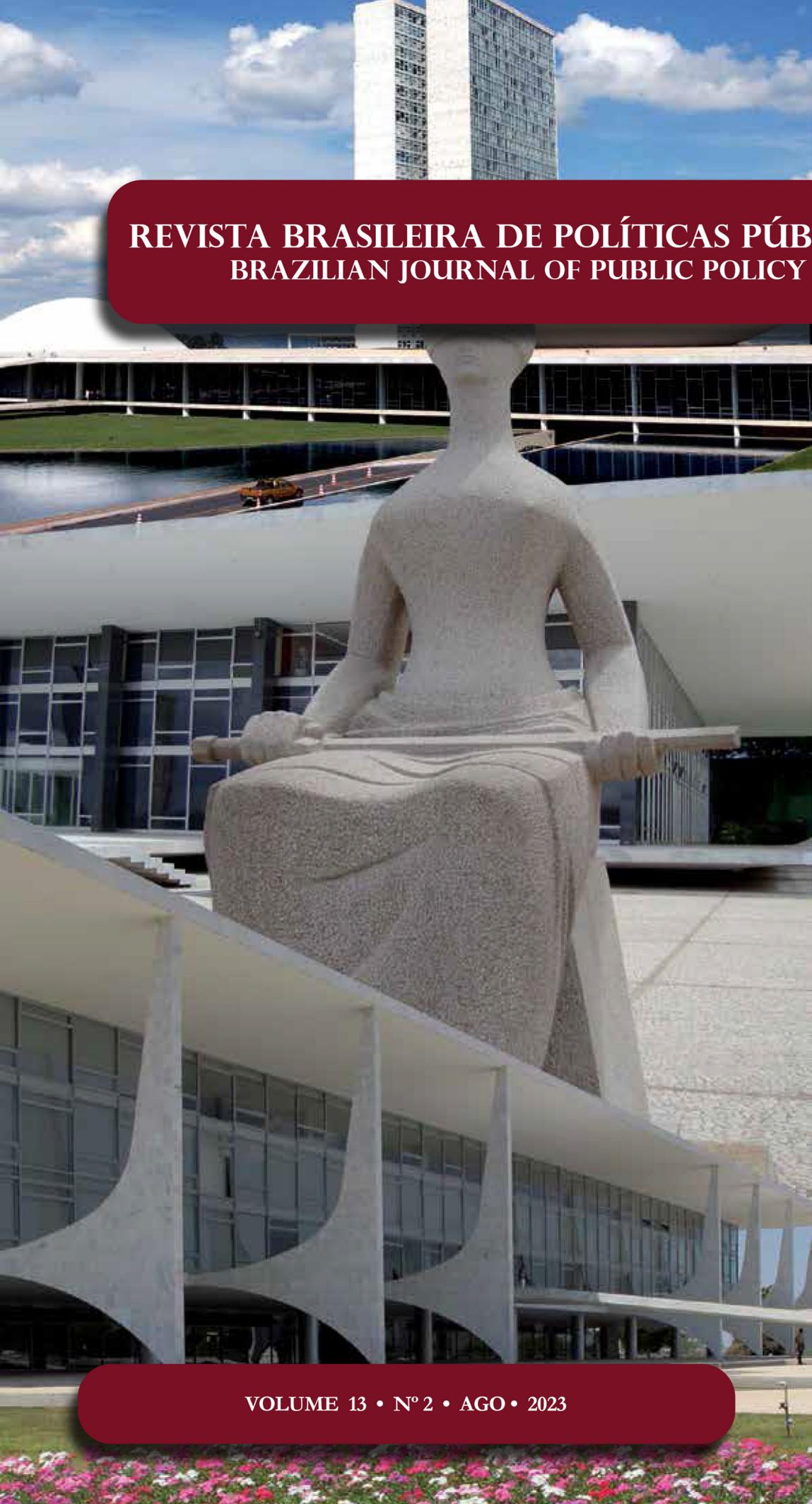


The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a white, stylized font against a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' and 'B' sharing a vertical stem.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a large photograph of the National Congress of Brazil in Brasília. In the foreground, the 'Liberdade' (Liberty) statue is shown from behind, seated and holding a scroll. The background shows the modern architecture of the Congress building, including a tall tower and a large circular structure, under a blue sky with scattered clouds. A red car is visible on a road in the middle ground.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O constitucionalismo forte da
América Latina**

**The strong constitutionalism of
Latin America**

Anizio Pires Gavião Filho

Lucas Moreschi Paulo

VOLUME 13 • Nº 2 • AGO • 2023

Sumário

I. POLÍTICAS PÚBLICAS, POBREZA E DESIGUALDADE	18
CHINA’S AID POLICY APPROACH TO POVERTY ALLEVIATION IN THE RECIPIENT COUNTRY: A CASE STUDY OF THE REPUBLIC OF GUINEA	20
Ansoumane Douty Diakite	
OS INDICADORES SOCIAIS NO CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DOS ÚLTIMOS CINCO ANOS	52
Bruno Cazeiro Astolfi, Eduardo Matheus Figueira, José Antônio da Silveira Junior e Daniel Teotônio do Nascimento	
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL E A RENDA BÁSICA UNIVERSAL NO CONTEXTO DA (PÓS)PANDEMIA DA COVID-19	74
Amanda Karolini Burg, Nelson Nogueira Amorim Filho e Francisco Quintanilha Vêras Neto	
A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E AS ESTRUTURAS DE DESIGUALDADE SOCIAL: CRÍTICA ÀS PRÁTICAS DE EXCLUSÃO DAS ORGANIZAÇÕES DA JUSTIÇA CRIMINAL.....	92
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e José Francisco Dias da Costa Lyra	
II. POLÍTICAS PÚBLICAS, INDÚSTRIA E FINANÇAS	113
ACCOUNTING INFORMATION SYSTEMS AND FINANCIAL CRISES: INSIGHTS INTO LOCAL GOVERNMENTS.....	115
Mahmoud Hany M. Dalloul, Zuraeda binti Ibrahim e Sharina Tajul Urus	
LA REGULACIÓN CONTABLE SOBRE LOS ACTIVOS DE INFRAESTRUCTURA EN LATINOAMÉRICA....	152
Michael Andrés Díaz Jiménez e Mauricio Gómez Villegas	
POLÍTICAS PÚBLICAS DE QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL E DIREITO AO TRABALHO NA INDÚSTRIA 4.0: UM MAPEAMENTO DAS INICIATIVAS BRASILEIRAS.....	172
Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto	
POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRA DE EXPORTAÇÃO VOLTADAS À INDÚSTRIA MOVELEIRA: O AGLOMERADO DE ARAPONGAS	201
Marcelo Vargas e Walter Tadahiro Shima	
III. POLÍTICAS PÚBLICAS EM MEIO AMBIENTE	219
EL PAPEL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA SOSTENIBILIDAD DE LA AVIACIÓN	221
Oscar Díaz Olariaga	

LEGAL STATUS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT PRINCIPLES AND CLIMATE CHANGE RESPONSIBILITIES UNDER THE PARIS AGREEMENT	245
Lupwana Jean Jacques Kandala	
CONTRIBUIÇÃO DAS ÁREAS PROTEGIDAS BRASILEIRAS PARA O CUMPRIMENTO DA META 11 DO PLANO ESTRATÉGICO PARA A BIODIVERSIDADE 2011-2020	261
Gabriela Barreto de Oliveira, Nicássia Feliciano Novôa e Geraldo Majela Moraes Salvio	
A POLÍTICA PERMISSIVA BRASILEIRA AOS AGROTÓXICOS E SUAS REPERCUSSÕES PARA A SADI QUALIDADE DE VIDA: UMA ANÁLISE SOBRE O USO DE AGROVENENOS	299
Andreza Aparecida Franco Câmara e Juliana Freitas Mendes	
IV. POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE	318
MAPEAMENTO DAS INICIATIVAS IMPLEMENTADAS EM INSTITUIÇÕES PÚBLICAS PARA ABORDAR A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: REVISÃO SISTEMÁTICA DE ESCOPO	320
Sueli Miyuki Yamauti, Jorge Otavio Maia Barreto, Silvio Barberato Filho e Luciane Cruz Lopes	
PROMOÇÃO DA SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESPORTE E LAZER: CONEXÕES E DIGRESSÕES ..	363
Gildiney Penaves Alencar, Richard Nicolas Marques Caput, Elton Pereira de Melo, Vanderlei Porto Pinto e Junior Vagner Pereira da Silva	
DESIGUALDADES EN EL ACCESO A LA SALUD EN RÍO NEGRO COMO “NORMALIDAD” PRE PANDÉMICA	387
Soledad A Pérez e Mónica Serena Perner	
V. POLÍTICAS PÚBLICAS EM EDUCAÇÃO	401
AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO DO CAMPO NO BRASIL E A PRESENÇA DA PEDAGOGIA DA ALTERNÂNCIA À LUZ DAS MAISONS FAMILIALES RURALES	403
Juliana Silva da Rocha Nickel e João Pedro Schmidt	
INVESTIGACIÓN BASADA EN PROBLEMAS: UNA APROXIMACIÓN A PARTIR DEL CASO DE LA FORMACIÓN JUDICIAL INICIAL	426
Alexander Restrepo Ramírez, Jean Carlo Mejía Azuero e Nesly Edilma Rey Cruz	
VI. POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	442
COMPLIANCE 2030: AS TRÊS DIMENSÕES DE UM NOVO PARADIGMA DO COMPLIANCE E O SEU DESENHO TEÓRICO, NORMATIVO E OPERACIONAL PARA O SETOR PÚBLICO	444
Márcin Haeblerlin, Alexandre Pasqualini e Tarsila Rorato Crusiu	
DESIGN DE SISTEMAS DE DIÁLOGOS E DE DISPUTAS: UMA FORMA DE PREVENÇÃO, GESTÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O NOVO MUNDO	467
Ísis Boll de Araujo Bastos e Maíra Lopes de Castro	

O PLANEJAMENTO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A APLICABILIDADE DE SEUS INSTRUMENTOS EM PEQUENOS MUNICÍPIOS	486
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Marcos André Alamy	
VII. POLÍTICAS PÚBLICAS, JUSTIÇA E FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	500
ADVOCACY: ORGANIZAR E IRRITAR- ESTUDO DE CASO DA ORGANIZAÇÃO CONECTAS	502
Caio Augusto Guimarães de Oliveira, Fernanda Busanello Ferreira e Ulisses Pereira Terto Neto	
RESOLVING DISPUTES WITH HEALING EFFECT: THE PRACTICE OF MEDIATION IN INDIA	532
Anirban Chakraborty e Shuvro Prosun Sarker	
HÁ ACCOUNTABILITY NAS POLÍTICAS DE INCENTIVO À CONCILIAÇÃO PROMOVIDAS PELO CNJ? A PERSPECTIVA DA JUSTIÇA DO TRABALHO	552
Mariana Cesto e Lourival Barão Marques Filho	
VIII. POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA PENAL	573
O ENFRENTAMENTO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NO BRASIL: ENTRE A CRIMINALIZAÇÃO E O ENFOQUE EM DIREITOS HUMANOS	575
Verônica Maria Teresi e Gilberto Marcos Antonio Rodrigues	
DROGAS E VIOLÊNCIA: DA CRIMINALIZAÇÃO DE COMPORTAMENTOS SEM VÍTIMAS ÀS VÍTIMAS DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO	596
Airto Chaves Junior e Thiago Aguiar de Pádua	
ESTUPRO, CONJUGALIDADE E SUBALTERNIDADE DA MULHER NO BRASIL: UMA RELAÇÃO DE (TRÊS) PODER(ES)	620
Jackeline Caixeta Santana e Rosa Maria Zaia Borges	
ESTATUTO DO DESARMAMENTO TORNA-SE DE ARMAMENTO: ARMA DE FOGO NÃO GARANTE SEGURANÇA, A VIOLÊNCIA ESTÁ NO INDIVÍDUO	653
Joice Cristina de Paula, Patrícia Peres de Oliveira, Selma Maria Fonseca Viegas e Edilene Aparecida Araújo da Silveira	
IX. TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL	666
O CONSTITUCIONALISMO FORTE DA AMÉRICA LATINA	668
Anizio Pires Gavião Filho e Lucas Moreschi Paulo	
O MODELO DE FINANCIAMENTO POLÍTICO BRASILEIRO: IMPACTOS SOBRE A DEMOCRACIA INTRAPARTIDÁRIA	689
Matheus Vequi e Clovis Demarchi	

O constitucionalismo forte da América Latina*

The strong constitutionalism of Latin America

Anizio Pires Gavião Filho**

Lucas Moreschi Paulo***

Resumo

O constitucionalismo tem sua fundamentação em um longo processo histórico-cultural de amadurecimento político, jurídico e democrático. Inspirações iluministas, liberais e democráticas justificam limitar o poder em favor dos direitos de liberdade e autodeterminação individuais. Declarações de direitos, constituição e uma decisão da Suprema Corte norte-americana são as raízes visíveis do constitucionalismo. Declarações de direitos, positividade de direitos fundamentais em constituições rígidas e jurisdição constitucional são os traços do constitucionalismo da segunda metade do século passado. O constitucionalismo de direitos expandiu-se, alcançando democracias fracas e fortes. Os Estados latino-americanos e suas democracias fracas demandam um constitucionalismo de direitos fortes. Abre-se espaço para a expansão da jurisdição constitucional, que deve reconhecer seus limites e as margens da legislação. Revisão bibliográfica baseada em método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Constituição; constitucionalismo; direitos fundamentais; democracia; jurisdição constitucional.

Abstract

Constitutionalism is based on a long historical-cultural process of political, legal and democratic maturation. Enlightenment, liberal and democratic inspirations justify limiting power in favor of individual rights to freedom and self-determination. Declarations of rights, constitution and a US Supreme Court decision are the visible roots of constitutionalism. Declarations of rights, positive fundamental rights in rigid constitutions and constitutional jurisdiction are the features of constitutionalism in the second half of the last century. Constitutionalism of rights has expanded globally, reaching weak and strong democracies. Latin American states and their weak democracies demand a strong constitutionalism of rights. There is room for the expansion of constitutional jurisdiction, which must recognize its limits and the margins of legislation.

Keywords: Constitution; constitutionalism; constitutional rights; democracy; constitutional jurisdiction.

* Recebido em 06/04/2022

Aprovado em 15/12/2022

** Doutor em Direito (Universidade Federal do Rio do Rio Grande do Sul - UFRGS). Mestre em Direito (UFRGS). Prof. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado Acadêmico – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - PPGD/FMP. Prof. Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Prof. Coord. Grupo de Pesquisa “Colisão de Direitos Fundamentais e Direito como Argumentação” do PPGD/FMP. Procurador de Justiça, RS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7774124880944708>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8152-1005>. E-mail: piresgaviao@hotmail.com.

*** Advogado. Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Educação Superior (PROSUC) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre e graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito: Academia à Prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos do PPGD – Mestrado da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Integrante do Grupo de “Pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof.ª Dr.ª Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado ao PPGD – Mestrado e Doutorado da UNISC financiado pelo CNPq. Membro da Argumentation Network of the Americas - ANA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4583-4853>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

1 Introdução

A presente investigação tem por objeto o constitucionalismo de direitos forte da América Latina. Cuidar-se de examinar a relação entre a expansão do fenômeno do constitucionalismo e o constitucionalismo de direitos fortes, característico da jurisdição dos tribunais constitucionais da região, tanto à luz da perspectiva de sua fundamentação teórica quanto de sua concretização prática. A importância dessa investigação está justificada pela relevância do papel da jurisdição constitucional em relação à concretização do constitucionalismo, notadamente como garantidora da proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos frente às decisões da administração e da legislação democraticamente legitimada. Igualmente, a discussão fundamenta-se na medida em que analisa a própria justificação da intensidade de controle da jurisdição constitucional nos Estados democraticamente fracos.

Pretende-se responder se o fundamento, o desenvolvimento e expansão do constitucionalismo da segunda metade do século passado, experimentados nos Estados Unidos e Europa continental, justificam a constitucionalismo de direitos fortes praticado no contexto histórico-cultural dos Estados latino-americanos. Em outras palavras, busca-se compreender se o protagonismo de direitos dos tribunais constitucionais da América Latina encontra fundamentação nas raízes e fundamentos do constitucionalismo.

A fim de enfrentar esse desafio, o ponto de partida é a formulação central de que o constitucionalismo tem sua fundamentação em um longo processo histórico-cultural de amadurecimento político, jurídico e democrático. Nesse sentido, então, a discussão assenta-se nos fundamentos históricos e do desenvolvimento do constitucionalismo à luz das inspirações iluministas, liberais e democráticas, justificadoras da limitação do poder em favor dos direitos de liberdade e autodeterminação individuais. Na sequência, segue-se descrição do desenvolvimento do constitucionalismo, apontando-se como marca as declarações de direitos, a Constituição dos Estados Unidos da América e o papel do *The Federalist*, no contexto norte-americano. Igualmente, segue-se a narrativa sobre o desenvolvimento do constitucionalismo no contexto da Europa continental. Destaca-se não apenas as declarações de direitos individuais limitadoras do poder soberano, mas também alguns traços iniciais de proteção desses direitos tanto pelo Conselho de Estado Francês como também pelo Supremo Tribunal Administrativo da Prússia ao final do século XIX. Não será esquecido o lugar histórico da Constituição Weimar de 1919, com seu catálogo de direitos fundamentais de liberdade e, inclusive, direitos sociais, mas, também, com a destacada falta de previsão de uma jurisdição capaz de alcançar-lhes proteção jurídica. O próximo passo será dado com a indicação das características do constitucionalismo da segunda metade do século passado, configurado sob a base de uma constituição rígida, um catálogo de direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional, com destaque para o papel dos tribunais constitucionais, especialmente do Tribunal Constitucional Federal alemão, cujas decisões repercutiram, amplamente, o continente europeu e em outros lugares. Ainda que se fale em um modelo globalizado ou comum do constitucionalismo, não se ignora a formulação de que a concretização do dado, em uma constituição, é sempre um empreendimento cultural e, portanto, contextual e contingente. Por fim, a investigação contempla constitucionalismo de direitos na América Latina, com recorte metodológico de análise de decisões dos tribunais constitucionais do Brasil, Colômbia e Peru. Trata-se de Estados com diferentes traços culturais, mas que compartilham constituições rígidas, com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional. Eles dividem a característica comum de serem Estados democraticamente frágeis, com baixo grau de representação política dos cidadãos e alto grau de incapacidade ou inércia da legislação para resolução dos mais importantes desacordos sociais, econômicos e morais da sociedade.

Fundamenta-se que democracias fracas justificam constitucionalismo de direitos fortes, o que significa aceitar como justificado o protagonismo da jurisdição constitucional necessária à proteção e concretização dos direitos fundamentais de liberdade e dos direitos fundamentais sociais.

Essa investigação tem por objetivo justificar essa formulação com base em pesquisa bibliográfica e das decisões dos tribunais constitucionais do Brasil, Colômbia e Peru, desenvolvida sob metodologia hipotético-dedutiva.

2 Fundamentos do constitucionalismo

O caminhar do constitucionalismo foi um longo processo histórico-cultural de amadurecimento político, jurídico e democrático. Suas raízes podem se estender desde muito antes dos tempos bíblicos, porém, de maneira mais objetiva, sem desconsiderar outros pontos históricos marcantes, no ano de 1215, na Inglaterra, tudo começou. No reinado de João Sem Terra, sucessor do irmão Rei *Richard Couer de Lion* foi editada a *Magna Charta Libertatum, seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*¹, ou simplesmente Magna Carta². A carta se constituía de um documento formal editado pelos Nobres da Inglaterra do início do Séc. XIII para limitar o poder do soberano frente aos seus vassallos, restringindo, assim, como ponto central daquela movimentação política, a criação, imposição e execução de impostos.

Mas, mais propriamente, os fundamentos filosóficos e políticos do constitucionalismo estão no neocontratualismo de Locke e Montesquieu, com os ideais liberais, e Rousseau e Kant, com seus ideais democráticos. Diferentemente de Maquiavel e Hobbes, esses iluministas postulavam uma reformulação estatal em que os direitos individuais fossem assentados em uma estrutura axiológico-política coordenada, juridicamente, por meio de uma cartilha de direitos aos cidadãos e restrições ao Estado³. O paradigma do contratualismo pró-déspota foi quebrado por Locke e Rousseau ao defenderem, por perspectivas diferentes, modelos de Estado modernos não absolutistas, descentralizados e repartidos, em que o Poder Legislativo tem protagonismo substancial. Para Locke, o contrato social é uma abdicação das liberdades individuais para que o Estado assegure a tutela da propriedade (que se traduzem, na teoria, enquanto direitos à vida, liberdade e bens) por meio da garantia de paz, segurança e o bem público do povo⁴. Montesquieu, em seu *l'esprit des lois*, defendeu, mais veementemente, a adoção do sistema constitucional cujo elo essencial seria o da separação dos poderes, a preservação das liberdades civis, a manutenção da lei e o fim da escravidão⁵. Montesquieu ergueu o arcabouço teórico mais fundamental para a concretização das democracias, da república, e uma das mais importantes pré-condições para o fortalecimento teórico do movimento constitucionalista em relação à organização política do Estado⁶.

Dessa forma, com o protagonismo do Poder Legislativo no Estado de Direito liberal, consolidado posteriormente, os representantes legítimos do povo utilizam da legislação (e da constituição) para limitar o poder do Estado, protegendo direitos naturais do povo, que lhe são inalienáveis e naturais, ainda que o soberano seja fruto da materialização da vontade geral⁷. Assim, a lei dos homens encontra sua fonte e seu fundamento no direito natural, o qual, para Rousseau, não é estático, mas dinâmico, em que o justo é materializado historicamente, sendo a expressão de um determinado grupo organizado que converteu seus individualismos em solidariedade⁸.

¹ (“Grande carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês”).

² GREEN, Rod. *Magna Carta and all that: a guide to the Magna Carta and life in England in 1215*. London: André Deutsch Limited, 2015. p. 9.

³ NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1. p. 392.

⁴ LOCKE, John. *Ensaio sobre o governo civil*. Tradução de Marsely de Marco Martins Dantas. São Paulo: Edipro, 2014. p. 82-84.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Chistina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁶ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 13.

⁷ ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social ou princípios do Direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2017. p. 112-114.

⁸ ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social ou princípios do Direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2017. p. 52-55.

Já para Kant, os homens são livres no domínio da razão prática, uma vez que, nas questões da ética do dever, se utilizará a liberdade e a consciência moral, permitindo-se ao homem distinguir entre uma mera ação moral e os princípios morais derivados de sua própria razão, aos seus deveres enquanto ser. Dessa forma, os homens, por constituírem-se de liberdade e moralidade, conseguem raciocinar para desvendar as leis da liberdade, que são as leis que prescrevem o que convém que aconteça e quais os deveres do homem — em contraste com as leis da natureza, que, apenas, contemplam o conhecimento fenomenológico⁹.

Ser livre e racional, para Kant, é ter legitimidade de participar na legislação universal, reconhecendo o homem membro apto do reino dos fins, por sua natureza de fim em si mesmo, vincula-se, apenas, àquelas leis que dá a si próprio, segundo as quais as suas máximas podem pertencer a legislação universal (da moralidade pelo imperativo-categórico)¹⁰. Assim, todo homem tem uma legítima pretensão ao respeito de seus semelhantes e, reciprocamente, ele também está obrigado a esse respeito em relação a todos os outros (*observantia aliis praestanda*), por um reconhecimento de uma dignidade nos outros, de um valor sem preço¹¹.

Assim, as leis éticas constituem prescrições acerca do conjunto de intenções e objetivos que se pode legitimamente adotar na sistemática das leis jurídicas, como expressões da lei moral, em que as leis funcionarão para estabelecer limites à conduta dos seres humanos em comunidade, mas não interferirão em sua autêntica intenção ou objetivos¹². Kant, portanto, se alinha mais a um direito natural em que tudo “se baseia em princípios *a priori*, enquanto um direito positivo “procede da vontade de um legislador”, e, inclusive, que o direito civil deveria congrega o direito inato dos homens (natureza) e os direitos da sociedade¹³.

Para Kant, portanto, a lei serve como garantia das liberdades individuais, pela transposição dos imperativos morais a uma ordem cogente, resguardando os homens de violações arbitrárias não “universalizáveis”. Assim, na perspectiva da normatização de direitos e garantias, os cidadãos devem agir em conformidade com a humanidade (em si e nos outros) nunca como um meio, mas sempre como um fim em si mesmo¹⁴. Nesse sentido, é fundamental que as leis jurídicas, produzidas por um corpo político, sejam concebidas por participantes da legislação universal (ética) que conclama o imperativo-categórico, em que o povo e o legislador compartilham uma mesma consciência¹⁵. A ética é seguida externamente pelo compromisso individual de cada um para com os outros, diferentemente da moral, que é seguida por um ímpeto interno. Dessa forma, a constituição, não necessariamente produz um contrato social, *per se*, mas funciona como fundamento de correção do direito fruto da atividade legislativa, que será observada sob pena de coerção¹⁶.

O sentimento-chave, para todo o surgimento do constitucionalismo moderno¹⁷, é a esperança remota do povo de poder viver democraticamente, com um mínimo de autodeterminação¹⁸. O foco das manifestações político-democráticas era a afirmação das liberdades individuais, requerendo, portanto, limites à interferência do Estado em sua vida privada, sua propriedade e sua autodeterminação. É nesse sentido que surgem os direitos fundamentais de liberdade, também conhecidos como direito de proteção (dos cidadãos frente ao Estado), ao que impunha aos governantes limites e competências negativas¹⁹.

Contudo, o constitucionalismo moderno amadurece, com seus dois momentos revolucionários, os frutos da organização por governos liberais e a crise do absolutismo, sobretudo da Guerra de Independência Norte Americana, de 1776, e da Revolução Francesa, de 1789. Ambas tiveram inspiração no ideário ilumi-

⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. p. 73-93.

¹⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 78-79.

¹¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Editora Vozes, 2013. p. 276.

¹² KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Editora Vozes, 2013. p. 20.

¹³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Editora Vozes, 2013. p. 43-48.

¹⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 69.

¹⁵ KANT, Immanuel. *Théorie et pratique*. Grenoble: PhiloSophie, 1793. p. 46.

¹⁶ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 110.

¹⁷ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 41.

¹⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Yvonne Jean. 4. ed. Brasília: UNB, 1997. p. 187.

¹⁹ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 12.

nista que era latente, com o fortalecimento da concretização dos direitos inalienáveis do homem e do cidadão, bem como da necessidade de maior controle e limite sobre as possibilidades de atuação do Estado²⁰.

3 Desenvolvimento do constitucionalismo

A questão atinente à Revolução Norte-Americana pode ser facilmente explicada pelo critério histórico-econômico, uma vez que a colônia britânica era dependente do mercado inglês, ao mesmo tempo que estava sujeita à altíssimas taxações pelas leis inglesas, como os famosos *sugar act* (1764) *stamp act* (1765), *tea act* (1773), que culminou na *Boston tea party* (1773), quando os colonos invadiram os navios ingleses ancorados no porto e afundaram toda a carga de chá que iria para o Reino Unido. Contudo, mais atinente do que essa questão, e que era a razão filosófica para os *Founding Fathers* terem tido tanto empenho, foi o crescente humanismo iluminista que trouxe a resposta jurídico-filosófica para aquele período despótico. Assim, alinharam-se o liberalismo individualista com o humanismo iluminista para fundar a base constitucional dos Estados Unidos da América²¹.

Durante a revolta organizada pelas treze colônias americanas contra o reinado de George, III, elaboraram-se a *Virginia Declaration of Rights* e a *United States Declaration of Independence*, ambas no contexto da Guerra de Independência Norte Americana (1776). Consolidaram-se pela *The Bill Of Rights* (1791) esses textos revolucionários, e outros escritos do período, relativos a direitos inalienáveis ao homem como a igualdade, a liberdade, a garantia da propriedade e a busca da felicidade, servindo, então, como o documento das primeiras 10 emendas da Constituição Norte Americana²².

Madison, ao longo do *The Federalist*, explora os conceitos de república e democracia, nos artigos n.º 10 e 14, chegando à concepção de que a república é um governo em que está presente um autêntico sistema de representação democrática²³, enquanto uma democracia “pura” seria o exercício do poder de forma direta²⁴. Assim (n.º 63), a república que se consolidaria no novo país seria uma na qual os administradores representantes se conservariam no Estado enquanto tivessem suas condutas aprovadas pelo povo e, mesmo assim, apenas por um limitado espaço de tempo²⁵. De modo que defendia, nos artigos n.º 10 e 51, que uma república deveria não apenas proteger a sociedade de forças externas, mas também aos seus integrantes entre si, de modo que se uma maioria estivesse unida por um valor, uma minoria seria ameaçada²⁶. Para tanto, no artigo n.º 78, Hamilton defendeu que a violação dos direitos privados de determinados cidadãos por leis injustas e imparciais deveria ser combatida pela firmeza da magistratura judicial, de modo a restringir, se não eliminar, tais leis arbitrárias contrárias à constituição²⁷. Assim, o Estado deveria funcionar como garantidor de certos direitos e garantias inalienáveis do indivíduo, por meio de governantes representativos dotados da maior sabedoria para discernir o bem comum e qual seria a maior virtude para poder desenvolvê-lo²⁸. A célebre decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) é expressão dessas formulações.

²⁰ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 41-42.

²¹ RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*: livro 3, a filosofia moderna. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Novas Fronteiras, 2015. p. 141.

²² DRIVER, Stephanie Schwartz. *A declaração da independência dos Estados Unidos*. Tradução de Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 67-74.

²³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. New York: Barnes & Noble Classics, 2006. p. 52.

²⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. New York: Barnes & Noble Classics, 2006. p. 74.

²⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. New York: Barnes & Noble Classics, 2006. p. 349.

²⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. New York: Barnes & Noble Classics, 2006. p. 290.

²⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. New York: Barnes & Noble Classics, 2006. p. 430.

²⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. New York: Barnes & Noble Classics, 2006. p. 54.

Em uma sumarização do caso, que ocorreu por uma disputa de nomeações políticas para cargos do Poder Judiciário, no contexto das eleições presidenciais de 1800, entre o então presidente John Adams, e o eleito Thomas Jefferson, o litigante Marbury ingressou com um *writ*, fundamentado na *Judiciary act*, perante a Suprema Corte, enquanto a Constituição estabelecia que a jurisdição originária da corte seria exercida, apenas, para agentes estatais. O litigante ainda não era um agente estatal, de modo que o *Judiciary act* foi afastado no caso e declarado inconstitucional, o pedido indeferido, mas com o direito reconhecido.

Do outro lado do atlântico, o movimento do constitucionalismo visou quebrar, na onda dos revolucionários de 1789, as noções totalitárias, despóticas e antidemocráticas, como aquela de que “*l’Etat c’est moi*”, empreendida pelo Rei Francês Luís XIV, que considerava sua toda a vontade da organização política do Estado. Na Revolução, a França consolidou a tendência de formulação de um documento formal, hierarquicamente superior às autoridades, que limitaria o Estado, e seus soberanos, a não mais fazer tudo aquilo que lhe bem aprouvera, ao colocar, no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que um Estado que não garantisse a separação dos poderes e não assegurasse os direitos individuais não teria uma autêntica constituição²⁹.

O foco da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão foi o de estabelecer os ideários liberais da burguesia, que visavam, por um lado, a uma maior valorização individual da condição humana, e, por outro, garantias de que o Estado não interferisse nas empresas privadas, na vida privada e na propriedade privada; além de conclamar por liberdade, igualdade e fraternidade. O ideal liberal burguês também exigia que houvesse separação entre os poderes, de modo que, embora continuassem inseridos em uma monarquia, ainda que constitucional, pudessem ver seus interesses representados pelos demais poderes, sobretudo do poder legislativo — uma vez que os juízes, até algum tempo depois da revolução, eram associados com a manutenção do *status quo ante*, e, inclusive, acusados de tentar o retorno do *Ancien Regime*³⁰.

Tocqueville analisa que a Revolução Francesa não foi um evento isolado temporal e geograficamente, mas reverberou por toda a Europa, e de lá, para todo o mundo³¹. A Revolução de 1789 foi responsável por substituir as instituições clássicas (monarquia, clero, nobreza, e até mesmo uma espécie de feudalismo remanescente) por instituições políticas representativas que, mesmo não idealmente constituídas naquele momento histórico, foram de extrema importância para a história do constitucionalismo, da democracia, dos direitos individuais e da humanidade. A Revolução Francesa, com a Declaração de 1789, a Constituição de 1791 e a Constituição de 1793, de clara inspiração em Rousseau, ergueu as bases para as democracias ocidentais emergirem, sobretudo a partir da tomada do poder por Napoleão, em 1799, quando consolidou a Primeira República Francesa (1792-1804), e iniciou-se a Era Moderna.

Para Sarlet, uma das principais diferenças entre o desenvolvimento constitucional francês e o norte-americano é o poder constituinte, uma vez que a Assembleia Nacional Constituinte na França significava uma ruptura com o passado, no sentido não apenas da fundação de um Estado, mas de uma nova ordem estatal e social, ao passo que a dos Estados Unidos objetivava, apenas, a limitação do poder do Estado³². Grimm, ainda, ressalta que as opções do sistema político adotado pelos dois povos — do presidencialismo nos Estados Unidos da América, um Estado que assumiria a forma federalizada, e do parlamentarismo democrático na França, em um Estado centralizador e organizado — traz algumas consequências significativas, sobretudo em relação à questão da legitimação e representação democráticas³³.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITTIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 61.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 68-69.

³¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Yvonne Jean. 4. ed. Brasília: UNB, 1997. p. 52-71.

³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITTIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 62.

³³ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 13.

Assim, traçando um comparativo (e um agregativo de forças) entre ambas as revoluções liberais do século XVIII, nas esteiras de um iluminismo latente, e guardadas as diferenças dos modelos constitucionais de cada realidade, a principal distinção da declaração de direitos para as declarações norte-americanas está no caráter abstrato e universal dos direitos, diferentemente daquela, em que o foco era o estabelecimento de condições para a independência da coroa e o livre desenvolvimento do povo em uma nação. Assim, é característica marcante desta o valor central atribuído à liberdade individual, pilar central das teorias sobre o Estado liberal, do qual se originaram os demais direitos e princípios consagrados na França revolucionária, como o da liberdade, igualdade, propriedade e legalidade³⁴.

Grimm ressalta que as liberdades garantidas pelos direitos fundamentais não poderiam ficar irrestritas, pois isso protegeria o exercício da liberdade que ameaçaria a liberdade de outros e, portanto, as próprias bases fundacionais do novo sistema³⁵. Consequentemente, as liberdades deveriam ser limitadas para que se pudesse ter a conservação da liberdade de todos. Assim, o Estado deveria agir para conter ameaças às liberdades individuais, contudo, intervir significaria limitar, ou, até mesmo, restringir, pela força estatal, uma liberdade individual; um verdadeiro paradoxo axiológico. Dessa forma, não sendo o Estado competente para julgar quando poderia infringir direitos fundamentais, a sociedade, por meio de representantes eleitos, passou a decidir em quais casos seria tolerada a restrição de direitos individuais, para que todos pudessem gozar igualmente de sua liberdade, de forma organizada; o direito, por meio da legislação, serviu a esse propósito, uma vez que emanava a vontade geral.

Não por outras razões, a proteção judicial dos direitos civis se desenvolveu, primeiramente, pela via do direito administrativo dos países europeus, sobretudo na França com o estabelecimento do Conselho de Estado (*Conseil d'État*) em 1800, mas também muito destacadamente na Prússia. Delinearam-se os direitos abstratos para que fossem implementados pelo processo legislativo, uma vez que o Poder Judiciário não era tido como confiável pela população³⁶. Na França, como já visto, o protagonismo era do legislativo. Porém, quando se fundou o Supremo Tribunal Administrativo da Prússia (*Preußisches Oberverwaltungsgericht*) (1882-1914), os juízes, ainda que na esfera administrativa, e subordinados à lei — mesmo que de forma mais branda do que a exigida pela exegética — alcançaram o protagonismo na proteção aos direitos individuais.

Há uma clara explicação para tanto: enquanto na França os juízes eram ligados ao *Ancien Regime*, e se via, no legislativo democrático, a figura institucional mais próxima do povo; na Prússia, o combate ao Poder Executivo fez com que o Poder Judiciário crescesse, ainda que nos moldes delineados pela legislatura estatal³⁷; e sua atuação era assentada no *Rechtsstaat* e na proporcionalidade. Com fundamento no *Rechtsstaat*, somente admitiram-se intervenções estatais nos direitos de liberdade com base no Direito. Com base na proporcionalidade, somente admitiram-se intervenções estatais nos direitos de liberdade necessárias, sendo recusadas as medidas desproporcionais³⁸.

Nesse mesmo contexto, sob a influência de Von Bismarck, nomeado Primeiro-Ministro do Império da Prússia, em 1862, iniciou a unificação alemã, o que resultou na Constituição Imperial de Bismarck (*Bismarcksche Reichsverfassung*). Essa Constituição perdurou até a derrocada do próspero I Reich alemão com a derrota na Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918), a instauração da República e a promulgação da Constituição de Weimar (*Weimarer Verfassung*) de 1919.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 151-158.

³⁵ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 52.

³⁶ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. The administrative origins of constitutional rights and global constitutionalism. In: JACKSON; TUSHNET (ed.). *Proportionality: new frontiers, new challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 111-112.

³⁷ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 171.

³⁸ BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 177-178.

Os problemas da Constituição de Weimar, que contava com um catálogo de direitos fundamentais, inclusive direitos fundamentais sociais, estiveram exatamente na ausência de uma jurisdição constitucional e em uma limitada vinculatividade do legislador. Nesse contexto, compreenderam-se os direitos fundamentais como proclamações, diretrizes ou normas meramente programáticas dirigidas ao legislador sem força vinculativa. Além disso, o desenvolvimento dogmático dos direitos fundamentais era bastante precário e limitado.

Somente descortinou-se um novo cenário para o constitucionalismo depois de 1945, com a incorporação de um catálogo de direitos fundamentais nas constituições dos Estados de Direitos democráticos e o funcionamento regular da jurisdição constitucional. As normas de direitos fundamentais, positivadas na constituição, passam a ser tomadas como juridicamente vinculantes e passíveis de justiciabilidade perante a jurisdição constitucional.

4 O constitucionalismo de direitos da segunda metade do século XX

O traço central do constitucionalismo de direitos, desenvolvido na segunda metade do século XX, é uma constituição com um catálogo de direitos fundamentais não apenas positivados, garantidos por uma jurisdição constitucional independente e capaz de fazer valer suas decisões.

O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a criação da jurisdição constitucional, para funcionar com o guarda da constituição, havido no final da década dos anos vinte do século passado, representou um marco histórico para o desenvolvimento do constitucionalismo de direitos, que expandiu ao redor do mundo.

A proposta defendida por Schmitt³⁹ era de que as questões de interpretação e aplicação das normas constitucionais, resultante de acordos compromissários, deveriam ser resolvidas não por um tribunal constitucional, mas pelo Presidente do Reich, investido de poder moderador⁴⁰.

Já para Kelsen, a questão da garantia e do modo de garantia do texto constitucional devem ser conferidos a um tribunal constitucional, uma vez que nele se pressupõe uma maior claridade interpretativa da constituição. Isso porque a constituição tem um núcleo permanente, em que se insere “a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem”. É uma força normativa imperante na realidade do Estado que fundamenta tanto a forma do procedimento quando a base teórico-jurídica

indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal⁴¹.

As razões para a justificação da jurisdição constitucional podem ser igualmente encontradas na Teoria do Direito de Kelsen, que distingue o Direito da Moral⁴², as normas jurídicas das normas sociais, e o Direito da ciência do Direito⁴³. Para Kelsen, então, há uma dinâmica jurídica, que trata sobre o processo de produção das normas jurídicas — que deve ser regulamentado por normas relativas à produção destas, e, em última análise, pela constituição⁴⁴ —, e existe uma estática jurídica, que trata do conteúdo material do direito. A dinâmica fecunda as ideias da estrutura escalonada da ordem jurídica e da norma fundamental (*Grundnorm*). Nesse sentido, todo o plexo normativo estatal encontra uma margem de possibilidades para a formulação do

³⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 82-85.

⁴⁰ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 313.

⁴¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 67-78.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 79-119.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 80.

seu conteúdo em uma unidade que faz sentido e que encontra seu fundamento de validade em níveis imediatamente anteriores⁴⁵, que redundam, em uma regressão ao infinito em uma norma fundamental hipotética⁴⁶, uma pressuposição de conteúdo jurídico material que fundamenta inclusive a constituição⁴⁷.

Assim, ao condicionar a validade das leis pelo seu conteúdo, Kelsen entende que uma lei que esteja em desacordo com a constituição não é sequer inconstitucional, é inexistente, pois o seu fundamento deve ser retirado da constituição para ser válido e surtir efeitos jurídicos⁴⁸. Contudo, da mesma forma, qualquer conteúdo “x” pode ser Direito se estiver de acordo com o procedimento criado. Esse sim, de acordo com a norma fundamental pressuposta, mesmo que o conteúdo de “x” não decorra logicamente (dedutivo-racionalmente) da norma fundamental⁴⁹. Nessa hipótese, faz-se necessária a existência de um órgão competente e tecnicamente capaz de julgar a violação à constituição, enquanto inobservância de seu procedimento ou de seu conteúdo que é fonte normativa (de validade) de toda a sistemática jurídica. Assim, o controle sobre o produto da legiferação deve ser dado a um órgão diferente do Poder Legislativo, uma vez que deverá ter o poder de declarar inconstitucional e retirar do ordenamento jurídico a lei contrária à constituição; tampouco ao Poder Executivo que deve ter o poder de editar leis temporárias para sanar as dificuldades encontradas pelo produto legislativo manifestamente contrários aos mandamentos constitucionais. Dessa forma, a missão de guardião da constituição deve ser conferida à jurisdição constitucional⁵⁰.

A Lei Fundamental de 1949, com seu catálogo de direitos fundamentais e as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão ao longo da segunda metade do século passado, foram decisivas para o desenvolvimento do constitucionalismo de direitos. Expressão da vitória de Hans Kelsen sobre Carl Schmitt⁵¹ sobre quem deveria ser o guarda e o responsável pela defesa dos direitos fundamentais contra o arbítrio e a omissão estatal, o Tribunal Constitucional Federal alemão consolidou o constitucionalismo com um conjunto de celebradas decisões, cuja repercussão se fez sentir não apenas em outros tribunais constitucionais europeus, mas também no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e, mais tarde, no Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. E, igualmente, nos tribunais constitucionais da América Latina, criados na última quarta parte do século passado. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal alemão, juntamente à Suprema Corte dos Estados Unidos, é reconhecido com um dos mais influentes no âmbito da jurisdição constitucional do Estados de Direito democráticos⁵²⁻⁵³.

A repercussão das decisões do Tribunal Constitucional Federal, e igualmente da dogmática dos direitos fundamentais produzida na Alemanha, desempenhou papel central para a consolidação do fenômeno do constitucionalismo, cujos traços são: a) a vinculatividade dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados sobre todo o ordenamento jurídico, obrigando, juridicamente, não somente a jurisdição, mas também a administração e a legislação, bem como as relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais); b) amplo escopo de proteção dos direitos fundamentais, admitindo o reconhecimento de posições fundamentais jurídicas *prima facie* (inflação de direitos); c) caráter duplo dos direitos fundamentais, configurando direitos subjetivos passíveis de exigibilidade judicial e imposições objetivas de cumprimento de deveres estatais; d) direitos fundamentais não são, apenas, direitos de proteção em face de intromissões

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 247.

⁴⁶ No mundo anglo-saxão, em semelhante sentido, mas focado na questão do procedimento, e não da substância da norma, Hart formulou a regra de reconhecimento. HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 104.

⁴⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 99.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 300.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 221.

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 300-304.

⁵¹ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 25.

⁵² KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 2012.

⁵³ SCHWAB, Jurgen. *Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Leonardo Martins. Lisboa: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

estatais, mas também direitos positivos a prestações normativas e fáticas, autorizando a exigibilidade judicial de prestações econômicas e sociais; e) teste da proporcionalidade como ferramenta metodológica para avaliar a justificação de medidas estatais restritivas de direitos fundamentais, tanto para vedar intervenções excessivos nos direitos fundamentais negativos como para vedar proteção insuficiente dos direitos fundamentais sociais. O controle das medidas estatais da administração e da legislação é tarefa da jurisdição constitucional⁵⁴.

O papel da jurisdição constitucional foi central para a expansão do constitucionalismo de direitos e supremacia da constituição. Isso não significa contrariar a formulação de que a vontade para fazer valer a supremacia da constituição é uma obra coletiva. Conforme Hesse, a norma constitucional não tem validade e vigência de modo autônomo da realidade, mas está condicionada à pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*), que é a efetiva concretização do mandamento normativo na realidade e depende das condições históricas para sua realização — imprimindo ordem e conformação à realidade político e social. Assim, uma constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar a sua pretensão de eficácia, de modo que parece lógico que há uma autonomia entre as duas dimensões da constituição (real e normativa), mas não uma total dissociação. Somente uma constituição que esteja inserida historicamente e que pretenda, autenticamente, ser uma força ativa na comunidade, por meio das possibilidades jurídicas e de parâmetros racionais, pode ter força conformadora da realidade⁵⁵.

A vontade da constituição (*Wille zur Verfassung*) origina-se, segundo Hesse, em três vertentes, sendo a primeira *i)* a “compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”, a segunda *ii)* a “compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação)”, e, por fim, a terceira *iii)* a “consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”, mas por meio de atos de vontade que dão conformação à realidade do Estado⁵⁶.

Do mesmo modo, a força que constitui a essência e a eficácia da constituição, enquanto uma força ativa, se fundamenta em duas naturezas, que lhe dá sentido, possibilidades, limites, missões e pressupostos. Esses pressupostos se referem *i)* ao conteúdo material das constituições e *ii)* a práxis constitucional — em uma discussão pouco mais ontológica do que a empreendida entre Kelsen e Schmitt⁵⁷. Nesse ponto, Hesse afirma que a *práxis* constitucional é central na concepção de vontade de constituição, uma vez que, mesmo que todos os interesses momentâneos da sociedade estivessem satisfeitos e realizados o respeito à constituição, seria incalculavelmente mais benéfico que o desrespeito, sobretudo quando a deferência ao texto constitucional não é agradável aos olhos individuais de alguns⁵⁸. Ter vontade de constituição significa contar com a colaboração dos concidadãos daquela comunidade. De igual modo, quando se revisa o sentido normativo da constituição sob a alegação de necessária atualização do sentido material por necessidade política, por uma nova leitura legal, ou por intervenção judicial, se está esvaziando a confiabilidade no texto constitucional e nas instituições estatais — inclusive, a estabilidade constitucional, nesse sentido, está intrinsecamente ligada à sua vitaliciedade. Por fim, e mais importante, no tocante à jurisdição constitucional, está o problema da interpretação constitucional. A interpretação constitucional tem papel decisivo para a consolidação e perpetuação dos mandamentos constitucionais⁵⁹.

⁵⁴ MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 2.

⁵⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 14-15.

⁵⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

⁵⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19-20.

⁵⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 21-23.

⁵⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris,

As formulações da dogmática jurídica dos direitos fundamentais e as decisões dos tribunais constitucionais europeus, principalmente do Tribunal Constitucional Federal alemão, e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, inspiraram o desenvolvimento do constitucionalismo na América Latina, especialmente após a democratização no Brasil, Argentina, Chile, Colômbia e Peru.

O primeiro passo foi dado com as novas constituições democráticas, escritas, rígidas, com um catálogo de direitos fundamentais de liberdade e direitos fundamentais sociais, com previsão de garantia por meio de jurisdição constitucional e ordinária. Assim, ocorreu com a Constituição do Chile de 1980, a Constituição do Peru de 1983, a Constituição do Brasil de 1988, a Constituição da Colômbia de 1991 e a Constituição da Argentina de 1994. A partir de então, iniciou-se o desenvolvimento do constitucionalismo de direito na América Latina.

5 Constitucionalismo de direitos na América Latina

O constitucionalismo de direitos na América Latina teve seu desenvolvimento a partir da última década do século passado, incrementando-se, sensivelmente, em favor da maior proteção dos direitos fundamentais de liberdade e dos direitos fundamentais sociais.

O Brasil adotou um modelo constitucional com uma constituição rígida, um catálogo de direitos fundamentais e a previsão de controle de constitucionalidade concentrado e difuso. A Constituição Federal de 1988 ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal, que passou a atuar como tribunal constitucional e guardião dos direitos fundamentais, e em relação à possibilidade de proposição de ações constitucionais diretas por diferentes órgãos e entidades, possibilitando tomada de decisões sobre grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo. As competências do Supremo Tribunal Federal envolvem a jurisdição ordinária, a respeito da atuação — como os demais órgãos jurisdicionais — ao aplicar o direito infraconstitucional aos casos; e a jurisdição constitucional, quando interpreta e aplica a Constituição, por meio da aplicação direta do texto, da declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e da solução de lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais por parte do Estado.

O Supremo Tribunal Federal, em relação ao controle concentrado na análise sobre a constitucionalidade das decisões do legislador, e também ao controle difuso da legislação infraconstitucional e das medidas estatais da administração, bem como os demais tribunais e juízes brasileiros, especialmente no controle difuso de constitucionalidade das medidas estatais configuradoras de violação a direitos fundamentais, assumiram a função de fazer valer a proteção dos direitos fundamentais e a supremacia da Constituição. Com uma democracia ainda frágil, assistiu-se à consolidação de um constitucionalismo forte.

Issacharoff identifica que, em democracias jovens, como o caso dos países que se reestruturam democraticamente após períodos ditatoriais e antidemocráticos, geralmente, o modo institucional pelo qual se visou a proteger e fortalecer o estabelecimento democrático foi a delegação de poderes de controle de constitucionalidade à órgãos jurisdicionais, sobretudo com o protagonismo de cortes constitucionais⁶⁰.

Nesse sentido, o constitucionalismo de direitos fortes pode ser justificado no Brasil. Cuida-se de um Estado de Direito democrático constitucional, com uma constituição rígida, um catálogo de direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional protagonista. Mas de um Estado com um desenvolvimento democrático fraco ou débil, pois os partidos políticos são fracos, os cidadãos não confiam, plenamente, nas escolhas de seus representantes, tampouco existem espaços públicos para a manifestação e organização de suas reivindicações. Nesse ambiente, o processo político não funciona, usualmente, conforme as regras de

1991, p. 23-27.

⁶⁰ ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies*. Contested power in the era of constitutional courts. New York: Cambridge University Press, 2015. p. 224.

organização e procedimento dadas na Constituição. Por isso mesmo, não são poucos os casos em que bloqueios institucionais ou omissões legislativas fazem das normas de direitos fundamentais apenas promessas constitucionais, especialmente em relação aos direitos de liberdade e igualdade das minorias. Essa crise de representatividade da cidadania e incapacidade da administração e da legislação, para canalizar os problemas políticos, econômicos e sociais, desembocam em um protagonismo jurisdicional.

Esse é o cenário do constitucionalismo forte de alguns Estados da América Latina, notadamente, Brasil, Peru e Colômbia⁶¹. Efetivamente, o constitucionalismo de direitos pode representar alguns riscos para a democracia, como a falta de controle democrático sobre a jurisdição, a judicialização do processo político⁶², a expansão do conteúdo material da constituição sobre a margem de apreciação e deliberação do legislador democraticamente legitimado e ausência de capacidade técnica para decidir conflitos políticos de alta complexidade, casos de ausência de conhecimento científico seguro ou desacordos morais não suficientemente maduros ou prontos para uma solução definitiva⁶³. Esses riscos são sérios e não devem ser desprezados, mas cabe à dogmática do constitucionalismo construir soluções metodológicas para conciliar a democracia e a jurisdição dos tribunais constitucionais e ordinários⁶⁴.

Não são poucas as decisões do Supremo Tribunal Federal que podem ser considerações expressões próprias do contexto do constitucionalismo de direitos. Por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime de acusado condenado pela prática de crime hediondo⁶⁵; o reconhecimento de dever estatal definitivo à disponibilização de creche e auxílio à pré-escola a alunos da educação básica⁶⁶⁻⁶⁷; reconhecimento de dever estatal definitivo à disponibilização de medicamentos, ainda que não expressamente determinados pela legislação infraconstitucional⁶⁸; proibição de livre mudança de partido após a eleição, sob pena de perda do mandato, por violação ao princípio democrático⁶⁹⁻⁷⁰⁻⁷¹; reconhecimento de direito definitivo à greve de servidores e trabalhadores do serviço público⁷²⁻⁷³⁻⁷⁴; direito de passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual a pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes⁷⁵; reconhecimento de proteção jurídica à união estável de pessoas do mesmo sexo⁷⁶⁻⁷⁷; demarcação da reserva indígena⁷⁸⁻⁷⁹; reconhecimento do direito pesquisa científica com células-tronco embrionárias⁸⁰; reconhecimento do direito à antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico⁸¹⁻⁸². Merece destaque decisão que não apenas reconheceu inconstitucionalidade por omissão e declarou mora da legislação, mas

⁶¹ ROA ROA, J. E. *El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia*. Bogotá: Departamento de Derecho Constitucional da Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 2.

⁶² GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 222.

⁶³ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 53-54.

⁶⁴ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 77.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.959*. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2011.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 292*. Min. Luiz Fux. 2020.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 17*. Min. Edson Fachin. 2020.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 657.718*. Repercussão Geral reconhecida, Tema 500. Processo em tramitação. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2012.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.602*. Min. Eros Grau. Brasília, 2007.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.603*. Min. Celso de Mello. Brasília, 2007.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.604*. Min. Celso de Mello. Brasília, 2007.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 712*. Min. Eros Grau. Brasília, 2007.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 670*. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 2020.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 708*. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 2020.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649*. Min. Cármen Lúcia. Brasília, 2008.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. Min. Ayres Britto. Brasília, 2011.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Min. Ayres Britto. Brasília, 2011.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 21.896*. Min. Carlos Velloso. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 2007.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição nº 3.388*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2013.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2008.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2013.

⁸² BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, p. 24-51, 2015.

também construiu interpretação para tipificação de condutas transfóbicas ou homofóbicas nas hipóteses do crime de racismo previsto na Lei 7.716/1989, até a publicação de lei penal específica. Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “estado de mora inconstitucionalidade do Congresso Nacional”, notadamente quanto à “proteção penal aos integrantes do grupo LGBT” e deu interpretação

conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei n.º 7.716/89⁸³.

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição aos arts. 124 a 126, do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, para fim de excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher (direitos sexuais e reprodutivos da mulher, direitos de liberdade e autodeterminação), bem como o Princípio da Proporcionalidade⁸⁴.

No contexto das decisões do Tribunal Constitucional do Peru, igualmente, podem ser rastreadas expressões do constitucionalismo de direitos. Assim, por exemplo, as decisões dos Casos *Calle de las Pizzas*, *Plaza Veas* e *Ley antitabaco*. No Caso *Calle de las Pizzas*, o Tribunal Constitucional examinou a constitucionalidade de restrições impostas ao horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, concluindo pela constitucionalidade da medida estatal restritiva do direito à liberdade de iniciativa e trabalho, justificada pelo teste da proporcionalidade, considerada sua finalidade de proteção do meio ambiente e também o direito das pessoas residentes nas proximidades atingidas pelos níveis de ruídos produzidos pela atividade comercial⁸⁵. No caso *Plaza Veas*, o Tribunal Constitucional examinou a pretensão apresentada por pessoas com deficiência visual para declarar a inconstitucional de medida que proibia entrada de cães-guia em supermercado estabelecida pela empresa proprietária desse estabelecida com base na legislação infraconstitucional. O Tribunal Constitucional aplicou o teste da proporcionalidade para reconhecer a inconstitucionalidade da restrição ao direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade das pessoas com deficiência visual, especialmente em razão de a medida não promover o fim o almejado, consistente em assegurar o ambiente do supermercado livre de agentes externos (bactérias e pelos de origem animal)⁸⁶. No caso *Ley Antitabaco*, o Tribunal Constitucional, igualmente aplicando o teste da proporcionalidade, reconheceu a constitucionalidade da medida estatal que proibia fumar em lugares públicos fechados e em centros educacionais⁸⁷.

Igualmente, no contexto das decisões do Tribunal Constitucional do Chile, há traços do constitucionalismo forte de direitos, notadamente em relação ao exame da constitucionalidade de medidas estatais que afetam direitos fundamentais. Assim, por exemplo, o Caso da *Ley Isapres*, art. 38, em que o Tribunal Constitucional do Chile declarou a inconstitucionalidade da disposição jurídica — por não ser adequada para tutelar a igualdade entre homens e mulheres e de proteger a saúde das pessoas incorporadas ao sistema privado de saúde —, reconhecendo discriminação arbitrária com base no teste da proporcionalidade⁸⁸. Em outro julgamento, o Caso *Playas II*, o Tribunal Constitucional entendeu justificada, com base no teste da proporcionalidade, restrição ao direito de propriedade, consistente obrigar ao proprietário de imóvel permitir passagem de pessoas de modo a terem acesso à praia, pois indispensável ao gozo de bem público nacional⁸⁹. No caso *Turno Gratuito*, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional, com base no teste da proporcionalidade, medida estatal que estabelecia, com fim de assegurar acesso à justiça, obrigatoriedade

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Min. Celso de Mello. 2019.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306*. Min. Luis Roberto Barroso. 2016.

⁸⁵ PERU. Tribunal Constitucional. *0007-2006-AI*. 2007.

⁸⁶ PERU. Tribunal Constitucional. *02437-2013-PA*. 2014. O Tribunal Constitucional Federal alemão, em recente decisão, considerou igualmente desproporcional proibição imposta a ingresso de pessoa com deficiência visual com seu cão-guia em área de espera de clínica médica. ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *2 BVR 1005*. 2020.

⁸⁷ PERU. Tribunal Constitucional. *0032-2010-PI*. 2011.

⁸⁸ CHILE. Tribunal Constitucional. *1.710*. 2010.

⁸⁹ CHILE. Tribunal Constitucional. *1.141*. 2009.

de advogado prestar serviços gratuitamente, exatamente por afetar o conteúdo essencial do direito fundamental de liberdade de profissão⁹⁰.

A Corte Constitucional da Colômbia é uma das mais proeminentes expressões do constitucionalismo de direitos da América Latina e, por isso mesmo, reconhecida como “uma das mais ativistas do mundo em matéria de direitos fundamentais”⁹¹. Ainda que não se deva identificar o constitucionalismo de direitos com o ativismo judicial, algumas decisões dos tribunais constitucionais podem ser consideradas sob o rótulo da designação nem sempre clara do ativismo judicial. Mas a Corte Constitucional da Colômbia tem produzido, desde a sua criação, instituição e funcionamento um conjunto importante de decisões, reconhecendo tanto a proteção de direitos fundamentais de liberdade quanto dos direitos fundamentais sociais. Assim, por exemplo, a Corte Constitucional reconheceu a proteção da identidade social, cultural e econômica das comunidades, observando que omissão estatal relativa à proteção do meio ambiente onde se encontra localizado um grupo étnico, dada a interdependência biológica do ecossistema, pode contribuir, passivamente, para a perpetração de um etnocídio, consistente no desaparecimento forçado de uma etnia pela destruição de suas condições de vida e seu sistema de crenças⁹². Em outra decisão, a Corte Constitucional reconheceu a relação de trabalho existente entre proprietário de bar e profissional do sexo, como proteção do direito fundamental ao trabalho, direito fundamental à igualdade, direito fundamental da dignidade humana e direito ao mínimo existencial. No caso, a Corte Constitucional revisou decisão judicial em recurso de amparo para fins de reconhecer direitos trabalhistas à trabalhadora do sexo despedida por se encontrar grávida⁹³. Em decisão paradigmática, a Corte Constitucional deu nova interpretação ao art. 122 do Código Penal, para fins excluir o crime de aborto a interrupção da gravidez nos seguintes casos: gravidez configura situação de risco para a vida ou saúde da gestante, confirmado por médico; caso de má formação do feto, que torne inviável a vida, confirmado por médico; gravidez resultado de violência sexual, inseminação artificial ou transferência de óvulo fecundado não consentido ou caso de incesto. Nessa decisão, a Corte Constitucional afirmou que o legislador deve alcançar proteção ao direito fundamental à vida, mas que esse direito não é absoluto e deve ser ponderado com outros valores, princípios e direitos constitucionais. Igualmente, afirma que os direitos sexuais reprodutivos das mulheres são direitos humanos e igualmente reconhecidos como direitos fundamentais nos Estados democráticos constitucionais, constituindo “estratégias diretas para promover a dignidade de todos os seres humanos e o progresso da humanidade em condições de justiça social. Em construção própria do constitucionalismo de direitos, segundo a Corte Constitucional, a margem de configuração do legislador, em matéria penal, mesmo que se trata de proteção do direito fundamental à vida, não pode desconhecer que a “a mulher é um ser humano plenamente digno e para tanto, deve tratá-la como tal, em lugar de considerá-la em um simples instrumento de reprodução da espécie humana”. O poder de conformação do legislador tem limite na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade. Por isso, então, a proibição do aborto total, em toda e qualquer situação, não passa o teste da proporcionalidade e o escrutínio da razoabilidade. Assim, concluiu a Corte Constitucional justificada a interrupção da gravidez nos três casos excluídos do tipo penal do art. 122 do Código Penal⁹⁴. Em recente e amplamente debatida decisão, contudo, a Corte Constitucional, ao enfrentar pretensão de declaração de inconstitucionalidade desse mesmo tipo penal, já com sua nova interpretação, recusou examinar a questão de fundo porque as razões apresentadas não cumpriram os requisitos de certeza (baseadas em interpretações subjetivas do tipo penal); especificidade (argumentos genéricos e demasiadamente vagos); pertinência (não indicação de um problema constitucional, mas conveniência ou correção da norma interpretada); suficiência (ausência de dúvida sobre a constitucionalidade da norma jurídica penal, conforme já interpretada pela Corte Constitucional⁹⁵. No

⁹⁰ CHILE. Tribunal Constitucional. 755. 2008.

⁹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Corte Constitucional da Colômbia e os direitos dos casais homossexuais: um passo de cada vez? *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 17, n. 68, p. 115-137, abr./jun. 2017.

⁹² COLÔMBIA. Corte Constitucional. T-380. 1993.

⁹³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. T-629. 2010.

⁹⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. C-355. 2006.

⁹⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional. C-088. 2020.

âmbito dos direitos fundamentais sociais (direito fundamental saúde⁹⁶ e direito fundamental à moradia⁹⁷), a Corte Constitucional tem produzido um expressivo número de decisões, reconhecendo, inclusive, o que tem sido designado como “estado de coisas inconstitucional” em relação, por exemplo, ao sistema carcerário⁹⁸. Em relação aos direitos das minorias, a Corte Constitucional registrou importantes decisões contrárias a manifestações discriminatórias em razão de orientação sexual⁹⁹⁻¹⁰⁰. Em uma decisão muito importante, a Corte Constitucional recusou-se a declarar a inconstitucionalidade do art. 113 do Código Civil, que estabelece matrimônio como união entre um homem e uma mulher, mas, fixando prazo, exortou que Congresso da República suprisse a proteção deficiente havida da ausência de disciplina jurídica de uniões de fato entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, concluiu que, em caso de persistência da inércia do legislador, os interessados poderiam dirigir-se aos notários competentes para formalizar solenemente vínculos contratuais¹⁰¹. Efetivamente, o legislador colombiano silenciou. Em nova decisão sobre o tema, a Corte Constitucional, considerando numerosas e divergentes interpretações sobre o conteúdo da regra criada na decisão anterior, a persistência de proteção deficiente em relação às uniões de fato entre pessoas do mesmo sexo, a omissão do Congresso da República em garantir o exercício dos direitos fundamentais das minorias sexuais, a existência de precedentes consolidados sobre dignidade humana, liberdade individual, direito à igualdade e proibição de discriminação, deu nova conformação interpretativa ao seu próprio precedente para explicitar que a formalização de vínculo contratual, perante notário ou juiz competente, “correspondente à celebração de matrimônio civil”¹⁰².

O recorte dessas decisões de três importantes tribunais constitucionais da América Latina evidencia a marca e a expressão do constitucionalismo de direitos. Brasil, Colômbia e Peru são Estados de Direito constitucionais democráticos, mas cuida-se de três casos de democracias jovens, frágeis e fracas, incapazes de concretizarem um processo e procedimento político eficiente no sentido do estabelecido nas suas respectivas constituições. Trata-se de um contexto em que o processo de formação da vontade estatal igualmente não consegue reunir forças para concretizar os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais dados na ordem constitucional. O resultado é que os conflitos e os desacordos políticos, sociais, morais e econômicos, não resolvidos no processo político, são levados à jurisdição sob a forma de violação de direitos fundamentais, cuja própria constituição confere o dever de proteção e concretização. A respeito, segundo Waldron, solução desses temas não é tarefa da jurisdição constitucional¹⁰³ — que, aliás, sequer seria necessária, mas do legislador, e Sunstein, com seu minimalismo constitucional, argumenta que os tribunais constitucionais devem deixar esses temas sem solução até o processo político resolver por si mesmos tais desacordos¹⁰⁴. Essas formulações talvez sejam apropriadas a democracias fortes como a dos Estados Unidos da América e alguns poucos Estados europeus, mas não podem ser levadas a sério em Estados com democracias fracas ou débeis como é o caso dos da América Latina, onde se tem uma crise de representação e incapacidade do poder político de alcançar soluções mínimas tanto para a proteção dos direitos fundamentais de liberdade como para os direitos fundamentais sociais¹⁰⁵.

O constitucionalismo de direitos concretizado pela jurisdição constitucional, isoladamente, não é suficiente para valer a vontade da constituição, que depende da cultura política da sociedade. Por essa razão, é central ao constitucionalismo de direitos que os juízes integrantes dos tribunais gozam de independência,

⁹⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. T-010. 2019.

⁹⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. T-437. 2012.

⁹⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. SU-071. 2018.

⁹⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. T-101. 1998.

¹⁰⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. C-507. 1999.

¹⁰¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. C-577. 2011.

¹⁰² COLÔMBIA. Corte Constitucional. SU-215. 2016.

¹⁰³ WALDRON, Jeremy. The Core Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1353-1354, 2006.

¹⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 3.

¹⁰⁵ ROA ROA, J. E. Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. *Revista Derecho del Estado*, n. 44, p. 95, set./dez. 2019.

imparcialidade e aceitabilidade, especialmente ao garantir os direitos fundamentais das minorias esquecidas pela omissão e inércia do legislador¹⁰⁶.

Igualmente, não se deve desconhecer os erros e a falta de competência dos juízes constitucionais para tratar de determinados temas, especialmente os de alta complexidade e de intensos desacordos políticos, morais, sociais e econômicos. Observa-se que os juízes constitucionais parecem ter mais acertado do que errado. Em uns casos, avançam, demasiadamente, sobre o que poderia ser tomado como lugar da margem de apreciação do legislador democraticamente legitimado, em outros constroem soluções progressivamente, abrindo diálogo e espaço para a iniciativa do legislador e, também, reconhecem que soluções somente podem ser encontradas no espaço político de deliberação e conformação legislativa.

6 Considerações finais

Analisou-se, neste artigo, a relação entre o fenômeno do constitucionalismo e o constitucionalismo de direitos fortes, característico da jurisdição dos tribunais constitucionais da América Latina.

Buscou-se responder se o constitucionalismo forjado no contexto histórico-cultural da Europa continental, especialmente a partir das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão e da dogmática dos direitos fundamentais desenvolvida na Alemanha, justifica o constitucionalismo de direitos fortes praticado pelos tribunais constitucionais latino-americanos, especialmente os do Brasil, Colômbia e Peru.

A argumentação desenvolvida teve com ponto de partida os fundamentos liberais e democráticos inspiradores das declarações de direitos havidas nos Estados Unidos e Europa, destacando-se as contribuições do *The Federalist* e a decisão da Suprema Corte norte-americana, por um lado e, por outro, as decisões do Conselho de Estado francês e do Supremo Tribunal Administrativo da Prússia ao final do século XIX, especialmente, no caso europeu, em relação à proteção de direitos e limites às ações estatais.

Igualmente, destacam-se as características do constitucionalismo da segunda metade do século passado, configurado sob a base de uma constituição rígida, um catálogo de direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional, com destaque para o papel dos tribunais constitucionais, especialmente do Tribunal Constitucional Federal alemão.

As decisões do tribunal constitucional alemão, dadas sob a base do catálogo de direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn 1949 e as formulações da dogmática dos direitos fundamentais, entendidos não apenas como direitos subjetivos passíveis de exigibilidade, mas também como uma ordem objetiva de valores, alcançaram extensa e internacional repercussão, inspirando não somente a constitucionalização dos direitos fundamentais e a criação de tribunais constitucionais, mas também suas próprias decisões. Esse cenário expandiu-se na Europa continental e na América Latina, justificando tratar-se de um verdadeiro fenômeno constitucionalista, a despeito das particularidades de cada Estado constitucional, especialmente porque interpretação de uma constituição é sempre um empreendimento cultural.

As formulações do constitucionalismo fizeram-se sentir no contexto da América Latina, mas com uma caracterização sensível, notadamente em razão do grau de democratização dos Estados latino-americanos. A relação entre constitucionalismo e democracia pode ser estabelecida de tal modo que democracias fortes demandam constitucionalismo fraco e democracias fracas demandam constitucionalismo forte. Constitucionalismo fraco não significa menor proteção dos direitos fundamentais, mas menor necessidade de intervenção e protagonismo dos tribunais constitucionais à concretização desses direitos fundamentais, especialmente os das minorias. Isso porque as condições de cidadania e representação política garantem, em

¹⁰⁶ HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 29.

grande medida, o cumprimento do dado na constituição. Constitucionalismo forte é necessário nos Estados constitucionais com democracias fracas. É exatamente a fraqueza do poder político para garantir a proteção dos direitos fundamentais e, inclusive, as condições mínimas de democracia que coloca a exigência de maior intervenção e protagonismo dos tribunais constitucionais.

As decisões dos tribunais constitucionais latino-americanos recortadas nesta investigação servem para justificar o protagonismo da jurisdição constitucional, necessário à proteção e concretização dos direitos fundamentais de liberdade e dos direitos fundamentais sociais. Os tribunais constitucionais deixam de cumprir suas funções institucionais, fixadas da constituição, quando deixam de corrigir violações negativas ou positivas não justificadas na esfera de proteção de direitos fundamentais.

Igualmente à administração e a legislação, os tribunais constitucionais acertam e erram. Quanto mais protagonistas, mais acertos ou mais erros. Se mais acertam ou mais erram, somente a experiência poderá responder. Mas acertar ou errar é uma questão de verdade, depende de argumentação, racionalidade e aceitabilidade. Experiência da prática dos tribunais constitucionais nas democracias fracas parece revelar que as suas decisões alcançam mais aceitabilidade do que rejeição.

Referências

- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *2 BVR 1005*. 2020.
- BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, p. 24-51, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 17*. Min. Edson Fachin. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Min. Celso de Mello. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 292*. Min. Luiz Fux. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649*. Min. Cármen Lúcia. Brasília, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. Min. Ayres Britto. Brasília, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Min. Ayres Britto. Brasília, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição nº 3.388*. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306*. Min. Luis Roberto Barroso. 2016.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.959*. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 670*. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 708*. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 712*. Min. Eros Grau. Brasília, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 21.896*. Min. Carlos Velloso. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.602*. Min. Eros Grau. Brasília, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.603*. Min. Celso de Mello. Brasília, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.604*. Min. Celso de Mello. Brasília, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 657.718*. Repercussão Geral reconhecida, Tema 500. Processo em tramitação. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2012.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Corte Constitucional da Colômbia e os direitos dos casais homossexuais: um passo de cada vez? *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 17, n. 68, p. 115-137, abr./jun. 2017.
- CHILE. Tribunal Constitucional. *1.141*. 2009.
- CHILE. Tribunal Constitucional. *1.710*. 2010.
- CHILE. Tribunal Constitucional. *755*. 2008.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. The administrative origins of constitutional rights and global constitutionalism. In: JACKSON; TUSHNET (ed.). *Proportionality: new frontiers, new challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *C-088*. 2020.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *C-355*. 2006.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *C-507*. 1999.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *C-577*. 2011.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *SU-071*. 2018.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *SU-215*. 2016.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *T-010*. 2019.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *T-101*. 1998.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *T-380*. 1993.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *T-437*. 2012.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *T-629*. 2010.
- DRIVER, Stephanie Schwartz. *A declaração da independência dos Estados Unidos*. Tradução de Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A teoria do status de Georg Jellinek como estrutura para o sistema de posições fundamentais jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 1, p. 34-72, 2007.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

- GREEN, Rod. *Magna Carta and all that: a guide to the Magna Carta and life in England in 1215*. London: André Deutsch Limited, 2015.
- GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. New York: Barnes & Noble Classics, 2006.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies: contested power in the era of constitutional courts*. New York: Cambridge University Press, 2015.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.
- KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Tradução de Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.
- KANT, Immanuel. *Théorie et pratique*. Grenoble: PhiloSophie, 1793.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 2012.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOCKE, John. *Ensaio sobre o governo civil*. Tradução de Marsely de Marco Martins Dantas. São Paulo: Edipro, 2014.
- LÖEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

- MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Chistina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.
- PERU. Tribunal Constitucional. *0007-2006-AI*. 2007.
- PERU. Tribunal Constitucional. *0032-2010-PI*. 2011.
- PERU. Tribunal Constitucional. *02437-2013-PA*. 2014.
- ROA ROA, J. E. *El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia*. Bogotá: Departamento de Derecho Constitucional da Universidad Externado de Colombia, 2015.
- ROA ROA, J. E. Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. *Revista Derecho del Estado*, n. 44, p. 57-98, set./dez. 2019.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social ou princípios do Direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2017.
- RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental: livro 3, a filosofia moderna*. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Novas Fronteiras, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- SCHWAB, Jurgen. *Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Leonardo Martins. Lisboa: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Yvonne Jean. 4. ed. Brasília: UNB, 1997.
- WALDRON, Jeremy. The Core Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1406, 2006

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.