica**, mais do que as outras **comuns**, que seja "**fundamental**";
- que **constitua** o verdadeiro **fundamento** das **outras leis**, devendo informar e engendrar as outras leis comuns originárias da mesma, atuando e irradiando através da lei comum;
- que **exista** porque necessariamente **deva existir**, que tenha **força** de **eficácia** para que seu **conteúdo** seja **assim** e não de outro modo.

Lassalle: o **conceito** de Constituição "**os fatores reais do poder**". São essa **força ativa** e **eficaz** que informa **todas** as **leis** e **instituições** da **sociedade**.

4. MARCO TEÓRICO:

b) HESSE: FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Não deixa **dúvidas** de que pretende, em sua **aula**, ter o **pensamento** de **Lassalle** como **referencial**, visto que inicia sua palestra exatamente fazendo **referência** à conferência de **Lassalle**, de **1862**, e **questionando-o**:

"Afigura-se **justificada** a **negação** do **Direito Constitucional**, e a conseqüente **negação** do próprio **valor** da **Teoria Geral** do **Estado** enquanto **ciência**, se a **constituição jurídica** expressa, **efetivamente**, uma **momentânea constelação** de **poder**. Ao contrário, essa doutrina afigura-se **desprovida** de **fundamento** se se puder admitir que a **Constituição contém**, ainda que de **forma limitada**, uma **força própria**, **motivadora** e **ordenadora** da **vida** do **Estado**. A questão que se apresenta diz respeito à **força normativa da Constituição**."

Para **Hesse**, o **pensamento** de **Lassalle** é **limitado** e nega o **Direito Constitucional** enquanto **ciência** ao **restringir** a **Constituição** a **circunstâncias momentâneas** de **poder**.

NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

PROF.º UBIRAJARA COELHO NETO

4.2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de **1945**, vigorava na maior parte da Europa um modelo de **supremacia** do **Legislativo**, na linha da doutrina **inglesa** de **soberania** do **Parlamento** e da concepção **francesa** da **lei** como expressão da **vontade geral**.

A partir do final da década de **40** a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um **novo modelo**, inspirado pela experiência **americana**: o da **SUPREMACIA** da **CONSTITUIÇÃO**.

A fórmula envolvia a **constitucionalização** dos **direitos fundamentais**, que ficavam **imunizados** em relação ao **processo político majoritário**: sua **proteção** passava a caber ao **JUDICIÁRIO**.

Inúmeros países **europeus** vieram a adotar um modelo próprio de **controle** de **constitucionalidade**, associado à criação de **tribunais constitucionais**.

Atualmente na Europa, além do **Reino Unido**, somente a **Holanda** e **Luxemburgo** ainda mantêm o padrão de **supremacia parlamentar**, sem adoção de qualquer modalidade de ***judicial review***.

No **Brasil**, o controle de constitucionalidade existe, em molde **incidental**, desde a primeira Constituição republicana, de **1891**. A denominada ação **genérica** (ou, atualmente, ação **direta**), destinada ao controle por via principal - **abstrato** e **concentrado** -, foi introduzida pela **EC 16/65**.

4.3 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A **interpretação constitucional** é uma modalidade de **interpretação jurídica**. Tal circunstância é uma decorrência natural da **força normativa da Constituição**.

As **especificidades** das **normas constitucionais** levaram a **doutrina** e a **jurisprudência** a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de **princípios** aplicáveis à **interpretação constitucional**:

a) o da **supremacia** da **Constituição**;
b) o da **presunção** de **constitucionalidade** das normas e atos do Poder Público;
c) o da **interpretação conforme** a Constituição;
d) o da **unidade**;
e) o da **razoabilidade**;
f) o da **efetividade**.